

המסע אל הכיבוש

בעקבות אסופת המאמרים THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION,

בעריכת עדי אופיר, מיכל גבעוני וסרי חנפי

אמיר פז-פוקס*

מאמר ביקורת זה סוקר את הספר THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION: ANATOMY OF ISRAELI RULE IN THE OCCUPIED TERRITORIES, בעריכת עדי אופיר, מיכל גבעוני וסרי חנפי, אשר מקפץ מאמרים המנתחים את שליטת ישראל בשטחים הכבושים מדיסציפלינות שונות, ביניהן משפט, סוציולוגיה, היסטוריה, ארכיטקטורה, מדעי המדינה ופילוסופיה. המאמר מצביע על האופן שבו שני תחומים משמעותיים אשר אינם נדונים כדבר שבשגרה בהקשר של הכיבוש – המשפט והחיים האזרחיים – משתקפים במאמרי הספר. ככל שהדברים אמורים במשפט, המאמר מציע מסגרת תיאורטית חדשה-ישנה לניתוח הכיבוש. לאחר סקירת העמדה שלפיה כיבוש מתמשך יכול להיחשב "בלתי-חוקי", המאמר בוחן את מאפייני הכיבוש הישראלי תוך הסתמכות על התיאוריה של לון פולר, העוסקת ב"מוסריות הפנימית" של המשפט. תיאוריה זו מעניינת לנוכח ההנחה – המשותפת לגישתו של פולר ולהנחות הבסיסיות של כל המאמרים בקובץ זה – שלפיה המשפט מעניק הכשר להחלטות אשר היו עלולות להיחשב שרירותיות או שנויות במחלוקת אילו התקבלו מחוץ למערכת המשפטית. אך כדי שמערכת משפטית תוכל להקנות הכשר לשימוש בכוח, היא עצמה חייבת ליהנות מהכשר. תוך כדי בחינה של מאמרי הספר, הסקירה בוחנת שבעה מבין שמונה תנאים אשר פולר מחייב על-מנת להבחין בין מערכת משפטית לבין מערכת של כוח שרירותי: פלליות, פרסום, בהירות, הימנעות מדרישת הבלתי-אפשרי, עקביות, העדר סתירות והתאמה בין דרישת החוק לבין אכיפתו במציאות.

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו.

חלקו השני של המאמר בוחן את השינוי ב"מרקם החיים האזרחי" בשטחים, תוך התמקדות בניהול המקרקעין ובעולם העבודה. שני התחומים הללו מהווים דוגמאות בולטות לתמה המובעת בכותרת הספר: "כוחה של הדרה מכילה" (inclusive exclusion). הפרדוקסליות הטמונה במונח זה מצביעה על המדיניות המורכבת של ישראל כלפי האוכלוסייה הפלסטינית, אשר בולטת במיוחד בתחום האזרחי. ההסדרה של השימוש בקרקע ושל שוק העבודה פועלת, כדבר שבשגרה, תחת "צילו של החוק". במובן זה, הפגמים המשפטיים המוזכרים בחלקו הראשון של המאמר מוצאים ביטוי גם במסגרת הדיון במדיניות הקרקעית/התכנונית והתעסוקתית. נוסף על כך, החלטות המתקבלות הן במסגרת המדיניות הקרקעית/התכנונית והן במסגרת המדיניות התעסוקתית אינן חשופות, כדבר שבשגרה, לביקורת שיפוטית מקיפה ומשמעותית, וזאת גם במערכות משפט בעייתיות הרבה פחות ממערכת המשפט בשטחים. גם משום כך הדיון בחלקו השני של המאמר מהווה נדבך משלים, אוטונומי במידת-מה, לזה המוצע בחלקו הראשון.

פתיחה – הפוליטי הוא אישי. א. משפט: 1. ההקשר המעשי של המשפט במסגרת הכיבוש; 2. ההקשר התודעתי של המשפט במסגרת הכיבוש. ב. מרקם החיים האזרחי: 1. קרקעות ותכנון; 2. כלכלה ועבודה. ג. סיכום.

פתיחה – הפוליטי הוא אישי

מבין ספרי הלימוד מבית-הספר היסודי, אחד מאלה הזכורים לי במיוחד הוא "המסע אל הקיבוץ: פרקים בתולדות היישוב", מאת אילנה מאיר. ממרחק של שלושה עשורים אני יכול עדיין להעלות לנגד עיניי את הציורים הנאיביים ולהיזכר בסב-טקסט שחיבר בין ציונות, סולידריות, אהבת-חינם, קשר בין אדם לאדמה, צניעות ודרך-ארץ. ייתכן, ואף סביר, שיש בכך התרפקות נוסטלגית שיש מרחק-מה בינה לבין המציאות. עם זאת, התחושה הסובייקטיבית שרירה וקיימת, כנקודת מוצא של היעדים והשאיפות של המדינה הצעירה. במהלך שלושים השנים שחלפו מאז, השתנה מסעה של ישראל במובנים רבים, אשר חלקם קשורים בעבותות ברורים ועמוקים לכיבוש הארוך והמתמשך בשטחי הגדה המערבית ורצועת עזה.¹

1 הדברים הגיעו למצב שלא היה עולה על הדעת באותה עת. ראו עקיבא אלדר וחיים לוינסון "התנועה הקיבוצית פועלת לחיזוק ההתיישבות בשטחים" הארץ Online 5.5.2010 www.haaretz.co.il/hasite/spages/1167381.html

עריכת ביקורת על ספר המתעד היבטים שונים של הכיבוש עלולה להעלות את החשש שיהיה זה אתגר לא-פשוט להתייחס באופן ענייני ואקדמי לספר כה טעון מבחינה אידיאולוגית. מלאכה זו אמורה אומנם להיות מוכרת למשפטנים העוסקים, כמעשה שבשגרה, בהשפעות החברתיות והאידיאולוגיות על עיצוב המשפט והמערכות החברתיות, אך לא במקרה זה. זאת, מכיוון שהספר THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION: ANATOMY OF ISRAELI RULE IN THE OCCUPIED TERRITORIES² (להלן: הספר או הקובץ) אינו מתיימר להיות ניטרלי מבחינה פוליטית. מכיוון שכך, הוא אינו יכול לא לעורר תחושה קשה בקרב קוראים בעלי עמדה מגובשת, במידה זו או אחרת, לגבי הסכסוך בכלל ולגבי הלגיטימיות של שליטת ישראל בשטחים בפרט. אבל בעוד הרתיעה מהניתוחים המובאים בו מובנת מאליה ככל שמדובר במי שרחוק מאוד מהנחות-היסוד של מאמרי הספר, חשוב להזהיר שהקריאה בו קשה – מסיבות שונות לגמרי – גם לאזרח הישראלי המאמין כי השליטה המתמשכת של ישראל בשטחים כרוכה בעוולות מוסריות כבדות-משקל, ומסכנת את עמוד-השדרה המוסרי ואת חוסנה בגבולותיה המוכרים. הקריאה מכבידה גם על מי שפרטי הכיבוש אינם זרים לו, מכיוון שניתוח המאפיינים השונים של שליטת ישראל בשטחים ובתושביהם מבהיר את השינוי הניכר שחל במאפייניו ובדגשיו. כפי שמציינים רבים ממחברי המאמרים, "הנורמליזציה של החריג"³ הכרוכה במעשים הנעשים במסגרת הכיבוש באה לידי ביטוי בעלייה ניכרת בעוצמת האלימות, בגזל הקרקעות, בהתפשטות ההתנחלויות ובהרס מרקם החיים הפלסטיני בשטחים. בכך הם רומזים – יותר מאשר מצביעים מפורשות – על המסע האמיתי שישראל צועדת בו זה יותר מארבעים שנה.

באשר לספר עצמו, הודות לעבודת עריכה משובחת, מאמרי הספר ארוגים באופן מעניין, בהיגיון פנימי ובקוהרנטיות יוצאי-דופן לאסופות מאמרים. במקרה זה נראה כי האתגר היה גדול במיוחד: כדי להקיף תופעה בעלת ממדים כה רבים כמו הכיבוש, קיבצו עורכי הספר כותבים האמונים על דיסציפלינות שונות ומגוונות, ביניהן משפט, סוציולוגיה, היסטוריה, ארכיטקטורה, מדעי המדינה ופילוסופיה. אף-על-פי-כן, העובדה שהספר מהווה תוצר של סדנת מחקר משותפת, במסגרת מכוון ון ליר בירושלים, יצרה – בצד הדגשים השונים – שפה משותפת שאינה מובנת מאליה. האתגר של יצירת מכנה משותף נראה מורכב במיוחד לנוכח בחירתם של עורכי הספר לעשות שימוש גם במתודות לא-שגרתיות להעברת המידע, כדי להביא לידי ביטוי את זרמי העומק, מחד גיסא, ואת ההשלכות החריגות, מאידך גיסא, של הכיבוש. בין מאמרי הספר שלובים "פרקים" מתוך "תיק תמונות" שקיבצה אריאלה אזולאי, אשר ממחישים באופן חזותי ושונה את הטענות והניתוחים במאמרים הסמוכים אליהם.

2 THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION: ANATOMY OF ISRAELI RULE IN THE OCCUPIED TERRITORIES (להלן: THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION) (Adi Ophir, Michal Givoni & Sari Hanafi eds., 2009).

3 Adi Ophir, Michal Givoni & Sari Hanafi, *Introduction*, in THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION, *ibid*, 15, at 22.

נוסף על כך, ובאופן חריג אף יותר, קיבצו עורכי הספר מכתבים, טפסים, פקודות וצווים המדמיינים, כלשון העורכים, "ארכיב עתידי של הכיבוש". כדבריהם, מדובר ב"תרגיל בראיית ההווה בעיני העתיד על-ידי הצגת הפרטים אשר משמשים את שיח זכויות האדם, מחד גיסא, ואת הרשויות המוסמכות המשתיקות את קורבנותיהן, מאידך גיסא".⁴ מדובר במעט המכיל את המרובה, מדגם מצומצם מביין אלפי הניירות המכוננים את המנגנון. עם זאת, לדברי העורכים, מיעוט המיצגים מצביע גם הוא על השרירותיות הגוברת שבהפעלת הכוח וכן על צמצום השקיפות שלו.

אפשר שהמורכבות האמורה של הסיטואציה הסוציולוגית-הפוליטית-המשפטית הטמונה בכיבוש, וכפועל יוצא מכך של עריכת ספר המבקש לשרטט את מאפייניו, הובילה לכך שעורכיו בחרו לא להבחין בין חלקי-משנה שלו. במסגרת סקירה זו אנסה לעשות כן, ולהבחין בין שתי תמות עיקריות העולות מהספר, אשר אינן נקשרות באופן אינטואיטיבי לעיסוק בכיבוש: הכוונה למשפט, מצד אחד, ולמרקם החיים האזרחי, מצד אחר. תמה נוספת, הבוחנת את מאפייני האלימות, נראית אינהרנטית יותר לסיטואציה של סכסוך לאומי, ואף שהיא מנותחת באופן מעניין ומקורי בחלק ממאמרי הספר, היא תידון כאן במסגרת שני הנושאים האמורים.

א. משפט

There is no doubt that a legal system derives its ultimate support from a sense of its being "right."... Every departure from the principles of the law's inner morality is an affront to man's dignity as a responsible agent. To judge his actions by unpublished or retrospective laws, or to order him to do an act that is impossible, is to convey to him your indifference to his powers of self-determination.⁵

לדעתנו, מעניקים חוקי-היסוד זכויות לכל מתיישב ישראלי בשטח המפונה. תחולה זו היא אישית... אין לנו צורך לנקוט עמדה בשאלת התחולה המקומית (הטריטוריאלית) של חוקי-היסוד, ואין לנו צורך לבחון השאלה אם חוקי-היסוד מעניקים זכויות גם למי שאינם ישראלים והמצויים באזורים הנתונים לתפיסה לוחמתית...⁶

4 שם, בעמ' 25.

5 LON L. FULLER, THE MORALITY OF LAW 138, 162 (rev. ed., Yale University Press 1970)

6 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 482, 560 (2005).

במבט ראשון, המקום שניתן למשפט במסגרת סקירתם של מנגנוני הכיבוש נראה יוצא־דופן גם למי שמודע היטב למשקל ההולך וגובר של המשפט בהליכי קבלת ההחלטות בישראל ובמדינות אחרות.⁷ הוא נראה יוצא־דופן שכן בהקשר זה עיקר העניין של הכותבים אינו בתוכני המשפט הפרטיקולריים, אלא במסגרת המוסדית שהוא מעניק לפעולתם של גופים מנהלתיים. ככזה, כיבוש שטח בזמן לחימה הוא תופעה מוכרת ומוסדרת במשפט הבין־לאומי, ויש לו דינים ייחודיים משלו. עם זאת, יש להכיר בכך שרוב העיסוק בכיבוש נעשה עד לאחרונה על־ידי משפטנים, תוך שימוש בכלים משפטיים. רק לאחרונה החלו סוציולוגים, כלכלנים, גיאוגרפים וחוקרים מתחומים נוספים לנתח את המתרחש בכליהם. מודעות דינמיקה מחקרית זו הובילה ככל הנראה את עורכי הספר להקדיש את מאמר הפתיחה של הספר לניתוח משפטי מובהק, אך להסתפק בכך. שאר מאמרי הספר לא נכתבו על־ידי משפטנים, ומכוונותם אינה משפטנית. אילו סימלה החלטה עריכתית זו שינוי עמוק יותר במגמות המחקריות (ואולי אף הפוליטיות) של העוסקים בכיבוש, אזי היה אפשר לומר שאנו חוזים בחילופי משמרות – בנסיגה של המשפט לטובת דיסציפלינות אחרות. אך על התיאור האמור יש להוסיף מילה אשר אהודה על משפטנים: לכאורה. זאת, מכיוון שגם הכותבים האחרים של הספר עושים שימוש לא־מבוטל בתיאור המוסדות והכלים המשפטיים שמנגנון הכיבוש משתמש בהם. המשפט נתפס כגורם המעניק הכשר להפעלת כוח,⁸ להפקעת אדמות,⁹ להריסות בתים,¹⁰ לשמירה על תלותה של הכלכלה הפלסטינית בזו הישראלית,¹¹ ולביסוס משטר ההפרדה בין יהודים ופלסטינים בשטחים.¹² לא למותר לציין שאין מדובר בתופעה ייחודית, ושהתייחסות נרחבת לתפקיד המשפט במסגרת מנגנוני הכיבוש מאפיינת גם ספרים קודמים.¹³ מכאן אנו למדים, כנראה, שגם בחינה של הכיבוש

7 ראו, למשל, בהקשר אחר, גיא מונדלק "חמישים שנה לחוק הביטוח הלאומי: החגיגות יתקיימו בבית המשפט" ביטחון סוציאלי 67, 83 (2004).

8 Ariella Azoulay & Adi Ophir, *The Order of Violence, in THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION*, *supra* note 2, 99, at 113–114.

9 Ariel Handel, *Where, Where to and When in the Occupied Territories: An Introduction to Geography of Disaster*, in *THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION*, *supra* note 2, 179, at 200.

10 Neve Gordon, *From Colonization to Separation: Exploring the Structure of Israel's Occupation*, in *THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION*, *supra* note 2, 239, at 250.

11 NEVE GORDON, *ISRAEL'S OCCUPATION* 74 (2008).

12 Yehouda Shenhav & Yael Berda, *The Colonial Foundations of the State of Exception: Juxtaposing the Israeli Occupation of the Palestinian Territories with Colonial Bureaucratic History*, in *THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION*, *supra* note 2, 337, at 339.

13 DAVID KREZMER, *THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES* (State University of New York Press 2002). ראו גם אמנון רייכמן "ביקורת שיפוטית, תפיסה

לא מבעד לעיניים משפטיות אינה יכולה להתעלם מהתפקיד המכשירני (האינסטרומנטלי) של המשפט – הן בהקשרים המעשיים (למשל: הוראות, צווים, אכיפה על-ידי כוח שלטוני) והן בהקשרים התודעתיים של מנגנוני הכיבוש.

1. ההקשר המעשי של המשפט במסגרת הכיבוש

המאמר הפותח את הספר נכתב כאמור על-ידי שלושה משפטנים המתמחים במשפט הבינ-לאומי: ארנה בן-נפתלי, אייל גרוס וקרן מיכאלי.¹⁴ הטענה המרכזית של המאמר היא פשוטה: כיבוש יכול להיות בלתי-חוקי. טענה זו נראית מעניינת במיוחד מכיוון שהיא מבקשת לגשר בין תובנה שנראית אינטואיטיבית למי שאינו עוסק במשפט בין-לאומי לבין מושכלות-יסוד מבחינת אלה העוסקים בתחום.¹⁵ לפי האינטואיציה הבסיסית של משפטן (וגם של הדיוט משפטי), כל מארג של "נסיבות עובדתיות" שיש לו השלכות משפטיות – החזקה, חוזה, מגע או פקודה – יכול להיות "חוקי" או "בלתי-חוקי". והנה, המשפט הבינ-לאומי מחריג את ה"כיבוש" מכלל זה, ומוכן לבחון רק את הפעולות שנעשות במסגרתו, ולא את המצב עצמו. הכיבוש, לפי הגישה השלטת במשפט הבינ-לאומי, הוא "תופעה עובדתית" שאין לה השלכות נורמטיביות משפטיות ואשר אינה יכולה להיבחן בכלים נורמטיביים. כך, איל בנבנשתי כותב כי הרעיון של "כיבוש בלתי-חוקי" עשוי להיתפס כ"מהפכה של ממש בדיני הכיבוש".¹⁶

כפי שברור בוודאי, מטרת המאמר אינה תיאורטית בלבד. מעבר לטיעון העקרוני, מחבריו מבקשים לשכנע כי כיבוש בלתי-חוקי הוא לא רק תופעה אפשרית, אלא גם תופעה אשר קורמת עור וגידים בדמות הכיבוש הישראלי בגדה המערבית וברצועת עזה (גם לאחר ההתנתקות). מחברי המאמר מונים שלושה תנאים אשר רק התקיימותם מאפשרת לראות כיבוש נתון כ"חוקי":

1. הריבונות נשארת טבועה באוכלוסייה, ואינה עוברת לכובש.
2. לכוח הכובש יש חובת נאמנות לדאוג לסדר הציבורי ולחיים האזרחיים.
3. הכיבוש הוא זמני.

לוחמתית והשיח האקדמי" משפט וממשל ח 731 (2005). כן ראו עקיבא אלדר ועדית זרטל אדוני הארץ 439–523 (2004) GORDON; לעיל ה"ש 11, בעמ' 26–33.

14 Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross & Keren Michaeli, *The Illegality of the Occupation Regime: The Fabric of Law in the Occupied Palestinian Territories, in THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION*, supra note 2, 31.

15 שם, בעמ' 34.

16 Eyal Benvenisti, *The Security Council and the Law on Occupation: Resolution 1483 on Iraq in Historical Perspective*, 1 I.D.F. L. REV. 19, 33 (2003).

כפי שהמאמר מציין, העקרונות הללו כרוכים זה בזה. למעשה, ניתן לומר את הדברים באופן חד יותר: סוגיית הריבונות וחובת הנאמנות כפופים, להלכה ובעיקר למעשה, למאפייני של הכיבוש כמשטר זמני. כפיפות זו נובעת לא רק מן העובדה ש"ריבונות" ו"נאמנות", בניגוד ל"זמניות", הם מושגים מופשטים במידה כזו שהם אינם מאפשרים הכרעה מהותית כגון זו הנדרשת בבואנו להכריע אם משטר כיבוש מסוים הוא חוקי. הסיבה החשובה יותר היא שהעדר הזמניות או התמשכות הכיבוש מכרסמים באופן אינהרנטי ומחויב-המציאות בדרישות הריבונות והנאמנות. על-כן אין זה מפתיע שהנשיא לשעבר של בית-הדין הבין-לאומי לפשעי-מלחמה ביוגוסלביה, פרופ' אנטוניו קססה, מתנה את חוקיותו של הכיבוש בזמניותו.¹⁷

במקרה הישראלי, קובעים המחברים, השליטה הישראלית המוחלטת בשטחים, בהקשרים צבאיים ואזרחיים כאחד, מגיעה לידי הפקעת הריבונות מידי העם הפלסטיני לטובת האינטרסים הישראליים. לביסוס טיעון זה המחברים מציינים במיוחד את סיפוח ירושלים המזרחית והרחבת תחומה המוניציפלי מ-6 קמ"ר בזמן השלטון הירדני ל-71 קמ"ר כיום; ואת הקמת ההתנחלויות וגדר-ההפרדה בשטחי הגדה המערבית. על דוגמאות אלה ניתן להוסיף עוד רבות, וכמה מהן יוזכרו במסגרת סקירה זו.

במסגרת חובת הנאמנות, המעצמה הכובשת מחויבת לפעול למען תושבי השטח הכבוש ולדאוג לצורכיהם, תוך שמירה על האינטרסים הבטחוניים הלגיטימיים של כוחותיה. גם כאן המחברים מציינים דוגמאות אחדות להפרת חובת נאמנות זו על-ידי ישראל, אשר הבולטת מביניהן היא המדיניות התכנונית של ישראל בשטחים, הכוללת הפקעת אדמות מידי פלסטינים והקמת התנחלויות בעבור יהודים. הם מאזכרים מסמך חשוב שנכתב על-ידי מחלקת ההתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית בשנת 1983. מסמך זה, אשר לא זכה בפרסום רב בישראל, מפרט את הבסיס לתוכנית המתאר של נפת שומרון בגדה המערבית ואת הניתוב של כספי מדינה לצורך זה. בין היעדים שהמסמך מציין כלולים "הגבלת התפשטות הבנייה הערבית" ו"מניעת רצפים של קהילות ערביות". מאפיינים נוספים ומוכרים – ביניהם תמיכה כספית משמעותית במתנחלים באמצעות משרדי הממשלה השונים, הפקעת אדמות, יצירת מערכות משפט נפרדות ליהודים ולפלסטינים, העדר טיפול בטענות הנוגעות באלימות של מתנחלים כלפי פלסטינים ומשטר ההיתרים המיוחד החל רק על תושבים פלסטינים – מובילים את המחברים למסקנה כי המבנה המשפטי של הכיבוש נועד לשרת, ואכן משרת, את האינטרסים של המתנחלים יותר מאשר את האינטרסים של התושבים הפלסטינים, ובמקרים רבים אף על-חשבון אלה האחרונים.¹⁸

על-אף חשיבותם של מאפיינים אלה של ריבונות ונאמנות בניתוח הכיבוש הישראלי בשטחים, נראה שגם המחברים מודעים לכך שמדובר בנגזרות מוכנות של "השליטה

.ANTONIO CASSESE, SELF-DETERMINATION OF PEOPLES: A LEGAL REAPPRAISAL (1995) 17
 Ben-Naftali, Gross & Michaeli, לעיל ה"ש 14, בעמ' 43. 18

הנוגדת "ארוכת-השנים – למעשה, הארוכה ביותר בעולם שלאחר מלחמת-העולם השנייה – של ישראל בשטחים. כך, במסגרת הדיון בהפרת הנאמנות מצד ישראל, קיימת הסתברות גבוהה שהמעצמה השלטת תנהיג ברבות הזמן רפורמות כלכליות, פוליטיות, תרבותיות וחברתיות, ומכיוון שהשלטון רואה את עצמו נאמן בראש ובראשונה לבוחריו (ולא לתושבים שאין להם זכות בחירה), יש לצפות שהנאמנות תיטה ביתר שאת לטובת אזרחי המדינה הכובשת, תוך פגיעה במחויבות כלפי תושבים השטח הכבוש.¹⁹

ניתוח זה, הנראה משכנע למדי, אינו עומד בקנה אחד עם המבנה שהוצב על-ידי האדריכל המשפטי של הכיבוש – נשיא בית-המשפט העליון מאיר שמגר. המחברים מביאים את דבריו שלפיהם הכיבוש הוא "סיטואציה עובדתית" אשר "יכולה להימשך לנצח", בכפוף לפתרון פוליטי או צבאי.²⁰ ניתוח משפטי "קר" זה מתעלם מהדינמיקה שתוארה זה עתה, אשר כורכת את הזמן החולף בהפרה צפויה של חובת השמירה על ריבונותם של תושבי השטח הכבוש ושל חובת הנאמנות של המעצמה הכובשת כלפיהם. למעשה, התמשכות הזמן צפויה "לגלגל" את הקטגוריה המשפטית הניטרלית, העובדתית, של "כיבוש" לתופעה נורמטיבית ניטרלית הרבה פחות: סיפוח בלתי-חוקי, אפרטהייד או קולוניאליזם. אכן, בתופעות אלה עוסקים מאמרים אחרים בקובץ זה.

אבל בטרם נפנה אליהם, יש מקום לתת את הדעת לשתי סוגיות העולות מהניתוח – האחת נקודתית והאחרת רחבה יותר. ראשית, יש לשאול מהן ההשלכות העולות מניתוח דרמטי זה. שאלה מסוג זה העסיקה אנשי תורת משפט רבים, אשר נתנו את דעתם להשלכותיו של משטר מעוות ומרושע. פוזיטיביסטים, כידוע, פתרו דילמה זו על-ידי עקיפתה: לתפיסתם, ערכה המוסרי של נורמה משפטית או של מערכת משפטית אינו תנאי לתוקפן המשפטי. אנשי משפט הטבע, לעומת זאת, ראו את הדברים אחרת. הם קשרו באופן הדוק תוקף משפטי ותוכן מוסרי. אף ששתי הגישות הללו נראות רחוקות זו מזו כמרחק מזרח ממערב, במבט נוסף לא ברור אם להבדלים ביניהן יש השלכות נורמטיביות (למשל, באשר לחובת הציות לחוק).²¹ ניתוחם של בן-נפתלי, גרוס ומיכאלי הוא מעניין וחשוב, מכיוון שהוא אינו נזקק להסתמכות על בסיס נורמטיבי, אשר עשוי להיות במחלוקת (למשל, אם מערכת משפטית שונה ליהודים ולמי שאינם יהודים היא פגומה מיסודה). במקום זאת, הטיעון נטוע היטב בפרדיגמה פוזיטיביסטית, ומבקש להעביר את התופעה ה"ניטרלית", ה"עובדתית בלבד", של הכיבוש הישראלי אל עבר מפתחן של תופעות המוכרות כבלתי-חוקיות (ולא רק בלתי-מוסריות) – אפרטהייד וסיפוח. עם זאת, השאלה נשאר דומה למדי לזו ששאלו הפוזיטיביסטים את אנשי משפט הטבע: גם אם נסכים שמערכת מסוימת היא מרושעת מיסודה, מה דינם של כל החוזים, הרכישות, החתונות והגירושים שהתרחשו

19 שם, בעמ' 58.

20 שם, בעמ' 56.

21 דוד אנוך ואלון הראל "עיון פילוסופי במשפט ואודותיו" דין ודברים ד 17, 26 (2008).

במסגרתה? האם כולם בטלים מעיקרם? המחברים מודעים לכך, ומבהירים כי המסקנה שלפיה הכיבוש הישראלי אינו חוקי אינה מובילה ל"ריק משפטי".²² במקום זאת הם מציעים לראות במסקנתם קריאה לקהילה הבין-לאומית לקבוע תאריך סיום למצב הבלתי-חוקי המתמשך, ובמידת הצורך להפקיע את השליטה בשטח מידי ישראל. הצעה זו להעברת הדיון גם אל המישור הפוליטי הבין-לאומי מעידה כשלעצמה, במידה רבה של צניעות, על גבולות המשפט בכלל, ובהקשרים מסוג זה בפרט.

2. ההקשר התודעתי של המשפט במסגרת הכיבוש

הסוגיה השנייה העולה מהניתוח קשורה באופן הדוק יותר למימד הנורמטיבי של המשפט, אשר הוזכר זה עתה בהקשר של המחלוקת בין תפיסות פוזיטיביסטיות לבין תפיסות של משפט הטבע. באופן ספציפי אבקש להתמקד בתיאוריה של אחד מחשובי ההוגים של משפט הטבע המודרני – לון פולר (Fuller). אין לראות את ההישענות המפורטת על עמדתו של פולר כמעידה בהכרח על הסכמה עם גישתו הכללית באשר ליחסים בין משפט לבין מוסר.²³ למעשה, השימוש שאעשה כאן בגישה זו הוא מכשירני, והוא אפשרי לנוכח ההנחה המשותפת לגישתו ולכלל המאמרים בקובץ זה אשר התייחסו למשפט. הנחה זו היא שהמשפט מעניק הכשר להחלטות אשר היו עלולות להיחשב שרירותיות או נתונות במחלוקת אילו התקבלו מחוץ למערכת המשפטית. התכחה של ההחלטה בכור המנגנון המשפטי משנה אם כן את מאפייני ההחלטה והופכת אותה לבעלת איכויות שונות. גם אם היא אינה חסינה מפני ביקורת, היותה חלק ממנגנון רחב יותר – מ"כללי המשחק" ההוגנים – מחייבת, ולו א-פריורית, כיבוד וצייתנות. מחברי הספר ערים לכך, ומציינים זאת פעם אחר פעם. אך כדי שמערכת משפטית תקנה הכשר לשימוש בכוח, היא עצמה חייבת ליהנות מהכשר.²⁴ פולר מנסה אם כן לתור אחר התנאים המכוננים הכשר כאמור.

במסגרת פרק שכותרתו החד-משמעית היא "המוסריות המאפשרת את המשפט",²⁵ פולר מונה שמונה תנאים של "משפט טבעי פרוצדורלי", אשר הקפדה עליהם היא שמכחינה בין מערכת משפטית לבין מערכת של כוח שרירותי:²⁶ פלילות, פרסום, פרוספקטיביות, בהירות, הימנעות מדרישת הבלתי-אפשרי, עקביות, העדר סתירות והתאמה בין דרישת

22 Ben-Naftali, Gross & Michaeli, לעיל ה"ש 14, בעמ' 67.
 23 H.L.A. Hart, *Book Review: The Morality of Law by Lon L. Fuller*, 78 HARV. L. REV. 1281 (1965).
 24 Ronen Shamir, "Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: *The Case of Israel's High Court of Justice*, 24 LAW & SOC'Y REV. 781 (1990).
 25 FULLER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 33-38.
 26 עומר שפירא תורת המשפט 184 (2003). יש מקום לטענה כי ג'ון רולס תומך בעמדה זו: JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 206-212 (rev. ed., Harvard University Press 1999).

החוק לבין אכיפתו במציאות. פולר רואה בתנאים אלה את הבסיס ל"מוסריות הפנימית" של מערכת משפטית. נשאלת השאלה: באיזה מובן מוסריות פנימית זו "מאפשרת" את המשפט? או בניסוח המקביל לשאלה שהוצגה בחלק הקודם: מהן, לפי פולר, ההשלכות של אי-עמידה באותם תנאים? פולר, כמו אנשי משפט טבע מודרניים אחרים,²⁷ מסרב לומר בפשטות כי "חוק בלתי-מוסרי אינו חוק". במקום זאת הוא רואה בעמידה בדרישות הללו אידיאל שהמערכת צריכה לשאוף אליו. כך – כפי שניתן לומר על סטודנט המשלם שכר-לימוד אך אינו מגיע לשיעורים, אינו קורא את החומרים ונכשל במבחנים שנה אחר שנה: "הוא לא באמת סטודנט" – התרחקות מהאידיאל משפיעה בסופו של יום על היכולת לראות מערכת משפט נתונה כראויה להיקרא "משפט". חשיבותה של מסקנה זו לענייננו טמונה בהשפעות התודעתיות של ההתרחקות מהאידיאל. אם נחזור לדוגמה שצוינה זה עתה, עצתו המקצועית של אותו סטודנט (לכלכלה, למשפטים, לאדריכלות) תיחשב בעינינו פחות-ערך אם נדע שהוא למעשה (גם אם לא להלכה) "אינו סטודנט". באופן דומה, יכולתו של המשפט להקנות הכשר למעשים אשר אלמלא המשפט היו מעוררים מחלוקת עזה תלויה במידה שבה המערכת המשפטית הנתונה ראויה לשמה במלוא מובן המילה. מערכת המתרחקת מאידיאל זה מאבדת את כוחה המוסרי לחייב בציות,²⁸ ובהיקש – את כוחה לשכנע כי עצם הכרעתה בסוגיה נתונה, לכאן או לכאן, מהווה שיקול מוסרי.

אף שפרופ' פולר אינו מוזכר ולו פעם אחת במסגרת ספר עב-כרס זה, רוחו מרחפת מעל רוב מאמריו. קשה למשפטן המכיר את עמדותיו לא לראות בתמונה העולה מן המאמרים דוגמאות חדות וחיות לעקרונות שפולר מונה. אומנם, ניתן בהחלט לומר – ברוח מאמרם של בן-נפתלי, גרוס ומיכאלי – שכל כיבוש מתמשך, שאינו מוגבל בזמן, הוא פסול מיסודו. ברם, דווקא קיומה של מערכת משפטית מתפקדת בשטחים מהווה, בעיני רבים, תשובה מסוימת לעמדה הגורפת השוללת את הלגיטימיות המוסרית של השליטה הישראלית בשטחים.²⁹ היתרון המשמעותי הגלום בשימוש בגישתו של פולר הוא ששימוש זה מאפשר עקיפה אלגנטית של מחלוקות מוסריות קשות ליישוב בין פלגים שונים באוכלוסייה, והתמקדות באותם פרמטרים אשר גם צדדים ניצים צפויים להסכים עליהם. בהקבלה מעניינת, ניתן לציין שכאשר בית-המשפט העליון מבקר את פעולתן של הרשויות הישראליות בשטחים, הוא מעדיף לעשות כן – בחלק ניכר של המקרים – במונחים של פגמים הליכיים באופן קבלת ההחלטה (למשל, אי-מתן זכות טיעון), ולא במונחים של פגם מהותי במעשה המנהלי עצמו (הריסת בתים, מעצרים מנהליים) או פגם בהפעלת שיקול-

27 JOHN FINNIS, NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS (1st prtg., Clarendon Press 1980)

28 FULLER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 39.

29 יואב דותן "בג"ץ באינתיפאדה" ספר יצחק זמיר 399, 400, 412 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); רייכמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 749–752. מן הראוי לציין שהכותבים דנים בעמדה זו, ולא דווקא תומכים בה.

הדעת.³⁰ אנו מוצאים, אם כן, שלבחינה הליכית יש עוצמה רבה, בשל היכולת לגייס קונסנזוס רחב יותר סביב תפיסת הצדק וההוגנות במערכת. פולר מרחיב תובנה זו, ונדרש לא רק לצדק בתוך המערכת, אלא גם לעמידה באמות-מידה של צדק והוגנות של המערכת. בעשותו כן הוא ער לקושי לעצב סטנדרטים מהותיים לבחינת מערכת משפטית, ומציע את שמונת העקרונות הפרוצדורליים האמורים. והנה, שבעה מבין שמונת העקרונות שפולר מונה מוצאים ביטוי מפורש במאמרי הספר הנסקר כאן. רק לדרישת הפרוספקטיביות (או החובה להימנע מחקיקה למפרע) אין אזכור מפורש במסגרת הספר.

בטרם נפנה לדיון מורחב בעקרונות אלה, הרגישות ההיסטורית מחייבת אזהרה: פולר פיתח את תורתו במסגרת דיון נוקב עם פרופ' הרט (Hart) באשר לרמת ה"משפטיות" של המשטר הנאצי.³¹ בספרו *THE MORALITY OF LAW*,³² אשר נכתב שנים מספר מאוחר יותר, הוא מזכיר גם דוגמאות אחדות ממשטר האפרטהייד בדרום-אפריקה, אשר התגבש באותן שנים. בשימוש בתיאוריה של פולר כאן אין כדי להביע, ולו ברמז, עמדה לגבי ההקבלות ההיסטוריות בין מעשיה של ישראל, מזה, לבין שני המשטרים הללו, מזה. כעת נפנה אם כן לבחון את שבעת העקרונות, מבין השמונה שפולר מונה, אשר נמצא להם ביטוי במאמרי הספר.

(א) פלליות

הדרישה שכותרתה פלליות (generality) כוללת למעשה חובה פשוטה בהרבה: קיום חוקים.³³ חובה זו נראית בסיסית למדי למי ששלטון החוק לנגד עיניו. עם זאת, אין די בקיום צווים בעלי תוקף משפטי; הדרישה היא שהנורמות המשפטיות יהיו כלליות במידה מספקת – שהן לא יכוונו לאנשים מסוימים, אלא לקבוצות רחבות ככל האפשר באוכלוסייה.³⁴ הדרישה מקוימת כאשר קיימים חוקים המוחלים על הביורוקרטיה ומכוונים את התנהלותה. לעומת זאת, כאשר המודל הליברלי של הביורוקרטיה נסוג, תופסת את מקומו השרירותיות של שיקול-הדעת הביורוקרטי, אשר כונה על-ידי קרל שמיט "החלטתיות" מתמדת (constant decisionism).³⁵

30 KRETZMER, לעיל ה"ש 13, בעמ' 132–135, 188–189; דותן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 400, 408.

31 H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 HARV. L. REV. 593 (1958); Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart*, 71 HARV. L. REV. 630 (1958).

32 FULLER, לעיל ה"ש 5.

33 שם, בעמ' 46.

34 H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 22–25 (2nd ed., ראו: Oxford University Press 1994).

35 Shenhav & Berda, לעיל ה"ש 12, בעמ' 342.

דוגמה רלוונטית היא הטלת עוצר בשטחים. לדברי שלמה גזית, המפקד הראשון של המנהל האזרחי בשטחים, במהלך שני העשורים הראשונים התקיימה פרוצדורה מורכבת להטלת עוצר. פרוצדורה זו כללה בקשה מהדרגים הנמוכים, אשר נבחנה במעלה סולם הדרגות עד הרמטכ"ל. הכללים חייבו פירוט של מטרת העוצר, הכוחות המופקדים ומשך הזמן שהוא יימשך. פרוצדורה מקבילה נדרשה גם בצד האזרחי של מערכת הביטחון, וכללה אישור של שר הביטחון.³⁶ לאחר האינתיפאדה הראשונה נעשתה קבלת ההחלטות על סגרים באופן מקומי, בהליך פשוט ושגרת, על-ידי המפקד בשטח.³⁷ הילה דיין מכנה תופעה זו "שלטון העריצות המנהלית".³⁸ התוצאה המיידית הייתה עלייה משמעותית במספר ימי הֶסְגָר בכפרים נתונים. למשל, בחודשים ינואר עד מרס 1991 היו בכפר ענבתא, באזור טול-כרם, 74 ימי סגר ורק שבעה ימים ללא סגר. מפקדים יכלו להחליט על סגירת כביש או על הטלת סגר על כפרים שלמים בתגובה על אירוע בטחוני או לקראת חגים יהודיים שבהם תיירים רבים צפויים לפקוד את הארץ.³⁹ כך גם במקרה של רחוב השוהדא בחברון, אשר שימש ציר מרכזי לפלסטינים, ונסגר באופן גורף ובלתי-חוקי על-ידי הצבא, מבלי שהוצא צו המסמיך את כוחות הביטחון לאסור תנועה רגלית של פלסטינים ברחוב.⁴⁰

בית-המשפט התייחס לתופעה זו במסגרת דיון באיסור גורף שהוטל על תושביהם של חמישה כפרים פלסטיניים להגיע לאדמותיהם ולעבדן.⁴¹ השופטת ביניש (כתוארה אז) מציינת את העיקרון, אשר מהווה נגזרת פשוטה וברורה של שלטון החוק, ואשר מופר לא פעם בשטחים:

סגירת השטחים חייבת להיעשות על דרך של הוצאת צווים בכתב על ידי המפקד הצבאי ובהעדר קיומם של צווי סגירה אין למנוע מהתושבים הפלסטינים גישה לאדמותיהם... כעיקרון, סגירת שטחים צריכה להיעשות

Hilla Dayan, *Regimes of Separation: Israel/Palestine and the Shadow of Apartheid*, in 36
The POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION, *supra* note 2, 281, at 300

ראו גם אצל Shenhav & Berda, לעיל ה"ש 12, בעמ' 365.

Dayan, לעיל ה"ש 36, בעמ' 298.

שם, בעמ' 300–301.

לפי מכתב ששלח היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון אל עו"ד לימור יהודה מהאגודה 40
לזכויות האזרח, "אכן, בשגגה, לא התאפשרה תנועתם הרגלית של פלסטינים על ציר
השוהדא". "שגגה" זו, יש לציין, נמשכת משנת 2000. ראו האגודה לזכויות האזרח בישראל
"רחוב השוהדא – אסור לתנועת פלסטינים" 27.5.2009 www.acri.org.il/Story.aspx?id=2365. יש לציין כי אזולאי ואופיר מזכירים פרשה זו כדוגמה להפרה של הוראות בג"ץ. ראו

Azoulay & Ophir, לעיל ה"ש 8, בעמ' 113. למעשה, פסק-הדין בנושא טרם התקבל.
בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 26.6.2006). 41

באמצעות צו שהודעה עליו נמסרת למי שנפגע ממנו ואשר ניתנת לתושבים שאדמותיהם נסגרו בפניהם הזדמנות להשיג על תוקפו.⁴²

בהקשר דומה מובא בספר העתק של צו המסדיר נוהלי יציאה של אנשים הזקוקים לטיפול רפואי במהלך עוצר.⁴³ הצבא נדרש להכנתם ולפרסומם של הנהלים הנדרשים רק בעקבות עתירה שהוגשה על-ידי ארגון רופאים לזכויות אדם. כמו-כן, בסדרה של תמונות שכותרתה "הארכיטקטורה של ההרס" מוצגים בתים שהוחרבו על-ידי הצבא, אשר לא נזקק לשם כך לפנייה לקטגוריות של "בנייה בלתי-חוקית", "מחסה לטרוריסטים" או אפילו "צרכים מבצעיים". הטקסט הנלווה מציין כי בפעולות הרס אלה יש למפקד בשטח סמכות מלאה לקבוע מה ייהרס, תוך ניתוק מוחלט מהדרגים מעליו וללא כל צורך לנמק את החלטותיו.⁴⁴ אריאלה אזולאי ועדי אופיר, בפרק הבוחן את תופעת האלימות במסגרת הכיבוש, רואים את מערכת המשפט במסגרת הכיבוש הישראלי ככזו שניתקה את הכלל המשפטי ממערכת שיפוט ומהיגיון משפטי. האלימות במסגרת הכיבוש נעשתה מבוססת לחלוטין על אוסף שרירותי של צווים והסמכות "המותאמים לצרכים מבצעיים".⁴⁵ שנהב וברדה מציינים את השינוי שחל בשנת 2000, כאשר שירות הביטחון הכללי עבר מתפקוד של יועץ למנהל האזרחי למעמד של רשות מוסמכת בעלת שיקול-דעת בלעדי בכל הנוגע בסיווג תושבים פלסטינים כסיכונים בטחוניים.⁴⁶ מעבר לעובדה ששינוי זה לא פורסם (על דרישת הפרסום ראו להלן בסעיף קטן (ב)), עצם השינוי מהווה מעבר ממנגנון ביורוקרטי סדור, במידה זו או אחרת, למנגנון של קבלת החלטות נקודתיות לפי צרכים מקומיים. גם אייל וייצמן, הסוקר את תופעת הסיכולים הממוקדים, מציין את הנסיגה המוחלטת של הממשלה מהרמה הביצועית, ואת השארתה בידי כוחות הביטחון. לדבריו, הריק הפוליטי, יחד עם האובססיה הציבורית לסיכולים, הובילו לכך שקצין אחד אף הציע להקפיד על ממוצע של הרוג אחד ליום כעניין של מדיניות. שר הביטחון מופז ושרון התלהבו, אבל הרעיון נפל.⁴⁷ לימים החל השב"כ לפרסם מראש את האנשים הצפויים לחיסול. כה בטוחים היו ביכולתם להגיע לכל

אדם.⁴⁸

-
- שם, בפס' 21. 42
Michal Givoni, *The Occupation's Paper Trail VIII*, in THE POWER OF INCLUSIVE 43
EXCLUSION, *supra* note 2, 487
Ariella Azoulay, *Photo Dossier I: The Architecture of Destruction*, in THE POWER OF 44
INCLUSIVE EXCLUSION, *supra* note 2, 161
Azoulay & Ophir, לעיל ה"ש 8, בעמ' 129. 45
Shenhav & Berda, לעיל ה"ש 12, בעמ' 340. 46
Eyal Weizman, *Thanato-Tactics*, in THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION, *supra* note 2, 47
.543, at 554.
שם. 48

דוגמה אחרונה לעניין זה מובאת מתוך פסק-דין שניתן לאחרונה, לאחר צאתו לאור של הספר מושא הסקירה. כוונתי לפסק-דינו של בית-המשפט העליון אשר ביטל את האיסור שהוטל על תנועת פלסטינים בכביש 49.443 איסור זה, אשר נכנס לתוקף בשנת 2002, יושם ללא אסמכתה בכתב, אלא רק מכוח סמכותו הכללית של מפקד צבאי להורות על סגירת כביש, במסגרת הצו בדבר הוראות ביטחון. למעשה, רק לאחר הגשת העתירה, ביום 28.8.2007, הוציא מפקד כוחות צה"ל באיו"ש הוראות האוסרות תנועה של כלי-רכב שאינם ישראליים.⁵⁰ אף-על-פי שעם פרסום ההוראות התייתרה הטענה בדבר העדר מקור חוקי לאיסור, נענה בית-המשפט והתייחס לתופעה הכללית של "הטלת איסור תנועה ללא אסמכתא בכתב [אשר לדברי העותרים] חוזרת על עצמה שוב ושוב".⁵¹ כדבריו, החובה לפרסם הוראה מפורשת –

עולה בקנה אחד הן עם אינטרס הפרט הנפגע, הן עם אינטרס המשיבים. בהיעדרו של צו חתום, עלולה להיווצר אי בהירות גם בקרב גורמי הממשל בהתייחס למצב לאשורו. כך ארע גם בענייננו. כפי שראינו, גם בחלוף מספר שנים שבהן התנועה בכביש היתה מוגבלת, נציג היועץ המשפטי לאזור יהודה והשומרון לא היה מודע לכך. לפיכך, הוא השיב לעותרים, שהשיגו על סגירת הכביש בפניו, תשובה שאינה נכונה.⁵²

(ב) פרסום

דרישה בסיסית זו מחייבת שהכללים יפורסמו, כדי לאפשר לציבור לבחון אותם, לבקר אותם או לדרוש את אכיפתם במקרה הצורך.⁵³ ניהול משטר ההיתרים הקיים כיום בשטחים מהווה דוגמה להפרה בוטה של חובה זו. יהודה שנהב ויעל ברדה מציינים, ממש ברוח דבריו של פולר, כי העובדה שאין מפרסמים את התבחינים לזיהוי, להפרדה ולהדרה בשל נסיבות בטחוניות מביאה לידי כך ש"הם מעולם לא היו חלק מדיון רציונלי שבמסגרתו ניתן להתווכח, להתדיין או לחלוק" על ההיגיון שבהם. דרישות לפרסום התבחינים נענות בשלילה על-ידי מדור מרשם האוכלוסין של לשכת היועץ המשפטי באזור יהודה ושומרון, תוך ציון "נסיבות בטחוניות".⁵⁴

49 בג"ץ 2150/07 ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון (פורסם בנוב, 29.12.2009).
 50 שם, בפס' 37.
 51 שם, בפס' 8.
 52 שם, בפס' 37.
 53 FULLER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 51.
 54 Shenhav & Berda, לעיל ה"ש 12, בעמ' 356. להעתקים של צווים המסמיכים מתן היתרים ולהעתקים של ההיתרים עצמם ראו: Michal Givoni, *The Occupation's Paper Trail I*, in: THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION, *supra* note 2, 89.

אכן, בצמוד למאמרם של שנהב וברדה נמצא העתק של מכתב שנשלח לעו"ד ברדה על-ידי רב"ט טל יחיא, מש"קית משפטים (תפקיד מעניין כשלעצמו, המעיד על המרת המקצועיות בבירוקרטיה) במדור האמור. על-פי המכתב, אין המדור יכול להיעתר לבקשתה של עו"ד ברדה לקבל לידיה את השיקולים שעמדו בבסיס ההחלטה לא להתיר לאדם לצאת מהאזור הרלוונטי, או לפרט את השיקולים בבסיס ההכרזה על האזור כשטח סגור. באופן הקשור לדרישת הפלליות, נאמר במכתב האמור כי היתר היציאה הינו "פרטני", ולא כללי, וכי השיקולים בבסיסו משתנים מזמן לזמן (על דרישת העקביות ראו להלן בסעיף קטן (ה)).⁵⁵

(ג) בהירות

בדרישה זו פולר רואה מרכיב בסיסי והכרחי לחוקיות. חקיקה עמומה ולא-ברורה אינה יכולה להיות בסיס לציות. לביסוס עמדתו הוא מצטט את דברי הכלכלן הליברטריאני פרופ' פרידריך הייק (Friedrich Hayek), שלפיהם:

One could write a history of the decline of Rule of Law... in terms of progressive introduction of these vague formulas into legislation and jurisdiction, and of the increasing arbitrariness and uncertainty of, and the consequent disrespect for, the law and the judicature.⁵⁶

מהספר הנסקר כאן עולה כי עמימות משפטית ופוליטית והשעיה חלקית של זכויות הן חלק מהתפיסה הבסיסית של שליטה אימפריאלית, המבוססת על מערכת משפטית הבנויה כמארג של טלאי על טלאי, עם הסדרים מקומיים ומצבי החרגה רבים, כדי לשמר את האינטרסים של הכוחות האימפריאליים. במקום קטגוריות משפטיות ברורות המעוגנות באמות-מידה ידועות, משטרים אימפריאליסטיים מעדיפים מערך עמום של יחסים, נאמנויות והשתייכויות כמודל עבודה.⁵⁷

בהקשר הישראלי-פלסטיני מציינים בן-נפתלי, גרוס ומיכאלי כי העמימות באשר לצמדים כיבוש/לא-כיבוש, סיפוח/לא-סיפוח (התנהגות כריבון) וזמניות/נצחיות מהווה מאפיין קבוע של הכיבוש הישראלי, וכי עמימות זו היא שמאפשרת להקנות הכשר לפעולות אשר אלמלא העמימות היו נתפסות כבלתי-חוקיות באופן מובהק.⁵⁸ כך, בעוד שהמערכת המשפטית הישראלית מעולם לא הכירה בגדה המערבית וברצועת עזה כ"שטח כבוש", היא

Michal Givoni, *The Occupation's Paper Trail VI*, in THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION, *supra* note 2, 375, at 376.

FULLER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 64-65.

Shenhav & Berda, לעיל ה"ש 12, בעמ' 347.

Ben-Naftali, Gross & Michaeli, לעיל ה"ש 14, בעמ' 65.

מצדיקה את מעשי ישראל ואת זכויות הפלסטינים על בסיס דיני הכיבוש. בג"ץ, אשר לא הצהיר מעולם כי אמנת ג'נבה חלה בשטחים,⁵⁹ החיל את עקרונותיה ודחה חלק ניכר מעתירותיהם של הפלסטינים, כולל בשני הקשרים ייחודיים שאמנת ג'נבה מטפלת בהם באופן מפורש: גירוש והריסת בתים. לדברי בן-נפתלי, גרוס ומיכאלי, מהלכים אלה מאפשרים לרשויות הישראליות לקצור אהדה על החלת עקרונות משפטיים הומניטריים ובר-בזמן להפר את עיקריהם.

אופיר ואזולאי מזהים במסגרת המדיניות הישראלית מטרה לקבוע את שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה כ"אזור של אי-הבחנה" (zone of indistinction) בין סוגים של אלימות אשר תחת שלטון ריבוני היו מובחנים. מדובר בעיקר בהבחנה בין אלימות מתפרצת (מוחשית), אלימות מושהית (withheld) ואלימות נרמזת (insinuated). אלימות נרמזת ואלימות מושהית נבדלות בעוצמתן ובמשך הפעלתן, אך ניתן להקביל את שתיהן לכוח כלכלי, לכוח שכנוע או אף לכוח פיזי אשר אינו ממומש (למשל, הופעה של חיילים או שוטרים ברחוב או בכפר). אופיר ואזולאי מציינים כי על-פי-רוב, המעבר בין סוגי אלימות מוסדר היטב באמצעות כללים.⁶⁰ כאשר כוח מאבד לגיטימיות ויציבות, הוא פונה לעמימות שתוצאתה מאיימת, משמע, הוא נוטה להנכיח את האלימות באופן רחב יותר ומפורש יותר, וכן נוטה להפעילה באופן לא-סדיר ואד-הוקי. השימוש הגובר ביחידות המסתערבים, העוברות בחטף מהיטמעות באוכלוסייה לאלימות קשה, מהווה דוגמה מוחשית לכך. אך מעבר למידת הלגיטימיות שהמערכת בכללותה עשויה לקצור בשל העמימות המובנית שבה, העמימות מהווה מרכיב חשוב ובעייתי גם במקרים קונקרטיים. דוגמה קשה כזו ניתנה לאחרונה עם הוצאת "צו בדבר מניעת הסתננות".⁶¹ מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון חתם על הצו ב-13 באוקטובר 2009, אך הוא זכה בפרסום רק עם כניסתו לתוקף ב-13 באפריל 2010 (עובדה אשר רלוונטית לדיוננו בדרישת הפרסום לעיל בסעיף קטן (ב)). על-פי הצו, "מסתנן" הוא "מי ששוהה באזור ושאינו בידו היתר כדין". נגד מסתנן ניתן להוציא צו גירוש או לנקוט הליכים פליליים הנושאים עונש מאסר של עד שבע שנים. הלשון הכללית והעמומה מאפשרת לכלול במסגרתו אזרחי ישראל ופלסטינים מהשטחים, יהודים ומי שאינם יהודים, תושבי עזה השוהים בגדה, תושבי ירושלים וכן אזרחים של

59 אפשר שניתן לראות התפתחות מסוימת בהקשר זה בפסק-דין של בית-המשפט העליון מן העת האחרונה. בבג"ץ 2690/09 "יש דיין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנוב, 28.3.2010) נדונה עתירה שביקשה לאסור על ישראל להחזיק אסירים פלסטינים במתקני כליאה בתוך ישראל, שכן החזקה זו עומדת בניגוד להוראותיה של אמנת ג'נבה. בג"ץ דחה את העתירה לנוכח קיומו של חוק מפורש המתיר פרקטיקה זו, אולם קבע לראשונה כי "יש לבחון את פעולות המפקד הצבאי באזור בהתאם להוראות האמנה, כפי שנהג בית המשפט לעשות במשך שנים, ולכבד את הוראותיה המנהגיות כחלק מהדין הנוהג" (שם, פס' 6 לפסק-הדין).

60 Azoulay & Ophir, לעיל ה"ש 8, בעמ' 103–106.

61 צו בדבר מניעת הסתננות (תיקון מס' 2) (יהודה ושומרון) (מס' 1650), התש"ע-2009.

מדינות שישאל מקיימת איתן קשרים דיפלומטיים וידידותיים. היות שהצו אינו מגדיר את המונח "היתר כדין", למעשה המפקד הצבאי יכול, אם ירצה בכך, לרוקן את הגדה מכל יושביה (בכפוף לביקורת שיפוטית). מצד אחר, העובדה שדובר צה"ל הודיע כי לא ייעשה שימוש בצו נגד ישראלים, וכי תינתן עדיפות לאכיפה נגד תושבי עזה המתגוררים בגדה, ממחישה את הסכנה הטמונה בהעדר בהירות.⁶² העמימות מאפשרת שרירות. בהעדר סייגים מותווים מראש, אדם יחיד – שליט או מפקד צבאי – ניצב בפועל מעל החוק, ולמעשה יוצר את החוק.⁶³

(ד) הימנעות מדרישת הבלתי־אפשרי

על פניו, אומר פולר, חוקים הדורשים את הבלתי־אפשרי מהווים אבסורד, כך שאפילו לדיקטטור מרושע אין לכאורה סיבה לחוקקם. אולם המציאות, הוא קובע בצער, מורכבת יותר.⁶⁴ הוא מציין את התופעה – השולית יחסית – של אחריות מוחלטת במשפט הפלילי, אשר מעולם לא זכתה באהדה יתרה בדיוק בשל ההסתייגות שבהעמדתו לדין של אדם בגין מעשה שלא הייתה לו כל אפשרות להימנע ממנו. הפתרון למצב זה, במקרים רבים, גרוע מהבעיה המקורית: אכיפה ברירנית (סלקטיבית). אף שהנורמה מוחלטת על כלל האזרחים, מובטח לנו שהאכיפה תכוון רק כלפי "העבריינים האמיתיים". האזרחים ישרי־הדרך, אשר השלטון פטר אותם מאחריות פלילית, מודים על החסד שנעשה עימם. פרקטיקה זו, אשר פולר מכנה "אכיפה בדרך של סחיטה", הייתה נפוצה בזמן מלחמת־העולם השנייה, כאשר אנשי מנהל מותשים ראו בכך דרך לפשט את האכיפה של הסדרים כלכליים מורכבים.⁶⁵ פרקטיקת הסחיטה מופיעה בתדירות מטרידה בכמה מאמרים בקובץ זה. הכוונה בעיקר לשימוש בכלי הסחיטה כדי לגייס פלסטינים לשתף פעולה עם כוחות הביטחון. בתמורה לשתוף־הפעולה, שירותי הביטחון מציעים לאדם להמיר את סיווגו באופן שיאפשר לו להשיג אישור כניסה או אישור עבודה.⁶⁶ ניב גורדון ודני פילק מביאים מדבריו של ד"ר (רפואה) אפרים סנה, שעמד בראש המנהל האזרחי, בנוגע לאישורי מעבר לבית־חולים בישראל. לדבריו, המדיניות הישראלית נועדה ללחוץ על פלסטינים לשתף פעולה בתחומים רבים. "המוטו היה: אם תתנהג יפה – תקבל; אם לא, אז לא... המדיניות לא הייתה מפורשת, אבל הייתה ידועה לכל הצדדים המעורבים והוזכרה בדיונים פנימיים."⁶⁷ במקרים אחרים

62 עמירה הס "צו צבאי חדש יאפשר לצה"ל לגרש עשרות אלפי פלסטינים מהגדה המערבית" הארץ Online 11.4.2010 www.haaretz.co.il/hasite/spages/1162171.html

63 Ben-Naftali, Gross & Michaeli, לעיל ה"ש 14, בעמ' 63.

64 FULLER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 70.

65 שם, בעמ' 78.

66 Shenhav & Berda, לעיל ה"ש 12, בעמ' 357.

67 Neve Gordon & Dani Filc, *The Destruction of Risk Society and the Ascendancy of Hamas*, in THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION, *supra* note 2, 457, at 463–464. לניתוח

הדרישה לא הייתה לשיתוף פעולה, אלא ל"גירוש מרצון". עצירים מנהליים שוחררו לאחר שנים ארוכות של ישיבה בכלא, ללא משפט, בתנאי שיעזבו לחוץ-לארץ. במקרים אחרים אנשים שנזקקו לטיפול רפואי (בחלקם – טיפול דחוף) הוחתמו על "הסכמים" כאמור כתנאי לקבלת טיפול בבתי-חולים בישראל.⁶⁸ הילה דיין כוללת במאמרה צילום של "הסכם", חתום על-ידי סטודנט, שבמסגרתו הוא מתחייב לא לחזור לאזור יהודה ושומרון או לשטחי מדינת-ישראל עד לסיום לימודיו, ובכל מקרה לתקופה שלא תפחת משנתיים מיום יציאתו, לפי המאוחר.⁶⁹

לעיתים ההצעה לאדם אינה בגדר הזמנה לשפר את מצבו, אלא איום שמצבו יוחמר אם לא ישתף פעולה. כך, לאחרונה פורסם שהשב"כ פנה לסטודנטים לרפואה מאוניברסיטת אל-קודס והתנה את המשך לימודיהם והתמחותם בדיווח שוטף על סטודנטים אחרים.⁷⁰ הקסם הפאוסטי של עסקה זו נסמך על הנחת-המוצא: בדומה לכלל בדבר אחריות מוחלטת, כאן הכלל הוא חשד גורף, ללא הבחנה בין פעילי טרור לבין חפים מפשע. כל פלסטיני יודע שאם הגורמים המוסמכים יבקשו לשלול את זכויותיו (לתנועה, ללימודים, לטיפול רפואי) באמתלה של חשד לפעילות עוינת, הם יוכלו לעשות כן בקלות רבה. מובן שאי-פרסום התבחינים המבססים חשד כאמור מסייע בגיבושו כעניין גורף. במצב דברים זה קיים פיתוי גדול למדי לקבל הצעה לשתף פעולה אשר תקנה חסינות מפני חשד.

(ה) עקביות

ההיגיון מאחורי הדרישה להימנע משינויים תכופים בחוק דומה להיגיון שמאחורי ההסתייגות מחקיקה למפרע. רוב האנשים אינם יכולים או אינם מעוניינים לעקוב אחר המצב המשפטי בכל רגע נתון, כך שחקיקה המשתנה באופן תדיר אינה מאפשרת להם לתכנן את צעדיהם ולפעול על-פי ציפייה סבירה באשר למצב המשפטי.⁷¹ אך בעוד חקיקה למפרע, אם היא קיימת, היא תופעה שולית בשטחים, התופעה של כללים המשתנים באופן תדיר וקפריזי מהווה מאפיין מרכזי במנגנון המשפטי באזור.⁷² תופעה בולטת בהקשר זה נוגעת בפגיעה בחופש התנועה של הפלסטינים ברחבי הגדה. אריאל הנדל מראה כיצד השינויים התכופים במרחב בשטחים ובנורמות המסדירות אותו אינם מאפשרים יצירת מפה של השימושים האפשריים באותו מרחב (להבדיל ממה של

תיאורטי של הפסול בהתניית זכויות ראו: AMIR PAZ-FUCHS, WELFARE TO WORK: CONDITIONAL RIGHTS IN SOCIAL POLICY (2008).

Dayan, לעיל ה"ש 36, בעמ' 305–311.

שם, בעמ' 308.

עמירה הס "הפלסטינים: השב"כ התנה התמחות לימודי רפואה בירושלים בשיתוף פעולה" הארץ Online 12.5.2010 www.haaretz.co.il/hasite/spages/1168515.html

Fuller, לעיל ה"ש 5, בעמ' 80.

Azoulay & Ophir, לעיל ה"ש 8, בעמ' 114.

יחידות שטח).⁷³ חלק מהשינויים נוגעים בזמני הפתיחה של שערים בגדר-ההפרדה ובהחלטות על סגר ועוצר. לאחר האינתיפאדה השנייה, בספטמבר 2000, החל הצבא לעשות שימוש תכוף בפרקטיקה חדשה, אשר החמירה את חוסר היכולת לתכנן ולבצע פעולות יומיומיות: מחסומי-פתע, המכונים גם "מחסומים מתניידים" או "מחסומים עפים". לפי הרישומים של המשרד לעניינים הומניטריים של האו"ם (OCHA),⁷⁴ בתחילת 2006 נספרו בממוצע 100 מחסומי-פתע בשבוע.⁷⁵ חוסר האפשרות לבסס סדירות במרחב ובזמן פוגע ב"ביטחון האונטולוגי" ובחיבור בין האדם וסביבתו.⁷⁶ הדברים מגיעים לידי כך שהעיתונות המקומית ומהדורות הרדיו מדווחים – יחד עם תחזית מזג-האוויר – על מצב המחסומים, כדי לאפשר היערכות טובה ככל האפשר לתנועה במהלך היום. במסגרת התמונות הנכללות בספר מופיעה תמונה של מחסום כאמור בכביש מס' 5 (חוצה שומרון).⁷⁷ הטקסט הנלווה לתמונה כולל ציטוט של מפקד המחלקה, המעיד על מטרת הפרקטיקה בעיני הצבא: "מחסום מעופף... עשוי להיות תוצאה של התרעה מודיעינית או משום שלא היינו שם כבר זמן-מה ואנחנו צריכים להיראות בכל מקום... המחסום צריך להיות הפתעה... החברה הרעים צריכים לדעת שאנחנו תמיד באזור. אנחנו מצפים [מהפלסטינים] ללכת משם לכפר ולהגיד לאחרים: 'הצבא בכל מקום'."

חמורים אף יותר הם השינויים התכופים בהוראות הפתיחה באש. הוראות אלה משתנות כתלות בזמן ובמקום ללא מסגרת מחייבת, סדורה או רציונלית, וללא פרסום ברור. התייעוד המובא בספר מצביע על ההידרדרות בהקשר זה.⁷⁸ בשנת 1990 פורסמו כללי פתיחה באש מחמירים, המגדירים באופן מצמצם מאוד את התנאים לשימוש בנשק. בתמצית, פתיחה באש הותרה רק במצב של סכנת חיים שעדיין נשקפת, כאשר אין דרך אחרת למניעת הסכנה. כחלק מהמדיניות הממעטת בחשיפת נוהלי הצבא לציבור הישראלי והפלסטיני, נמנע הצבא במהלך השנים מלפרסם לציבור הרחב את ההוראות החדשות לפתיחה באש שהנפיק, אך ניתן לתור אחר מאפייניהן בעדויותיהם של חיילים, אשר קובצו על-ידי ארגון "שוכרים

73 Handel, לעיל ה"ש 9, בעמ' 181.

74 OCHA הוא גוף שהוקם על-ידי האו"ם בשנת 1991 כדי לטפל במשברים בין-לאומיים ובאסונות-טבע על-ידי תיאום בין רשויות האו"ם לבין ארגונים הפועלים בשטח.

75 Handel, לעיל ה"ש 9, בעמ' 183. ראו גם Dayan, לעיל ה"ש 36, בעמ' 304; Shenhav & Berda, לעיל ה"ש 12, בעמ' 358; Gordon & Filc, לעיל ה"ש 67, בעמ' 472.

76 Handel, לעיל ה"ש 9, בעמ' 193.

77 Ariella Azoulay, *Photo Dossier IV: The Architecture of Fear / The Language of Subjugation*, in THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION, *supra* note 2, 435, at 444–445.

78 Michal Givoni, *The Occupation's Paper Trail II*, in THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION, *supra* note 2, 141.

שתיקה".⁷⁹ מעדויות אלה, שנאספו בשנים 2001 עד 2005 (לאחר האינתיפאדה השנייה), עולה כי החיילים קיבלו הוראות בעל-פה אשר אילו נכתבו, היו מנוסחות כך:

1. יש לבצע ירי על מנת להרוג לעבר כל מי שנמצא מחוץ לביתו/ברחוב בין השעות 1:00 ל-4:00 לפנות בוקר.
2. יש לבצע ירי על מנת להרוג לעבר כל מי שמוגדר על ידי מפקד הכוח בשטח – "תצפיתן", קרי אדם העומד על גג ביתו, על המרפסת או בחלון הבית, עם או בלי אמצעי תצפית.
3. יש לבצע ירי על מנת להרוג לעבר כל מי שגורר גופות או מתקרב אליהן.
4. יש לבצע ירי על מנת להרוג לעבר כל מי שמרים אבן בשתי ידיים על מנת לזרוק – מבוגר או ילד.
5. יש לבצע ירי על מנת להרוג לעבר כל גורם הנכנס לשטחים המוגדרים "שטחי השמדה" של המוצב.
6. הצבת נגמ"ש באזור מיושב כפיתיון – יש לבצע ירי על מנת להרוג לעבר כל מי שמנסה לעלות עליו.
7. יש לבצע ירי על מנת להרוג לעבר כל מי שניצפה מוביל בלון גז ברחוב.
8. ליצירת הרתעה יש לבצע ירי חי ובלתי ממוקד אל עבר שכונות פלסטיניות מאוכלסות.
9. מעצר ייפתח בירי מאסיבי של מקלעים/טילי נ"ט לעבר קירות למטרת הפגנת נוכחות בשטח.⁸⁰

79 שם, בעמ' 148. המסמך נגיש גם בעברית. ראו שוברים שתיקה "עדויות לוחמים על הוראות הפתיחה באש באיו"ש ובאזח"ע" (2005) www.shovrimshatika.org/UserFiles/File//pinkas .161005forweb.pdf

80 שוברים שתיקה, שם. השוו לטקסט שכתב חנוך לזין "הוראות ביטחון בשטחים הכבושים" הפטריוט (מחזה, 1982):

מושל: ברוכים הבאים בבית המושל הצבאי של בית ג'רג'ור.
הוראות ביטחון:
עובר אדם ברחוב ומעיף מבטים עצבניים לצדדיו ולאחוריו – ייחשד כמחבל ערבי.
עובר אדם ברחוב ומביט קדימה בנחת – ייחשד כמחבל ערבי קר-רוח.
עובר אדם ברחוב ומביט השמימה – ייחשד כמחבל ערבי דתי.
עובר אדם ברחוב ומבטו מושפל – ייחשד כמחבל ערבי ביישן.
עובר אדם ברחוב ועיניו עצומות – ייחשד כמחבל ערבי מנומנם.
לא עובר אדם ברחוב – ייחשד כמחבל ערבי חולה.
כל החשודים המנויים לעיל ייעצרו. במקרה של ניסיון הימלטות, תיירה יריית אזהרה באוויר.
הגופה תועבר למכון הפתולוגי.

מובן שמעבר לשינוי הדרמטי בהוראות, צורמות מאוד ההוראות עצמן, העובדה שאין מפרסמים אותן כבסיס לדיון ציבורי, והעובדה שלמפקדים בשטח יש מרחב שיקול-דעת כה רחב בתחום כה חשוב. אכן, זו אחת המסקנות החשובות בתפיסתו של פולר: "מוסר פנימי פרוצדורלי" לעולם אינו פרוצדורלי בלבד. יש סבירות לא-מבוטלת שכללים שאין מפרסמים אותם וכללים אשר משתנים באופן תדיר יהיו בעייתיים יותר, במובן המהותי, מכללים יציבים שמפרסמים אותם.

על פני הדברים, ניתן לטעון כי חוסר עקביות זה בהגבלות של חופש התנועה ובהוראות הפתיחה באש, ככל שהוא אינו רצוי, אינו מגיע כדי חוסר עקביות של המשפט, אלא רק של יישומו הביורוקרטי. על כך ניתן לענות בשניים. ראשית, במובן העקרוני והתיאורטי, ההתמקדות ב"כללים הראשוניים"⁸¹, דוגמת חוקי הפרלמנט ופסיקת הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר, מחטיאה חלק ניכר מהמאפיינים החשובים של המשפט. למעשה, היה מי שטען כי "הרוח האמיתית" של המשפט (בצרפת) היא הביורוקרטיה, אשר נהוג להתלונן בגינה באורח כה תדיר.⁸² כדבר שבשגרה, ההיתקלות של האזרח עם המערכת המשפטית נעשית דרך פעילותם של מוסדות ביצועיים אשר אוכפים את המשפט, ולא דרך הנורמות באופן מופשט. על-כן שינוי תכוף של הכללים שלפיהם המוסדות הללו מתנהלים מהווה, לגבי הרוב המכריע של האוכלוסייה, שינוי במשפט עצמו. שנית, וחשוב יותר לענייננו, הדברים מקבלים חידוד והדגשה משמעותיים בהרבה ככל שהם נוגעים בצווי המפקד הצבאי בשטחים. זאת, מכיוון שצווים אלה נחשבים לבעלי מדרגה נורמטיבית של חקיקה ראשית. כך, פרופ' זילברשץ מבקשת להסביר את רתיעתו של בית-המשפט מלבחון בקפידה יתרה את פקודות המפקד הצבאי מכיוון שביקורת זו, מבחינת המשפט הבין-לאומי, משולה לביקורת על חקיקה של הכנסת.⁸³ ברם, אי-אפשר להחזיק את החבל משני קצותיו: אם מצופה שבית-המשפט והאזרחים הכפופים לצווי המפקד הצבאי יתייחסו אליהם כאל חקיקה ראשית, אזי מניה וביה ניתן לדרוש שצווים אלה יעמדו בסטנדרטים של חקיקה ראשית מהסוג שפולר מציין.

(ו) העדר סתירות

פולר מכיר בקושי שבעיצוב מערכת חקיקה מסועפת אשר נעדרת סתירות כליל. סתירות כאמור, במקרים שבהם הן מתגלות, נבחנות ומיושבות על-ידי המוסדות הרלוונטיים

81 הרט משתמש במונח "כללים ראשוניים" למטרה שונה מזו שבמרכז דיוננו כאן, אולם ניתוחו יכול להיות מספק גם למטרותנו. ראו HART, לעיל ה"ש 34, בעמ' 80.

82 הברון דה-גריס, מצוטט אצל: MARTIN ALBROW, BUREAUCRACY 16 (1970).

83 יפה זילברשץ "שליטת צה"ל ביהודה, שומרון ועזה: תפישה לוחמתית או כיבוש קולוניאלי" מחקרי משפט כ(2) 547, 549 (2004). טיעון זה מובא כתשובה לביקורת העומדת במרכז ספרו של קרצמר – KRETZMER, לעיל ה"ש 13 – על סירובו של בג"ץ לבקר את פעילותם של הצבא והמנהל האזרחי בשטחים.

(המחוקק או בית-המשפט).⁸⁴ יש לשים לב שהימנעות מהסדרה כאמור תוביל לעמימות מבחינת דרישת המערכת או לחלופין (במקרה ששני הכללים הסותרים ברורים לגמרי) לדרישה של הבלתי-אפשרי. מצבים אלה, כאשר הם נובעים מסתירות, מתוארים על-ידי פולר כ"repugnant – מונח אשר משמעותו (כנראה לא במקרה) היא גם "סותר, נוגד" וגם "מעורר סלידה".

גם כאן ניתן להבחין בין הקשר מקרו לבין הקשר מיקרו של ההיגיון שבהימנעות מסתירות. ניב גורדון מנסח את העמדה שהוזכרה לעיל, בדבר חוסר ההלימה בין ההשקעה המסיבית בהתנחלויות לבין הטענה העקבית שהכיבוש הוא זמני, במונחים של סתירות.⁸⁵ כותרת ה"זמניות" של ההסדרים המשפטיים הקנתה חסינות למדיניות אשר הייתה אמורה על פניה לעורר ביקורת חריפה בהרבה, בישראל ומחוץ לה. עם זאת, ובאופן ההולם את ניתוחו של פולר, בשלב מסוים איבד ההכשר המשפטי את כוחו ככל שהדברים נוגעים באוכלוסייה המקומית. הסתירה בין ההצהרה על זמניות לבין ההשפעה המתמשכת על חיי התושבים הובילה לחוסר אמון בעמדה הישראלית בדבר הרצון לחתור להסדר אשר יכול נסיגה מהשטחים, ולאחדות נדירה בין משפחות יריבות, בין עניים ועשירים, בין עירוניים וכפריים ובין פלסטינים מוסלמים ונוצרים.

בהקשר הנקודתי, "מדיניות המעברים" מהווה דוגמה לא רק לכללים שאינם מפורסמים ולניהול כאוטי, אלא גם להוראות סותרות אשר אינן מאפשרות תכנון של החיים.⁸⁶ כך, אריאל הנדל מביא מדבריו של עזמי בשארה, בספרו כיסופים בארץ המחסומים,⁸⁷ על-אודות חוסר היכולת להפיץ, בהזמנות לחתונה, הודעה בדבר המועד והמיקום. לדבריו, הפרקטיקה המקובלת היא לכתוב שלושה או ארבעה מועדים, ולשלוח הודעה מהירה עם הסרת העוצר ופתיחת הכבישים המאפשרים למוזמנים להגיע לאירוע.⁸⁸

(ז) תאימות בין החוק לבין פעולותיה של הרשות במציאות

אמת-המידה האחרונה ל"מוסריות הפנימית" של פולר היא המורכבת ביותר: תאימות בין דרישות החוק לבין אכיפתו. דרישות החוק עשויות, לפי פולר, לא לקבל ביטוי בשל פרשנות שגויה, העדר נגישות של החוק, שחיתות, הטיה, אדישות, טיפשות ואינטרסים אישיים.⁸⁹

84 FULLER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 68.

85 Gordon, לעיל ה"ש 10, בעמ' 252.

86 Shenhav & Berda, לעיל ה"ש 12, בעמ' 356, 362.

87 עזמי בשארה כיסופים בארץ המחסומים (מיכאל גוגנהיימר מתרגם, 2006).

88 Handel, לעיל ה"ש 9, בעמ' 179.

89 FULLER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 81.

אכן, הפער בין הוראת החוק לבין אכיפתו אינו זוכה בדיון מספק. הדברים אמורים בעיקר באשר למקרים שבהם הסיבות לאי-קיום החוק הינן מערכתיות, ולא מקריות.⁹⁰ אכן, מן המאמרים עולה שהשימוש שנעשה על-ידי המערכת המנהלית במשפט הוא ברירני, ויישומו בפועל לא הביא לידי אכיפת עקרונות הצדק בצורה משמעותית.⁹¹ גם כאשר אין מדובר בהשעיה מוחלטת של החוק, חלק מהכותבים מתארים את יישומו כ"עבודת-טלאים משפטית ומנהלית".⁹² לדוגמה, זכותם של הפלסטינים לעתור לבג"ץ צוינה על-ידי כותבים אחדים ככזו המשרתת את הריבון יותר מאשר את תושביו. זאת, מכיוון ששיעור העתירות המתקבלות זעום (פחות מ-1%),⁹³ ואינו מונע את הרשויות מלנהוג בהתאם לאינטרסים שלהן, ובמקביל להפיק מידה לא-מבוטלת של לגיטימיות בשל הבקרה המשפטית המתקיימת לכאורה ברקע.⁹⁴ יתר על כן, גם במקרים המעטים שבהם הפלסטינים זוכים בנצחונות משפטיים, הצבא מתעלם לעיתים מההנחיה השיפוטית.⁹⁵ כך, פסיקת בג"ץ שחייבה פירוק מעקה בטון נמוך באורך 41 קילומטרים שנבנה לצד כביש ראשי בדרום חברון נתקלה בהתעלמות מוחלטת.⁹⁶ לאחר שחלפה חצי השנה שבג"ץ קצב לביצוע

- 90 ראו דפנה ברק-ארז "מדינת הרווחה בישראל – בין החקיקה לביורוקרטיה" עבודה, חברה ומשפט ט 175 (2002).
- 91 Gordon, לעיל ה"ש 10, בעמ' 256.
- 92 Shenhav & Berda, לעיל ה"ש 12, בעמ' 347 (הציטוט מתייחס דווקא לשלטון האימפריה הבריטית בקולוניות).
- 93 Ben-Naftali, Gross & Michaeli, לעיל ה"ש 14, בעמ' 44.
- 94 יואב דותן מציין כי שיעור זה של עתירות שהתקבלו אינו מתאר את התמונה המלאה, מכיוון שקיים שיעור גבוה הרבה יותר של עתירות שהתקבלו מבלי שניתן פסק-דין סופי של בית-המשפט (למשל, כאשר המדינה נסוגה מעמדתה). ראו דותן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 419–422. נקודה משלימה זו של דותן חשובה, אלא שגם היא מצידה מציגה תמונה חסרה. בעוד דותן מתמקד בתפקידו של בג"ץ בהקניית הכשר לשלטון הישראלי בשטחים (או בריסונו), הדיון כאן רחב יותר, ובוחר את תפקיד המשפט בכללותו – על השלכותיו בשטח ועל יישומו הקונקרטי – בהקשר זה. על-כן, למשל, קבלת עתירה לחלוקת ערכות-מגן לאוכלוסייה הפלסטינית במקביל לחלוקתן לאזרחי ישראל (ובכלל זה בהתנחלויות) "תיספר" כהתערבות שיפוטית – ראו בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467 (1991). ברם, "ספירה" זו בעייתית, בהינתן שלאחר זמן-מה נדרשו העותרים לפנות שוב לבית-המשפט, בטענה שפסק-דינו של בית-המשפט אינו מקיים – ראו בג"ץ 241/91 מורכוס נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 31.12.1991). באופן דומה, דותן מתייחס, מטבע הדברים, רק לעתירות שהוגשו. אלא שפלסטינים רבים אינם פונים לבית-המשפט, אם בשל סירוב להכיר בסמכות הישראלית, אם בשל קושי נגישותי ואם בשל ייאוש מהיכולת לשנות את פני הדברים. דותן ער לכך, אולם ממעיט בחשיבותה של קטגוריה זו של מקרים – דותן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 426.
- 95 Azoulay & Ophir, לעיל ה"ש 8, בעמ' 113–114 ובה"ש 18.
- 96 בג"ץ 1748/06 ראש עיריית דהרייה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 14.12.2006).

העבודה, הודיע היועץ המשפטי של אוגדת יהודה ושומרון כי צה"ל אינו מתכוון כלל לפרק את המעקה.⁹⁷

המקרה של הפקעת הקרקעות בשטחים מספק דוגמה מעניינת, מכיוון שבו מתגלים פערים בין שלוש רמות: ראשית, קיימת הנורמה המשפטית הברורה על-פי הדין הבין-לאומי (אמנת הג), האוסרת הפקעת קרקעות בשטחים ככלל; שנית, קיימת פרשנות של בית-המשפט העליון שלפיה האמנה מותירה בכל-זאת סמכות מוגבלת של הפקעה (לצרכים צבאיים) בידי הכוח התופס;⁹⁸ ושלישית, קיימת הפרקטיקה הנהוגה, הפועלת בגדרי המערכת המשפטית, שבמסגרתה בית-המשפט העליון נוטה לקבל את עמדת הממשל ואת תמונת המצב העובדתית שהוא מספק, ובכך מעקר למעשה מתוכן את ההגבלה לגבי הפקעת מקרקעין.⁹⁹

האלימות המושתת על הפלסטינים יכולה להיבחן גם במונחי הפער שבין הנורמה המשפטית לבין יישומה בפועל. אף שפער זה קיים בכל מערכת שאינה אוטופית, כותבים אחדים מקדמים את הטענה שהיקף האלימות בשטחים מהווה דוגמה בולטת לתופעה שבמסגרתה החריג נהפך לכלל.¹⁰⁰ באופן ההולם את התיאוריה של קרל שמיט, הכוח המשמעותי ביותר של הריבון הוא לקבוע את היקף החריג.¹⁰¹ החוק החל בשטחים אוסר כמובן מעשי רצח, ומחייב חקירה של מעשי אלימות. והנה, כותבים אחדים בספר רואים במציאות השוררת בשטחים דוגמה למונח שטבע התיאורטיקאי האיטלקי גיאורגיו אגמבן: *homo sacer* – מונח אשר שאוב מהקודקס הרומי ואשר משמעותו היא "אדם שניתן להורגו מבלי שהדבר ייחשב לפשע".¹⁰² אכן, העובדה שעל-אף השימוש הנרחב בסיכולים ממוקדים במסגרת המדיניות בשטחים לא הועמד עד כה ולו חייל אחד לדין מלמדת דבר-מה על מידת הרלוונטיות של הנורמות המשפטיות בשטח. זאת, אף שמתחילת האינתיפאדה השנייה ועד פברואר 2008 נהרגו 376 פלסטינים בסיכולים ממוקדים, מתוכם רק 227 היו

97 מירון רפפורט "הצבא מחליט ומבצע" הארץ Online 18.5.2007 www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=860921&contrassID=2&subContrassID=4&sbSubContrassID=0.

98 בג"ץ 61/80 העצני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 595, 597 (1980).

99 KRETZMER, לעיל ה"ש 13, בעמ' 79–89.

100 Weizman, לעיל ה"ש 47.

101 "Sovereign is he who decides on the exception" – מצוטט אצל Shenhav & Berda, לעיל ה"ש 12, בעמ' 344. ראו גם: Sari Hanafi, *Palestinian Refugee Camps in the Palestinian Territory: Territory of Exception and Locus of Resistance*, in THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION, *supra* note 2, 495, at 506–508.

102 GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE 83–85 (Daniel Heller-Roazen trans., 1998). להתייחסות לעניין זה בקובץ מושא הסקירה ראו Gordon, לעיל ה"ש 10, בעמ' 256; Shenhav & Berda, לעיל ה"ש 12, בעמ' 344; Dayan, לעיל ה"ש 36, בעמ' 286.

היעד, והשאר היו עוברי-אורח, ביניהם כ-50 ילדים.¹⁰³ יתר על כן, פניות של ארגוני זכויות אדם הדורשים מצה"ל לחקור מקרים שבהם נהרגו אזרחים – פניות שהעתקים שלהן מובאים בספר¹⁰⁴ – נדחות באופן גורף.

דוגמה נוספת, אשר זכתה בפרסום עם ירידתו של מאמר זה לדפוס, מאגדת את האכיפה הבירינית עם מאפיינים אחרים שנדונו לעיל, וביניהם כלליות, פרסום ובהירות.¹⁰⁵ כאשר ביקש צה"ל לגרש שתי פעילות זכויות אדם ששהו בביר-זית, נמצא העיגון החוקי בדמות צווים צבאיים משנת 1967 ומשנת 1970, אשר אוסרים שהייה בשטחים למשך יותר מ-48 שעות, וגם זאת רק לאחר קבלת אישור. פנייה של המוקד להגנת הפרט לצה"ל בנוגע לצווים אלה גילתה כי מעולם לא נעשה בהם שימוש, וכי למעשה אין כל נוהל למימוש צווים אלה, אשר אמורים לחול, לכאורה, גם על אזרחי ישראל (המתנחלים) המתגוררים בשטחים.

לסיכום חלק זה יש לשאול: מה משמעות הכישלון בפרמטרים אלה? פולר מכיר בחוסר הסבירות של דרישה ל"אוטופיה משפטית", ומונה בעצמו מקרים נקודתיים שבהם רשות מנהלית אמריקאית או חקיקה בריטית כשלו באחד העקרונות. עם זאת, הוא גם מציין שכישלון משמעותי במוסריות הפנימית נוטה להיות מצטבר. כדבריו, שינויים תכופים בחקיקה עשויים להוביל להימנעות מחקיקה או מפרסום כללים. חוקים אשר דורשים את הבלתי-אפשרי צפויים להוביל לאכיפה שרירותית ולפעור בין הכלל הפורמלי לבין המציאות.¹⁰⁶ ההשלכות של מצב דברים זה באשר ללגיטימיות שמערכת משפטית מתימרת להשיג – ברורות. כך, ככל שהדברים נוגעים במי שכפופים למערכת משפטית כושלת כזו, הללו אינם יכולים – ואין לצפות מהם – "להפנים" את החוק ואת כפיפותם לו.¹⁰⁷ הם רואים אותו כאוסף פקודות שרירותיות של הריבון שבצידן סנקציה,¹⁰⁸ ולא כמערכת רציונלית הממקמת את הטוב הכללי (ולו לטווח ארוך). מה באשר לצופים מן הצד, דוגמת הארגונים הבין-לאומיים או האקדמיים הבוחנים את הסוגיה? רונן שמיר טוען כי לבית-המשפט העליון יש תפקיד חשוב בשמירת הלגיטימיות של פעילות ישראל בשטחים, וכי תפקיד זה מוגשם על-ידי מתן מספר מצומצם של פסקי-דין חריגים וחגיגיים המבקרים את פעולתם

103 Weizman, לעיל ה"ש 47, בעמ' 543. ראו גם: Orna Ben-Naftali & Keren R. Michaeli, 'We Must Not Make a Scarecrow of the Law': A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings, 36 CORNELL INT'L L.J. 233 (2004).

104 Michal Givoni, *The Occupation's Paper Trail IV*, in THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION, *supra* note 2, 269.

105 חיים לוינסון "צה"ל קובע: המתנחלים אינם חוקיים" הארץ Online 12.11.2010 www.haaretz.co.il/hasite/spages/1198053.html

106 FULLER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 92, 104.

107 Azoulay & Ophir, לעיל ה"ש 8, בעמ' 114.

108 JOHN AUSTIN, THE PROVINCE OF JURISPRUDENCE DETERMINED AND THE USES OF THE STUDY OF JURISPRUDENCE 13–14 (reprint, Hackett Publishing Company 1998) (1954).

של שלטונות ישראל בשטחים.¹⁰⁹ ברם, ניתן לצפות שחומת-המגן של פסיקה חריגה זו לא תוכל למלא תפקיד זה לאורך זמן. ההפנמה ש"מערכת המשפט" בשטחים, על כל זרועותיה, אינה עומדת באמות-המידה המצופות ממערכת משפט תקינה צפויה להוביל לאובדן יכולתה לשמר את הלגיטימיות שמערכת משפטית נהנית ממנה ככלל, ובמקרה הספציפי – לאובדן היכולת לשמר את הלגיטימיות של פעולות ישראל בשטחים.¹¹⁰

ב. מרקם החיים האזרחי

כיבוש הוא תוצאה של פעולה צבאית, והמשכו בשליטה צבאית. זהו מצב הדברים ככלל. אבל כפי שכבר הוזכר, הכיבוש הישראלי המתמשך בשטחים, בעיקר בגלל היותו מתמשך, מהווה חריג בולט לכלל זה. למעשה, הוא מהווה "הכללה" – או נורמליזציה – של החריג. אכן, כדברי הנדל, השליטה הישראלית חייבת להיות מובנת ככיבוש צבאי ואזרחי משולב.¹¹¹ בכיבוש מתמשך קשה יותר להבטיח מארג של חיים אזרחיים – פוליטיים, כלכליים, תרבותיים וחברתיים – לאוכלוסייה הכבושה.¹¹² הדיון בחלק זה נועד להשלים את הניתוח שהוצע בחלק הקודם במונח הבא: מצד אחד, ההסדרה של השימוש בקרקע ושל שוק העבודה פועלת, כדבר שבשגרה, תחת "צילו של החוק".¹¹³ במונח זה, הפגמים אשר נדונו לעיל צפויים למצוא את ביטויים, ולו באופן חלקי, גם במסגרת הדיון בפרטי המדיניות הקרקעית/התכנונית והתעסוקתית. מצד אחר, ניתוח תפקידו (ותפקודו) של המשפט במסגרת מנגנון הכיבוש הישראלי בשטחים נעשה, בחלק הקודם של סקירה זו, "מלמעלה למטה" (top-down) – הצגת המסגרת התיאורטית תוך פנייה לדוגמאות קונקרטיות כדי להמחיש את הרלוונטיות שלה. הדיון בחלק זה, לעומת זאת, ייעשה "מלמטה למעלה" (bottom-up) – בחינה של המדיניות הקונקרטית (במופעים שונים שלה בשדות המדיניות שעניינם קרקעות ויחסי עבודה) וניסיון להסיק מתוכה את המדיניות הכוללת. בבחינה של תופעה כה מורכבת וכה ארוכת-שנים, נדמה ששתי הפרספקטיבות הללו, הבוחנות את הדברים משני כיוונים שונים, לא רק אפשריות, אלא גם הכרחיות. נוסף על כך חשוב לציין כי ההחלטות המרכזיות, הן במסגרת המדיניות הקרקעית/התכנונית והן במסגרת המדיניות התעסוקתית, אינן חשופות, כדבר שבשגרה, לביקורת שיפוטית מקיפה ומשמעותית, וזאת גם במערכות משפט בעייתיות הרבה פחות

109 Shamir, לעיל ה"ש 24.

110 רייכמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 762.

111 Handel, לעיל ה"ש 9, בעמ' 197.

112 Ben-Naftali, Gross & Michaeli, לעיל ה"ש 14, בעמ' 41–44.

113 השוו דותן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 409.

ממערכת המשפט בשטחים. גם משום כך הדיון להלן מהווה נדבך משלים, אוטונומי במידת-מה, לזה שהוצע לעיל.

החלטתו של משרד הביטחון ליצור תפקיד של "ממונה על מרקם החיים" מעידה על ההכרה – ולו המאוחרת (ואולי אף הטקטית) – של משרד זה בצורך להתמודד עם הטענות הנוגעות בהשפעת הכיבוש על חיי האזרחים גם בהקשרים שאינם צבאיים במובהק. מבין מגוון הסוגיות הרלוונטיות לדיון זה אבחן כאן, כאמור, רק שתיים: קרקעות ויחסי עבודה. הבחירה בתחומים אלה נעשתה בעיקר – אך לא רק – בשל הדיון המקיף שהם זוכים בו במאמרי הספר. למעשה, שני התחומים הללו מהווים דוגמאות בולטות לתמה המובעת בכותרת הספר: "כוחה של הדרה מוכלת" (inclusive exclusion). הפרדוקסליות הטמונה במונח זה מצביעה על המדיניות המורכבת של ישראל כלפי האוכלוסייה הפלסטינית, אשר בולטת במיוחד בתחום האזרחי: תלות כלכלית תוך הפרדה אזרחית (במישור של יחסי העבודה) והגבלת פיתוח תוך ניסיון להימנע ממלחמה כוללת (במישור הקרקעות).¹¹⁴ מעבר לכך, קיימת הכרה מחקרית ועניינית, אפילו בהקשר הישראלי-פלסטיני, בקשר ההדוק שבין שתי הספרות – קרקע ועבודה – ובהשפעות ההדדיות של המדיניות בתחום האחד על התחום האחר.¹¹⁵ כך, להפקעה מסיבית של אדמות, או לחוסר האפשרות לעבד חלק מהן בשל גדר-ההפרדה, נודעת השפעה עמוקה על הכלכלה הפלסטינית.¹¹⁶ ובכיוון ההפוך, הגבלת האפשרות לעבד את האדמה מובילה, פעם אחר פעם, לשלילת הזכויות הקנייניות של פלסטינים על אדמתם. כך, וכפי שיוזכר בהמשך, ישראל פירשה בהרחבה את סמכויותיה לאור חוק הקרקעות העותמני, כך שיתאפשר לה להכריז על אדמה שלא עובדה במשך שלוש שנים כ"אדמת מדינה".¹¹⁷ כדי להשלים את מורכבות התמונה, על אדמות פלסטיניות אלה הוקמו לא רק התנחלויות המשרתות שיקולים אידיאולוגיים, אלא גם יישובים אשר ליילה פארסח מכנה "מעונות מסובסדים", על רקע ההשקעה הכלכלית בבנייתם ובתחזוקתם.¹¹⁸ תושבי התנחלויות אלה – אשר מוגדרים "משפרי דיור" ומורכבים בחלקם הגדול

114 Ophir, Givoni & Hanafi, לעיל ה"ש 3, בעמ' 23.

115 המחקר המוכר ביותר המתייחס לכך הוא ככל הנראה: GERSHON SHAFIR, LAND, LABOR AND THE ORIGINS OF THE ISRAELI-PALESTINIAN CONFLICT 1882-1914 (updated ed. 1996) אך

ראו גם: LEILA FARSAKH, PALESTINIAN LABOUR MIGRATION TO ISRAEL: LAND, LABOUR AND OCCUPATION (2005).

116 Leila Farsakh, *From Domination to Destruction: The Palestinian Economy under the Israeli Occupation*, in THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION, *supra* note 2, 379; Caroline Abu-Sada, *Cultivating Dependence: Palestinian Agriculture under the Israeli Occupation*, in THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION, *ibid*, 413.

117 GORDON, לעיל ה"ש 11, בעמ' 86.

118 Farsakh, לעיל ה"ש 116, בעמ' 386.

מאוכלוסיות יהודיות מוחלשות – נהנים גם מתעסוקה נגישה במפעלים משגשגים (ומסובסדים) המוקמים בשטחים.¹¹⁹

נקודה שלא אבחן במסגרת זו, מפאת קוצר היריעה, היא השפעתה של האלימות על החיים האזרחיים. למעשה, כמו המאפיינים האזרחיים (ובכלל זה המערכת המשפטית) של הכיבוש, גם מופעיה ותצורותיה של האלימות בשטחים השתנו. יתר על כן, נקודות-הציון המסמנות שינוי לרעה בעוצמת האלימות דומות באופן בולט לנקודות-הציון שבהן ניכר שינוי משמעותי לרעה במישורים אזרחיים.¹²⁰ כך, ניתן לומר שעד האינתיפאדה הראשונה, בשנת 1987, הנהיגה ישראל סוג של סדר מינימלי בשטחים. הדבר הוביל לכך שבכל עשרים השנה הראשונות נהרגו 650 פלסטינים. במהלך האינתיפאדה חלה "עליית מדרגה", אשר הובילה ל-1,500 הרוגים עד שנת 2000; האינתיפאדה השנייה סימנה "עליית מדרגה" נוספת, ומשנת 2000 עד שנת 2006 נהרגו בממוצע בכל שנה 674 פלסטינים – יותר מאשר בכל עשרים השנים הראשונות יחדיו.¹²¹ קשה להעלות על הדעת פגיעה משמעותית יותר ב"מרקם החיים" מאשר פגיעה בחיים עצמם.

מעבר לכך, הזכרנו לעיל את הדיון של אופיר ואזולאי ביחידות המסתערבים.¹²² יחידות אלה נוקטות אלימות מתפרצת בלי הנכחה של אלימות נרמזת (כגון כניסה של חיילים במדים לשכונה או לכפר). כך נעלמת ההפרדה בין הפוטנציאל של האלימות לבין מימושה, ומתפוגגת יכולתה של האוכלוסייה לתכנן את צעדיה ולצפות את העתיד. השפעת הדבר על "הביטחון האוטונומי" ואף על הביטחון הנפשי הינה דרמטית. באופן דומה, השימוש במשטר ההיתרים כדי לגייס משתפי-פעולה, כפי שתואר לעיל, מוביל לא רק לקשיים ברורים בהקשרים אישיים, אלא גם לערעור האוכלוסייה ולהתפרקות של מסגרות חברתיות, בשל חוסר היכולת לדעת במי אפשר לבטוח.¹²³

1. קרקעות ותכנון

צוין לעיל כי מאפייני הכיבוש השתנו באופן משמעותי במהלך השנים. למעשה, ככל שהדברים אמורים בתחום הפיזי, ניתן בהחלט לומר שהוא "משתנה לנגד עינינו". בניית התנחלויות ומאחזים, הריסות בתים ועיצוב גדר-ההפרדה משנים את נוף הקדומים לבלי הכר, ומשליכים באופן חריף על האוכלוסייה החיה בו. מקריאת מאמרי הספר עולה כי אף-על-פי שלשינויים הללו יש רבדים נגלים יותר ורבדים נגלים פחות, ואף שהכלים שנעשה

Gadi Algazi, *Matrix in Bil'in: Colonial Capitalism in the Occupied Territories*, in THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION, *supra* note 2, 519, at 527–530.

120 להתפתחות זו ראו, למשל, Shenhav & Berda, לעיל ה"ש 12, בעמ' 338–340.

121 Gordon, לעיל ה"ש 10, בעמ' 241.

122 ראו את הטקסט שאחרי ההפניה לה"ש 60.

123 Dayan, לעיל ה"ש 36, בעמ' 304–306.

בהם שימוש הם מורכבים, וכוללים מהלכים משפטיים, תכנוניים וצבאיים, ניתן להצביע על שתי מטרות-על המנחות את כלל הפעולות: הראשונה היא הרצון "לנתק את הפלסטינים מאדמתם"¹²⁴ על-ידי הגבלת יכולתם לגשת אל אדמתם ולפתחה; והשנייה מתמקדת בקור-התפר שבין יהודים ופלסטינים, ועיקרה מדיניות של הפרדה.¹²⁵

באשר למטרה הראשונה, המסמך שנכתב על-ידי מחלקת ההתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית, אשר הוזכר לעיל,¹²⁶ אכן מצביע באופן ברור על המדיניות שממשלת ישראל מעולם לא הצהירה עליה: למנוע את "רצף הבנייה הערבית" ואת יצירתם של "גושי התיישבות ערביים". באשר למטרה השנייה, עקרון ההפרדה בוטא באופן קולע על-ידי ראש הממשלה לשעבר אהוד ברק – "אנחנו כאן, הם שם". התבטאות זו, אשר ביקשה ככל הנראה להצדיק נסיגה ישראלית כוללת מהשטחים, נהפכה, במידה לא-מבוטלת של אירוניה, לעיקרון מרכזי במדיניותה של ישראל בשטחים עצמם. בהקשר המרחבי מדובר אם כן בשני סוגים של הפרדה: ראשית, בין ישראל לבין הגדה המערבית; ושנית, בין ההתנחלויות לבין הכפרים והתושבים הפלסטיניים. אף שההפרדה מהווה את הפרדיגמה המעצבת את המדיניות הנוכחית, מדובר למעשה בשינוי תפיסתי של השנים האחרונות. תוך שימוש בכלים משפטיים ותכנוניים, ארגנה ישראל מחדש את הכיבוש, ובמקום לשלוט באוכלוסייה, עברה לקדם שליטה בשטח.¹²⁷

כידוע, ההתנחלויות בשטחים זוכות בפיתוח מואץ. מודיעין-עלית – אשר נבנתה על האדמות, המטעים ושטחי המרעה של חמישה כפרים פלסטיניים (נעלין, חרבתא, סאפא, בילעין ודיר קאדיס) – צפויה לגדול מאוכלוסייה של 35,000 ל-150,000 בשנת 2020. יחד עם בית-ר-עלית, ההתנחלות החרדית הנוספת, מדובר ברבע מהמתנחלים בגדה.¹²⁸ אך בכך לא סגי. אף שהשטח הבנוי של ההתנחלויות הוא רק 52,000 דונם, כלומר אחוז אחד בלבד מהגדה המערבית, השליטה האפקטיבית שלהן גדולה בהרבה.¹²⁹ ראשית, שטח השיפוט של ההתנחלויות חולש על 20% מהגדה המערבית. הפער בין השטח הבנוי לבין שטח השיפוט מהווה עדות לכך שזה האחרון לא תוכנן כמענה לצורכי החיים של אוכלוסייה זו. ההתנחלות מעלה-אדומים, למשל, נהנית משטח שיפוט הדומה לזה של תל-אביב (כ-50,000 דונם), בעוד מספר תושביה הוא כעשירית ממספרם של תושבי תל-אביב (38,000 לעומת 350,000). גם מיקומם של 120 ההתנחלויות ו-100 המאחזים מעיד על מטרת הפרויקט.

124 Ophir, Givoni & Hanafi, לעיל ה"ש 3, בעמ' 23.

125 Ariella Azoulay, *Photo Dossier III: The Architecture of Separation*, in THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION, *supra* note 2, 331; Ronen Shamir, *Occupation as Disorientation: The Impossibility of Borders*, in THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION, *ibid*, 587, at 591.

126 ראו את הטקסט הסמוך לה"ש 18.

127 Gordon, לעיל ה"ש 10, בעמ' 253–258; Dayan, לעיל ה"ש 36, בעמ' 297.

128 Algazi, לעיל ה"ש 119, בעמ' 522.

129 Handel, לעיל ה"ש 9, בעמ' 195.

כשם שאיכר מפזר את גידוליו באופן שעתידי לכסות את כל החלקה, כך ההתנחלויות, המאחזים והכבישים המחברים ביניהם לא רק משרתים את האוכלוסייה היהודית, אלא גם יוצרים מערך של שליטה והגבלה כלפי האוכלוסייה הפלסטינית.¹³⁰ כידוע, הסכמי אוסלו וההסכמים הנלווים הביאו לידי חלוקת הגדה המערבית לשלושה אזורים. ככל שהדברים נוגעים בצרכים תכנוניים, אזורים A ו-B, החולשים על 40% מאדמות הגדה המערבית ו-96% מהאוכלוסייה הפלסטינית, הם זהים. באזורים אלה הוענקו לרשות הפלסטינית סמכויות תכנון ובנייה. באזור C, הכולל 60% מהגדה המערבית (3.4 מיליון דונם) ו-4% מהאוכלוסייה הפלסטינית (כ-150,000 תושבים), ניתנו לישראל סמכויות לא רק בתחומי הביטחון והסדר הציבורי, אלא גם בהקשרים אזרחיים, ביניהם תכנון, בנייה ועתיקות. ממחקרים שפורסמו לאחרונה, ואשר חלקם מופיעים בקובץ זה, עולה כי ישראל עושה שימוש מקיף בסמכויותיה כדי להגביל תכנון ובנייה על-ידי הפלסטינים בשטח C. כפי שהצעתי לאחרונה (יחד עם אלון כהן-ליפשיץ),¹³¹ מן המקובץ עולה כי ניתן להבחין בין שלוש קטגוריות של פעולות, בסדר עולה של נראות: הרבדים החבויים של המדיניות הקרקעית, שימוש בכלים תכנוניים והשלכות פיזיות. נסקור אותם בקצרה.

(א) הרבדים החבויים של המדיניות הקרקעית

בניגוד למה שצופה מן הצד עשוי לסבור, הבנייה הפיזית בהתנחלויות ובמאחזים אינה מהווה את המחסום המשמעותי ביותר המגביל פיתוח פלסטיני. המחסום העיקרי דווקא נסתר מן העין. פסק-הדין בעניין אלון מורה חסם את האפשרות החוקית של ישראל להקים התנחלויות על קרקע פלסטינית פרטית.¹³² עם זאת, ככל שהדברים נוגעים בצד הפלסטיני, דובר בנצחון-פירוס. בהעדר כלי זה, פירשה ישראל מחדש את סמכותה לאור חוק הקרקעות העותמני (1858) להכריז על "אדמות מדינה" – אדמות של הריבון שמשטר הכיבוש הוא נאמנו – כחלה לא רק במקרים של אדמות לא-מעובדות לחלוטין (מוואת), אלא גם במקרים של אדמות שמעובדות רק לסירוגין (מירי).¹³³ בין 1979 ל-1992 הכריזה ישראל על עוד 900,000 דונם, המהווים 18% מהגדה המערבית, כעל אדמות מדינה. נוסף על 700,000 דונם שהיו אדמות מדינה שנרשמו על-ידי ממלכת ירדן לפני 1967, נמצא כי 30% מהגדה המערבית (לא כולל ירושלים המזרחית) נופלים בקטגוריה זו. המדיניות הישראלית, אשר

130 Dayan, לעיל ה"ש 36, בעמ' 297; Handel, לעיל ה"ש 9, בעמ' 200.
 131 ראו: Amir Paz-Fuchs & Alon Cohen-Lifschitz, *The Changing Character of Israel's Occupation: Planning and Civilian Control*, TOWN & PLAN. REV. (forthcoming 2010).
 132 בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979) (להלן: עניין אלון מורה).
 133 ראו KRETZMER, לעיל ה"ש 13, בעמ' 88-93. דותן מציין כי בהחלטה בעניין אלון מורה, שם, לא היה כדי להביא לידי הפסקת ההתנחלויות בשטחים, "אלא רק לגרום לכך שהממשלה נאלצה לכוון את פעולות הפקעת הקרקע בהתאם למדיניות שהכתיב בג"ץ". ראו דותן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 407, ה"ש 26.

שוללת בנייה פלסטינית על אדמות מדינה, משלימה את התמונה ככל שהדבר נוגע באפשרות לפיתוח פלסטיני.

נוסף על ההכרזה על אדמות מדינה, נעשה שימוש בכלים נוספים כדי לגרוע ממצאי הקרקעות הנגישות לפלסטינים. ביניהם ניתן למנות את ההכרזה על 500,000 דונם (8% מהגדה) כעל "אדמות סקר", אשר הבעלות בהן לא הובררה; את ההכרזה על 18% מאדמות הגדה כעל "שטח צבאי סגור"; ואת ההכרזה על 10% משטחי הגדה כעל שמורות-טבע (אשר כמחציתן מהוות גם שטח צבאי). מסמך של המשרד לעניינים הומניטריים של האו"ם (OCHA) מחודש דצמבר 2009 מסכם את הממצאים הללו, ומוצא כי בתוך שטח C הבנייה הפלסטינית מוגבלת ל-30% מהקרקעות בלבד. יתר על כן, אפילו על שטח זה קיימות הגבלות מהותיות לגבי האפשרות לקבל אישור בנייה.¹³⁴

(ב) הרבדים התכנוניים אשר מאפשרים או מונעים פיתוח

המסגרת התכנונית אשר חלה בשטחים עוצבה בין השנים 1942 ל-1948, והייתה מתקדמת לזמנה. על בסיסה הוצאו אישורי בנייה לבתים במאות כפרים. ישראל לא ביטלה את המסגרת התכנונית הזו, אולם הוסיפה לה נופך פרשני מיוחד, המאפשר לה להגביל את התכנון והפיתוח הפלסטיניים.

לטעמי, הצעד המשמעותי ביותר בהקשר זה הוא המהלך המוסדי שממנו נגזרו צעדים תכנוניים קונקרטיים המגבילים פיתוח פלסטיני. הכוונה היא לצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (יהודה והשומרון) (מס' 418), התשל"א-1971, אשר הפקיע את כוחה של מועצת הכפר לשמש ועדת תכנון מקומית, ביטל את הוועדה המחוזית והפקיד את כל סמכויות התכנון בידי מועצת התכנון העליונה וועדותיה. בהרכבה הנוכחי, מועצת התכנון העליונה כוללת נציגים של המנהל האזרחי ושל תושבי האזור היהודיים (מתנחלים), ואינה כוללת פלסטינים. כדי להשלים את התמונה, צו 418 האמור הסמיך את המפקד הצבאי להקים "ועדת תכנון מיוחדת" באזור אשר "אינו כולל תחום של עיריה או של מועצת כפר".¹³⁵ נוסח זה, הנראה אולי משונה, מכוון לסיטואציה אחת בלבד: זו של התנחלות.¹³⁶ כך, אף שהמשפט הבין-לאומי מגביל מאוד את האפשרות לשנות את הדין החל בשטח, יצרה ישראל מערך של בירוקרטיה ושל צווים צבאיים אשר חתרו תחת ההסדרים הקיימים.

134 UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, *Restricting Space: The Planning Regime Applied by Israel in Area C of the West Bank* (Dec. 15, 2009), available at www.reliefweb.int/rw/rwb.nsf/db900sid/JBRN-7YRH7R (להלן: דוח OCHA).

135 ס' 2 א לצו.

136 ניר שלו ואלון כהן-ליפשיץ התחום האסור: מדיניות התכנון הישראלית בשטח C (במקום – מתכננים למען זכויות תכנון, 2008).

מרגע שהמוסדות הרלוונטיים עוצבו והוסדרו, ההסדרים הפרטיקולריים כבר היו תוצאה טבעית. דוגמאות אחדות יסברו את האוזן. ראשית, המוסדות פירשו את "השטח המותר לבנייה" בכפרים פלסטיניים כתואם את שטח הרצפה, ולא את שטח האדמה. פרשנות זו, הסותרת את הפרשנות שהייתה נהוגה בתקופת המנדט הבריטי, משמעותית כאשר מתוכנן מבנה עם כמה קומות (לדוגמה, מבנה של שתי קומות על שטח אדמה של 100 מ"ר יכול להיות בעל שטח רצפה של 200 מ"ר). שנית, המנהל האזרחי אינו מאפשר תת-חלוקה (פרצלציה) של חלקת קרקע, גם כאשר מותר לבנות רק מבנה אחד ב"חלקה". מדיניות זו חמורה במיוחד בעבור פלסטינים אשר שטחי החלקות שברשותם מגיעים לעיתים לעשרות דונמים, שכן משמעותה היא אפשרות להקמת מבנה אחד בלבד על כל השטח, בניגוד לנהוג בישראל ובהתנחלויות. שלישי, בקשות לבנייה נדחות בשל חוסר האפשרות להוכיח בעלות. אלא שהוכחת בעלות פלסטינית קשה במיוחד בשל העובדה שישראל סירבה, לאורך השנים, לבקשותיהם לרשום את בעלותם ברשם המקרקעין.¹³⁷ קרקע פלסטינית רשומה בפנקס המיסים על שם הבעלים המקורי, ועם מותו – על שם בנו, במשותף. המנהל האזרחי מסרב לבקשות לקבלת היתר בנייה במקרים שבהם לא מוכחת הסכמה של כל היורשים, וזאת גם כאשר – כמו במקרה של תושב בילעין – מדובר בעשרים ושלושה יורשים, אשר חלקם אינם גרים בגדה המערבית כבר חמש-עשרה שנה. גם כאן, הפרשנות הנקטת אינה נדרשת לאור התוכניות הקיימות, אשר מגדירות "בעלים" כ"כל שותף בבעלות".¹³⁸

האמצעים הללו הובילו לתוצאות ברורות. בשנת 1972 הוגשו 2,199 בקשות להיתרי בנייה על-ידי פלסטינים בגדה, מהן אושרו 97%. בשנת 1988, על-אף הגידול המשמעותי באוכלוסייה, הוגשו 1,682 בקשות, מהן אושרו 32%. בין השנים 2000 ל-2007 הוגשו בסך-הכל 1,624 בקשות בשטח C (241 לשנה), ורק 91 מהן אושרו (13 בשנה – 5.5%). נראה שנתונים אלה מאשרים את מסקנתו של אייל וייצמן, שלפיה ככל שהדברים נוגעים באוכלוסייה הפלסטינית, המדיניות הישראלית ראויה להיקרא "מדיניות של אנטי-תכנון", ולא "מדיניות תכנון".¹³⁹

כצפוי, תמונת-העולם התכנונית שונה באופן מהותי ככל שהדברים נוגעים בהתנחלויות. או-אז התוכניות הרלוונטיות, הכללים המחייבים וההגבלות הנובעות מהמשפט הבין-לאומי בהקשרים הקרקעיים והתכנוניים מפורשים באופן גמיש למדי. כך, מסמכים מצביעים על בנייה של התנחלויות חדשות תוך הכרתן כ"שכונות" של התנחלויות קיימות. הדבר נעשה גם כאשר בין המתחמים הבנויים מפרידים קילומטרים רבים של גבעות וגיאות, ואין כבישים המחברים ביניהם. כך, ההתנחלות סנסנה הוגדרה כ"שכונה" של ההתנחלות

137 Farsakh, לעיל ה"ש 116, בעמ' 385.

138 שלו וכהן-ליפשיץ, לעיל ה"ש 136, בעמ' 67.

139 Eyal Weizman, Hollow Land: Israel's Architecture of Occupation 93 (2007). כן

ראו Handel, לעיל ה"ש 9, בעמ' 197.

אשכולות, אף שהמרחק ביניהן 3 ק"מ, ואין ביניהן רצף קרקעי. והנה, בהקשרים אחדים מממשלת ישראל מתייחסת לסנסנה ולאשכולות כאל שני יישובים נפרדים.¹⁴⁰ באופן דומה אישר לאחרונה שר הביטחון תוספת של 300 יחידות דיור ב"שכונה" גבעת-הברכה, שליד רמאללה. בכך הוכשרו למפרע 60 יחידות קיימות ואושרו לבנייה עוד 240 יחידות, אשר אמורות לספק את צורכיהן של 200 המשפחות הגרות בהתנחלות העיקרית, טלמון, לעוד שני דורות לפחות.¹⁴¹

(ג) השלכות בשטח

המופע הבולט ביותר של עקרון ההפרדה בשטחים הוא גדר-ההפרדה. מדובר במיזם היקר ביותר בתולדות המדינה (3.5 מיליארד דולר), והדבר מעיד על מרכזיותו של העיקרון במדיניות הישראלית. אורכה של גדר-ההפרדה – כ-700 קילומטרים – כפול מאורכו של הקו הירוק.¹⁴² הסיבה לכך ברורה כאשר מביאים בחשבון את ה"אילוץ" של ההתנחלויות הישראליות. הגדר מסדירה את השאיפות הנוגדות של ישראל – במישור הגיאוגרפי ובמישור הדמוגרפי – על-ידי היצמדות לקו הירוק רק ב-20% מהנתיב, והקפת התנחלויות יהודיות שמתגוררים בהן כ-182,000 תושבים.¹⁴³

אך הנתיב הפתול של הגדר יצר גם דילמה לאלה המבקשים ליישם מדיניות של הפרדה, שכן הגדר יוצרת סביב ההתנחלויות "מרחב תפר" של 530,000 דונם שבו 8,000 פלסטינים, המתגוררים ב-21 כפרים, נמצאים בצד ה"לא-נכון" של הגדר: הם כלואים בין הקו הירוק לבין גדר-ההפרדה. על המחסום הפיזי היה צורך להוסיף לפיכך כלים משפטיים בדמות משטר ההיתרים, שכבר תואר לעיל כ"שלטון העריצות המנהלית".¹⁴⁴ הפלסטינים במרחב התפר זקוקים לאישורים כדי להמשיך להתגורר ביישוביהם, עליהם לחדש את אישוריהם מדי תקופה (לרוב – מדי שנתיים), ועליהם לקבל היתר מיוחד כדי לעבד את אדמותיהם (אשר מצויות לעיתים מעבר לגדר) או כדי לצאת לבית-ספר, לטיפול רפואי או

140 ראו, לדוגמה, את רשימת היישובים הזכאים להטבות מיסוי, אשר פורסמה כבר בשנת 2001, ואשר מציינת את סנסנה ואת אשכולות כיישובים נפרדים: www.finance.gov.il/itc/h11/a_text.htm.

141 מדובר באישור תוכנית 235/3. כנגד ההחלטה הוגשה עתירה – בג"ץ 8171/09 יוסף, ראש מועצת הכפר אל ג'אניה נ' מועצת התכנון העליונה במינהל האזרחי (פורסם בנבו, 7.9.2010). צו על-תנאי ניתן ביום 7.9.2010.

142 UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, *Preliminary Analysis of the Humanitarian Implications of the April 2006 Barrier Projections (Update No. 5)* (July 2006), available at www.ochaopt.org/documents/OCHABarrierProj_6jul06_web.pdf.

143 GORDON, לעיל ה"ש 11, בעמ' 215–216. ראו גם שאול אריאלי ומיכאל ספרד חומה ומחדל (2008).

144 Dayan, לעיל ה"ש 36, בעמ' 298. ראו את הטקסט הסמוך לה"ש 38.

לביקור משפחתי.¹⁴⁵ היתר זה, אשר העתק ממנו מצוי בספר, כולל פרטים על-אודות יעד הנסיעה, השער שממנו מותרת היציאה והשעות שבהן ההיתר בתוקף. מכאן שכל הקשרים העסקיים, המשפחתיים או החברתיים של תושבי הכפרים הללו נתונים לשיקול-דעתו של המפקד הצבאי.

אך בחלק מהמקרים גם בכך אין די. חלק מהערים ומהכפרים הפלסטיניים, דוגמת קלקיליה (44,700 תושבים), מצויים אומנם ממזרח לגדר, אך קרבתן להתנחלויות מרכזיות (במקרה זה אלפי-מנשה, אשר אוכלוסייתה 5,700) נחשבת מאימת מדי. הפתרון הפיזי לקושי זה נמצא בדמות הקמת גדר משלושת צידי היישוב, כאשר מחסום פיזי (דוגמת כביש ראשי) מגביל את היציאה מצידו הרביעי. יציאה מן היישוב לגדה המערבית וכניסה אליו ממנה נעשות דרך שער המצוי בשליטת הצבא. יצירת 13 מובלעות מסוג זה, ובהן 50 כפרים פלסטיניים ו-244,000 תושבים, מתיישבת עם ההנחיה של אריאל שרון למתנחלים: "אל תבנו גדרות סביב ההתנחלויות שלכם. אם אתם מקימים גדר, אתם מגבילים את אפשרות הפיתוח שלכם... אנחנו צריכים להקים גדרות סביב הפלסטינים, ולא סביב המקומות שלנו."¹⁴⁶ אכן, את חמשת הכפרים ו-20,000 התושבים במובלעת ביר-נבאללה, למשל, מקיפה גדר בארבעת צידיהם. מנהרה מאפשרת קשר עם מובלעת בידו הסמוכה, שבה לכודים 50,000 תושבים.

מאפיין פיזי נוסף של עקרון ההפרדה הוא ההבחנה בין כבישים ליהודים לבין כבישים לפלסטינים. השימוש בכוח ריבוני לצורך שליטה בתנועה הפנימית הוא נדיר, וקיבל "ממדים ייחודיים וחסרי תקדים [בגדה המערבית], במיוחד למן שנות התשעים".¹⁴⁷ חלק מהכבישים נחשבים "סטריליים", ובהם תנועה פלסטינית אסורה לגמרי.¹⁴⁸ באחרים פלסטינים יכולים לנוע רק אם הוצאו להם היתרים מיוחדים או אם הם יכולים להוכיח כי הגישה לכפרם מחייבת שימוש בכביש זה.

לסיום, המשפט ומדיניות התכנון מאפשרים הוצאה לפועל של מדיניות הריסת בתים בהיקפים נרחבים. למן שנת 1967 נהרסו 18,000 בתים בגדה המערבית,¹⁴⁹ וקצב ההריסה הולך וגובר בשנים האחרונות.¹⁵⁰ חוסר היכולת המעשית להוציא אישורי בנייה, כמוזכר לעיל, מצמצם למינימום את אפשרות הפיתוח ומחייב בנייה בלתי-חוקית, ולו כדי לענות על הצרכים המינימליים. מבלי להמעיט מן ההשלכות הדרמטיות, הרגשיות והפיזיות, של

145 Abu-Sada, לעיל ה"ש 116, בעמ' 419.
 146 WEIZMAN, לעיל ה"ש 139, בעמ' 133. הציטוט לקוח מתוך סרטו של אבי מוגרבי איך הפסקתי לפחד והתחלתי לאהוב את אריק שרון (1997).
 147 Dayan, לעיל ה"ש 36, בעמ' 283.
 148 ראו Azoulay, לעיל ה"ש 125, בעמ' 335.
 149 Ariella Azoulay, *The (In)Human Spatial Condition: A Visual Essay, in THE POWER OF*
 INCLUSIVE EXCLUSION, *supra* note 2, 153, at 155.
 150 שלו וכהן-ליפשיץ, לעיל ה"ש 136, בעמ' 7; דוח OCHA, לעיל ה"ש 134, בעמ' 13–14.

הריסת בית, יש לזכור לא רק שחלק ניכר מהריסות הבתים הן תוצר טבעי של מדיניות קרקעית ותכנונית, אלא שבתים רבים "נהרסים" למעשה לפני שהם נבנים, שכן תושבים רבים אשר יודעים כי סיכוייהם להשיג אישורי בנייה זעומים נמנעים מבנייה בלתי-חוקית כליל.

נוסף על כך, לצד ההשלכות הישירות והקשות של המדיניות הקרקעית והתכנונית על תנאי המגורים של התושבים הפלסטינים, יש לה גם השלכות עקיפות על הכלכלה, החינוך והבריאות של התושבים המושפעים ממנה. הבנק העולמי, למשל, קבע כי שליטת ישראל בתכנון ובבנייה בשטחים "נהפכה למגבלה קשה (severe constraint) לגבי הפעילות הכלכלית" של התושבים הפלסטינים בשטחים.¹⁵¹ את ההקשרים הללו נסקור כעת.

2. כלכלה ועבודה

ניתוח השפעתה של המדיניות הישראלית על אפשרות הפיתוח הכלכלי מהווה מוקד עניין חדש יחסית לחוקרים ממדעי החברה בכלל ומתחומי המשפט והכלכלה בפרט. מדיניות זו, כמו חלק מהצעדים שנסקרו לעיל, נסתרת מן העין במקרים רבים וחבויה בצווים של מפקדים צבאיים, והשלכותיה נמסכות במסגרת המופעים הפיזיים והדרמטיים יותר של הכיבוש, דוגמת הסיכולים הממוקדים או הריסות הבתים.

העניין שהחלו חוקרים לגלות בתחומים אלה נובע גם הוא משינוי הפרדיגמה של המדיניות הישראלית. ממאמרי הספר עולה כי בעשרים השנים הראשונות, כאשר המטרה הישראלית הייתה מחיקה אפקטיבית, גם אם לא משפטית, של הקו הירוק, חייבה מטרה זו את המדינה לפעול לשיפור איכות החיים של הפלסטינים, להעלאת תוחלת החיים שלהם, למניעת מחלות בקרבם וכיוצא באלה.¹⁵² למדיניות זו היה ביטוי גם "בכיוון ההפוך": לפני האינתיפאדה הראשונה (1987) ניתנו לפלסטינים רבים אישורים לעבוד בישראל, וכך 39% מכוח העבודה הרשמי הפלסטיני, וכ-45% מכוח העבודה הכולל, היו תלויים בכלכלה הישראלית לקיומם.¹⁵³ העובדה שהם הרוויחו בין 10% ל-100% יותר מכפי שהיו מרוויחים בשטחים הביאה לידי כך שהם סיפקו 85% מהתמ"ג הפלסטיני, והובילה לצמיחה מטאורית של התל"ג הפלסטיני.

בצד זאת, בשטחים עצמם הגבילה ישראל את האפשרות לפיתוח כלכלי עצמאי, על-ידי הטלת מיסוי מכביד (כ-40% יותר מהמיסוי על בעלי עסקים ישראלים), על-ידי שליטה

World Bank, *West Bank and Gaza – The Economic Effects of Restricted Access to Land* 151
in the West Bank, iv, Rep. No. 47323 (Oct. 21, 2008), available at www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2009/02/10/000334955_20090210062505/Rendered/PDF/473230WP0GZ0Re101PUBLIC10Box334128B.pdf

Gordon, לעיל ה"ש 10, בעמ' 246.

Shenhav & Berda, לעיל ה"ש 12, בעמ' 338.

מוחלטת בסחורות שבעלי עסקים וחקלאים פלסטינים יכלו לייצא או לייבא, וכן על-ידי הטלת איסורים על השקעה בתשתית האזרחית הנדרשת.¹⁵⁴ מיכאל שלו מסיק כי המניע של ישראל בעיכוב הפיתוח הכלכלי מקורו ברצון להגביל את ההיווצרות של מתחרה כלכלי משמעותי.¹⁵⁵ נוסף על כך נשמעה ההערכה כי הגבלת הפיתוח הכלכלי תגדיל את המלאי של כוח העבודה הזול של הפלסטינים אשר יאלצו לעבוד במפעלים הישראליים בשטחים ובהתנחלויות.¹⁵⁶

השערה זו מבוססת יותר וקונספירטיבית פחות מכפי שנדמה בקריאה ראשונה. בפרשת קו לעובד נדונה שאלת זכאותם של פלסטינים המועסקים בהתנחלויות ובמפעלים ישראליים לזכויות המינימליות הקבועות בחוק הישראלי.¹⁵⁷ חברת ניתוב בע"מ, אשר הצטרפה למשיבים, טענה לפני בית-המשפט כי מתן זכאות כאמור יפגע בעקרון ההסתמכות, שכן החלטתה להעביר את הייצור לשטחים התבססה על יכולתה לעשות שימוש בכוח העבודה הזול, הנהנה מהזכויות המוגבלות בלבד המוקנות בחוק הירדני.¹⁵⁸ עמדה זו נדחתה על-ידי בג"ץ, אשר החיל את דיני העבודה הישראליים על פלסטינים המועסקים על-ידי ישראלים בשטחים. באחת הפרשות הראשונות שהסתמכו על פסק-דין זה, נדרש בית-הדין האזורי לעבודה בבאר-שבע לבחון את זכאותם של שמונים וארבעה עובדים פלסטינים שהועסקו באזור התעשייה ארו לפיצויי פיטורים בעקבות ההתנתקות. בניגוד למצב בגדה המערבית, באזור התעשייה ארו הייתה נוכחות צבאית בלבד. אף-על-פי-כן, בית-הדין מצייין כי התנאים המשפטיים והכלכליים ששררו במקום הובילו לנהירה של עסקים ישראליים לאזור התעשייה ארו במהלך שלושים ושש השנים שבהן הוא היה בשלטון ישראלי.¹⁵⁹ לא למותר לציין כי הַנְיֵעָה (מוטיווציה) זו, אם היא מוכחת, מהווה הפרה של סעיף 52 לאמנת ג'נבה הרביעית, שלפיה:

All measures aiming at creating unemployment or at restricting the opportunities offered to workers in an occupied territory, in order to induce them to work for the Occupying Power, are prohibited.¹⁶⁰

GORDON, לעיל ה"ש 11, בעמ' 72–74. 154
 MICHAEL SHALEV, LABOUR AND THE POLITICAL ECONOMY IN ISRAEL 60 (1992) 155
 GORDON, לעיל ה"ש 11, בעמ' 60. 156
 בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 10.10.2007). 157
 שם, פס' 10 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. 158
 עב' (אזורי ב"ש) 2142/06 אשכנתנא – עזרום מפעלי מתכת בע"מ (פורסם בנבו, 13.2.2008). 159
 Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 160
 .art. 52, Aug. 12, 1949, 75 U.N.T.S. 287

ההשלכות הכלכליות של שילוב זה של גבולות פתוחים לישראל והגבלות פנימיות על פיתוח היו פרדוקסליות מבחינת האוכלוסייה הפלסטינית: עלייה חדה בהכנסה לנפש בצד ירידה ביכולות הכלכליות היצרניות. המשמעות הייתה יצירת תלות משמעותית של הכלכלה הפלסטינית במשק הישראלי. הכנסתם של הפלסטינים שעבדו בישראל היוותה 25% מהתל"ג הפלסטיני, וישראל היוותה את השוק ל-70% מהייצוא הפלסטיני ואת המקור ל-90% מהייבוא שלה.¹⁶¹ ממצא זה מתיישב עם הבהרתה של שרה רוי (Roy) כי קיים הבדל מהותי בין צמיחה לבין פיתוח. לטענתה, המוזכרת על-ידי כמה כותבים בספר, הכלכלה הפלסטינית התאפיינה בעלייה ברמת החיים לצד סטגנציה קהילתית. כלכלה זו, שאותה היא מכנה de-developed, מתאפיינת בהרס מבני של כלכלה מקומית על-ידי שלטון זו: "the deliberate, systematic destruction of an indigenous economy by a dominant power"¹⁶². אכן, כפי שגורדון מציין, הכלכלה הפלסטינית הייתה תמיד חלקית, ונתחמה על-ידי רמות שונות של הפרדה.¹⁶³ כך, אפילו האינטגרציה של עובדים פלסטינים בתוך שוק העבודה הישראלי מעולם לא התקיימה באופן מלא – שכרם היה נמוך ב-35% עד 40% מהשכר המקביל של עובד ישראלי, והם לא הורשו להצטרף לארגוני עובדים ישראליים או להקים ארגונים משלהם.¹⁶⁴ העדר הזכויות הפוליטיות הוביל לביטחון תעסוקתי מוגבל, לשילוב ללא הכשר. כך, למשל, בית-הדין לעבודה פסק כי הפסקת עבודה בעקבות סגר מתמשך אינה מזכה עובדים פלסטינים בפיצוי פיטורים.¹⁶⁵ כנגד זה כדאי להזכיר כי עובד ישראלי אשר מתפטר מעבודתו כדי לעבור להתנחלות או למאחז בשטחים זכאי לפיצוי פיטורים.¹⁶⁶ המדיניות הכללית של "גבולות פתוחים", על שלל בעיותיה, החלה להיבחן מחדש בשנת 1987 (לאחר פרוץ האינתיפאדה הראשונה), ונעצרה לחלוטין בשנת 1991.¹⁶⁷ תמונת-הראי שלה הייתה הסגר הראשון שניתן ללא הודעה על הגבלת זמן, בשנת 1993. ההגבלות השונות, החיצוניות והפנימיות, שהוטלו על הפיתוח הכלכלי נתנו פרי, בעיקר לאחר האינתיפאדה השנייה. למן שנת 2000 סגרה ישראל לחלוטין את אפשרות המעבר של

Farsakh 161, לעיל ה"ש 116, בעמ' 387–388.

SARA ROY, THE GAZA STRIP: THE POLITICAL ECONOMY OF DE-DEVELOPMENT 4, 128 162
(2001), מצוטט אצל GORDON, לעיל ה"ש 10, בעמ' 247, ואצל Farsakh, לעיל ה"ש 116,

בעמ' 381. ראו גם Abu-Sada, לעיל ה"ש 116, בעמ' 417.

Gordon 163, לעיל ה"ש 10, בעמ' 250.

לב גרינברג ההסתדרות מעל הכל (1993).

165 ע"ע (ארצי) 300366/97 נזאל – סטרפלאסט תעשיות (1976) בע"מ, פד"ע לה 502 (1999).

166 ס' 12 (ד) לתקנות פיצויי פיטורים (חישוב הפיצויים והתפטרות שרואים אותה כפיטורים), התשכ"ד-1964, קובע כי אדם יהיה זכאי לפיצויי פיטורים אם התפטר מעבודתו כדי להעתיק את מקום מגוריו "למקום התנחלות או היאחזות שאישרו לענין זה שר הבטחון ושר החקלאות".

Farsakh 167, לעיל ה"ש 116, בעמ' 387.

פלסטינים לעבודה בישראל,¹⁶⁸ ובפרק-הזמן שחלף מאז ועד שנת 2007 צנחה ההכנסה לנפש בקרב האוכלוסייה הפלסטינית ב-40%, ותחולת העוני הגיעה ל-67.67%¹⁶⁹. במקביל חלה עלייה של 200% במחירי הסחורות. קרוליין אבו-סעדה מצטטת בעל סופרמרקט ברמאללה, אשר מציין בעצב כי "זול יותר לקנות סחורה בתל-אביב מאשר בג'נין".¹⁷⁰ בדצמבר 2008, ל-56% מהאוכלוסייה בעזה לא היה ביטחון תזונתי, האבטלה הגיעה ל-60%, והמגזרים העסקי והבנקאי היו הרוסים לגמרי.¹⁷¹ לדברי אופיר ואזולאי, המדיניות הישראלית כלפי הפלסטינים, במיוחד בעזה, הובילה אותם "אל סיפה של קטסטרופה הומניטרית".¹⁷² המצב במחנות הפליטים בשטחים חמור אף יותר. שוליותם הכפולה, ביחס לישראל וביחס לגדה, והעדר הגישה שלהם לשוקי עבודה ולשירותים הובילו לרמות אבטלה של יותר מ-20%, ואפילו החקלאות הבסיסית לצורכי קיום מינימלי כבר אינה אפשרית. ב-54% מהבתים אין תשתית למים נקיים, ו-30% עד 40% מהבתים מסוכנים למגורים – אין בהם אור שמש, הם בנויים מחומרים מסוכנים לבריאות, האוויר בהם בעייתי, ועכברים ועכברושים מתהלכים בהם באופן חופשי.¹⁷³

ג. סיכום

הספר מושא סקירה זו אינו כולל סיכום. במקומו מובאת כרוניקה של ארבעים שנות כיבוש.¹⁷⁴ אכן, קשה לסכם את כל הפרטים השונים, על הרבדים, ההשלכות והניתוחים האפשריים הנובעים מהם. אפשר אף לומר שזו מלאכה בלתי-אפשרית. כל שניתן לומר הוא שמדובר בספר שאינו רק חשוב ומקיף, אלא גם מטלטל מבחינה מחשבתית ורגשית את הקורא המתעניין במתרחש "חמש דקות מכפר-סבא". במקום סיכום אציין בקצרה שלוש סוגיות שהיה אפשר לדעתי להרחיב בהן במסגרת ספר רחב-יריעה זה. הראשונה, באופן מפתיע מעט, היא סוגיית ההדרה המוכללת (inclusive exclusion). זו אומנם כותרת הספר, ועורכיו מצהירים על כוונתם לערוך דיון בנושא זה:

-
- Abu-Sada, לעיל ה"ש 116, בעמ' 415. 168
 Farsakh, לעיל ה"ש 116, בעמ' 379. 169
 Abu-Sada, לעיל ה"ש 116, בעמ' 421. 170
 World Bank Ad Hoc Liaison Committee, *Palestinian Economic Prospects: Aid, Access and Reform*, Rep. No. 51943 (Sep. 22, 2008), available at siteresources.worldbank.org/Farsakh, מצוטט אצל INTWESTBANKGAZA/Resources/AHLCReportSept.08final.pdf 171
 לעיל ה"ש 116, בעמ' 379.
 Azoulay & Ophir, לעיל ה"ש 8, בעמ' 136. 172
 Hanafi, לעיל ה"ש 101, בעמ' 499–500. 173
 Ariel Handel, *Chronology of the Occupation Regime 1967–2007*, in THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION, *supra* note 2, 603. 174

A series of inclusive exclusions that expand the links of the disenfranchised Palestinian population to the Israeli ruling apparatus while cutting this population off from its territory.¹⁷⁵

אולם ההבטחה לדיון כזה, שיבחן את הקשרים המורכבים בין האוכלוסייה הפלסטינית לבין השלטון הישראלי (להבדיל מהכפפה וניצול פשוטים), מקוימת רק בחלקה. כך, הספר אומנם כולל דיון חשוב בהקשרים הכלכליים של הכיבוש, אשר הוזכרו בחלקם לעיל, ודיון זה מבהיר אומנם את מידת התלות הכלכלית, בתחומי התעסוקה והקרקע, של הפלסטינים בריבון הישראלי. ברם, קשה עדיין לומר שרעיון מאתגר זה מהווה חוט-שני לאורך מאמרי הספר. כך, רוחב-היריעה התיאורטי שחלק ניכר מהכותבים מפגינים היה אמור לאפשר, על פני הדברים, פיתוח של הדיון ב"הכלה מודרת" בהקשרים מדידים פחות מאלה הכלכליים. בחינה מורכבת של הקשרים הפוליטיים/האזרחיים של הפלסטינים עם המערכת הישראלית במונחים אלה, ושל יחסם למערכת המכתיבה את בחירותיהם מבלי שהם בחרו בה, עשויה לספק זווית חדשה וחשובה להבנה של מצב הדברים הנוכחי. התחלה של דיון מסוג זה מצויה בהתמודדותם של חלק מהכותבים עם שאלת אופיו של הכיבוש כמשטר קולוניאלי¹⁷⁶ או כמשטר אפרטהייד.¹⁷⁷ מסקנתם של הכותבים, בנפרד ובמקובץ, אינה חד-משמעית. החשוב, כמובן, אינו הכותרת, אלא המהות: האם נהפכה השליטה של ישראל בשטחים, כטענתם של חלק מהכותבים, לממוקדת ביתרונות הכלכליים – משאבי-טבע,¹⁷⁸ אדמה, כוח עבודה – באופן המאפיין משטרים קולוניאליים רבים, או שמא מדובר עדיין בתפיסה המבוססת על ניהול הסכסוך תוך הפרדת האוכלוסיות? בעוד המונח "כיבוש" מאפיין את מצב הדברים מזווית-הראייה המשפטית, קטלוג השליטה הישראלית על הציר המשקף – ולו באופן מוגבל – את הקשר שבין התושבים, אדמתם והמשטר השולט בהם עשוי להעניק מסגרת מושגית חשובה אשר תשלים את זו המשפטית ותתאר בצבעים חדים יותר את הקשרים שבין הפלסטינים לבין ישראל לאחר יותר מארבעים שנות כיבוש. במילים אחרות, מיקום השליטה הישראלית על ציר זה, אשר "קולוניאליזם" ו"אפרטהייד" מהווים

175 Ophir, Givoni & Hanafi, לעיל ה"ש 3, בעמ' 23.

176 Algazi, לעיל ה"ש 119; Shenhav & Berda, לעיל ה"ש 12; Abu-Sada, לעיל ה"ש 116; אך ראו Farsakh, לעיל ה"ש 116.

177 Ben-Naftali, Gross & Michaeli, לעיל ה"ש 14; ובעיקר Dayan, לעיל ה"ש 36.
 178 ראו, למשל, את העתירה בבג"ץ 2164/09 "יש דין" – מתנדבים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם הוכרע) להפסקת פעילות הכרייה במחצבות הישראליות הפועלות בשטחים. מן העתירה עולה כי תפוקתן של מחצבות אלה מגיעה לכ-12 מיליון טון בשנה, שמהם 9 מיליון טון מועברים לישראל. עוד עולה מן העתירה כי הערכת הגורמים הישראליים היא שהמחצבים הנוכחיים יוכלו לספק את צורכי האוכלוסייה בישראל בשלושים השנים הקרובות. שם, פס' 24 לעתירה, נגיש בכתובת [www.yesh-din.org/sys/images/File/QuarriesPetitionHeb\[1\].pdf](http://www.yesh-din.org/sys/images/File/QuarriesPetitionHeb[1].pdf).

שתי אפשרויות על-גביו, טומן בחובו את תחילת הדיון בדבר מידת "ההדרה המוכללת" של הפלסטינים בישראל.

סוגיה שנייה, אשר מופיעה רק בשוליהם של חלק מהמאמרים, עוסקת באלימות הפלסטינית. לאור הדיון התיאורטי המרתק בסוגיית האלימות הישראלית, אשר מהווה את עיקרם של שני מאמרים לפחות,¹⁷⁹ היה מקום לדון באופן מקיף יותר גם בתצורות, במאפיינים ובהתפתחות של האלימות הפלסטינית, ובהשלכותיה על תצורות הכיבוש. אפילו ההתייחסות להתקוממות הפלסטינית בשתי האינתיפאדות נעשית, בחלק משמעותי של המאמרים, רק כהקדמה לדיון בהחמרה באלימות ובדיכוי האזרחי מצידה של ישראל בכל שלב. בהעמדה זו יש לא רק הכרה בפלסטינים כקורבן וכצד החלש בסכסוך (הכרה שיקשה לחלוק עליה), אלא גם תפיסה שלהם כאובייקט, ולא כסובייקט – כמושא סביל של ההדרה/ההכלה, שאינו מסוגל לשנות את מצבו. מעניין שהדיון היחיד המעניק תחושה אחרת בהקשר זה הוא הדיון העוסק בסירוב הפלסטיני לציית לכוח לא רק של ישראל, אלא גם של הרשות הפלסטינית (למשל, לשלם מיסים וחשבונות חשמל).¹⁸⁰ סירוב זה, המופיע דווקא במחנות הפליטים, קרי במקום שבו האוכלוסייה סובלת משוליות כפולה ומכופלת, מבליט במידה רבה את העדרו של דיון כאמור בכל הקשור לאוכלוסייה הפלסטינית בכללותה.

היה מתבקש, לפיכך, לתור אחר הגורמים החבויים שהובילו להתפרצויות האלימות דווקא בשנים 1987 ו-2000. לחלופין, ומכיוון שבנושא זה נכתב כבר לא מעט,¹⁸¹ היה אפשר ואף רצוי להתייחס לאחד התהליכים המרתקים ביותר שמתרחשים בעולם, ולא רק בהיסטוריה של הסכסוך: התרחבות המאבק הפלסטיני העממי והלא-אלי, אשר החל על-ידי חקלאים בבילעין שמחו על גזל אדמתם, והתפשט, נכון להיום, לנעלין ולנבי-סאלח, ללא תמיכה משמעותית של ההנהגה. נוסף על כך ניתן להזכיר בהקשר זה את התופעה המתרחבת (בעיקר לאחר יציאת הספר לדפוס) של חרם כלכלי המונהג על-ידי הפלסטינים כלפי מוצרים מההתנחלויות, כלפי עבודה בהתנחלויות, ואף כלפי ישראל בכללותה.

הסוגיה האחרונה אשר מתבקש להעלותה כאן נעדרת מהספר כמעט לחלוטין, ואפשר שבצדק. עם זאת, יקשה על הקורא הישראלי, הקרוב אצל עצמו, לא להרהר בשאלה: באיזו מידה הפגמים המהותיים שבכיבוש מחלחלים בחזרה אל תוך הקו הירוק? לאחר יותר מארבעים שנה, שבהן המדיניות הישראלית הובילה לטשטוש הגבולות בין השטחים לבין תחומי מדינת-ישראל, יהא זה מפתיע אם נגלה שהשפעה כאמור אינה קיימת. אכן, אף שהדברים אינם נאמרים במפורש, העדר הריסון המתגלה באינטנסיביות הגוברת בפעולותיה

179 Azoulay & Ophir, לעיל ה"ש 8; Weizman, לעיל ה"ש 47.

180 Hanafi, לעיל ה"ש 101, בעמ' 508–509.

181 ראו, למשל, זאב שיף ואהוד יערי אינתיפאדה (1990).

של משטרת ישראל (למשל, כלפי עובדים זרים הנעצרים בכנסייה)¹⁸² מהווה הד מסוים לאלמות המתפרצת של יחידות המסתערבים בשטחים. כמו־כן, התופעה של הימנעות המדינה מקיום פסקי־דין של בג"ץ, אשר נתקלת כיום בהוקעה ציבורית רחבה,¹⁸³ החלה את דרכה, ועדיין בולטת במיוחד, בהקשר של פסיקה הנוגעת בשטחים. גם תאוות־הבצע אשר לא מושם לה מחסום משפטי ומוסרי, המאפשרת ניצול אוכלוסיות מוחלשות לצורכי רווח, אינה נעצרת כמובן בקו הירוק. כך, אפשר שאין זה מקרה שחברת "חפציבה", אשר בנתה את מודיעין־עלית על אדמות הכפר בילעין,¹⁸⁴ השאירה אלפי ישראלים בחוסר־כל. נוסף על כך נראה כי אין זה מקרה שחציית הקו האדום בעבור רבים בהקשר של גבולות ההפרטה – הפרטת הביטחון – עשתה את צעדיה המשמעותיים הראשונים בשטחים, עם הפרטת המחסומים.¹⁸⁵

אומנם, גורמים אורחיים ומשפטיים מצליחים לעיתים להביא לידי שינוי המדיניות וצמצום הנזקים, אולם עיון בממצאים ובניתוחים המובאים בספר אינו יכול לא להוליך למסקנה העגומה שהתמשכות הכיבוש מובילה, פעם אחר פעם, להתפרצות של אלימות חמורה המהווה מעין חריג אשר מעיד – בצורה שונה מהרגיל – על הכלל. ניתוחיה של חנה ארנדט מוזכרים בהקשרים שונים ומגוונים בספר זה, אולם משפט אחד רלוונטי במיוחד בהקשר של הניסיון למזער נזקים באופן נקודתי בהתעלם מהתמונה הכוללת: "those who choose the lesser evil forget very quickly that they chose evil"¹⁸⁶.

- 182 דנה ויילר-פולק "בניגוד לנהלים: פקחי יחידת עוז פרצו לכנסייה" הארץ Online 21.12.2009
www.haaretz.co.il/hasite/spages/1136614.html
- 183 ראו, למשל, זאב סגל "ביזיון השפיטה" הארץ Online 31.5.2010
www.haaretz.co.il/hasite/spages/1171353.html
- 184 Algazi, לעיל ה"ש 119, בעמ' 525–526.
- 185 Handel, לעיל ה"ש 9, בעמ' 213. עוד בנושא המחסומים ראו: Michal Givoni, *The Occupation's Paper Trail IX, in THE POWER OF INCLUSIVE EXCLUSION, supra note 2*, 575. המחסומים הוקמו במקביל לבניית גדר־ההפרדה, והופרטו באופן גורף. הסיבות להחלטה זו הן מורכבות ושלובות: רצון להקל בדרישת כוח־האדם באיוש המחסומים, רצון למנוע חיכוך של חיילים צעירים עם אוכלוסייה פלסטינית, ואף רצון לפתח את "תודעת השירות" של המאבטחים במחסום, על רקע הפגיעה בדימוי הישראלי בזירה הבין־לאומית. יגיל לוי אף מציין את מאמרו של עקיבא אלדר על־אודות צעיר פלסטיני שאולץ לנגן בכינור כתנאי למעבר במחסום כזרו להפרטת המחסומים. ראו יגיל לוי "תכנית ההתנתקות ככורח השוק" צבא שיש לו מדינה 67–91 (גבריאל שפר, אורן ברק ועמירם אורן עורכים, 2008). ראו גם שיר חבר "הפרטת הביטחון בישראל" (המרכז לצדק חברתי ודמוקרטיה ע"ש יעקב חזן במכון ון ליר בירושלים, צפוי להתפרסם ב־2011) (טיוטת המסמך מצויה בכתובת www.kibbutz.org.il/hazan/hazan-002.htm).
- 186 Weizman, *HANNAH ARENDT, RESPONSIBILITY AND JUDGMENT* 36 (2005) מצוטט אצל Weizman, לעיל ה"ש 47, בעמ' 563.