

נגד א

1. שר הביטחון
2. המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון
3. הוועדה המיעצת לערעורים לפי תקנה 112(8) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945

ב

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק  
[4.12.80, 3.11.80, 30.10.80]

לפני הנשיא מ' לנדוי, מ"מ הנשיא ח' כהן, והשופט י' כהן

ג

תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר, תוס' 2 (ע) 858, (א) 1055, תקנות 3, 108, 111 (תוקנה: ע"ר 1946, תוס' 2 (ע) 121, (א) 148, 111(4), (תקנה 111 בוטלה לגבי השטח בו חל המשפט של מדינת ישראל: ס"ח תשל"ט 76), 112 (הוחלפה: ע"ר 1946, תוס' 2 (ע) 121, (א) 148), 112(8) (הוספה: ע"ר 1947, תוס' 2 (ע) 955, (א) 1170), (תקנה 112 בוטלה לגבי השטח בו חל המשפט של מדינת ישראל: ס"ח תשל"ט 76) — תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשכ"ג—1963, ק"ת 1942, תקנה 6 — אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, כ"א 1 559, סעיפים 4, 13, 48, 49 — דבר המלך במועצה לפלשתינה (א"י) (הגנה), 1937, ע"ר, תוס' 2 (ע) 228, (א) 267 — הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח תשל"ח 328, סעיף 30, 31 — הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ח תשל"ג 448, סעיף 20(ג) — צו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 5) (יהודה והשומרון) (מס' 224), תשכ"ח—1968, קמצ"מ (יהודה והשומרון) 446, סעיפים 2, 3 — צו בדבר פרשנות (אזור הגדה המערבית) (מס' 130), תשכ"ז—1967, קמצ"מ (יהודה והשומרון) 272, סעיף 1 (המונחים „היום הקובע“, „תחיקת בטחון“) — חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט—1979, ס"ח 76, סעיף 12 — צו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (תיקון מס' 18) (מס' 815), תש"ם—1980 — צו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תשל"ל—1970, קמצ"מ (יהודה והשומרון) 733 — חוקת בית הדין הבינלאומי, כ"א 1 237, סעיף 38 — חוק הכניסה לישראל, תשי"ב—1952, ס"ח 354, סעיף 13 — חוק ההסגרה, תשי"ד—1954, ס"ח 174, סעיפים 1, 2 (תוקנו: ס"ח תשל"ח 52).

ד

ה

ו

ז

העותרים, אזרחי ירדן, גורשו מבתיהם באזור יהודה ושומרון ללבנון על-פי תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, בלא שניתן להם לפנות לוועדה המייעצת בהתאם לתקנה 112(8). לאחר שתוקן המעוות ואופשר לעותרים לפנות לוועדה המייעצת, המליצה הוועדה להשאיר את צווי הגירוש בתוקפם. המלצה זו אושרה על-ידי מפקד אזור יהודה ושומרון. מכאן העתירה.

השאלה המרכזית עליה נסבה העתירה היא אם יש למפקד האזור סמכות לגרש אזרח ירדני מביתו שביהודה ושומרון למדינה אחרת.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

א. (1) סעיף 128 לחוקה הירדנית משנת 1952 המשאיר בתוקפם את כל דברי החקיקה, שקדמו לחוקה, אינו מבטל זכויות אזרחיות בלתי מסויגות שנקבעו בחוקה, כגון: זכותו של אזרח ירדני שלא יוגלה מן הממלכה, הקבועה בסעיף 9(1) לחוקה.

(2) לפיכך, ספק הוא, אם תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, שמכוחה גורשו העותרים, עמדה בתוקפה ביהודה ושומרון ערב כניסתו של צה"ל לאזור.

(3) ברם, תקנה 112 לתקנות ההגנה עומדת בתוקפה מבחינת המשפט הפנימי של יהודה ושומרון לאור צו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 5) (יהודה ושומרון) (מס' 224), תשכ"ח—1968, שלפיו "תחיקת שעת חירום", אשר הייתה בתוקף ביהודה ושומרון ביום 14.5.48, תמשיך לעמוד בתוקפה.

ב. (1) סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, האוסר הגליה וגירוש, אינו מהווה חלק של המשפט הבינלאומי המנהגי.

(2) בהיות הוראת סעיף 49 לאמנה חלק מהמשפט הבינלאומי ההסכמי בלבד, אין היחיד יכול לבסס עליה עתירה בבית-משפט הדן על-פי הדין הפוזיטיבי של מדינת הדיון.

(3) החלטת ממשלת ישראל לקיים למעשה את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית היא החלטה מדינית, שאינה נוגעת למישור המשפטי, שבו עוסק בית המשפט.

ג. (1) המשפט הבינלאומי המנהגי קובע שמדינה חייבת לפתוח שעריה בפני אזרח שלה, שגורש ממדינה אחרת.

(2) הכלל הנלמד מהכלל האמור — דהיינו: שאסור למדינה לגרש אזרח מאזרחיה אל מעבר לגבולותיה — קיים בין מדינות שביניהן שורר השלום, ואין להרכיב את דיני השלום בסוגיה זו על דיני המלחמה.

(3) לפיכך, לא ניתן להחיל את הכלל, האוסר על מדינה לגרש את אזרחיה, על יהודה ושומרון כל עוד מבוססים היחסים בין ישראל לירדן על משטר של שביתת נשק, ובטרם הושג הסדר בינלאומי סופי בנוגע ליהודה ושומרון.

ד. אין פגם משפטי בהמלצת הוועדה המייעצת ובהחלטה שבאה בעקבותיה. השאלות בדבר יעילותה ותבונתה של ההחלטה חורגות מתחום הביקורת השיפוטית ושייכות לתחום ההכרעה המדינית.

ה. **דעת מיעוט** — מ"מ הנשיא ח' כהן: (1) אין לקבל את הגישה הגורפת כאילו כל אמנת ג'נבה היא משפט-עמים חוזי ולא מנהגי.

(2) יש לבחון כל הוראה והוראה באמנה ולבדוק אם אין היא אלא חוזרת על הוראה ידועה ומקובלת של משפט-עמים מנהגי. הדברים אמורים לא רק בנוגע לחלקים ולסעיפים השונים באמנה, אלא אף בהוראות שונות המצויות בסעיף אחד.

(3) כל אימת שקו התנהגות בינלאומית, הנקוט בידי מדינות לעתים קרובות, נחשב למחייב או

- לצורך מבחינת הדין, רואים את הכלל העולה מהתנהגות זו ככלל של משפט העמים המנהגי.
- (4) נוהג המדינות והתנהגותן משתקפים, בראש ובראשונה, במעשי חקיקתן.
- (5) התנהגות המדינות, במילוי חובה שבדין, באסרן על עצמן לגרש את אזרחיהן מאדמתן, היא אוניברסלית ותדירה ועולה לכדי נוהג של משפט העמים.
- (6) ההוראה ברישת סעיף 49 לאמנת ג'נבה באשר לאיסור לגרש אזרח ממדינת אזרחותו משקפת הוראה ידועה ומקובלת של משפט-עמים מנהגי.
- (7) כדי שנורמה פלוגית של המשפט הבינלאומי לא תנהג בעת מלחמה, יש צורך בנורמה פלמונית מיוחדת ומפורשת הקובעת זאת.
- (8) הנורמה של המשפט הבינלאומי בדבר איסור גירושו של אזרח ממדינת אזרחותו חלה גם בעת מלחמה.
- (9) לעניין תחולתה של נורמה של המשפט הבינלאומי בשטחים המוחזקים, דין השלטון שבשטחים כדין מדינה. לפיכך אין מנוס מלהחיל ומלבצע את כללי משפט העמים בשטחים המוחזקים בשינויים המחויבים לפי העניין. אך אין בשינויים המחויבים כדי להצדיק או לחייב התעלמות טוטאלית ממשפט העמים.
- (10) חקיקה הנעשית על-ידי מפקד האזור היא בבחינת חקיקה ראשית, אך אין היא דומה לחקיקת הכנסת. בעוד שאין מהרהרים אחרי חקיקת הכנסת, אפילו נוגדת היא את משפט העמים, הרי שלעומתה חקיקתו של מפקד האזור הנוגדת את משפט העמים המנהגי — דינה להתבטל.
- (11) חקיקת מפקד האזור, שהשאירה בתוקפה את תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), לפיה מוסמך הוא לגרש כל אדם מהשטחים, מתנגשת בכלל של משפט העמים המנהגי, האוסר גירוש אזרח ממדינתו. מכיוון שחקיקתו של מפקד האזור אינה יכולה לעמוד בפני כלל שבמשפט העמים המנהגי, מצטמצמת סמכותו לפי תקנה 112 לגירושם של זרים בלבד.

(החלטה): החלטה (צ"ח)

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"צ 97/79 אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לג (3) 309.
- [2] בג"צ 606/78, 610 אויב ואח' נ' שר הביטחון ואח'; מטאוע ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לג (2) 113.
- [3] בג"צ 17/71 מראר ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד כה (1) 141.
- [4] בג"צ 302/72, 306 אבו חילו ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'; אל סלאימה ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד כז (2) 169.
- [5] בג"צ 311/60 מילר, מהנדס (סוכנות יבוא) בע"מ נ' שר-התחבורה ואח', פ"ד טו 1989.

פסקי-דין אנגליים שאוזכרו:

- [6] *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Attorney-General for Canada* [1947] A.C. 87; 176 L.T. 547 (P.C.).
- [7] *Reg. v. Immigration Officer at Heathrow Airport, Ex parte Thakrar* [1974] 2 W.L.R. 34; [1974] 1 All E.R. 415 (Q.B.).

[8] *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Thakrar* [1974] 2 W.L.R. 593; [1974] Q.B. 684; [1974] 2 All E.R. 261 (C.A.).

פסקידין אוסטרליים שאוזכרו:

[9] *Ex parte Walsh and Johnson, In re Yates* (1925) 25 C.L.R. 36.

פסקידין הודיים שאוזכרו:

[10] *Mavat v. State of Bombay* (1954), United Nations Yearbook on Human Rights, First Supplementary Volume (1959) 131.

פסקידין בינלאומיים שאוזכרו:

[11] *Van Duyn v. Home Office* [1975] 1 C.M.L.R. 1.

[12] *Nottebohm Case* (second Phase) [1955] I.C.J. Reports 4.

הערות:

1. לתחולת המשפט הבינלאומי בשטחים המוחזקים ולשאלת אופיה של אמנת ג'נבה כמשפט הסכמי

או מנהגי, ראה: בג"צ 390/79 דויקאח ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד(1) 1.

2. לאיתחולת המשפט הבינלאומי ההסכמי במשפט הפנימי, ראה: ע"א 439/76 הסתדרות מכבי

ישראל, מרכז קופת-חולים נ' מדינת ישראל (הלשכה לשיקום נכים), פ"ד לא(1) 770.

3. לסמכות החקיקה של המפקד הצבאי בשטחים המוחזקים ראה: "דינשטיין, סמכות החקיקה

בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ב (תשל"ב—ל"ג) 505.

4. לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ראה: B. Bracha, "Restriction of Personal

Freedom without Due Process of Law According to the Defence

(Emergency) Regulations, 1945" 8 Israel Yearbook on Human Rights

(1978) 296.

5. להערות על פסק הדין ראה: "דינשטיין, גירוש ראשי הערים מיהודה — פס"ד קוואסמה ומלחם"

עיוני משפט ח (תשמ"א) חוברת א.

עתירה למתן צו-על-תנאי. הדיון — כאילו ניתן הצו-על-תנאי. העתירה נדחתה.

פ' לנגר, ע' עסאלי — בשם העותרים;

ד' ביניש, מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה — בשם המשיבים.

## פסק-דין

הנשיא מ' לנדוי: ביום 19.8.80 נתן בית-משפט זה פסק-דין ברוב דעות (נגד דעתו החולקת של מ"מ הנשיא) בתיק בג"צ 320/80, לדחיית עתירתן של רעייתיהם של

הנשיא מ' לנדוי

שני העותרים דנו ושל רג'ב ביוד אל-תמימי, אשר ביקשו לבטל צווי גירוש שנתן נגדם המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (להלן: מפקד האזור) ביום 3.5.80 לפי תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות 1945). הצו-על-תנאי בוטל בנתון להמלצה

„שאם הועדה (דהיינו הועדה המיעצת שנתמנתה לפי תקנה 111(4) לתקנות 1945) תמצא כי תוכן פניתם של העותרים 1 ו-2 אליה, אם תבוא, יהיה עניני על פניו ושתהיה בה נקיטת עמדה ברורה מצד העותרים, שהם מתכוונים לשמור על חוקי הממשל בפעילותם כאנשי צבור, וכן תהיה בה התיחסות חד-משמעית לדברי ההסתה שפורסמו בשמם באמצעי התקשורת — כי אז מן הראוי יהיה שבשלב הבא יורשו העותרים להופיע אישית לפני הועדה, כדי שהועדה תוכל להתרשם מהסבריהם בעל פה, בדרך שבה צריך היה לנהוג בהם מלכתחילה.“

המלצה זו באה לתקן מעוות שנגרם לעותרים כאשר גורשו מבתיהם אל מעבר לגבול הלבנון, בלי שניתנה להם תחילה הזדמנות להופיע לפני הוועדה המייעצת, בהתאם לתקנה 112(8). השתלשלות הדברים שקדמה לגירוש, וזו שבאה בעקבותיו עד למתן פסק הדין בבג"צ 320/80, תוארו בגוף פסק הדין שניתן שם, ואין צורך לחזור ולתארן כאן.

העותרים פנו לוועדה המייעצת בתצהיר שמסרו לפני נציג הצלב האדום בעמאן ושמילא אחרי האמור בהמלצתנו הנ"ל. המפקד הצבאי פעל בהתאם להמלצה ואיפשר לעותרים לחצות את גשר אלנבי מן הגדה המזרחית של נהר הירדן אל גדתו המערבית, ושם נעצרו העותרים על יסוד תקנה 111(4) והובאו לפני הוועדה המייעצת, אשר קיימה את דיוניה במבנה שליד הגשר, במעמד העותרים ופרקליטיהם, גב' פ' לנגר ומר א' פנחסי, נציגם של מפקד האזור ושר הביטחון ונציג הצלב האדום. העותרים העידו לפני הוועדה ונחקרו ארוכות על-ידי נציגם של מפקד האזור ושל שר הביטחון, שהגיש מצדו תצהירים המכילים מידע, אשר נאסף על-ידי אנשי מודיעין ומסמכים אחרים. לאחר מכן הושמעו דברי סיכום של נציגי שני הצדדים. דיונים אלה נמשכו שעות רבות בימים 15 ו-16 באוקטובר 1980, וביום 19.10.80 הודיעה הוועדה המייעצת את המלצתה, שנומקה על-ידיה בכתב בפירוט רב ובבהירות. המלצתה הייתה „שלא נמצא בסיס לבטולם של צווי הגרוש שניתנו כנגד העותרים ביום 3.5.80 ויש לקיימם“. מפקד האזור עיין בהמלצות הוועדה והחליט, שצווי הגירוש נגד העותרים יישארו בתוקפם, הואיל ושוכנע שהדבר נחוץ למען הבטחת שלום הציבור, הגנת האזור ולשם קיום הסדר הציבורי. הובטח לעותרים מראש, שאם מפקד האזור לא ייעתר לבקשתם לבטל את צווי הגירוש, תינתן להם שהות של 48 שעות לשם פנייה חוזרת לבית-משפט זה. זאת הם עשו באמצעות גב' לנגר בעתירתם שהוגשה ביום 22.10.80, אחרי שהובטח להם, שצווי הגירוש לא יבוצעו עד מתן החלטה סופית בעתירתם.

נציג היועץ המשפטי הוזמן לדיון בעתירה למתן צו-על-תנאי וניתן צו-ביניים. הדיון

לפנינו התקיים במעמד שני הצדדים בימים 30.10.80 ו-3.11.80, בישיבה הראשונה הסכימו גב' לנגר בשם העותרים וגב' ביניש בשם המשיבים, בהתאם לתקנה 6 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשכ"ג—1963, שהדיון יתקיים כאילו ניתן צו-על-תנאי.

גב' לנגר ביקשה לבטל את החלטתו של מפקד האזור מיום 20.10.80 ואת צווי הגירוש עצמם. היא ערכה את התקפתה בשני ראשים: בראש הראשון של טענותיה ביקשה לפסול את התקנה 112 עצמה מנימוקים משפטיים, שיסודם בתחיקה הנוהגת באזור יהודה ושומרון וכן במשפט הבינלאומי, דהיינו אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949. בראש שני של הטענות ביקשה לקעקע את הנימוקים שהניעו את מפקד האזור לחזור ולאשר את צווי הגירוש.

אפתח בטענות הפרקליטה המלומדת נגד תוקפה של התקנה 112 באזור יהודה ושומרון. במהלך טענותיה אלה ביקשה גב' לנגר למצוא נקודות תורפה בשרשרת מעשי החקיקה, שבהם ניתן תוקף לתקנות 1945. לשם כך ביקשה מאתנו לעיין מחדש בפסיקתו של בית-משפט זה בעתירתו של ריאד עבד ראשיד אבו עוואד (בג"צ 97/79 (1)). הטענות, שנטענו הפעם לפנינו בסוגיה זו, כבר נטענו רובן ככולן גם בעתירה ההיא, והן נדחו על-ידי הנשיא זוסמן, שדיבר בשם בית המשפט בחוות-דעת מנומקת, שבה נתן את דעתו על הבעיה לכל צדדיה. הפעם הוגשו לנו תצהירים של ארבעה משפטנים הבקיאים בדין הירדני, והם עורכי הדין ה"ה עזיז שחאדה, אנואר נוסייבה, ג'ודה שהואן ורופי אל-מסרי (האחרון היה נשיא בית המשפט המחוזי בשכם ושופט בבית המשפט לערעורים בירושלים בתקופת השלטון הירדני ביהודה ובשומרון, ושמו הוזכר בבג"צ 97/79 (1)), בפסקה 7 של פסק הדין, בעמ' 314, כאשר הביע הנשיא זוסמן צער על כך, שבית המשפט לא זכה שם לקבל תצהיר ממנו, למרות ארכה שניתנה לשם כך).

עיינתי בתצהיריהם של ארבעת המשפטנים ובדברי החקיקה והפסיקה הירדנית, שהם הזכירו, וכן עיינתי לפי הצעת גב' ביניש בחוות-דעתו הסותרת של ד"ר יעקב מירון שהוגשה בשעתו בבג"צ 97/79 (1) הנ"ל. ד"ר מירון הוא חבר הוראה בדרגת מרצה בכיר במשפט מוסלמי בפקולטה למשפטים בירושלים ויועץ למשפט ארצות ערב במשרד המשפטים ויועץ לדין המקומי במפקדת צה"ל ביהודה ושומרון, והוא רכש לעצמו בקיאות בדין הירדני ובמקורותיו. גם אל חוות-דעת זו צורפו אסמכתאות מפסיקתו של בית המשפט הירדני. לקראת סוף הדיון לפנינו הרשינו לבעלי הדין להגיש חוות-דעת נוספות בתגובה לתצהירי הצד היריב, והם עשו כן, והוגשה חוות-דעת נוספת של ד"ר מירון מזה ושל עו"ד עזיז שחאדה מזה.

לא מצאתי, כי התצהירים, שהוגשו מטעם העותרים, והאסמכתאות שהזכירו, מערערים את תוקף הנמקתו של הנשיא זוסמן בבג"צ 97/79 (1) הנ"ל, פרט לשאלה אחת שאזכירנה מיד. במקום לחזור ולבאר במלים שלי מה שכבר בואר שם היטב, יכול אני להסתפק

קוואסמה ואח' נ' שר הביטחון ואח'

הנשיא מ' לנדוי

בהפנית הקורא אל דברי הנשיא זוסמן. הפעם הוסיף עורך הדין מר שחאדה בתצהירו האחרון טענה חדשה, שכאשר נאמר בחוק הירדני מס' 28/50, כי החוקים והתקנות, שהיו קיימים בגדה המערבית, יעמדו שם בתוקפם, הכוונה הייתה רק לתקנות שהוצאו על יסוד חקיקה ארצישראלית ולא לתקנות שהוצאו על יסוד דבר-מלך-במועצתו, כמו תקנות 1945. ברחשי כבוד לעורך הדין מר שחאדה, אינני מוצא יסוד לטענה זו שהוא חידש. הוא מזכיר לתמיכתה את המנשר מס' 2 של המפקד הצבאי הירדני שפורסם ביום 24.5.48, אחרי כניסת הלגיון הערבי לגדה המערבית. אבל שם מדובר על "כל החוקים והתקנות שהיו בעלי תוקף בפלסטין עם סיום המנדט ביום 15.5.48", ובוזה נכללו בוודאי גם תקנות 1945. אף לא מצאתי שפסק-דין נוסף של בית המשפט לקסציה הירדני בבג"צ 100/75, שהוזכר הפעם, נוגע לענייננו (ואני מתעלם מן העובדה, שהוא ניתן אחרי שהשלטון הירדני ביהודה ובשומרון כבר חדל). כמו שמסביר ד"ר מירון, דן פסק-דין זה בחוקיותן של הוראות שניתנו בשנת 1973 על-ידי הוועדה לביטחון כלכלי בירדן, לאור סעיף 125 של החוקה הירדנית משנת 1952. אין פסק-דין זה נוגע לבעיית תוקפם של חוקים ותקנות, שקדמו למתן החוקה הירדנית.

הספק שהתעורר בלבי נוגע ליחס בין סעיף 128 של החוקה הירדנית ובין סעיף (1)9 ממנה הקובע וזה לשונו:

"לא יוגלה ירדני משטח הממלכה".

החוקה עצמה שייכת לתחיקה הירדנית, שתוקפה ביהודה ושומרון קיים במנשר מס' 2 של מפקד כוחות צה"ל, שפורסם אחרי כניסת צה"ל ליהודה ושומרון ביוני 1967. בבג"צ 97/79 (1) הפנה הנשיא זוסמן (בעמ' 314) את תשומת הלב לסעיף 128 של החוקה שלפיו:

"כל החוקים והתקנות ושאר דברי החקיקה בני התוקף בממלכה הירדנית ההאשמית בעת כניסתה לתוקף של חוקה זו ישארו בני פועל תחיקתי עד אשר יבוטלו או יתוקנו בחיקוק שיצא על פיה".

והוא ממשיך ואומר (שם, בעמ' 314 ד):

"על-פי כללי הפרשנות המקובלים עלינו — שאינם שונים שינוי יסודי מכללי הפרשנות האנגליים — שומרת הוראת מעבר זו על כל דברי החקיקה שהוחקו לפני החוקה, ואלה עדיפים על פניה".

להלן, בעמ' 315, הוזכרו שני פסקי-דין ירדניים (בג"צ 51/54 ובג"צ 43/52) לחיזוק הפירוש הזה של סעיף 128 לחוקה הירדנית. אולם בפסק הדין הראשון (בג"צ 51/54) נבחן היחס בין תקנות הגנה ירדניות משנת 1951 שהוצאו על יסוד חוק ההגנה, שהוא מצדו הוחק על-פי סעיף 36 של חוק היסוד הירדני משנת 1928. נמצא שם שכוחן של

תקנות הגנה אלה עדיף מהוראותיו של חוק העיתונות 1953, שהוא חוק רגיל. הוזכר גם סעיף 128 של החוקה משנת 1952 בהקשר עם סעיף 15 של החוקה הקובע בסעיף-קטן (2), כי

„העתונות ודברי הדפוס יהנו מחרות במסגרת החוק“ (ההדגשה שלי — מ' ל').

הוחלט שתקנות ההגנה הנ"ל הן בבחינת „חוק“ כמשמעותו בסעיף 15(2) ותוקפן קיים בסעיף 128 של החוקה, והן גוברות על האמור בסעיף 15.

בדומה לזה בבג"צ 43/52 נבחן תוקפו של צו מעצר, שהוצא על יסוד חוק ההגנה הירדני, 1935, ושוב נמצא שמכוח סעיף 128 של החוקה משנת 1928 עדיף חוק זה מהוראת החוקה בדבר חירות ממעצר. אבל שוב, בסעיף 8 של החוקה נאמר, כי „אסור לעצור איש או לאסרו אלא בהתאם להוראות החוק“.

מכאן, שבשני מקרים אלה לא הייתה סתירה בין חירויות הפרט, כפי שסויגו בחוקה, ובין חוק ההגנה או התקנות שהוצאו על-פיו, ולכן די היה בהוראות סעיף 128 של החוקה כדי להבטיח את עליונותה של התחיקה הקודמת. אבל — וכאן גדר הספק — לא הובאה לפנינו אסמכתא, שבה נבחן תוקפה של תקנת-שעת-חירום כנגד הוראה בחוקה עצמה, שנוסחה בלשון מוחלטת, כגון איסור הגירוש בסעיף 9(1) של החוקה, אשר לא סויג בלשון „אלא בהתאם להוראות החוק“ (סעיף 8) או „במסגרת החוק“ (סעיף 15(2)).

אני מניח, שתחיקת-שעת-חירום, שנעשתה על יסוד סעיפים 124 ו-125 של החוקה עצמה, יכולה להתלות גם את חירויות הפרט שנוסחו בלשון מוחלטת, כגון סעיף 9 (בזה שונה החוקה הירדנית ממה שהוצע אצלנו בסעיף 30 של הצעת חוק-יסוד: החקיקה:

„אין בכוחן של תקנות-שעת-חירום לשנות חוק זה, להתלותו או לקבוע בו תנאים“).

אבל האם אותה מסקנה מתחייבת גם לגבי תחיקה הקודמת לחוקה, שתוקפה נשמר מכוח סעיף 128? הרי נוצרת בזה סתירה מיניה וביה, כאשר שני כתובים באותו מסמך מכחישים זה את זה: סעיף 9 אוסר גירוש החלטית וסעיף 128 מתיר אותו כמשתמע בשומרו על תוקפן של תקנות-שעת-חירום קודמות, כולל תקנה 112 של תקנות 1945? האם אין לנקוט פירוש המיישב בין שתי ההוראות הללו? יכול אני להעלות על הדעת פירוש מעין זה: סעיף 128 שומר על התחיקה הקיימת, שמא יטען הטוען, שהחוקה קובעת דרכי חקיקה חדשות (בסעיפים 91 ו-96 ובסעיפים 124 ו-125) ותחיקה קודמת שלא נתקבלה בדרכים אלה חדלה להיות בתוקף. כדי לענות על השגה זאת בא סעיף 128 ומקיים את התחיקה הקודמת, אך בלי לבטל הוראה בדבר זכות מוחלטת, שהובטחה בחוקה עצמה, לשון אחר; יש לקרוא אל תוך סעיף 128 סייג מכללא, שאין הוא מבטל זכויות אזרחיות בלתי מסויגות כגון הזכות המובטחת בסעיף 9(1).



קוואסמה ואח' נ' שר הביטחון ואח'

הנשיא מ' לנדוי

נשווה סעיף 128 של החוקה הירדנית עם סעיף 20(ג) של הצעת חוקי-יסוד: זכויות האדם והאזרח שלנו. כאן נאמר:

„חוקי-יסוד זה אינו גורע מתקפו של חוק שנתקבל לפני תחילתו.“

וכן ההוראה הכללית בסעיף 31 של הצעת חוקי-יסוד: החקיקה:

„הוראות חוק זה אין בהן כדי לגרוע מתקפו של דבר חקיקה שנחקק לפני תחילתו....“

זו לשון ברורה הקובעת את עדיפותו של חוק קודם על פני חוקי-יסוד עצמו. על סעיף 20(ג) של הצעת חוקי-יסוד: זכויות האדם והאזרח נמתחה ביקורת: ראה מאמרם של פ' להב ורד' קרצ'מר, „מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?“ משפטים ז (תשל"ו—ל"ז) 154, 180 ואילך. אבל בכונתם של מציעי הצעות חוקי-יסוד אלה אין לפקפק. מה שאין כן, לדעתי, בסעיף 128 של החוקה הירדנית.

ספק הוא אפוא בעיניי, אם תקנה 112 של תקנות 1945 עמדה עדיין בתוקפה ביהודה ושומרון ערב כניסתו של צה"ל לאזור, נוכח האמור בסעיף 9(1) של החוקה הירדנית משנת 1952. כך, כפי הנראה, סברו גם יועציו המשפטיים של מפקד האזור, כי בפברואר 1968 עשה המפקד צו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 5) (יהודה והשומרון) (מס' 224), תשכ"ח—1968. צו זה, שגם הוא כבר הוזכר בפסק-דינו של הנשיא זוסמן בבג"צ 97/79 (1) (שס, בעמ' 313 ה), הבהיר (בסעיף 2) „לשם הסרת ספק“, כי „תחיקת שעת חירום“, כמשמעותה בתקנה 3 לתקנות 1945 מתבטלת רק על-ידי חקיקה הקובעת מפורשות, ותוך אזכור שמה, את דבר ביטולה. „תחיקת שעת חירום“ כוללת גם את תקנות 1945 עצמן. סעיף 3 של אותו צו מבהיר נוספות וקובע, כי:

„תחיקת שעת חירום אשר היתה בתוקף באזור אחרי יום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) תמשיך לעמוד בתוקפה מן היום הקובע ואילך, כאילו חוקקה כתחיקת בטחון, אלא אם בוטלה מפורשות ותוך אזכור שמה כאמור בסעיף 2(ב), לפני היום הקובע או אחריו.“

המונחים „היום הקובע“ ו„תחיקת בטחון“ הוגדרו בצו בדבר פרשנות (אזור הגדה המערבית) (מס' 130), תשכ"ו—1967: „היום הקובע“ הוא יום 7.6.67; „תחיקת בטחון“ הם מעשי חקיקה שניתנו על-ידי מפקד האזור או מכוחו, בין לפני תחילתו של צו זה ובין לאחריה.

גב' לנגר ביקשה להתגבר על האמור בצו זה בטענה, שתקנה 112 כבר שבקה חיים לפני מתן הצו, ותקנה שכבר הייתה לבר-מינן אין להחיותה עוד. אבל בטענתה זו היא מתעלמת מהוראת סעיף 3 של צו 224 המציב את נקודת הזמן להמשכת תוקפה של

תחיקת-שעת-חירום לא במועד פרסום הצו, בפברואר 1968, אלא ביום 14.5.48. באותו יום, ערב סיום המנדט הבריטי, הייתה תקנה 112 עדיין בתוקף לכל הדעות, בכל שטחה של ארץ-ישראל, והיא לא בוטלה מפורשות ותוך אזכור שמה אי-פעם לאחר מכן, ואף לא על-ידי החוקה הירדנית משנת 1952.

העולה מן האמור, שמבחינת המשפט הפנימי, שהונהג ביהודה ושומרון, עומדת תקנה 112 בתוקפה עד היום.

להלן חזרה גב' לנגר על טענה, שגם היא כבר נטענה בבג"צ 97/79 (1), והיא נדחתה: שגירוש העותרים נוגד את המשפט הבנלאומי, דהיינו סעיף 49, פסקה ראשונה, של אמנת ג'נבה הרביעית הקובע לאמור:

„העברת-כפיה של מוגנים, יחידים או המונים, וכן גירושם של מוגנים, משטח נכבש לשטחה של המעצמה הכובשת או לשטחה של כל ארץ אחרת — בין שטח נכבש ובין שטח בלתי נכבש — אסורים, ויהי המניע מה שיהיה.”

בבג"צ 97/79 (1), בעמ' 316, הסביר הנשיא זוסמן את הרקע לחקיקת סעיף 49, לאסור על מעשים של גירוש שרירותי, על-פי הניסיון של מעשי הזוועה בגירושם ההמוני של יהודים אל מחנות עבודה ומחנות השמדה בתקופת השואה של יהדות אירופה. אין צריך לומר, כי אין שום דמיון בין מעשי זוועה אלה ובין גירושם של אנשים המסכנים את הביטחון בשטח מוחזק. אין סעיף 49 גורע מחובתה של המעצמה המחזיקה לשמירת הסדר הציבורי בשטח מוחזק, המוטלת עליה בסעיף 43 לאמנת האג משנת 1907, וגם לא מזכותה לנקוט אמצעים הדרושים לשם ביטחונה היא (שם (1), בעמ' 316 ד).

משנדחתה הטענה על יסוד סעיף 49 של אמנת ג'נבה בבג"צ 97/79 (1), לא זכו העותרים דנן לצו-על-תנאי על-פי עילה זו בגלגול הראשון של עניינם, בבג"צ 320/80. הפעם חזרה גב' לנגר ביתר תוקף אל אותו טיעון. לדעתה, התעלם בית המשפט בבג"צ 97/79 (1) מן ההבדל בין הפסקה הראשונה של סעיף 49 הנ"ל ופסקתו השנייה: בעוד שהאיסור של פינוי אוכלוסייה אזרחית המבוצע בדרך כלל על-ידי העברה ממקום למקום בתוך השטח המוחזק מותר למען צורכי הביטחון של האוכלוסייה או בשל טעמים צבאיים מכריעים, כאמור בפסקה השנייה של הסעיף, הרי האיסור על גירושם מעבר לגבול, לפי הפסקה הראשונה, הוא מוחלט, „יהיה המניע מה שיהיה”, כמו שנאמר בסיפא של אותה פסקה. צוטט הספר The Geneva Convention of 12 August 1949, Commentary 279 (Geneva, ed. by J.S. Pictet, Vol. IV, 1958), שם נאמר על איסור גירושם:

„The prohibition is absolute and allows of no exceptions, apart from those stipulated in paragraph 2.”

הנשיא מ' לנדוי

וכן בפירושים על סעיף 78 הדין בריחוק למקום מגורים ובמעצר של אנשים המסכנים את ביטחון הציבור (ibid., at 368):

„... as we are dealing with occupied territory, the protected persons concerned will benefit by the provisions of Article 49 and cannot be deported; they can therefore only be interned, or placed in assigned residence, within the frontiers of the occupied country itself.”

נטען לפנינו, שיש להבחין בין הטעם להטלת האיסורים שבסעיף 49 של האמנה שהיה, כאמור, נעוץ בזכרון מעשי הזוועה ההם ובין העולה מלשונו המפורשת של האיסור בפסקה 1 של הסעיף, החל על-פי לשונו לא רק על גירושים המוניים, אלא גם על גירוש יחידים. כנגד זה ניתן לומר, שגם גירוש של יחידים בוצע מדי פעם תחת שלטונו של היטלר, להגשמת אותה מדיניות, שגרמה לגירושים ההמוניים, ועל-כן אינו חל סעיף 49 על כל פסקאותיו, מעיקרו של דבר, על גירוש של אנשים המסכנים את שלום הציבור — כמו שפסק בית-משפט זה בבג"צ 97/79 (1). כדברי J. Stone בהרצאתו No Peace — No Law in the Middle East (Sydney, 1969) 17:

„... it seems reasonable to limit the sweeping literal words of Article 49 to situations at least remotely similar to those contemplated by the draftsman, namely the Nazi War II practices of large-scale transfers of populations, whether by mass transfer or transfer of many individuals, to more hostile or dangerous environments, for torture, extermination or slave labour.”

ברם, יהיה הפירוש הנכון של הפסקה הראשונה לסעיף 49 לאמנה אשר יהיה, מכל מקום גם היא, כמו הסעיף 49 כולו, אינה מהווה חלק של המשפט הבינלאומי המנהגי ועל-כן צווי הגירוש שניתנו אינם מפירים את המשפט הפנימי של מדינת-ישראל או של אזור יהודה ושומרון, שעל-פיו פוסק בית-משפט ישראלי. לפיכך אנהג גם הפעם, כמו שנהגנו בפרשת בית-אל (בג"צ 606/78, 610 (2)) באשר לפסקה (6) של סעיף 49, בנוגע להעברת אוכלוסייה אזרחית של המעצמה המחזיקה אל תוך השטח המוחזק (ש.ס. בעמ' 122 א—ב ובעמ' 127 ד ואילך), ואמנע מהכרעה בשאלת חוקיותם של צווי הגירוש לפי סעיף 49 (1) של אמנת ג'נבה, שהנו לעת עתה בבחינת הוראה של המשפט הבינלאומי ההסכמי בלבד, שעליו היחיד אינו יכול לבסס את עתירתו בבית-משפט הדין הפוזיטיבי של מדינת הדין. החלטתה של ממשלת ישראל לקיים למעשה את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית (ראה מאמרו של M. Shamgar, „The Observance of International Law in the Administered Territories” 1 Israel

262 (1971) Yearbook on Human Rights היא החלטה מדינית, שאינה נוגעת למישור המשפטי, שבו על בית-משפט זה לעסוק. גב' לנגר הזכירה לנו קטע מספרו של G. Schwarzenberger, International Law As Applied by International Courts and Tribunals (London, Vol. II, 1968) 165—166, שהובא בבג"צ 606/78, 610 (2) הו"ל, בעמ' 121. המחבר המלומד מביע שם סברה, שהאיסור על גירושם של תושבי שטח מוחזק הוא בבחינת „ניסיון להבהיר כללים קיימים של המשפט הבינלאומי המנהגי” (existing rules of international customary law). אני מניח, שהכוונה הייתה גם כאן לגירושם שרירותיים של אוכלוסייה, דוגמת משטרו של היטלר. אם המחבר התכוון גם לגירוש של יחידים לשם שמירה על ביטחון השטח המוחזק, הרי זאת דעת סופר יחיד, שנאמרה בלשון סתמית ללא הנמקה כלשהי. האסמכתאות האחרות, שבהן עיינתי, אומרות את ההיפך. למשל, אומר G. von Glahn, The Occupation of Enemy Territory (Minneapolis, 1957) 20:

„The 1949 convention has resulted in most valuable additions to the conventional law of military occupation, such as the treatment of civilians, deportation, destruction of property, collective responsibility, and procedures in occupation courts.” (ההדגשות שלי — מ' ל').

כן אני מפנה את תשומת הלב לדברי ההקדמה ב' 12 The Geneva Convention of August 1949, Commentary, at 5, שכבר צטטתי בעניין בית-אל (בג"צ 606/78, 610 (2)), בסוף עמ' 127, שם הוא מציין, כי השדה המשפטי הנידון באמנה היה עדיין שדה בור לפני אמנת ג'נבה.

מאלפת הערת שוליים המופיעה ב' (Part III) Manual of Military Law (1958, בסוף עמ' 162. ההערה מתייחסת לסעיף 586 של הספר הקובע, כי מותר להרחיק או לעצור פקידי ציבור שכיהנו בשטח מוחזק לפני כיבושו; וזה לשון ההערה:

„This does not authorise the occupant to deport the official in question seeing that Art. 49 prohibits, regardless of their motive, individual or mass forcible transfers to territory outside that under belligerent occupation. It was stated in previous editions of this work that such officials might also be made prisoners of war or expelled from the occupied territory. However, this is no longer the case in view of P.O.W. Convention, Art. 4 which enumerates extensively the categories of persons who may be made prisoners of war, and of the Civilian Convention, Art. 49”.

הנשיא מ' לנדוי

ואמנם הפעילו שלטונות הכיבוש בחבל הריין בגרמניה, אחרי מלחמת העולם הראשונה, סנקציה של גירוש מן השטח המוחזק של פקידים, שהפרו את חוקי שלטונות הכיבוש או שסיכנו את החזקתו, ביטחוננו, או צרכיו של צבא הכיבוש: Fraenkel, Military Occupation and the Rule of Law, Oxford University Press, 1944. בהתאם למדיניות זו גירשו הצרפתים בתקופת שביתת הנשק שלאחר המלחמה ההיא 76 פקידים והבלגים — 12, ובתקופה של הסכסוך בחבל הרוהר (1923) גורשו לא פחות מ-41.808 פקידים גרמניים (ibid., at 130—131). נוכח עובדות אלה ברור, שהאיסור על גירוש אזרחים לא היווה חלק מכללי המשפט הבינלאומי המנהגי המקובל על מדינות התרבות, כאילו באה אמנת ג'נבה רק לתת ביטוי למשפט, שהיה קיים עוד לפני כן.

עיינתי בחוות דעתו המעמיקה של חברי הנכבד, מ"מ הנשיא, שבה הוא מסביר את הכלל של המשפט הבינלאומי המנהגי, שמדינה חייבת לפתוח שעריה לפני אזרח מאזרחיה שגורש על-ידי מדינה אחרת, ואת המסקנה המתבקשת (corollary) מאותו כלל, שאסור למדינה לגרש אזרח מאזרחיה אל מעבר לגבולותיה. מכאן למד חברי, שאסור למפקד הצבאי לגרש את שני העותרים, שהם ככל הנראה אזרחים ירדניים, ממקום מושבם בשטחים המוחזקים.

הרעיון הזה, כפי שחברי פיתח אותו, לא נכלל בטיעונה של גב' לנגר ולא שמענו תגובה עליו מפי גב' ביניש. לי נראה, ברחשי כבוד, שאף בדרך זו אינם יכולים העותרים להיושע.

אכן, הכלל, שהזכיר חברי, קיים במשפט הבינלאומי המנהגי. אך במה דברים אמורים: הוא קיים בין מדינות שביניהן שורה השלום. המחבר P. Weis מסביר בספר שחברי הזכיר, בעמ' 51, שגירוש אזרח של מדינה פלונית היה מטיל על המדינה, שאליה גורש האזרח, מעמסה שאין היא חייבת לקבל על עצמה, והיה פוגע בעליונותה הטריטוריאלית, ושמשום כך היה נוהג כזה מביא להפרעה ביחסים התקינים והשלווים בין מדינות בתוך משפחת העמים (a disruption of orderly, peaceful relations between States within the community of nations). כל הנושא הזה נידון בספרות ובפסיקה על המשפט הבינלאומי באספקלריה של יחסי שלום בין מדינות. כך, למשל, בספרו של L. Oppenheim הוא מופיע בכרך הראשון, על דיני השלום. משום כך אף לא מצאתי בספריהם של P. Weis ושל G.S. Goodwin-Gill, שמהם מביא חברי מובאות, זכר לסעיף 49 של אמנת ג'נבה הרביעית, כאשר הם דנים בסוגיה של גירוש אזרחים. ואין תימה בדבר, כי אמנת ג'נבה הרביעית היא, כמו ששמה מעיד עליה, אמנה בנוגע להגנת אזרחים בעת מלחמה, ואין להרכיב את דיני השלום בסוגיה זו על דיני המלחמה, הבאים לענות על בעיות שונות לגמרי.

בפסק הדין של מועצת המלך בפרשת Co-operative Committee of Japanese

א Canadians v. A.G. for Canada (1947) [6] (שגם הנשיא זוסמן כבר הזכירו בבג"צ 97/79 (1)) נדונו צווים שניתנו, בדצמבר 1945, אחרי סיום המלחמה עם יפן (באוגוסט 1945), לגירושם של אנשים, "בעלי גזע יפני", אשר גילו במשך המלחמה אהדה ליפן, ובכלל זה גם בעלי אזרחות בריטית. הצווים ניתנו בתוקף חוק הפרלמנט הקנדי (מדצמבר 1945), שהכריז, כי שעת החירום של זמן המלחמה עדיין נמשכת (supra [6] at 91). בטען, שיש לפרש את החוק המסמיך (משנת 1914) בהתאמה אל המשפט הבינלאומי האוסר גירוש אזרחים. על כך משיב Lord Wright, at 104:

ב „The Act is directed to the exercise by the Governor in Council of powers vested in the Parliament of the Dominion at a time when war, invasion, or insurrection or their apprehension exists. The accepted rules of international law applicable in times of peace can hardly have been in contemplation, and the inference cannot be drawn that the Parliament of the Dominion impliedly imposed the limitation suggested.”

ג ולהלן (at 105), כאשר הוא מפרש את החוק המסמיך:

ד „Nationality per se is not a relevant consideration. An order relating to deportation would not be unauthorized by reason that it related to Canadian nationals or British subjects.”

ה וזאת אפילו בצווים, שכבר ניתנו בעת שלום.

ו הכלל של המשפט הבינלאומי, שעליו עמד חברי הנכבד, אינו חל בענייננו, ולו בשל כך בלבד, שעניין לנו עם עותרים, שאינם אזרחים ישראליים, ולכן אין המשפט הבינלאומי מחייב את מדינת ישראל לקבל אותם אל שטחה. הם תושבי שטח מוחזק, שנכבש על-ידי צה"ל במלחמה. לעת עתה מבוססים היחסים בין מדינת ישראל לבין שכנותיה (להוציא את מצרים), וביניהן מדינת ירדן הגובלת עם יהודה ושומרון, עדיין על משטר של הסכמי שביתת נשק, והסדר בינלאומי סופי ביחס ליהודה ושומרון טרם הושג. מאחר שכזה הוא המצב לגבי שטחים אלה ותושביהם, אין אני רואה, כיצד ניתן להחיל עליהם את דיני השלום הנהוגים בין מדינות המקיימות ביניהן יחסי שלום תקינים. הורתם ולידתם של צווי הגירוש הנדונים בזכותו ובחובתו של הממשל הצבאי לקיים את הסדר הציבורי, ואין להקיש ממעמדו של אזרח במדינתו בעתות שלום אל מעמדו של תושב בשטח מוחזק בטרם בא השלום.

ז גב' לנגר טענה עוד, שבעת הדיון בכנסת על חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים),

קוואסמה ואח' נ' שר הביטחון ואח'

הנשיא מ' לנדוי

תשל"ט—1979, שביטל (בסעיף 12) את התקנה 112 לגבי השטח, שבו חל משפט מדינת ישראל, הבטיח שר המשפטים דאז, מר שמואל תמיר, שהביטול יוחל גם על השטחים שמעבר לקו הירוק. עיינתי בדברי הכנסת ומצאתי, ששר המשפטים התבטא על נושא זה בזהירות, ואלה היו דבריו בעת הקריאה הראשונה של הצעת החוק (בישיבה מיום 7.8.78, ד"כ 85 (תשל"ח) 3964):

„הצעת החוק מתייחסת לתקנות ההגנה המאנדאטוריות כפי שהן תופסות בתחום של מדינת ישראל בקוויה המקוריים. כדי להחיל את החוק ביהודה ובשומרון ובחבל עזה יהיה צורך בצווים, בשינויים המתחייבים מהנתונים המשפטיים השונים. דבר זה יחייב עיון נוסף, בדיקה נוספת והחלה נוספת. אני חושב שנגיע גם לכך“.

ולהלך, בעמ' 3966:

„יש הבדל בין אזרח לתושב אבל העקרון הוא ביסודו אותו עקרון, ואין לנו כאן מחלוקת עקרונית. אלה שלבים. אני העדפתי שנתקדם ונעשה את הצעד המכריע, הגדול, הקובע, ושאת היתר נגזור ממנו. הכל ייושם בשינויים המחוייבים“.

ובקריאה השנייה (ד"כ 88 (תשל"ט) 1745):

„חוק זה דרוש בראש-וראשונה במדינת ישראל... את הצדקה אנו צריכים להתחיל בבית. אחר כך *mutatis mutandis* צריכה לבוא ההחלה על יהודה ושומרון וחבל-עזה, בשינויים המתחייבים מן הנתונים העובדתיים והחוקיים השונים“.

ואמנם, בינואר 1980 הוסף תיקון מס' 815 לצו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תשל"ל—1970, שקבע הוראות חדשות בנוגע למתן צווים למעצר מינהלי ביהודה ובשומרון, תוך קביעת ביקורת שיפוטית על-ידי שופט צבאי משפטאי. אבל ביטול התקנה 112 טרם הוחל על השטחים המוחזקים. ושוב, תהיה משמעות ההבטחה אשר ניתנה אשר תהיה — ואין אני סבור, שלעת עתה הופרה ההבטחה שהייתה מסויגת במגמה להתקדם בהדרגה משלב אל שלב — אין צריך לומר, שהבטחה מעין זו, שניתנה במישור הפוליטי, בלי שנתגבשה לדבר חקיקה פוזיטיבי, אין לה כוח משפטי מחייב.

הגעתי לפרק האחרון של טענות גב' לנגר, שבו תקפה את צווי הגירוש ואת אישורם על-ידי מפקד האזור לגופם. בפתח הדיון בפרק זה עומדת ההלכה הפסוקה בבית-משפט זה, כפי שניסח אותה חברי הנכבד, מ"ח הנשיא ח' כהן בבג"צ 17/71 (3). נטען שם, שאין צורך לתת צו גירוש נגד העותר, מפני שבלאו הכי הוא עצור לפי תקנה 111 לתקנות ההגנה

(שעת חירום). על זה השיב חברי ואמר (בעמ' 142—143):

א "... זהו ענין לוועדה המייעצת ולא לבית-המשפט לענות בו. בית-משפט זה אינו יודע, ואינו צריך לדעת, מה ומה הם הנתונים הבטחוניים המחייבים את גירושו של העותר מן הארץ במקום המשכת החוקתו במעצר. לעומת זאת עולה מהחלטת הוועדה המייעצת, המונחת לפנינו, שהיא שמעה מאחד מאנשי הבטחון את כל הדברים (הסודיים) שהיו מונחים ביסוד שיקוליו של שר הבטחון; ומשמעה, נחה דעתה שאין מקום להמליץ מצדה על שיקול הענין מחדש. בכל הנוגע להצדקתו העניינית-בטחונית של צו-הגירוש, זהו לגבי דידינו סוף פסוק".

ב פסק-דין זה הוזכר בהסכמה בבג"צ 97/79 (1) הנ"ל שם אמר הנשיא זוטמן (בעמ' 317):

ג "... לא לנו להתערב בשיקולי המפקד הצבאי בגדר תקנה 112 הנ"ל כאשר אלה נבדקו ועברו את כור המבחן של הוועדה המייעצת".

ד כן ראה: בג"צ 302/72, 306 (4), בעמ' 177, 179, ו-184 ובבג"צ 606/78, 610 (2), בעמ' 126, שם אמרתי, כי:

ה "... בוודאי יימנע השופט כפרט מלשים את השקפותיו על עניינים מדיניים ובטחוניים תחת שקוליהם הצבאיים של אלה המופקדים על הגנת המדינה ועל שמירת הסדר הציבורי בשטח המוחזק".

ו בענייננו נתנה הוועדה המייעצת החלטה ארוכה, שבה בדקה את עניינם של העותרים כבוד-ראש, על-פי החומר שהובא לפניה, ונתנה נימוקים מלאים וברורים למסקנתה הסופית. היא אף יצאה מגדר הנוהג לפני ועדה כזאת, בנהלה את הדיונים בדרך שבית-משפט נוהג, וגילתה לעותרים ולפרקליטיהם את החומר שהובא לפניה (פרט לכמה פרטים של מידע חסוי) ונתנה להם את מלוא האפשרות לתרץ חומר מפליל זה בעדותם הארוכה לפני הוועדה. הפרקליטה המלומדת ביקשה לשכנענו, שהחלטת הוועדה נגועה בחוסר תום-לב. אין חולקין, שאילו עלה בידה להוכיח טענה זו, הייתה ההחלטה צריכה להתבטל. אבל הטענה לא הוכחה. נאמר, שסא"ל יגאל כרמון, יועץ מפקד האזור לענייני ערבים, הוא אשר הערים על העותרים בטענת שווא בעת לקיחתם מבתיהם וגירושם מעבר לגבול, ועל כך מתח בית-משפט זה ביקורת קשה בבג"צ 320/80, והנה עתה סא"ל כרמון, הוא אשר ריכז את החומר לחובת העותרים והביאו לפני הוועדה המייעצת, וכיצד ניתן לסמוך על מהימנותו של קצין, שפעולתו הקודמת זכתה לנזיפה כה חמורה מאת בית-משפט זה? אין אני מתרשם ממשקל הטענה הזאת. הנזיפה במקומה עומדת וגם הוועדה המייעצת חזרה עליה בהחלטתה. אין אנו יודעים, אם סא"ל כרמון פעל אותה שעה על דעת עצמו או אם מילא פקודה של הממונים עליו. על כל פנים, כאשר באיסוף



פרטים עובדתיים המדובר, אין אישיות האוסף חייבת לפגום בטיב החומר שנאסף. החומר שנאסף כלל דברים, שפורסמו בשם העותרים בעיתונות בארצות ערב אחרי גירושם, והוא הובא, כולו או מקצתו, לפני בית-משפט זה עוד בעת בירור העתירה הקודמת של העותרים (ושל רג'ב אל-תמימי) בבג"צ 320/80. אמרתי עליו שם, כי „אם רק מקצת הדברים שפורסמו שם בשמם (בשם העותרים) אמנם נאמרו על ידם, הרי די בזה והותר כדי למנוע משני עותרים אלה הושטת סעד כלשהו מאת בית משפט זה“. שאלה עיקרית שהייתה שנויה במחלוקת לפני הוועדה הייתה אפוא אם הדברים יצאו מפיהם של העותרים או אם, כטענתם, היה הכול פרי המצאה או סילוף של העיתונאים, אשר פרסמו את הפרסומים הרבים, שבהם יוחסו לעותרים דברי הסתה לשימוש באלימות לשם החרבת מדינת ישראל. במחלוקת זו דחתה הוועדה את גרסת העותרים שכל הפרסומים הרבים הללו היו פרי המצאה של עיתונאים חסרי אחריות ומצאה שהעותרים דיברו „בשני קולות“; קול אחד הובא לידי ביטוי באותם פרסומים ובדברים, שהעותרים השמיעו לפני גירושם בפני קהל של בני עמם, וקול אחר, אחד בפה ואחד בלב, של מתינות ורצון לשלום אמת בין מדינת ישראל לבין מדינה ערבית, שתקום לצדה, שעה שדיברו העותרים „לשמוש חיצוני“ כאן בארץ ובמסעות תעמולה בארצות לא-ערביות.

זו הייתה התרשמותם של חברי הוועדה, אחרי ששמעו את דברי העותרים שעה ארוכה כעדים, ואין בידנו לסתור אותה, אפילו היינו דנים בערעור רגיל על משפט שהתנהל לפי סדר דין אזרחי או פלילי רגיל. אף אין אני רואה פגם בכך, שהוועדה הביאה בחשבון דברים שהעותרים השמיעו אחרי גירושם. הוועדה העירה בהחלטתה (בעמ' 6) כי ייתכן שהרושם, שהעותרים היו מותירים על חבריה, היה שונה אילו היו העותרים מודים בנכונותו של פרסום זה או אחר, תוך מתן הסבר שהדברים נאמרו „בשעת סחף רגשות או התלהבות לה נתפסו לרגע, אפילו על רקע פעולת הגרוש שנוקטה נגדם לדעתם שלא בצדק“. משתמעת מזה נכונות הוועדה למדוד דברים, שפורסמו מפני העותרים אחרי גירושם באמת מידה יותר מקילה. אבל לא נכון היה להתעלם מכל החומר הרב הזה לגמרי, כי סוף התבטאויותיהם של העותרים אחרי גירושם מעיד גם על תחילת התנהגותם עוד לפני הגירוש, ומה גם שלא באה טענה מפיהם — ולא יכלה לבוא על-פי גרסתם — שהשקפותיהם הקצינו אחרי הגירוש.

ועוד טענה גב' לנגר, שהוועדה המייעצת, ובעקבותיה מפקד האזור, החליטו את אשר החליטו מטעמי יוקרה כדי להצדיק בדיעבד את פעולת הגירוש, שבוצעה תוך שלילת זכותם של העותרים להשמיע דברם לפני הוועדה המייעצת, ומפני חוסר רצון להודות קבל עם ועדה, ששגגה יצאה מלפני המפקד עצמו ומלפני הממונים עליו בדרג המדיני כאשר הוחלט על הגירוש בתגובה רגשית נועזת על מעשה הרצח המחריד שבוצע בחברון ערב הגירוש. את הטיעון הזה דחתה הוועדה בשאט-נפש, בלשונה. היא סברה, כי ההצהרות שהעותרים השמיעו, במעמדים שונים לפני גירושם, היו בין הגורמים שהכשירו את הקרקע למה שאירע באותו לילה מר ונמהר, ומכאן מסקנתה, שהחזרתם

כיום לאזור יהודה ושומרון עלולה ללבות את יצר האלימות באוכלוסיית האזור. אם כזאת היא דעתה של הוועדה המייעצת שנתקבלה על דעתו של מפקד האזור, הרי בשביל בית-המשפט זהו גם הפעם סוף-פסוק מבחינה משפטית, וטענת חוסר תום-לב, המאשימה את מפקד האזור במניעים פסולים של עמידה על יוקרתו, מתגלה כטענה סתמית התלויה על בלימה. עם זאת יצוין, שאין בנימוקיה המלאים של הוועדה המייעצת שום רמז לכך שהעותרים עמדו בקשר כלשהו עם מבצעי הפשע ההוא. נרמז, שאותם אנשים, אשר נתפסו בינתיים כחשודים בביצוע הפשע, סיפרו לחוקריהם, שהיה בדעתם לשהות באזור חברון גם אחרי ביצוע הפשע ולחפש להם מקלט בין האוכלוסייה המקומית. אבל לא נאמר ולא נטען, לפי הידוע לנו, שהללו קיוו ליצור קשר עם העותרים דווקא ולהיעזר על-ידם.

ועוד ביקשה גב' לנגר להסתמך על דברים שאמרו חברי הוועדה בסוף החלטתם, אחרי שחיוו את דעתם על יסוד התרשמותם משני העותרים, שהעותר הראשון הוא הדמות הדומיננטית בין השניים, המייצג את קו המחשבה הקיצוני יותר, אשר קיבל ביטוי מעשי ורחב גם בפעולותיו בשטח:

„הנסיון מלמד כי באותם המקרים של מגורשים בעבר שהוכיחו בפועל כי צווי הגרוש לגביהם השיגו את מטרתם והם משכו ידיהם מפעילות עויינת אשר שמשה בסיס לגרושם... נמצאו ההזדמנות והמועד הנאותים להחזירם לבתיהם. לצורך זה מוכנים אנו לראות בהבעת נכונותם לשמור על חוקי האזור ובהצהרותיהם בסוף עדותו של כל אחד מהעותרים בפנינו, צעד ראשון בכיוון הנכון וראשית הוכחה ועדות מצדם כי זנחו רעיונות על מאבק מזוין נגד מדינת ישראל וימקדו מעתה והלאה את כישוריהם וכשרונם, כדי לעשות נפשות לדו-קיום בשלום. בכך מקוים אנו כי תסלל הדרך בבוא הזמן להחזרתו תחילה של העותר 2 — מוחמד חסן מלחם ומאוחר יותר של העותר 1 — פהד דאוד אל-קואסמה“.

אומרת גב' לנגר, שנכונותה של הוועדה לראות בהצהרותיהם של העותרים „ראשית הוכחה ועדות מצדם כי זנחו רעיונות על מאבק מזוין נגד מדינת ישראל“ — יש בה משום סתירה לעיקר החלטתה, שבה דחתה את גרסת העותרים. אינני סבור כך. חברי הוועדה מבדילים בין התנהגותם של העותרים בעבר, כפי שהשתקפה, בין היתר, באותם דברים שפורסמו בשמם, משנדחה ניסיונם להתכחש להם, ובין הצהרותיהם בסוף עדותם לפני הוועדה שבהן היו חברי הוועדה ככל הנראה מוכנים לתת מידת-מה של אמון, כבאים מפי אנשים שעשו את חשבון הנפש שלהם אחרי החוויה הקשה של הגירוש והניתוק ממשפחותיהם שעברה עליהם. בהערה זו של הוועדה יש משום פתח תקווה עבור העותרים.

תפקידנו בשבתנו לדין בעתירה זו היה להעביר את החלטת הוועדה המייעצת ואת החלטתו של מפקד האזור שבאה בעקבותיה — תחת שבט הביקורת המשפטית. לא

קוואסמה ואח' נ' שר הביטחון ואח'

הנשיא מ' לנדוי, מ"מ הנשיא ח' כהן

מצאתי פגם משפטי במה שהומלץ ובמה שהוחלט. שאלות בדבר יעילותה ותבונתה של ההחלטה שנתקבלה חורגות מתחום הביקורת השיפוטית והן שייכות לתחום ההכרעה המדינית (בג"צ 311/60 (5), בעמ' 1996, ואחרים כמותו).

ובלשונו של Lord Wright בפסק הדין הנ"ל בפרשת Co-operative Committee of Japanese Canadians [6] at 102:

„... it is not pertinent to the judiciary to consider the wisdom or the propriety of the particular policy which is embodied in the emergency legislation.”

עם זאת מוצאים אנו לנכון להעיר שענינם של העותרים ראוי עתה, משנסתיים הדיון בבית-משפט זה, לעיון חוזר בדרג המדיני, המסוגל לשקול את השאלה לכל צדדיה. ראויים להישקל הדברים, שנאמרו לנו בסוף הטיעון מטעם העותרים, שבגירושם החוזר עתה תהיה תוספת חומרה, משהתגלגלו הדברים כך, בשל משגה חמור שנעשה בתחילת הפרשה, שכיום הם מצויים בתחום המדינה. אם יש מקום להעמידם במבחן, כדי שיוכיחו בפועל את כנות הצהרותיהם לפני הוועדה ולפני בית-משפט זה, שמא ניתן להעמיד אותם במבחן זה, בלי לגרשם כיום מחדש.

סוף דבר, יש לדחות את העתירה.

מ"מ הנשיא ח' כהן: תמים דעים אני עם חברי הנכבד, הנשיא, שהעתירה שלפנינו אינה מגלה עילה להתערבותנו בשיקול-דעתו של מפקד האזור לעניין עצם הצורך או ההצדקה להשאיר את צווי הגירוש הנידונים בתוקפם: אין לנו כל אחיזה להניח או לחשוש, כטענת באתי-כוח העותרים, כאילו באה החלטתו של מפקד האזור לא מתוך שיקולים ענייניים אלא מתוך שיקולי יוקרה גרידא. ואם כי התלבטתי לא במעט בפירוש הקטע האחרון שבהמלצות הוועדה המייעצת, המובא בסוף פסק-דינו של הנשיא (ואין אני בטוח כלל, שפירושו של הנשיא הוא הפירוש היחיד או הנכון שניתן לתת לדברי הוועדה בקטע זה), חוששני, שגם פירוש נוח ביותר לעותרים לא יועיל להם, שהרי מפקד האזור אינו חייב לאמץ לעצמו המלצותיה של הוועדה ובוודאי לא כל שיקוליה ואמרותיה. כל עוד לא שוכנענו, שמפקד האזור לא שקל את השיקולים האמורים בתקנה 108 לתקנות ההגנה (שעת חירום) (להלן: תקנות ההגנה) לגופו של עניין, אין מקום להתערבותנו בשיקול-דעתו, יהיו אשר יהיו המלצותיה של הוועדה המייעצת. כל שכן כשממצאיה העובדתיים של הוועדה, המושתתים על הראיות שהיא גבתה ועל התרשמותה מן העדים שהיא שמעה, יש בהם כדי לבסס למפרע את הנתונים, ששימשו נקודת מוצא ואחיזה לשיקולי מפקד האזור שעה שעשה את צווי הגירוש לראשונה.

2. וכן תמים דעים אני עם חברי הנכבד, הנשיא, שיהא אשר יהא המצב המשפטי

בתוך ממלכת ירדן, על כל פנים בשטחים המוחזקים לא בוטלה תקנה 112 לתקנות ההגנה על-ידי סעיף 9 לחוקה הירדנית, והוא מכוח הצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 5) (יהודה והשומרון) (מס' 224). צו זה נעשה "כדי להסיר ספק", ואמנם מסיר הוא את הספק, שהתעורר לפנינו בכל קשיותו, שמא עם ביטול מכללא של תקנה 112 על-ידי סעיף 9 לחוקה הירדנית, בוטלה התקנה גם בשטחים המוחזקים, שהרי מלכתחילה הופעלו תקנות ההגנה בשטחים המוחזקים בתורת דין שהיה בתוקפו בשטחים ערב החזקתם בידי צבא-הגנה לישראל. אילולא צו 224 הנ"ל שהסיר את הספק, הייתי גם אני מגיע לידי מסקנה, שאין בסעיף 128 לחוקה הירדנית כדי לשמור על תוקפה של תקנה 112 לתקנות ההגנה על אף הוראת סעיף 9 לחוקה — ולעניין זה עדיפה בעיני דעת הנשיא לנדוי, על טעמיה, על פני דעת הנשיא זוסמן, שהביעה בחוות-דעתו בבג"צ 97/79. [1]

אלא לדידי ייתכן ותהא נפקות משפטית לעובדה שלעניין גירושם של אזרחים שונה הדין בשטחים המוחזקים מן הדין בממלכת ירדן, ושבשטחים המוחזקים סמכות הגירוש אינה אלא פרי חקיקתו של מפקד האזור.

3. כבר נפסק, שחקיקה שנעשתה בידי מפקד האזור בשטחים המוחזקים — חקיקה ראשית היא (בג"צ 302/72, 306 (4)). ואולם לא הרי חקיקה ראשית של הכנסת כהרי חקיקה ראשית של המפקד, שזו אין בית-משפט זה מהרהר אחריה, ואפילו נוגדת היא את משפט העמים — ידה תמיד על העליונה; ואילו זו — דינה לעמוד בבית-משפט זה במבחן משפט העמים, ואם תימצא נוגדת לו, דינה להתבטל (ראה במיוחד דברי השופט קיסטר שם, בעמ' 184). במה דברים אמורים, במשפט-עמים מנהגי, להבדילו ממשפט-עמים חוזי: שהרי מקובלנו, שמשפט העמים החוזי יוצר זכויות ועילות תביעה אך למדינות ובינן לבין עצמן בלבד. בעניין שלפנינו לא זכינו — כפי שזכה בית-משפט זה לא פעם — להסכמת באי-כוח המדינה, שנדון בו כאילו העניקה אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 (להלן: אמנת ג'נבה) לעותרים זכות עמידה וזכות תביעה, אלא באת-כוח המדינה טענה לפנינו, באותו המרץ ובאותה היסודיות, שבהם הצטיינה תמיד. שההוראה הנדונה שבאמנת ג'נבה, היא הוראת הרישא של סעיף 49, אינה משקפת את משפט העמים המנהגי ועל-כן אינה יכולה לשמש בידי העותרים דגן עילה לעתירתם. לא זו בלבד, שהיו לה אילנות גדולים להיתלות בהם (למשל בג"צ 606/78, 610 (2) הדן בסיפא של סעיף 49), אלא טענתה זכתה ונתקבלה על דעת חברי הנכבד, הנשיא — ולא בלי עיון רב (אשר לצערי גרם לעיכוב-מה במתן פסק-דיננו) הגעתי לבסוף לידי מסקנה ברורה, שיש ברישא של סעיף 49 לאמנת ג'נבה גרעין של משפט-עמים מנהגי הנוהג הלכה למעשה מאז ומקדם בכל רחבי תבל.

4. הרישא של סעיף 49 לאמנת ג'נבה אוסר בין שאר האיסורים, את "גירושם של מוגנים... משטח נכבש לשטחה של המעצמה הכובשת או לשטחה של כל ארץ

אחרת". לפי סעיף 4 לאמנת ג'נבה, בני-אדם "מוגנים" הם כל מי שמוצאים עצמם "בידיה" של מעצמה מחזיקה ואינם אזרחיה. ולפי סעיף 13, שם, חלות הוראות החלק של האמנה אשר בו מצוי סעיף 49, על כל האוכלוסייה של השטח המוחזק, ללא הבדל גזע, אזרחות, דת או דעה פוליטית. נמצא, שאיסור הגירוש לפי סעיף 49 חל על כל תושבי השטח המוחזק, בין אזרחי ירדן ובין זרים, ואפילו אזרחי ישראל. ולעניין איסור זה, אין נפקא מינה מה היא עילת הגירוש, ותהא גם ביטחונית וצבאית וחיונית כמה שתהא; כשם שאין נפקא מינה לאיזו מדינה מגרשים, כל עוד מדינה "אחרת" היא (דעתו של M. Shamgar, supra at 274 היא שהמילה "אחרת" באה למעט את ממלכת ירדן עצמה, שלשם מותר לגרש את אזרחיה שלה; דבר זה יכולני להשאיר בצריך עיון, במידה שהוא נוגע אך לפרשנות האמנה בלבד).

איסור הגירוש שבסעיף 49 בא בנוסף על איסור "העברות" של המונים או של יחידים תוך כדי כפייה; ואם כי לעניין איסור הגירוש אין צורך ב"כפייה", ניתן לומר, שיש בעצם טיבו וטבעו של "הגירוש" משום פעולה בעל-כורחו של המגורש. לדעתי, יש להפריד בין הדבקים לעניין אחר, והוא ייחוסם של הדברים לזוועות הגרמניות שבמלחמת העולם השנייה: מה שעמד לנגד עיניהם של אבות האמנה היו המשלוחים ההמוניים של אוכלוסין מן המדינות הכבושות, אם לתוך גרמניה עצמה ואם למחנות עבודה או ריכוז. ותחת הרושם של משלוחים אלו אסרו על "העברת-כפייה של... יחידים או המונים". בלשונו של בר-סמכא:

"די להזכיר את מיליוני בני-האדם שנקרעו מבתיהם, הופרדו ממשפחותיהם וגורשו מארצותיהם, לרוב בתנאים בלתי אנושיים. העברות המוניות אלו נעשו מטעמים שונים ומגוונים מאוד, בעיקר כתוצאה מהקמת מנגנון עבודות-כפייה. המחשבה על סבלם הגופני והנפשי של בני-אדם "עקורים" אלה, וביניהם הרבה נשים, ילדים, זקנים וחולים, יכולה רק להביא לידי הכרת טובה על האיסור שהוכנס לסעיף זה, המכוון לאסור מעשי-זוועה שכאלה לעולמים" (J.S. Pictet, supra at 279—287).

אמת נכון הדבר, שאין למעשי זוועה שכאלה ולא כלום עם גירושים הנעשים מתוך השיקולים האמורים בתקנה 108 לתקנות ההגנה (בג"צ 97/79 (1), בעמ' 316, 317); אבל מעשי הזוועה שימשו עילה רק לאיסור "העברות ההמוניות" ולא שימשו עילה לאיסור הגירושים. ואם תמצוי לומר, שמעשי זוועה גרמניים נעשו לא רק בהמונים כי אם גם ביחידים, אף אני אשיב, שגם איסור העברות — להבדילו מאיסור הגירושים — חל מפורשות לא רק על המונים כי אם גם על יחידים. אלא העברות הכפייה הן הן שהאמנה אסרתן על מנת שלא יישנו עוד לעולם מעשי הזוועה הגרמניים, ואילו הגירושים של בני-אדם מוגנים נאסרו ללא כל קשר מוכח או הכרחי עם מעשי זוועה, חלילה, או אף משום מעשה דומה לו, אלא יש גירושים המוכרים במשפט העמים המנהגי ובמשפטיהן של רובן ככולן של המדינות כחוקיים וככשרים למהדרין. אין אני רואה צורך לטרוח

ולחקור, מה הניע את בעלי האמנה להכניס את איסור הגירושים לתוך סעיף 49 בנוסף על איסור העברות הכפייה: דייני במה שעיני רואות בלשון האמנה, והוא איסור העברות כפייה לחוד ואיסור גירושים לחוד (וההפרדה בין שני איסורים אלה מודגשת עוד על-ידי המלים: as well as).

ואם לגבי איסור העברות הכפייה מודה אני, שהוראת האמנה שבסעיף 49 קונסטיטוטטיבית היא ולא דקלרטיבית, ועל-כן נכנסת בגדר משפט-עמים חוזי ואינה נכנסת בגדר משפט-עמים מנהגי — לגבי איסור הגירושים שבסעיף 49 שאני: לגבי איסור זה יש בהוראת האמנה גם משום חזרה על משפט-עמים מנהגי וגם משום חידוש של משפט-עמים חוזי. ובמידה שאין בו אלא חזרה על משפט-עמים מנהגי הנוהג מימים ימימה, שומה עלינו לבדוק את הוראת תקנה 112 לתקנות ההגנה אם אמנם מסוגלת היא לדור עמו בכפיפה אחת.

5. בפסק-דינו בפרשת בית-אל (בג"צ 606/78, 610 [2] הנ"ל, בעמ' 120) יוצא השופט ויתקון, בעקבות אחד המאמרים של הפרופסור דינשטיין, מן ההנחה, שכל אמנת ג'נבה כולה, להבדילה מאמנות האג, משפט-עמים חוזי היא. גישה גורפת זו אינה נראית בעיניי: לדעתי, יש להסתכל בכל הוראה והוראה של האמנה לחוד ולבדקה אם חוזרת היא על הוראת משפט-עמים מנהגי ידועה ומקובלת, או שמא מחדשת היא משפט-עמים שלא היה ידוע ולא היה נהוג בעמים קודם לכן. (כן מציע גם, בטעם רב, T. Meron, "West Bank and Gaza: Human Rights and Humanitarian Law in the Period of Transition" 9 Israel Yearbook on Human Rights (1979) 106, 112. הדברים אמורים לא רק בחלקיה ובסעיפיה השונים של האמנה, כי אם גם בהוראות שונות שבסעיף אחד או — כמו במקרה שלפנינו — במשפט אחד שבאותו הסעיף. ואין בכך כלום, שבאותו סעיף או אף באותו משפט שבסעיף מחוברות יחדיו הוראות של משפט-עמים חוזי והוראות של משפט-עמים מנהגי: לצורך ההבחנה — אשר היא טכנית ומלאכותית בלאו הכי — בין משפט-עמים חוזי לבין משפט-עמים מנהגי אין מנוס מלהפריד בין הדברים ומלהתיר את המחובר.

6. המשפט הבינלאומי המנהגי הוגדר בסעיף 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי כנוהג בינלאומי המשמש ראיה לנוהג כללי שנתקבל בתורת דין: "International custom, as evidence of general practice accepted as law". כל אימת שקו התנהגות בינלאומית, הנקוט בידי מדינות לעתים קרובות, נחשב למחייב או לצודק מבחינת הדין, רואים את הכלל העולה מהתנהגות זו ככלל של משפט העמים המנהגי (לשונו של L. Oppenheim, International Law (London, 8th ed., by H. Lauterpacht, vol. I, 1955) 27).

אם יש באיסור הגירושים שבסעיף 49 לאמנת ג'נבה, או במקצתו, משום כלל העולה מהתנהגותן התדירה של המדינות הרואות בה משום חובה או זכות שבדין, כי אז האיסור

הוא בגדר הוראה של משפט העמים המנהגי, ואין הכללתו באמנה גורעת מאופיו ככלל של המשפט המנהגי.

7. אמרתי, שיש גירושים המוכרים בנוהג שבמדינות כחוקיים ומותרים: הלא הם גירושי הזרים. אין לך מדינה בעולם (במידה שידיעתי מגעת) שלא חוקקה חוקים המסמיכים רשויותיה לגרש זרים מאדמתה, אם על-פי שיקול-דעת חופשי ובלתי מוגבל, ואם בתנאים או בנסיבות מסוימים. ואין זה רק עניין של „התנהגות“ פנימית-חוקית אלא גם עניין של „התנהגות בינלאומית“ מצד המדינות: פשיטא שמגורשי מדינה אחת יודקו למדינות אחרות שיפתחו שעריהן לפניהם.

נמצא שיש באיסור גירושי הזרים שבסעיף 49 לאמנת ג'נבה משום חידוש כביר: בו בזמן שלפי נוהג בינלאומי תדיר ועתיק-יומין מותר לכל מדינה לגרש מאדמתה כל מי שאינו נמנה על אזרחיה שלה, באה האמנה ואוסרת על המחוקק הארצי שבשטח מוחזק לגרש מן השטח אפילו זר, שאין לו בו זכות ישיבה. אילולא הכובש הקשור על-פי הוראות אמנת ג'נבה, יכול ואותו זר צפוי היה לגירוש מן השטח המוחזק על-פי החוק שהיה שורר בשטח קודם לכן, באה האמנה ואוסרת אף את גירושו של זה. המלים „ויהיה המניע מה שיהיה“, המסיימות את הרישא של סעיף 49, רחבות הן עד כדי שלילת העילה של חוסר זכות ישיבה של הנכרי.

אלא באשר כלל הוא של משפט העמים החוזי בלבד, אין באיסור של גירושי זרים שבסעיף 49 לאמנת ג'נבה כדי להצדיק התערבותו של בית-משפט זה, אם מפקד האזור יגרש זר מן השטחים המוחזקים בתוקף סמכותו לפי תקנה 112 לתקנות ההגנה או לפי חוק ירדני המאפשר גירושי זרים.

8. מה שאין כן לעניין גירושי אזרחים. האיסור לגרש אזרח ממדינת אזרחותו אין בו משום חידוש: בין אם המדינות גוזרות על עצמן איסור זה במפורש בחוקיהן או בחוקותיהן — כפי שממלכת ירדן גזרתה על עצמה בסעיף 9 לחוקתה — ובין אם לאו, על כל פנים מוטלת עליהן חובה שבדין להכיר בזכות אזרחיה לשבת על אדמתה. ואף גם זאת חובה בינלאומית היא, ולא רק חובה של המדינה כלפי אזרחיה בלבד: אין צריך לומר שמדינה המגרשת אזרחיה מגבולותיה מעמיסה מעמסה על מדינה אחרת או על מדינות אחרות.

התנהגות המדינות, במילוי חובה שבדין, באסרן על עצמן לגרש אזרחיהן מאדמתן, אוניברסלית היא ותדירה ועולה לכדי נוהג של משפט העמים. דבר זה כתוב בספרים ושנוי בפסקי-דין ומשולש במעשים, ובכל זאת אין הוא עוד מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה. אביא ראיות משלושתם.

9. וזה לקט מן הספרים:

(א) L. Oppenheim, supra at 646, 695. כותב שהצד השני של מטבע

הרשות הנתונה למדינה פלונית לגרש משטחה את אזרחי מדינה אלמונית, היא החובה של מדינה פלמונית לקבל לשטחה את אזרחיה שלה בלא לגרשם.

א I. Brownlie, Principles of Public International Law (Oxford, (ב)  
2nd ed., 1973) 383 חוזר על דברי L. Oppenheim ומעיר, שאם  
מדינה פלמונית תנסה לנער חוצנה מאזרחיה המגורשים ממדינה אחרת  
על-ידי ביטול אזרחותם, כי אז יהא בביטול האזרחות משום הפר  
חובתה הבינלאומית.

ב M.M. Whiteman, Digest of International Law (Washington, (ג)  
vol. VIII, 1967) 619 כותבת, כי "חובה היא על המדינות להעניק  
לאזרחיהן שלהן זכות הישיבה" על אדמתן, וחובה זו זכתה ל"הכרה  
אוניברסלית". (היא מוסיפה לאמור, שגירושי יהודים בידי הנאצים  
במלחמת העולם השנייה לא היו גירושי זרים ולא נעשו לפי חוק  
מוניציפלי ולא לפי נורמות בינלאומיות. בכך לא דייקה. בין גירושי  
היהודים היו גם גירושי זרים, ואם כי שום גירוש לא הלם נורמות  
בינלאומיות, היו מהם שנעשו על-פי חוקי הנאצים).

ד G.S. Goodwin-Gill, The International Law and the Movement of (ד)  
Persons Between States (Oxford, 1978). המחבר המלומד כותב  
וזה לשונו (בעמ' 201): "התנאי הראשון והכללי ביותר המגביל כל  
כוח לגרש, הוא שלא ישתמשו בו אלא כלפי זרים בלבד... ואכן כינו  
את חובת המדינות לקבל לשטחן את אזרחיהן שגורשו ממדינה אחרת,  
כתוצאה ישירה (corollary) של זכות הגירוש". ובמקום אחר:  
"מנקודת-הראות הפשוטה של חובות בין-מדינתיות, החובה לקבל  
אזרחים קבועה איתנות בגוף המשפט הבינלאומי":

„Considered simply as an obligation between States,  
the duty to admit *nationals* is firmly fixed within the  
corpus of general international law" (at 137).

ה P. Weiss, Nationality and Statelessness in International Law (London, (ה)  
1956) במשרד הנציב העליון  
אחריו, כותב לעניננו דברים אלה:

„אחד האלמנטים הנעוצים במושג האזרחות הוא הזכות להתישב  
ולשבת בטריטוריה של המדינה של אזרחותו, או, להיפך, חובת  
המדינה להעניק ולהתיר ישיבה זו לאזרחיה" (בעמ' 49).



„כשאזרח מדינה אחת גורש למדינה אחרת שלא הסכימה לקבלו, או כשמדינת אזרחותו מסרבת לקבל את אזרחיה שמדינה אחרת משום כך אינה יכולה לגרשו, המדינה הזרה יכולה לדרוש ממדינת האזרחות שתמנע מן הגירוש או תקבל את אזרחיה לשטחה (הכל לפי הענין). והוא מן הטעם שמוטלת חובה על מדינה להעניק לאזרחיה זכות לשבת על אדמתה. החובה המוטלת על המדינה כלפי אזרחיה על-פי חוקיה המוניציפליים שלה, הופכת לחובה כלפי מדינות אחרות: היא נהיתה לחבות של המשפט הבינלאומי” (בעמ' 50).

„... קשה למצוא לנקודה זו אסמכתא במשפט הבינלאומי הפוסטיביבי... הסיבה לכך אינה בעליל שיש מי שחולק על חובה זו או כופר בה במשפט הבינלאומי, אלא שכולם מכירים בחובת המדינות המשתמעת מן הקונצפציה של האזרחות. היא מבוססת על העליונות הטריטוריאלית של המדינות. אילו מדינות היו מגרשות אזרחיהן לשטחי מדינות אחרות ללא הסכמתן או היו מסרבות לקבל אזרחיהן בחזרה, ועל-ידי-כך מאלצות מדינות להחזיק בשטחן זרים שלפי המשפט הבינלאומי זכאיות הן לגרש, היו פוגעות בעליונות הטריטוריאלית של המדינות ההן. דבר זה היה מעמיס עליהן מעמסה שלפי המשפט הבינלאומי אין הן חייבות לשאת — ואם היו מתמידות בכך, היה הדבר מביא לידי ניתוק הכרחי של יחסים מסודרים ושלוים בין המדינות במשפחת העמים” (בעמ' 51).

„לייבהולץ מדגיש בצדק שמדינה המגרשת אזרחיה שלה פועלת בניגוד למשפט הבינלאומי, משום שהיא יוצרת, לפחות בכוח, חובות למדינות אחרות וכך מסיגה גבול סמכותן ללא כל סיבה המוצדקת מבחינה בינלאומית” (שם).

„חובת המדינה לתת לאזרחיה זכות הישיבה בשטחה, כאמור, מוכרת באורח אוניברסלי ואינה עשויה בדרך כלל לעורר שאלות בעלות חשיבות מיוחדת ביחסים בינלאומיים ובמשפט בינלאומי” (בעמ' 53).

(1) G. Schwarzenberger, supra (vol. I, 1957) 361 כותב, שאילולא חובתה של מדינת האזרחות לקבל אזרחיה לשטחה, לא הייתה זכות המדינה לגרש זרים משטחה זכות-אמת לפי משפט העמים. כדי לעשות את זכות הגירוש של זרים יעילה ובת-ביצוע, „הפרקטיקה של המדינות עמדה על כך שתהא חובה מוטלת על מדינת האזרחות לקבל בחזרה כל אזרח שגורש ממדינה זרה. השאלה היחידה שנשארה פתוחה היא אם לפי המשפט הבינלאומי יכולה מדינת האזרחות להתנער מחובתה זו על-ידי פעולה חד-צדדית של שלילת האזרחות”.

(ז) הכלל הזה של משפט העמים מצא ביטוי גם בספרו של P. Guggenheim, *Taite de Droit international public* (Geneve, J.F. Williams, 2eme ed., tome I, 1967) 318 וכן במאמריהם של "Denationalization" 8 Brit. Year book int. L. (1927) 55—60; R.Y. Jennings, "Some International Law Aspects of the Refugee Question" 20 Brit. Year book int. L. (1939) 112—113.

10. וזאת מקצת מן המקצת ממה שפסקו שופטים:

(א) בפרשת 18 [11], at 18 *Van Duyn v. Home Office* (1975) פסק בית-דין הצדק של הקהילה הארופאית לאמור: "עקרון המשפט הבינלאומי הוא שמדינה מנועה מלסרב לאזרחיה שלה זכות הכניסה לשטחה או הישיבה בו".

(ב) זקן השופטים האנגלי, Lord Widgery, אמר באחד מפסקיו, וזו לשונו: "ברור שיש אסמכתא לכך שבמשפט הבינלאומי מוטלת חובה על מדינה לקבל אזרחיה בחזרה אם גורשו ממדינות אחרות בעולם" *Reg. v. Immigration Officer at Heathrow, Ex parte Thakrar* at 37 [7] (1974). אמרה זו אושרה כנכונה בבית המשפט לערעורים מפי Orr L.J. ראה: *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Thakrar* (1974) [8] at 604.

(ג) מעשה במושל קנדה שבתקופת מלחמת העולם השנייה עשה צווים לגירושם של בני-אדם "מגזע יפני" משטחה של קנדה. היו מהם שהיו אזרחים קנדיים, ולגביהם נקבע מפורשות בצווים שלא יתפסו בהם ולא יחולו עליהם; והיו מהם שהיו נתינים בריטיים, מקצתם מלידה ומקצתם מכוח התאזרחות, ולגביהם נקבע בצווים, שעם גירושם מקנדה יחדלו להיות נתינים בריטיים. אשר לאזרחים הקנדיים, פשיטא שהמושל לא ראה עצמו מוסמך או רשאי לגרשם מקנדה, יהא אשר יהא "גזעם", ותהא אשר תהא סכנתם בשעת מלחמה מחמת השתייכותם, "הגזעית"; אבל אפילו לגבי נתינים בריטיים, שלא היו אזרחים קנדיים, לא היה מוכן — ומסתמא לא ראה עצמו מוסמך — לגרשם מטריטוריה של דומיניון בריטי אלא אם כן חדלו להיות נתינים בריטיים. לענייננו אין נפקא מינה שבתי המשפט גרסו, ששלילת הנתינות הבריטית תפסה רק לפי חוקי קנדה ולא תפסה לפי חוקי בריטניה; ענייננו הוא בכך, שהמושל, שעשה את צווי הגירוש לא ראה עצמו מוסמך לעשותם כל עוד קיים קשר כלשהו של מעין-אזרחות בין המדינה המגרשת לבין המגורש. במועצת המלך (*Co-operative Committee on Japanese v. Attorney-General for Canada* (1947) [6])

טענו המערערים, כי מאחר שהמגורשים לא היו אזרחים יפניים, יפן לא הייתה חייבת לקבלם לשטחה, וזכות המדינה — המוכרת במשפט הבינלאומי — לגרש זרים משטחה צריך ותהא מותנית בקיום מדינה אחרת החייבת לפי המשפט הבינלאומי לקבלם לשטחה (at 96). מועצת המלך (מפי Lord Wright) לא הטילה ספק בקיום הכלל של משפט העמים האוסר גירוש אזרחים אף תוך כדי שלילת אזרחותם (at 104); אלא הצווים נמצאו תקפים באשר נעשו על-פי היקוקים מפורשים, שלפי דיני קנדה ואנגליה כל כללי המשפט הבינלאומי נדחים מפניהם.

(ד) חוק היה באוסטרליה, שהסמיך שר משרי הממשלה לצוות, בתנאים מסוימים ועל-פי המלצת מועצה מיוחדת, על גירושו של כל אדם שלא נולד באוסטרליה — והוא, אם הלה עסק באוסטרליה בעסקים אסורים המפורטים שם, ואם נוכחותו הנמשכת באוסטרליה עלולה לפגוע בשלום הציבור או בסדר הציבורי או בניהול הטוב של ענייני המדינה. יושם נא אל לב, שסמכות הגירוש לא הייתה מוגבלת לזרים בלבד. פסק בית המשפט העליון של אוסטרליה שיש לפרש את החוק על דרך הצמצום כדי לשמור על זכויות האדם, וסמכות הגירוש מן הארץ תהא מוגבלת אך למהגרים זרים בלבד: *Ex parte Walsh and Johnson*; *In re Yates* (1925) [9].

(ה) ואף בית המשפט העליון של הודו פסק, שלפי הפירוש הנכון של סעיף 19(1) לחוקה ההודית משנת 1948, המבטיח לכל אזרח הודי זכות ישיבה והתיישבות בכל חלקי המדינה, אין הממשלה מוסמכת לעשות צווי גירוש מן הארץ אלא נגד זרים בלבד: *Mavat v. State of Bombay* (1954) [10].

11. נוהגיהן והתנהגותן של מדינות משתקפים, בראש וראשונה, במעשי חקיקתן. כבר ראינו, שממלכת ירדן השכילה לכתוב לתוך חוקתה הוראה מפורשת האוסרת גירוש אזרחיה מאדמתה (סעיף 9); אך אין היא יחידת-סגולה ואף לא יוצאת מגדר הרגילות. בעלעול מקרי באחד הפרסומים של האומות המאוחדות נקרו עיניי בחוקות אלו שבכל אחת מהן מצויה הוראה מפורשת האוסרת גירוש אזרחים והגליתם: אקוואדור (סעיף 188); אתיופיה (סעיף 49 להצהרת זכויות משנת 1953); מצרים (סעיף 38); נורבגיה (סעיף 16); קובה (סעיף 30 לחוקת 1940); קוסטה-ריקה (סעיף 32 לחוקת 1949). דווקא משום שהדוגמאות הללו באות מכל קצוות תבל, משיטות משפט שונות ומרמות תרבות שונות, יש בהן כדי להצביע על האוניברסליות של איסור גירוש האזרחים. ואף גם בזאת יש משום ראייה לנוהג המדינות, שכל המדינות אשר אי-פעם הכירו בהגליה אל מחוץ לארץ כדרך של ענישה, ביטלו עונש זה והסירוהו מספרי חוקיהן: כך

בריטניה עוד בשנת 1857, וצרפת בשנת 1938 (לאחר שחדלו מלבצע עונש זה עוד עשרות שנים קודם לכן). יש מדינות — בעיקר בדרום אמריקה, וכן בפיליפינים — אשר בהן עונש ההגליה (destierro) עודנו נוהג. אך בכל המדינות הללו מוגבלת ההגליה אך למקום אחר שבפנים הארץ בלבד, ואין עוד לבית-משפט סמכות להגלות עבריין לחוץ-לארץ.

גם הנוהג של מדינות רבות — ובראשן כל המדינות שביבשת אירופה — שלא להסגיר אזרחיהן למדינה אחרת על אף היותן קשורות עמה באמנת-הסגרה, נוהג שגם הוא מעוגן על-פי רוב בחוקותיהן, מעיד על כלל גדול זה שאין לגרש אזרח אל מחוץ למדינה.

אין צריך לומר, שמקומה של ישראל לא נפקד מבין המדינות הדוגלות בכלל זה: לפי סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב—1952, אין סמכות הגירוש נתונה אלא נגד "מי שאיננו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות". ולפי תיקון משנת תשל"ח—1978 לחוק ההסגרה, תשי"ד—1954, הצטרפה גם ישראל למדינות אשר אינן מסגירות את אזרחיהן אפילו סרחו כמה שסרחו.

(ואם כי אין מביאים ראיה מן הרשעים, אולי לא למותר הוא לציין שאף הנאצים, שכידוע לא נרתעו מלהפר כל חוק ומשפט כדי להשיג מטרותיהם הנלוות, הקפידו שלא לגרש יהודים אזרחי גרמניה מן הארץ, אלא מצאו להם דרכים לכפות עליהם את ה"בריחה" מגרמניה; בכך לא רק יצאו ידי חובת המשפט הבינלאומי, שלא לגרש אזרחיהם שלהם, אלא גם פתחו פתח לעצמם לגבות מן "הבורחים" מס מיוחד, הוא "מס הבריחה מן הרייך". לעניין זה ראה: (P. Weis, supra at 53).

בספרו על המשפט הבינלאומי האל-מדינתי (שוקן ואוניברסיטת תל-אביב, תש"ם) כותב הפרופסור י' דינשטיין, בעמ' 163, כי "נושא ההגלייה (או הגירוש) ממדינה לא זכה עדיין לקונקרטיזציה במישור הבינלאומי הכללי, והאיסור היחיד הוא על שרירותיות. סעיף 9 של ההכרזה האוניברסלית [על זכויות האדם] מתייחס בפשטות להגלייה שרירותית". נוטל אני רשות לעצמי לחלוק עליו, הן לעניין "הקונקרטיזציה" והן לעניין פירושו של סעיף 9 להצהרה האוניברסלית על זכויות האדם. אשר לגיבוש הזכות של אזרח לשבת במדינתו ולא להיגלות, הרי עולה מכל המקובץ לעיל, כי זכות זו אמנם התגבשה למכביר ונעשתה לכלל גדול של משפט העמים. ואשר לסעיף 9 להצהרה האוניברסלית האוסר מעצר שרירותי והגליה שרירותית, הרי כשם שאין בו כדי להתיר מעצר בלתי חוקי ובלבד שלא יהא שרירותי, כך אין הוא מתיר הגליה בלתי חוקית ובלבד שלא תהא שרירותית. איסור השרירות בא בנוסף על איסור האי-חוקיות: אפילו נעשה מעצר או נעשתה ההגליה ככל כללי החוק על פרטיהם ודקדוקיהם, עדיין פסולים ואסורים הם אם נעשו בשרירות. ויש פה גם אזהרה למחוקק, שלא ירשה מעצר או הגליה

מ"מ הנשיא ח' כהן

מטעמים שאינם אלא שרירותיים. אבל מקום שהמעצר הוא בלתי חוקי מלכתחילה, או שיש בהגליה מלכתחילה משום הפרת משפט העמים, שאלת השרירות אינה צריכה להתעורר, והוראת סעיף 9 אינה צריכה לחול. ראה לעניין זה את ספרו של N. Robinson, The Universal Declaration of Human Rights (New-York, 1958) 113.

12. נמצא, שמול פני חקיקתו של מפקד האזור, שהשאירה בתוקפה את סמכותו על-פי תקנה 112 לתקנות ההגנה לגרש כל אדם מן השטחים המוחזקים, עומד הכלל של משפט העמים המנהגי, שלפיו אסור לגרש אזרח ממדינתו אל מחוץ לתחומה. דין הוא, שבפני כלל שבמשפט-עמים מנהגי אין חקיקתו של מפקד האזור יכולה לעמוד. לפיכך מצטמצמת סמכותו של המפקד לפי תקנה 112 אך לסמכות גירושם של זרים בלבד (ואם כי לפי סעיף 49 לאמנת ג'נבה אסור לו לגרש אף זרים, אם אינם עוזבים מרצונם כאמור שם בסעיף 48, הרי איסור זה אינו אלא פרי משפט-עמים חוזי, ואינו ניתן לאכיפה אלא בידי המדינות בעלות האמנה בלבד).

13. צר לי, שדברים פשוטים וברורים אלה לא נתקבלו על דעת חברי הנכבדים. אם השכלתי לרדת לסוף דעתם, הרי כסבורים הם שאותו כלל גדול של משפט העמים המנהגי אינו מחייב את מפקדם הצבאי של שטחים מוחזקים — וכל כך למה, שכלל הוא היאה לעתות שלום ואינו נאה לעתות מלחמה. סברה זו, שתי פנים אפשריות לה: האחת, שמעיקר הדין רק בעתות שלום אין מדינה מגרשת אזרחיה, ואילו בעתות מלחמה מגרשת גם מגרשת מבחינת משפט העמים; והשנייה, שאפילו מדינה אינה מגרשת אף בעתות מלחמה, מפקד שטחים מוחזקים, שאינו מדינה שאני: שהכלל חל על מדינות ואינו חל על מפקדים-מוחזקים. לדעתי, מוטעית סברה זו על שתי פניה.

אם מצוי הכלל האמור באותו החלק של ספרי המשפט הבינלאומי הדין בעתות שלום, אין זאת משום שאינו נוהג בכל עת, אלא אך משום שאינו שייך למשפט הבינלאומי המלחמתי כל עיקר: אין זה כלל הקובע נורמות-התנהגות במלחמות, אלא כלל הוא הקובע נורמת התנהגות תמיד. אין אני יודע כלל של משפט העמים, חוזי או מנהגי, שלפיו נורמות משפט העמים הנוהגות תמיד אינן נוהגות בעתות מלחמה: כדי שנורמה פלונית לא תנהג בעת מלחמה, יש צורך בנורמה פלמונית מיוחדת ומפורשת המוציאתה מכלל תחולה. יגעתי ולא מצאתי באותם החלקים שבספרי המשפט הבינלאומי, הדנים במשפטי המלחמות, לא זכר ולא רמז לכך שבשעת מלחמה מותר למדינה לגרש אזרחיה משטחה, או לכך שאיסור משפט העמים לגרש אזרחים אינו חל בשעת מלחמה. בכל אותם מקרים, אשר בהם גירשו בשעת מלחמה אזרחים אנגליים או קנדיים מארצם (שמקצתם מובאים לעיל ובחוות-דעתו של כבוד הנשיא), עשו כן על-פי חוקים מקומיים, על אף הנורמה הנוגדת שבמשפט העמים, ולא על-פי נורמה שבמשפט העמים המתירה גירוש אזרחים בשעת מלחמה. והרי הדברים קל וחומר: אם בעתות שלום, שמסתמא שערי המדינות פתוחים יחסית, אסור לגרש אזרחים, בשעת מלחמה, ששערי המדינות סגורים ונעולים, לא כל שכן.

העובדה שהכלל האוסר גירוש אזרחים כלל הוא שבמשפט העמים, היא הנותנת שכלל הוא הנעשה למדינות על-ידי מדינות ובין מדינות. כל זאת לאו רבותא היא. ואם אנו אומרים, שהוראה חקיקתית של מפקד השטחים המוחזקים אינה יכולה לעמוד בפני כלל שבמשפט העמים המנהגי, אין אנו אומרים אלא זאת בלבד, שנורמה המחייבת התנהגות פלונית מצד מדינה מחייבת אותה להתנהגות מצד השלטון שבשטחים ההם, ואין נפקא מינה מה שם ותואר ייקרא לשלטון זה. לעניין תחולת הנורמה ההיא וביצועה, דין שלטון זה כדין מדינה — שאם לא נאמר כן, לא אמרנו ולא עשינו ולא כלום בהעדפת משפט העמים המנהגי, ומאחר שאמנם אין לו לשלטון זה בשטחים המוחזקים לא הריבונות ולא הסמכויות שיש למדינה בשטחה, אין מנוס מלהחיל ומלבצע את הכללים של משפט העמים בשטחים מוחזקים בשינויים המחוייבים לפי העניין — אבל אין זאת אומרת, שיש בשינויים טבעיים אלה כדי להצדיק או לחייב התעלמות טוטאלית ממשפט העמים. אמת בכון הדבר, שלמפקד השטחים המוחזקים אין „אזרחים“ משלו, שהרי אין מסמכותו להעניק אזרחות, אבל אין זאת אומרת, שאינם מצויים בשטחים המוחזקים בני-אדם שדינם כדין אותם אזרחים הזכאים על-פי משפט העמים לשבת על אדמתם ולא להיגרש מעליה. והעובדה, שהטעם שהיה אי-פעם מונח ביסוד התהוותה של הנורמה הנדונה, והוא קידום היחסים הטובים והשלווים שבין המדינות, אינו הולם את היחסים שבין השלטון שבשטחים המוחזקים לבין מדינות אחרות — אינה מעלה ואינה מורידה. כבודו וחשיבותו של טעם זה במקומם עומדים בתולדות המשפט הבינלאומי, אבל עתה נעשתה הנורמה לחי הנושא את עצמו, ושומה עלינו לקיימה ולבצעה כמות שהיא במיטב היכולת והאפשרויות.

14. נאמר לנו — ולא שמענו הכחשה — שאזרחותם של העותרים היא ירדנית. ומאחר שאיסור הגירוש שבמשפט העמים המנהגי אינו חל אלא על הגליה אל מחוץ לתחום מדינת האזרחות, הרי לכאורה אין שום דבר במשפט העמים המונע הגליהם לממלכת ירדן. חברי הנכבד, השופט י' כהן, מרחיק לכת ומזהירנו פן נעשה מעשה, חלילה, לשלול מאת העותרים את זכותם על-פי משפט העמים לדרוש מממלכת ירדן לקבלם לתחומה. אבל לא בזכויות העותרים כלפי ממלכת ירדן עסקינן; עניין לנו אך בסמכויותיו החוקיות של מפקד האזור בלבד.

חוששני, שהחזקת השטחים בידי ישראל יוצרת לעניין זה מצב חדש ומיוחד: מצב הדברים הקיים, הן להלכה והן למעשה, הוא שאין לראות בשטחים המוחזקים ובממלכת ירדן מדינה אחת — בוודאי לא מנקודת מבטה של מדינת ישראל שחלקה תמיד על ריבונותה הלגיטימית של ירדן בשטחים שהם עתה מוחזקים בידי ישראל. לעניין ביצועו של הכלל האוסר גירוש אזרחים אל מחוץ לתחום מדינתם, יש לראות את השטחים המוחזקים ואת ממלכת ירדן כאילו היו מדינות נפרדות: והא ראייה שיש ביניהם גבול, והמעבר מפה לשם טעון היתר גם מצד מפקד האזור וגם מצד ירדן. אבל לעניין ביצועו של הכלל ההוא אין בכך כלום שהשטחים המוחזקים אינם בגדר „מדינה“ ריבונית

קוואסמה ואח' נ' שר הביטחון ואח'

מ"מ הנשיא ח' כהן, השופט י' כהן

שהעותרים הם אזרחיה: די לעניין זה במעין אזרחות הנובעת ממקום מושבם הקבוע. וכבר נפסקה הלכה במשפט העמים שכל אימת שיש ספק בתוקפה של אזרחות, הולכים אחרי זיקתו האישית של האדם למקום אשר בו נמצא מרכז חייו (Nottebohm Case (Second Phase) 1955) [12].

שיקולים אלה מתחזקים עוד לשמע העובדה — שאף היא לא הוכחשה לפנינו — שלמעשה מסרבת ממלכת ירדן לקבל את העותרים לשטחה: יכול אמנם שיש בסירוב זה משום הפרת החובה המוטלת עליה על-פי משפט העמים להרשות לכל אזרח מאזרחיה להיכנס לטריטוריה שלה ולשבת בה; אבל אין אנו ממונים על אכיפת משפט העמים כלפי ממלכת ירדן. דיינו שאנו ממונים על אכיפת משפט העמים המנהגי על שלטונות הצבא בשטחים המוחזקים בידי ישראל. עצם נעילת השערים לפני העותרים מצביעה על הגבול הבינלאומי, תרתי משמע, החוצה בינינו לבינם — ומי מתושבי השטחים, שאינו רוצה לעבור גבול זה, אין כופין אותו.

15. לדעתי, יש לעשות את הצו-על-תנאי למוחלט, ולהצהיר שצווי הגירוש, שנעשו נגד העותרים, בטלים הם וחסרי תוקף.

השופט י' כהן: 1. אני מסכים, שיש לדחות את העתירה, ומכיוון שאני מצטרף לנימוקים, שניתנו על-ידי חברי הנכבד, הנשיא לנדוי, בפסק-דינו, אסתפק רק בהערות מספר.

2. השאלה, האם תקנה 112 לתקנות ההגנה בוטלה מכללא ועל-ידי ההוראה שבסעיף 9 לחוקה הירדנית היא אקדמית בלבד, מכיוון שכפי שהסבירו חברי הנכבדים גם אם היה ביטול כזה, הרי התקנה היא בתוקף בשטחים המוחזקים מכוה הצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 5) (יהודה והשומרון) (מס' 224). על כן לא הייתי נוטל על עצמי להכריע במחלוקת שנפלה בין יודעי הדין הירדני בשאלה זו, כפי שבאה לידי ביטוי בתצהירים שהוגשו לנו, מה גם ובבתי המשפט בירדן לא נידונה הבעיה במישרין. לפיכך, ניתן להשאיר בצריך עיון את השאלה, האם צדק בית-משפט זה בבג"צ 97/79 (1) כשקבע (מפי הנשיא זוסמן), שתוקפה של התקנה 112 לא נפגע על-ידי החוקה הירדנית.

3. חברי הנכבד, מ"מ הנשיא ח' כהן, הגיע לכלל דעה, שאיסור העברות הכפייה שבסעיף 49 של אמנת ג'נבה הרביעית הוא קונסטטיטוטיבי ולא דקלרטיבי ועל-כן אינו נכנס בגדר משפט-עמים מנהגי, אלא הוא בגדר משפט-עמים חוזי, ואילו איסור הגירושים, שבאותו סעיף, מבטא את הכלל, שהיה כבר קיים קודם במשפט העמים המנהגי. במבט ראשון הייתי נוטה לדעה שההוראה בדבר גירושים המוניים היא דקלרטיבית והייתה חלק ממשפט-עמים מנהגי בעת ניסוח אמנת ג'נבה. חיזוק לדעה זו ניתן למצוא בדבריים שנאמרו על סעיף 49 בפירושו של J.S. Pictet, supra at 279. ברם, גם בעניין זה אין צורך לדון בעתירה שבפנינו, אלא השאלה, שבה יש להכריע, היא, האם האיסור הגורף

השופט י' כהן

של גירושים, כשהוא מתייחס גם לגירושים אינדיבידואליים, מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי. כפי שכבר אמרתי לעיל, אני מצטרף בעניין זה לדעתו של הנשיא לנדון, ואני מסכים גם למה שנאמר בפסק-דינו, שכללי המשפט הבינלאומי, לפיהם אין מדינה יכולה לגרש אזרח משלה ולכפות בדרך זו על מדינה אחרת לקבלו לתחומיה, אינם חלק ממשפט בינלאומי מנהגי, כאשר היחסים בין המדינות אינם יחסי שלום. אין ללמוד גזירה שווה מיחסים בין מדינות החיות בשלום על יחסים בין מדינות, שביניהן קיים סכסוך מזוין, שלא נסתיים בהסכם שלום. יש לציין, שגם לגבי היחסים בין מדינות בזמן שלום, עדיין שאלה גדולה היא, האם כלל המשפט הבינלאומי, המונע ממדינה לגרש את אזרחיה למדינה אחרת, שאינה רוצה לקבלם, נותן זכות תביעה בין מדינות בלבד או גם ליחיד שנפגע על-ידי הפרת אותו כלל. כך, למשל, נאמרו, בפסק-דין שהוזכר על-ידי מ"מ הנשיא בעניין Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Thakrar [8] at 598 על-ידי Lord Denning, הדברים דלהלן:

„Even in regard to self-contained countries, however, the rule of international law is only a rule as between two states. It is not a rule as between an individual and a state. The expelling state — if it had a good case — might call upon the home state to receive the person whom it expelled. But the individual could not pray the rule in aid for his own benefit. Moreover, the rule would only apply if he had nowhere else to go”.

המלומד P. Weis בספרו, שהוזכר על-ידי חבריי הנכבדים, מדבר אף הוא על כך, שחובה של המדינה כלפי אזרחיה על-פי חוקי אותה מדינה נעשית, על-פי משפט בינלאומי, לחובה של מדינה כלפי מדינות אחרות:

„That duty of the State towards its nationals under municipal law becomes a duty towards other states; it becomes an obligation of International Law” (*supra* at 50—51).

4. ברצוני להוסיף, שהשתלשלות הדיונים במקרה דנא הוכיחה, שבפועל לא ניתן היה לקיים דיון ראוי לשמו בעניינם של העותרים תוך זמן קצר מהוצאת צו הגירוש, ועליכן אם הממונים על הביטחון היו סבורים מיד לאחר המאורע הטרגי בחברון, שמההכרח לגרש את העותרים בדחיפות, לא הייתה כל אפשרות מעשית למצות את ההליכים המשפטיים הנאותים. העותרים הובאו בפני הוועדה המייעצת עוד בתחילת אוקטובר 1980, ומאז ועד מתן פסק-דין זה עברה תקופה של כחודשיים. עובדה זו חיוקה אותי בדעה, שהבעתי בבג"צ 320/80, שבמצב חירום, שהיה קיים בעת הוצאת צו הגירוש, לא היה פגם בביצוע הצו בלי שניתן, באותו זמן, לעותרים להופיע בפני הוועדה המייעצת.



5. חברי הנכבד, מ"מ הנשיא, סבור, שאף הגליית העותרים לירדן נוגדת במקרה דנא את האיסור שבדין העמים המנהגי, מכיוון שבמצב הדברים הקיים למעשה, אין לראות בשטחים המוחזקים ובממלכת ירדן מדינה אחת, ואין להיזקק במקרה דנא להיבטים פורמליים של דיני האזרחות. גם לכך אין ביכולתי להסכים. לא היו חולקים על כך, שהעותרים הם אזרחי ירדן, ואינני יודע על סמך מה נבוא אנו לשלול מהם את הזכויות שמקנה להם אזרחות זו. דווקא על-פי גישת מ"מ הנשיא חובתה של ממלכת ירדן היא לקבל את אזרחיה לתחומה וזכותם של העותרים היא שחובה זו תקוים. למעשה, אין אנו יודעים, האם שלטונות ירדן אכן מסרבים לקבל את העותרים. הם שהו בשטח ירדן לפני שהופיעו בפני הוועדה המייעצת, ועובדה זו מראה לכאורה שירדן מוכנה לקבלם לתחומה. על כל פנים, נושא העתירה שבפנינו איננו — לאיזו מדינה יגורשו העותרים. ככל הנראה מניסיון העבר פתוחים שערי מדינות רבות בפניהם. הדיון בפנינו מצומצם לשאלת חוקיות צו הגירוש בלבד ובעניין זה דעתי היא כדעת הנשיא, שאין למצוא פגם מבחינה משפטית בהחלטת הגירוש. גם לי נראה, שמן הראוי, שעניין ביצוע הגירוש יזכה לעיון מחדש על-ידי הדרג המדיני, כאמור בחלק האחרון מפסק הדין של הנשיא.

הוחלט ברוב דעות לדחות את העתירה.

אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ו בכסלו תשמ"א (4.12.80).