

בג"צ מס' 785 / 87

בג"צ מס' 845 / 87

בג"צ מס' 27 / 88

1. עבד אל נאצר אל עזיז עבד אל עפו

2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

נגד

בג"צ 785 / 87

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

1. עבד אל עזיז עבד אלרחמן עודה רפיע

2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

נגד

בג"צ 845 / 87

1. מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה

2. שר הביטחון

ג'מל שאתי הינדי

נגד

בג"צ 27 / 88

מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון

בבית המשפט העליון

[10.4.88, 27.1.88]

לפני הנשיא מ' ש מ ג ר

העותרת 2 בבג"צ 785 / 87, 845 ביקשה לפסול את נשיא בית המשפט העליון מלדון בעתירה שהגישה עם עותרים אחרים. לטענתה, בעת ששימש הנשיא בכהונת היועץ המשפטי לממשלה, הביע דעתו בכתובים בנושא הנוגע לעתירה.

בית המשפט העליון פסק:

א. (1) הבעת השקפה משפטית בנושא פלוני אינה מונעת לאחר מכן נטילת חלק בהליך שיפוטי, שבו נבחנת אותה סוגיה משפטית ביחס למערכת עובדות שונה (2-3א).

(2) שופט אינו צריך לדון בענייניו הקונקרטי של פלוני, אשר בו טיפל בעבר, במישרין או בעקיפין, כעובד ציבור, כעורך דין, או בדרך אחרת, לפני מינויו לכהונתו השיפוטית: ההתנתקות וההתרחקות הנדרשת הן בין הטיפול בענייניו הקונקרטי של צד מסוים לבין הדיון בו לאחר מכן במסגרת התפקיד השיפוטי (3 א).

בקשה לפסילת שופט. הבקשה נדחתה.

- ל' צמל - בשם העותר 1 בבג"צ 785/87;
ד' קרצ'מר - בשם העותרת 2 בבג"צ 845, 785/87;
ד' נאסר - בשם העותר 1 בבג"צ 845/87;
ג' בולוס - בשם העותר בבג"צ 27/88;
ד' ביניש, משנה לפרקליט המדינה, ו-נ' ארד, מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה - בשם המשיב.

ה ח ל ט ה

1. העותרת השנייה - האגודה לזכויות האזרח בישראל - העלתה עם פתיחת הדיון בעתירה זו טענה, שהיא לפי מהותה בקשה לפסילתו של נשיא בית-משפט זה מלדון בעתירה.

ואלו דברי ההנמקה של הבקשה כלשונם:

1. "בעת שהנשיא הנכבד בבית משפט זה, שימש ככהונת יועץ משפטי לממשלה, הביע דעתו במפורש, בדבר ספקות הנוגעים לתחולת האמנה על השטחים, מטעמים הכרוכים בשאלת ריבונות ממלכת ירדן על שטחים אלה ומטעמים אחרים. מטבע הדברים לדעתו של היועץ המשפטי מעמד מנחה או מכוון של מדיניות הרשות המבצעת.

2. בין היתר, הובעה דעתו של כב' הנשיא, בתפקידו כיועץ המשפטי לממשלה, בדיון שנתפרסם בכרך הראשון של 1 Israel Yearbook of Human Rights (1971).

3. מכאן, כי הבעת הדעה חרגה מהשקפה אקדמית מופשטת אלא זכתה למימוש עובדתי הנוגע לנושא הדיון דנן.

4. ההלכה היא כי: 'בישראל השתרש כלל של נוהג לפיו שופט אשר שירת קודם מינויו בשירות הציבורי לא ידון בענין שהיתה לו לפני מינויו לכהונתו נגיעה כל שהיא בין כגורם מטפל ישירות ובין כגורם מאשר או מכוון', ראה מאיר שמגר - על פסלות שופט, בעקבות ידיד, תרתי משמע, פורסם 'גבורות לשמעון אגרנט', 87, ראה עמ' 94".

המדינה לא נקטה עמדה בנושא זה.

הטענה נדחתה על-ידיי בהחלטה מיום 27.1.88, ולהלן הנימוקים לכך.

2. אין יסוד לטענה שהוצגה לפנינו על-ידי העותרת. הבעת השקפה משפטית בנושא פלוני איננה מונעת לאחר מכן נטילת חלק בהליך שיפוטי, שבו נבחנת אותה סוגיה משפטית ביחס

הנשיא מ' שחגר

למערכת עובדות שונה. לעניין זה אין נפקא מינה אם המדובר, למשל, בסוגיה בדיני החוזים או במשפט הפלילי או בסוגיה מתחום המשפט הבינלאומי הפומבי, כפי שהדבר אירע כאן.

אכן נכון הוא, כי שופט אינו צריך לדון בענייני הקונקרטי של פלוני, אשר בו טיפל בעבר, במישרין או בעקיפין, כעובד ציבור, כעורך-דין או בדרך אחרת, לפני מינויו לכהונתו השיפוטית. למערכת נסיבות כזאת התייחסו הדברים שהובאו במאמרו: "על פסלות שופט – בעקבות ידי, תרתי משמע" גבורות לשמעון אגרנט (גרפ-פרס, תשמ"ז) 87, 93. הדוגמה שהובאה שם הבהירה היטב, שמדובר על טיפול במקרה מסוים ולא על הבעת דעה עיונית.

למותר לציין, כי המאמר משנת 1971, שאיזכרו הובא בציטוט הנ"ל ושעניינו הספקות בדבר ריבונותה של ירדן ביהודה ושומרון, לא היה כרוך, בצורה כלשהי, בטיפול בענייניהם של העותרים שלפנינו.

לו ננקטה בחיי המעשה אמת המידה שהוצעה לצורך העניין שלפנינו על-ידי העותרת, לא יכול היה שופט לדון בכל עניין, שבו עולה בעיה עיונית אשר אליה התייחס בעבר, בין כעורך-דין בהופעתו במשפט, בהרצאה שנשא בתחום האקדמי או בהבעת דעה כיועץ משפטי לממשלה או כפרקליט המדינה. במלים אחרות, אם היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה הביע דעתו, בעת שמילא את התפקיד האמור, כי מן הראוי לנקוט, למשל, עמדה פלונית לגבי עבירות סמים, הרי לפי התיוזה המוצעת לא יוכל כבר לדון, לאחר מינויו כשופט, באף תיק בו מתעוררת שאלת הענישה בעבירות סמים. מאחר שבתפקידים שהוזכרו בדוגמה הנ"ל נדונים דרך קבע תוך תקופת הכהונה רוב תחומי המשפט החשובים, יש בהשקפה המוצעת כדי לפסול נושא תפקיד כאמור לעולם למינוי שיפוטי.

אף חלוף הזמן אינו יכול לרפא את הפגם הקיים, כביכול, לטענת העותרת, שהרי במקרה שלפנינו הובא בשנת 1988, כתנא דמסייע, מאמר משנת 1971.

משמעותה של תיוזה זו היא, כי ככל שמשפטן מנוסה יותר בתחומי המשפט השונים, כך גם תצטמצם כשירותו לשמש כשופט. גישה כזאת איננה משקפת את המשפט המצוי באף שיטת משפט ואף לא את המשפט הרצוי.

זאת ועוד, ככל שהערכאה השיפוטית גבוהה יותר, מן הנמנע שמחשבתו של השופט בעניין משפטי עיוני תהיה בגדר לוח חלק.

ההתנתקות וההתרחקות הנדרשות הן, כאמור, בין הטיפול בענייני הקונקרטי של צד מסוים לבין הדיון בו לאחר מכן במסגרת התפקיד השיפוטי. כזאת לא אירע כאן, וממילא לא היה מעיקרו יסוד לבקשה. מכאן גם דחייתה.

ניתנה היום, כ"ג בניסן תשמ"ח (10.4.88).

בג"צ מס' 87/85
 בג"צ מס' 87/85
 בג"צ מס' 88/87

בין-לאומיים
 של מצרים,
 25, עמ' 99
 השפיטה,
 והשומרון)
 ההסגרה,

המשיב
 לגבי העותר
 הצווים
 העותרים פנ
 הגירוש. הו
 האמורים מו
 הציבור. מכ
 לטענת
 1949 (להלן)
 בו הוא שוה
 העותרים,
 חיסוי הראי

בית המשפט
 א. (1)
 (2)
 (3)

(4)
 ב. (1)
 (2)

פסקי-דין,
 פסקי-דין / תשמ"ח / תשמ"ט

1. עבד אל נאצר עבד אל עזיז עבד אל עפו
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

נגד

מפקד כוחות צה"ל כגדה המערבית

1. עבד אל עזיז עבד אלרחמן עודה רפיע
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

נגד

1. מפקד כוחות צה"ל באיזור חבל עזה
2. שר הבטחון

ג'מאל שאתי הינדי

נגד

מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון

בג"צ 785 / 87

בג"צ 845 / 87

בג"צ 27 / 88

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[10.4.88, 3.3.88, 15.2.88, 9.2.88, 28.1.88, 27.1.88]

לפני הנשיא מ' שמגר, המשנה לנשיא מ' בן-פורת

והשופטים ש' לוין, ג' בק, א' גולדברג

תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, 855, (א) 1055, תקנות 108, 111, (4), 112
 112 (3), 112 (7), 112 (8), 122 (2) - אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949
 1, עמ' 559, סעיפים 4, 5, 25, 30, 34, 35, 48, 49, 49, (1) 49, (2) 49, 51, 72, 78, 78, (2) 78, 147 -
 בית-הדין הבינלאומי, כ"א 1, עמ' 237, סעיף 38 (1) (ב) - חוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע
 השמדת עם, תש"י-1950, ס"ח 137 - אמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, כ"א
 1, עמ' 66 - חוק הטיס (בטחון בתעופה האזרחית), תשל"ז-1977, ס"ח 126 - אמנה בדבר
 מעשים בלתי חוקיים נגד בטיחות התעופה האזרחית, כ"א 22, עמ' 489 - חוק המכר (מכר
 בין-לאומי), תשל"א-1971, ס"ח 42 - אמנה בדבר חוק אחיד למכר טובין בין-לאומי, כ"א
 עמ' 561 - חוק חסינויות וזכויות (ארגונים בין-לאומיים ומשלחות מיוחדות), תשמ"ג-1983, ס"ח
 124 - הצעת חוק מעמד ארגונים בין-לאומיים, תש"ם-1980, ה"ח 290 - חוק מעמד ארגונים

בין-לאומיים, תש"ם-1980, ס"ח 163 - חוזה שלום בין מדינת ישראל ובין הרפובליקה הערבית של מצרים, כ"א 25, עמ' 695 - מסגרת לשלום במזרח התיכון שהוסכם עליה בקמפ דויד, כ"א 25, עמ' 509 - פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, נ"ח 421, סעיף 44 - חוק-יסוד: השפיטה, ס"ח תשמ"ד 78, סעיפים 15(ד)(1), 15(ד)(2) - צו בדבר פרשנות (אזור יהודה והשומרון) (מס' 130), תשכ"ז-1967, קמצ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 7) 272, סעיף 16 - חוק ההסגרה, תשי"ד-1954, ס"ח 174.

המשיב בבג"צ 785/87, המשיב 1 בבג"צ 845/87 והמשיב בבג"צ 27/88 הוציאו צווי גירוש (בהתאמה לגבי העותר 1 בבג"צ 785/87, העותר 1 בבג"צ 845/87 והעותר בבג"צ 27/88). הצווים הוצאו מכוח הסמכות הנתונה למשיבים האמורים בתקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945: העותרים פנו לוועדה מייעצת, הפועלת על-פי תקנה 112(8). זו החלטה להמליץ לפני המשיבים לקיים את צווי הגירוש. החלטותיה של הוועדה המייעצת נתקבלו לאחר עיון בחומר ראיות גלוי וחסוי, שהראה כי העותרים האמורים מעורבים בפעילות העוינת את מדינת ישראל, באופן שיש בו כדי לסכן את ביטחון המדינה ואת שלום הציבור. מכאן העתירות.

לטענת העותרים יש להחיל בעניין צווי הגירוש את סעיף 49 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן - אמנת ג'נבה הרביעית) האוסר על-פי לשוננו, את גירושו של "אדם מוגן" אל מחוץ לשטח המוחזק בו הוא שוהה. לגירסתם, מהווה סעיף 49 כלל של המשפט הבינלאומי הפומבי, המחייב את מדינת ישראל. עוד טענו העותרים, בין היתר, כי סדרי הדין לפני הוועדה המייעצת היו לקויים, שכן לא הותר לעותרים להשמיע עדים, וכי חיסוי הראיות לא היה מוצדק בעניינם.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. (1) כללי פרשנות המיושמים בשיטת משפט פלונית מיוחדים לה ואינם זהים בהכרח לאלו הנוהגים בשיטת משפט אחרת (12 ו-1).
- (2) יישום הכללים, בכל מקרה קונקרטי שבו נדרש בית המשפט לצקת תוכן בדבר חקיקה המבקש פירוש, נעשה תוך הפעלת שיקול-דעת שיפוטי (13 ג-ד).
- (3) הפעלת שיקול הדעת נדרשת בעיקר מקום שמבקשים להבהיר את נוסחו של דבר החקיקה העומד לפירוש, תוך החלטה בדבר המשקל שיש ליתן למלות הנוסח בקביעת הגדרתה והיקפה של מטרת החקיקה (13 ד).
- (4) החוק הוא כלי להגשמתה של מדיניות משפטית, ומשום כך צריכה הפרשנות לחתור לשחרורו של הנוסח מכבליו הסמאנטיים, אם יש בהם כדי להרחיקו מן המטרה החקיקתית שאותה הוא בא להגשים (14 ה-ו).
- ב. (1) הסיפא לסעיף 31(1) וסעיף 32 לאמנת וינה משנת 1969 בדבר דיני אמנות יוצרים גישור לתיזות פרשניות שונות באשר לפירושה של אמנה, גישור המאפשר מתן הדעת אף לעבודות ההכנה המתארות את הרקע לכריית האמנה, אותה מפרשים בגדר חומר היכול להשלים את הבנת הנוסח כפשוטו ואת מטרתו והיקף תחולתו (17 ב-ג).
- (2) כל התייחסות פרשנית לנושאי המשפט הבינלאומי, אשר ביניהם רבים הנושאים הזוכים לפרשנות רב-גונית ואף חולקת, אינה יכולה להיעשות על-פי אמות המידה המדויקות, שאליהן שואפים בתחום המשפט המוניציפאלי (19 א).

785/87
845/87
27/88

112, (4)
19, כ"א
חוקת
אל הפשע
עם, כ"א
בר דיכוי
בר טובין
כ"א 22,
1988, ס"ח
ארגונים
מ"ט-1988

(3) ככל שהדבר נוגע לאמנות, שיטת הפרשנות צריכה לראות עצמה כפעולה הצהרתית ולא כיוצרת. שיטה זו צריכה לשוות נגד עיניה את התכונות המאפיינות את הסדר המשפט הבינלאומי, תחום בו הפורמאליזם אינו שולט, בו נהנות המדינות מחופש פעולה רב, מקום בו המדינות הן לא רק מחברות האמנה אלא גם אלה אשר אליהן מכוונת האמנה, מקום בו העדפת אמצעי שלום יישוב מחלוקות תלויה ברצונן החופשי של המדינות (19-20 א).

ג. (1) המטרה, שעמדה נגד עיניהם של מנסחי אמנת ג'נבה הרביעית, הייתה הגנתה של האוכלוסיה האזרחית, שהפכה לקורבן מרכזי של המלחמה המודרנית, ואימוצם של כללים, שיביטחו, כי האוכלוסיה לא תשמש מטרה למעשי שרירות ולניצול בלתי אנושי; לעיני מעצבי האמנה, עמדו גירושים המוניים להשמדה, תזוזות אוכלוסיה המוניות מסיבות מדיניות או אתניות או לשם העברה לעבודת כפייה. זוהי "מטרת החקיקה", וזהו ההקשר הענייני (28 ד-ה).

(2) בהתאם לכללי הפרשנות הישימים, אין לראות באמור בסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית אלא התייחסות לגירושים השרירותיים של קבוצות אזרחים, כפי שהדבר היה בזמן מלחמת העולם השנייה, למטרות שיעבוד, השמדה וטעמים אזוריים דומים (31 א-ב).

(3) פירוש מילולי, פשטני וכוללני של סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית יחד עם סימן 4 לאמנה, המגדיר את המונח *protected persons*, מביא למסקנה, כי חוקיות השהות בשטח אינה רלוואנטית, וכי די בעובדת ההימצאות הפיזית בשטח כדי להקנות חסינות מפני גירוש. פרשנות מילולית זו מוליכה את מלות האמנה להיקף תחולה הנוגד את ההגיון (30 ג, 31 א).

(4) אם מאמצים את הפרשנות, לפיה הביטוי "גירוש" בסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית מכוון לגירושים המוניים ושרירותיים, אין במלים המתייחסות למניע (*regardless of motive*) כדי לשנות מן המהות: ההתייחסות למניע אפשרי כלשהו באה רק כדי לחסום את הדרך בפני העלאת טענות ותירוצים, הקושרים את הגירוש ההמוני במניע לגיטימי כביכול (32 ו-ז).

ד. (אליבא דשופט ג' בך): (1) לשונו של סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית הינה חד-משמעית וברורה. השילוב של המלים "העבדת כפייה... של יחידים או המונים וכן גירושם" עם הביטוי "ויהי המניע מה שיהיה", אינו מותיר כל מקום לספק, כי הסעיף חל לא רק על גירוש המוני אלא גם על גירושם של יחידים, ושהאיסור מכוון להיות טוטאלי, גורף וללא סייג - "ויהי המניע מה שיהיה" (70 ה-ו).

(2) נוסחו של סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, גם כהדבק הדברים ועל רקע האמנה בשלמותה, אינו סובל את הפירוש, לפיו מכוון הוא למנוע אך ורק מעשים כגון אלה שבוצעו על-ידי הנאצים מטעמים גזעיים, אתניים או לאומיים (76 ד-ה).

(3) אין לסטות, בדרך הפרשנות, ממוכנן הברור והפשוט של מלות החיקוק, כאשר לשון הסעיף היא חד-משמעית, וכאשר הפירוש הלשוני אינו עומד בסתירה למטרת החיקוק ואינו מביא לתוצאה בלתי הגיונית או אבסורדית (76 ה).

(4) גיכרת באמנת ג'נבה הרביעית מגמה ברורה: מותר להגביל את חופש תנועתו של "האדם המוגן" ומותר אף לעוצרו ללא משפט, אם הדבר נחוץ כדי להגן על ביטחון הציבור או על אינטרס חיוני אחר של המדינה הכובשת, וזאת בנוסף לאפשרות להעמידו לדין, להענישו ואף לדונו למוות; אך אין לגרש את "האדם המוגן", שכן ברגע שבוצע הגירוש למדינה אחרת, אין למדינה הכובשת עוד שליטה עליו, והוא חדל להיות "אדם מוגן" (74 א-ב).

ה. (1) לצורך הכרעה בשאלה, אם הוראה פלונית מתוך המשפט הבינלאומי הפומבי הפכה לחלק מן הדין הישראלי, מביחנים בין משפט מינהגי לבין משפט הסכמי: המשפט הבינלאומי המינהגי הוא חלק ממשפט

בג"צ 27/88, 845, 785/87 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון

הארץ, בכפיפות לדבר
(2) אמנה בינלאומית אינה
שומצו, או אם מדובר
היינו, אם המדובר בקו
(3) אימוצה של ההשקפה, ל
הבינלאומי הפומבי הה
קודיפיקאציה של כלל מ
המצב החוקתי בישראל
התוצאה האמורה אינה ב
(4) סעיף 49 לאמנת ג'נבה
משפט בינלאומי מינהגי
(אליבא דשופט ג' בך)
אחת מטרה באופן אחיד, כך
(2) ראוי לקרוא את הוראת ס
בקשר לדיניה ומנהגיה
המשפט הבינלאומי המינ
יתר לחובת הבטחת הביטו
(3) ניתן לגרש יחידים מתוש
בביטחון הציבור ובסדר ה
מגירוש כדי לגונן על אוכל
(אליבא דשופט ג' בך): (1)
לאמנת ג'נבה הרביעית חל עלי
הדומיננטיות של מנסחי האמנה
(2) החלטתה של ממשלת ישראל
הצהרת מדיניות המחייבת
המינהגי, תחייב הממשלה ל
המשפט שיקול-דעת גמיש ו
רוחה (77-78 א).
(1) הדיון לפני הוועדה המייעצ
בבית-משפט, ומי שמייצג את
אינו חייב להוכיח את טענותיו
(2) במקרה שבו צולה, מצד העור
אור על השאלה שבדיון, נכון ו
המחוקק פתח, במקרה הראיית [ג
ולשכנע רשות שיפוטית, כי הצורך
כי חיובי הראיות בלתי מוצדק. משנ
שמקבעה במקרה הראיות [נוסח

- הארץ, בכפופות לדבר חקיקה ישראלי הקובע הוראה סותרת (35 א, ג).
- (2) אמנה בינלאומית אינה הופכת לחלק ממשפט הארץ, אלא אם אומצו הוראותיה בדרך החקיקה ובמידה שאומצו, או אם מדובר על הוראות אשר אינן אלא חזרה או הצהרה על משפט בינלאומי מינהגי קיים, היינו, אם המדובר בקודיפיקאציה של מנהג קיים (38 ד-ה).
- (3) אימוצה של ההשקפה, לפיה אין צורך בחקיקה של הכנסת לשם שילובו במשפט הארץ של כלל מן המשפט הבינלאומי הפומבי ההסכמי שמצא ביטוי באמנה בינלאומית שישראל הצטרפה אליה ואינו בגדר קודיפיקאציה של כלל מינהגי קיים, היה, למעשה, מעניק בידי הממשלה סמכות של חקיקה, שהרי לפי המצב החוקתי בישראל כורתת ומאשררת הממשלה אמנות בינלאומיות, ללא אישור של הכנסת. התוצאה האמורה אינה בגדר הרצוי מבחינת תקינות סדרי הממשל ושלטון החוק (39 ו-ז).
- (4) סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית הוא בבחינת הוראה של המשפט הבינלאומי ההסכמי, שאינו מבטא משפט בינלאומי מינהגי (39 א).

ו. (אליבא דמשנה לנשיא מ' בן-פורת): (1) ראוי לפרש שני חוקים הדנים *in pari materia* באותו נושא ולשם אותה מטרה באופן אחיד, כך שתיווצר הרמוניה פרשנית נאותה בין הוראותיהם (67 א).

(2) ראוי לקרוא את הוראת סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית לאור האמור בתקנה 43 לתוספת לאמנת האג בקשר לדיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, באשר האמנה מחייבת את ישראל כחלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי, בעוד שאמנת ג'נבה אינה אלא בעלת תוקף הסכמי, ועל-כן יש ליתן משקל יתר לחובת הבטחת הביטחון והסדר הציבורי בשטחים המוחזקים הקבועה בתקנה 43 (67 ד-ה).

(3) ניתן לגרש יחידים מתושבי אותם שטחים אל מחוצה להם, כל אימת שהמשך נוכחותם עלול לפגוע בביטחון הציבור ובסדר הציבורי כשטחים המוחזקים. כל זאת בתנאי שאין במקרה הנתון דרך אחרת חוץ מגירוש כדי לגונן על אוכלוסיית השטחים (67 ד).

ז. (אליבא דשופט ג' בן): (1) מהבחינה הפורמאלית נכללים הגירושים דנן במסגרת המעשים שסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית חל עליהם, אך עם זאת, לא מניעת מעשי גירוש כאלה היתה מטרתם העיקרית או הדומיננטית של מנסחי האמנה (77 ה-ו).

(2) החלטתה של ממשלת ישראל לקיים למעשה את ההוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה הרביעית, היא הצהרת מדיניות המחייבת ככלל את הממשלה, וייתכנו מקרים, שבהם, במסגרת של כללי המשפט המינהגי, תחויב הממשלה לכבד את התחייבותה זו; אולם כל מקרה יש לבחון על-פי נסיבותיו, ובידי בית המשפט שיקול-דעת גמיש ורחב, כאשר בא הוא לבחון הצהרה בדבר מדיניות הממשלה על-פי תוכנה ורוחה (77 ז-ח א).

ח. (1) הדיון לפני הוועדה המייעצת אינו בגדר הליך שיפוטי אשר בו מובאות ראיות בדרך המקובלת בבית-משפט, ומי שמייצג את הרשות הסטטוטורית, אשר לה מגישה הוועדה המייעצת את המלצותיה, אינו חייב להוכיח את טענותיו בדרך שבה מובאות ראיות לפני ערכאה שיפוטית (65 א).

(2) במקרה שבו עולה, מצד העורר, טענה מפורטת ומנומקת, בתוס'לב לכאורה, לפיה עד פלוני עשוי לספק מידע רלוואנטי, שיש לו נגיעה ישירה לנושא העומד לדיון לפני הוועדה המייעצת ואשר עשוי לשפוך אור על השאלה שבדיון, נכון תעשה הוועדה המייעצת, אם תחליט לשומעו (65 א-ב).

ט. המחוקק פתח, בפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, לפני בעל הדיון הנוגע בדבר דרך כדי לנסות ולשכנע רשות שיפוטית, כי הצורך בגילוי הראיות לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש באי-גילויין, היינו, כי חיסוי הראיות בלתי מוצדק. משנמנע בעל דין מהעלאת בקשה לגילוי הראיות, ומשזנח את דרך הערעור, שנקבעה בפקודת הראיות [נוסח חדש], הרי גירסתו בדבר עדיפותם של השיקולים התומכים בגילוי הראיות

- מול השיקולים התומכים בחיסוים לא תוכל להישמע בבג"צ (63 א).
- (1) בנסיבות דנן, דרך פעולותיהם של המשיבים, לעניין הפעלתה של הסמכות לפי תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), הייתה תקינה, והנושא נבחן באופן יסודי וממצה לפני הוועדה המייעצת (64 ג-ד).
- (2) שיקוליה של הוועדה המייעצת, שהחלטתה המנומקת נפרשה בבית המשפט, ושיקוליהם של המשיבים, כפי שהם מסתייעים בחומר הגלוי והחסוי שהוגש לבית המשפט ומתיישבים עמו, אין בהם כדי להצביע על קיומה של עילה מבין אלה המשמשות את בג"צ בהפעלת סמכויותיו לפי סעיפים 15(ד) ו-15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה (64 ד-ה).
- (3) אין בנוסחה של תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום) כדי להצביע על בדיקה חד-פעמית. יש לפרש תקנה זו, כעולה מנוסחה, באופן המאפשר פנייה חוזרת של אדם, אשר נגדו צו גירוש שעדיין בתוקף והמבקש עיון חוזר בעניינו (66 א).
- (4) (אליבא דשופט ג' בך): כאשר המדובר באנשים, אשר לגביהם מתמלאים האלמנטים של תקנות 108 ו-112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), הווה אומר, שהוכח כי גירושם דרוש לשם הגנה על שלום הציבור ועל ביטחון האזור, הרי אין להשתמש בסמכותו של בג"צ במישור המשפט המינהלי כדי להורות למשיבים להימנע מביצוע גירושם של העותרים אך ורק בשל הצהרתה של המדינה, כי ככלל בדעתה לכבד את ההוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה הרביעית (78 ד-ה).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"צ 610, 606 / 78 אויב ואח' נ' שר הבטחון ואח'; מטאווע ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לג (2) 113.
- [2] בג"צ 97 / 79 אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לג (3) 309.
- [3] בג"צ 698 / 80 קוואסמה ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לה (1) 617.
- [4] בג"צ 629 / 82 ו' מוסטפא ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד לו (1) 158.
- [5] בג"צ 514, 513 / 85 בשג"צ 256 / 85 נזאל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לט (3) 645.
- [6] ע"א 31 / 63 פלדברג נ' המנהל לענין חוק מס שבח מקרקעין, פ"ד יז 1231.
- [7] בג"צ 442 / 71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו (2) 337.
- [8] ע"פ 94 / 65 תורג'מן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט (3) 57.
- [9] ע"א 165 / 82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט (2) 70.
- [10] ע"א 282 / 73 פקיד השומה, חיפה נ' אריסון, פ"ד כה (1) 789.
- [11] בג"צ 47 / 83 תור אויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים ואח', פ"ד לט (1) 169.
- [12] ע"פ 174 / 54 שטמפפר נ' היועץ המשפטי, פ"ד י 5.
- [13] ע"פ 336 / 61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2033.
- [14] ע"א 148, 145, 25 / 55 האפורופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה ואח', פ"ד י 1825.
- [15] ע"פ 131 / 67 קמיאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב (2) 85.
- [16] בג"צ 493, 69 / 81 אבו עיטה ואח' נ' מפקד אזור יהודה ושומרון ואח'; קנזיל ואח' נ' הממונה על המכס, מפקדת אזור חבל עזה ואח', פ"ד לו (2) 197.

- [17] בג"צ 82 / 393 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעאוניה אלמחדודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה ושומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד לז (4) 785.
- [18] בג"צ 79 / 390 דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד 1.
- [19] המ' 49 / 41 "שמשוך" בע"מ נ' היועץ המשפטי, פ"ד ד 143.
- [20] ע"א 67 / 65 קורץ ואח' נ' קירשן, פ"ד כא (2) 20.
- [21] בג"צ 67 / 103 "דה אמריקן אירופין בית-אל מישן" נ' שר הסעד (ד"ר יוסף בורג) ואח', פ"ד כא (2) 325.
- [22] בג"צ 82 / 102, 150, 593, 690, 83 / 271 צמל ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לז (3) 365.
- [23] בג"צ 82 / 574, אל נאוואר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לט (3) 449.
- [24] ע"א 75 / 303 מדינת ישראל נ' רפאל ואח', פ"ד כט (2) 601.
- [25] בג"צ 82 / 609 פנטומפ אוברסיו (1981) בע"מ נ' מרכז ההשקעות ואח', פ"ד לח (1) 757.
- [26] ע"א 82 / 586, 626 אינשורנס קורפוריישן אוף אירלנד לימיטד ואח' נ' מדינת ישראל - משרד התקשורת ואח'; אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' אינשורנס קורפוריישן אוף אירלנד לימיטד ואח', פ"ד מא (2) 309.

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

[27] *Ex parte Quirin* 317 U.S. 1 (1942)

פסקי-דין אנגליים שאוזכרו:

- [28] *Reg. v. Governor of Brixton Prison. Ex parte Soblen* [1963] 2 Q.B. 243 (C.A.).
- [29] *Porter v. Freudenberg* [1915] 1 K.B. 857 (C.A.).
- [30] *West Rand Central Gold Mining Company v. Rex*. [1905] 2 K.B. 391.
- [31] *The Cristina* [1938] 1 All E.R. 719 (H.L.).
- [32] *Chung Chi Cheung v. The King* [1939] A.C. 160 (P.C.).

פסקי-דין בינלאומיים שאוזכרו:

- [33] *Re Rizo and Others* [1952] Int'l. L.R. 478.
- [34] *I.M.T. Judgment* (1946) Cmd. 6964.

עתירות למתן צו-על-תנאי. הדיון כאילו ניתן צו-על-תנאי. העתירות נדחו.

ל' צמל - בשם העותר 1 בבג"צ 785 / 87;
ד' קרצ'מר - בשם העותרת 2 בבג"צ 785 / 87, 845;

ד' נאסר - בשם העותר 1 בבג"צ 845 / 87:

ג' בולוס - בשם העותר בבג"צ 27 / 88:

ד' בייניש, משנה לפרקליט המדינה, ר' נ' ארד מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה -
בשם המשיבים.

פסק-דין

הנשיא מ' שמגר: 1. שלוש עתירות אלו, שאותן שמענו במאוחד, עניינן צו גירוש לפי תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, שניתן לגבי כל אחד מן העותרים עלידי מפקד כוחות צה"ל באזורו (מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון לגבי העותרים בבג"צ 785 / 87 ובבג"צ 27 / 88, ומפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה לגבי העותר בבג"צ 845 / 87).

לעתירות בבג"צ 785 / 87 ו-845 / 87 הצטרפה האגודה לזכויות האזרח בישראל.

מלפני בית-משפט זה יצא צו-ביניים, המעכב ביצועם של צווי הגירוש.

בעלי הדין הסכימו לדון בעתירות כאילו ניתן בהן צו-על-תנאי.

ביום 13.3.88 החלטנו לדחות את העתירות ולבטל את הצווים שיצאו בעקבותיהן, ולהלן נימוקי פסק הדין.

2. בעתירות אלו הועלו טענות משפטיות כלליות, שעניינן חוקיותו, לפי המשפט הבינלאומי הפומבי ולפי המשפט החל באזורים הנ"ל, של צו גירוש. כן הועלו השגות על קיומו של הצדק ענייני למתן צו גירוש בכל אחד מן המקרים אשר עליהם סבות העתירות.

מבחינת סדר הדיון בטענות אלו, ייבחנו תחילה הטענות הכלליות, השוללות מעיקרו את דבר קיומו של בסיס משפטי למתן צו גירוש לגבי תושב האזורים הנ"ל, שהרי אם המסקנה תהיה, כי לפי הדין הרלוואנטי חל איסור על מתן צו גירוש, ממילא לא יהיה צורך לבחון את דבר קיומו של הצדק ענייני למתן הצו הספציפי, תוך יישומה של שאלה זו למערכת הנתונים העובדתית הנוגעת לכל אחד מן העותרים. על-כן נפנה עתה לטענות הכלליות, שהן משותפות לשלוש העתירות.

3. (א) העותרים העלו כטעם מרכזי לעתירתם את הטענה, כי סעיף 49 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן - אמנת ג'נבה הרביעית), אוסר על גירושו של כל אחד מן העותרים מיהודה ושומרון או מחבל עזה, לפי העניין. לפי הטענה, קיים איסור מוחלט על כל הפעלה, לגבי תושב של אחד מן השטחים המוחזקים עלידי צה"ל, של תקנה 112 לתקנות

בג"צ 785/87, 845, 27/88 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית: רפיע ואח' נ'
מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה ואח': הינדי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון

הנשיא מ' שמגר

ההגנה (שעת חירום), או של כל הוראת דין אחרת (אם יש כזאת) שעניינה גירוש, וזאת עקב הוראותיה של האמנה הבינלאומית הנ"ל, בהן יש לראות, לפי הטענה, כלל של המשפט הבינלאומי הפומבי, המחייב את מדינת ישראל ואת גורמי הממשל הצבאי הפועלים מטעמה והמקנה למי שנפגע זכות פנייה לבית-משפט זה.

התיזה המשפטית המונחת ביסודה של טענה זו כבר הועלתה ושבה והועלתה בבית-משפט זה, לא אחת, ונדונה בו במישרין או באופן חלקי ועקיף במספר מקרים; ראה בעיקר: בג"צ 78 / 606, 610 [1], בעמ' 121; בג"צ 79 / 97 [2]; בג"צ 80 / 698 [3]; בג"צ 82 / 629 [4], בעמ' 161; בג"צ 85 / 513, 514, בשג"צ 85 / 256 [5]. לשם שלמות התמונה המשפטית, ראה גם את מאמרו של פרופ' י' דינשטיין, "פסק-הדין בעניין פיתחת רפיח" עיוני משפט ג (תשל"ג-ל"ד) 934.

מכאן, כי יפים לעניין זה, בשינויים הקלים הנובעים מן העניין, דבריו של בית-משפט זה בבג"צ 85 / 513, 514, בשג"צ 85 / 256 [5] הנ"ל, בעמ' 649-650, בהם נאמר:

"כמעין הקדמה כללית לניתוחן של הטענות של העותרים יש להעיר, כי הטענה הראשונה הנ"ל הועלתה כבר - בשינוי קל - בדיון, שנתקיים לפני בית-משפט זה בבג"צ 80 / 698, בעמ' 623 מול אות השוליים א, ונדחתה שם. העלאתה החוזרת של הטענה ושל טענות נוספות בענין תוקפה המשפטי של תקנה 112 ובעניין כוחו ומהותו של סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית נובעת מן התיזה, שיסודה בטעות, כאילו בית-משפט זה לא הכריע כבר בכך, אם ניתן להפעיל את תקנה 112 באזור יהודה ושומרון, וכאילו בית-משפט זה לא אמר עוד את דברו הן לגבי הטעמים המעוגנים בתחיקה הפנימית של האזור והן לגבי הטעמים הנשענים על כללי המשפט הבינלאומי הפומבי. כאמור, סברתן של באות הכוח המלומדות של העותרים, כי נושאים אלה לא הוכרעו, בטעות יסודה. בית-משפט זה נפנה לסוגיות המשפטיות הנ"ל בהרחבה הן בבג"צ 79 / 97, והן בבג"צ 80 / 698 הנ"ל, שהשלים את הדיון בשורה של טיעונים שלא נטענו ושלא נדונו בבג"צ 79 / 97 הנ"ל. ההחלטה בבג"צ 80 / 698 אמנם ניתנה ברוב דעות של הנשיא לנדוי ושל השופט י' כהן נגד דעתו החולקת של מ"מ הנשיא ח' כהן, אך אין בכך, כמובן, כדי לגרוע מתוקפה, ואין בכך כדי לשלול מפסק הדין את מעמדו כהכרעה עניינית לגופן של הטענות, אשר בעקבותיה נלך, כל עוד לא הוצגו לפנינו טעמים ענייניים בעלי משקל, המצדיקים שינויה של ההלכה. דא עקא, רובן המכריע של הטענות שהושמעו לפנינו לא היה אלא מעין חזרה על מה שנטען כבר לפני בית-משפט זה בהודמנויות הקודמות הנ"ל ואשר אף זכה כבר להתייחסות מפורשת ומפורטת. אם חזרנו ושמענו מחדש בסבלנות את כל הטענות הארוכים, הרי זה, בעיקרו, בשל כך שחלפו כבר חמש שנים ומעלה, מאז שהופעלה סמכות הגירוש לאחרונה, וסברנו, כי מן הראוי לבחון היטב, אם לא אירעה בינתיים התפתחות משפטית, אשר לה השפעה על ענייננו, או אם לא נתחדשה טענה בעלת השלכה על הנושא שלפנינו, אשר יש לו ללא ספק תוצאות אישיות מרחיקות לכת ביותר לגבי העותרים.

סיכומו של דבר, פסקי הדין של בית-משפט זה בבג"צ 97 / 79 ו-698 / 80 נקטו עמדה ברורה בעניין תוקפה ביהודה ושומרון, מאז תום המנדט, של תקנה 112 על רקע התחיקה הירדנית המאוחרת יותר. הנושא נדון מכל היבטיו והוכרע שם."

(ב) כאמור, נשענת טענת העותרים, בראש ובראשונה, על הוראותיו של סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית. עמדתו של בית-משפט זה לגבי הטענה הזאת הוצגה, לפרטיה וביסודיות, בפסקי הדין שניתנו בבית-משפט זה בבג"צ 97 / 79 [2] ובבג"צ 698 / 80 [3], וכפי שצוין כבר בבג"צ 514, 513 / 85, בשג"צ 256 / 85 [5] הנ"ל, מקובלות עלי הדעות שהובעו שם לענייננו, ואינני רואה צורך להוסיף על מה שנאמר כבר על-ידי בית-משפט זה. כזכור, משלימים דבריו של הנשיא לנדוי בבג"צ 698 / 80 [3], את אלו של הנשיא זוסמן בבג"צ 97 / 79 [2], ככל שהדבר נוגע להיבטים משפטיים מסוימים, שעניינם הוראותיה של חוקת ירדן משנת 1952, ואילו ההכרעה בבג"צ 514, 513 / 85, בשג"צ 256 / 85 [5], נוגעת להשגות חלופיות נוספות שהועלו בקשר לסוגיה המשפטית הנ"ל.

מאחר שלא חלו התפתחויות אשר להן השלכה אפשרית על הערכת המצב המשפטית, כביטוייה השונים בפסיקתנו הנ"ל, לא הייתי רואה מקום לשוב ולהתייחס אל ההנמקות לסוגיהן בעניין פרשנותו של סעיף 49 הנ"ל, אשר כבר הוצגו בהחלטות הקודמות שהוזכרו, ואשר אותן אני מאמץ. אולם קראתי את דבריו של חברי הנכבד השופט בך, ומאחר שהוא איננו נוטה ללכת כשבילים המשפטיים שהותו בבג"צ 97 / 79 [2] ובבג"צ 698 / 70 [3], וגישתו לעניין זה איננה מקובלת עלי, אציג את עיקריה של השקפתי בסוגיה זו.

לאחר מכן אתייחס גם לטענה חדשה שעלתה בדבריהם של באי הכוח המלומדים של העותרים, ואשר עניינה קליטתם במשפטנו של אי-אלו מכללי המשפט הבינלאומי ההסכמי.

(ג) הערותיי יתייחסו לתחומים אלה:

- (1) התפיסה הפרשנית המקובלת במשפטנו הפנימי;
- (2) עקרונות הפרשנות הישימים לגבי אמנות בינלאומיות;
- (3) פרשנותו של סעיף 49 הנ"ל.

(ד) הפרשנות המקובלת במשפטנו: מקובל עלינו, כי כללי הפרשנות המיושמים בשיטת משפט פלונית מיוחדים לה ואינם זהים בהכרח לאלו הנוהגים בשיטת משפט אחרת. כדברי השופט א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז), עמ' 339-340:

"כל שיטת משפט ותורת הפרשנות שלה. לא הרי תפיסתו הפרשנית של המשפט האנגלי (המתבסס במידה רבה על לשון החוק, ובמידה שניתנת חשיבות למטרת החקיקה הרי זו ניתנת לגילוי בעיקר מלשון החוק), כהרי תפיסתו הפרשנית של

המשפט האמריקאי (המתבסס על מטרת החקיקה, עליה ניתן ללמוד גם ממקורות שמחוץ לחוק)... כללי הפרשנות הם כללים משפטיים, המבוססים על הגיון, אך לא רק עליו. כך, למשל, התשובה על השאלה, אם את מטרת החקיקה יש למצוא אך בלשון החוק, או שמא ניתן לחשפה גם מחוץ ללשון החוק, אינה תשובה שניתן לתיתה אך על יסוד כללים שבהגיון... ההכרעה בין האפשרויות השונות אינה עניין שבהגיון אלא היא עניין של מדיניות משפטית. לעתים נעשית הכרעה זו בידי המחוקק עצמו, הקובע את כללי הפרשנות שיש לנהוג על פיהם. לרוב אין המחוקקים נוהגים בדרך זו, ומפקידים הם את גיבושם של כללי הפרשנות בידיה של הרשות השופטת".

הכותב מפנה בהקשר זה גם אל דברי W. Friedman, "Legal Philosophy and Judicial Lawmaking" 61 *Colum. L. Rev.* (1961) 821

השיטה הפרשנית, שאותה מיישמים בתי המשפט שלנו כבר עת רבה, היא זו הבאה להעניק לנוסחו של החוק אותה משמעות אשר תגשים את תכליתו; זוהי שיטת הפרשנות על-פי המטרה החקיקתית, שזכתה לאחרונה לניתוח מעמיק ומקיף בספרו הנ"ל של השופט ברק.

עיצובם של כללי הפרשנות אינו נעשה בחלל ריק, אלא הוא מותאם, כאמור, לשיטת המשפט, אשר בה ומתוכה צומחים ועולים כללים אלה. ¹ישום הכללים האמורים, בכל מקרה קונקרטי שבו נדרש בית המשפט לצקת תוכן בדבר חקיקה המבקש פירוש, נעשה, כמקובל אצלנו, תוך הפעלת שיקול-דעת שיפוטי הפעלת שיקול הדעת האמור נדרשת בעיקר מקום שמבקשים להבהיר את נוסחו של דבר החקיקה העומד לפירוש, תוך החלטה בדבר המשקל שיש ליתן למלות הנוסח בקביעת הגדרתה והיקפה של מטרת החקיקה. אומר על כך השופט ברק, בספרו הנ"ל, בעמ' 342-341:

"כל תורת פרשנות חייבת להניח, כנקודת מוצא את תורת הלשון... עם זאת, וכפי שראינו, הלשון בדרך כלל אינה חד-משמעית. היא רב-משמעית, סתומה ובעלת רקמה פתוחה. לעתים יש להן, למילים, משמעות מקובלת ורגילה. מעין משמעות ראשונית. אך לרוב יש למילים גם משמעות מיוחדת וחריגה. מעין משמעות משנית. תורת פרשנות צריכה לקבוע אמות מידה, לפיהן בוחרים במשמעות אחת ולא באחרת. מנקודת מבט הלשון, אין עדיפות למשמעות אחת על פני האחרת. כל משמעות שהיא אפשרית מבחינה סמנטית, היא גם מותרת מבחינה סמנטית. תהא זו טעות לבסס תורת פרשנות משפטית על תכתיבים, כביכול, של תורת הלשון".

מסקנות אלו שאובות מתוך גישתו העקבית של בית-משפט זה, שמצאה ביטויה בשורה של פסקי-דין, אשר אלו המובאים להלן הם רק אחדים מהם.

כך דברי השופט ח' כהן בע"א 63 / 31 [6], בעמ' 1235:

"...הפירוש הנכון של הוראה פלונית שבחוק נובע לא רק - אם כי בראש ובראשונה

מלשונה של ההוראה, כי אם גם ממטרת החוק, מן המטרות אשר הוא בא לתקן, ומן הנסיבות הסובבות אותו (ההדגשה שלי - מ' ש').

ראה גם דברי הנשיא אגרנט, שהעיר בקשר לאותה סוגיה בבג"צ 71 / 442 [7], בעמ' 349:
"חוק חוק ומטרתו, אשר לאורה יש לפרש שם את הביטוי הנדון".

קרי, יכול שאותה מלה תהיה בעלת משמעויות שונות בחוקים שונים.¹
השופט זוסמן (כתוארו אז) אומר בע"פ 94 / 65 [8], בעמ' 80:

"...למדנו שמשמעויותיו של דיבור רבות הן, והן שונות ומשתנות מחיקוק לחיקוק ומענין לענין. איננו יוצאים, אפוא, מן המושכל הראשון שיש לכל דיבור או נוסח משמעות אחת ויחידה קבועה ועומדת: אלא בעסקנו בפרשנות, אנו מציגים לעצמנו שאלה זו: מה פירושו של מונח פלוני זה בחיקוק שאנו דנים בו, בהקשר בו הוא עומד? משניסחנו כך את השאלה, ממילא יוצא שהשופט מפרש את הדיבור בהניחו את מטרת התחיקה נר לרגליו ורק בדרך זו ישרת את המחוקק נאמנה. על כגון דא אמר השופט Learned Hand בענין Borella v. Borden Co. (1944) ...:

"We can best reach the meaning here, as always, by recourse to the underlying purpose, and, with that as a guide, by trying to project upon the specific occasion *how we think persons, actuated by such a purpose, would have dealt with it, if it had been presented to them at the time*".
(ההדגשה שלי - מ' ש').

הווה אומר, הלשון אינה שולטת במטרה אלא משרתת אותה. החוק הוא כלי להגשמתה של מדיניות משפטית, ומשום כך צריכה הפרשנות לחתור לשחרורו של הנוסח מכבליו הסמאנטיים, אם יש בהם כדי להרחיקו מן המטרה החקיקתית שאותה הוא בא להגשים. לכן, יכולה המטרה החקיקתית להשתקף, למשל, בתיאורו של המצב המשפטי ששרר ערב היווצרותו של דבר החקיקה (ע"א 82 / 165 [9], בעמ' 74).

דבריו הבאים של השופט אשר בע"א 73 / 282 [10], בעמ' 793, מבטאים אותה הגישה; הוא אומר:

"אותה המילה שמובנה בשפת הבריות מוסבר במילון, מקבלת גוון אחר

1. ראה גם דבריו של השופט Holmes ב" Towne v. Eisner 245 U.S. 418, 425 (1918).

הנשיא נ' שמגר

כששתמש בה משפטן, וגוון זה אף עלול להשתנות מחוק לחוק, ומענין לענין באותו חוק גופא. לכן אין להסתפק, כטענת בא"כוח המערער, בבירור מובנו 'הרגיל' של ביטוי, אלא יש לקבעו תוך שיקול גורמים שונים, לרבות ההקשר שבד השתמש המחוקק בביטוי זה, ובמטרתו של החיקוק העומד לפירושו... (ההדגשה שלי - מ' ש').

הגישה הנותנת משקל מרכזי, הן למהותו המשפטית של הנושא אשר נבחן באמצעות איזמלו של הפרשן והן למטרה אשר אותה באה הוראת החוק לשרת, איננה נעצרת מול פני משמעותו, הפשטנית והברורה לכאורה, של מלות החוק. על כך העיר השופט ברק במלים המתאימות לענייננו בבג"צ 83 / 47 [11], בעמ' 176, באומרו:

"...כל חוק, לרבות זה שלשונו 'ברורה', מחייב פרשנות. החוק הוא 'ברור' רק לאחר שהפרשנות ביררה אותו. אין הוא ברור ללא פרשנותו. אין מילים 'ברורות' כשלעצמן. אכן, אין לך דיבור פחות ברור מהקביעה, כי המילים הן 'ברורות'."

כסיכום בקליפת אגוז של מה שנאמר עד כאן: התייחסנו לקווים המנחים בקביעתה של הזיקה שבין נוסחו המילולי של הכתוב לבין פרשנותו המשפטית הנכונה, ככל שהדבר חל במשפט הפנימי שלנו. פרשנותו של מיגזר זה מבקשת, כאמור, לסלול את הדרך אל גילוייה של המטרה החקיקתית. הצבתה של המטרה באופן זה מכוונת אל המקורות, אשר אליהם ניתן לפנות כדי להתחקות אחריה. נוהגים לבחון לעניין זה, מעבר לנוסח ובנוסף לו, בין היתר, גם את ההיסטוריה החקיקתית, ההקשר הענייני והמשפטי והמשמעויות העולות ממבנה דבר-החקיקה (ראה בג"צ 83 / 47 [11] הנ"ל, בעמ' 175).

(ה) פרשנות במשפט הבינלאומי הפומבי: עתה עולה השאלה השנייה, והיא, מה הם הכללים הפרשניים הנוגעים לענייננו, המשמשים במשפט הבינלאומי הפומבי.

ישראל טרם אישרה את אמנת וינה מיום 23 במאי 1969 בדבר דיני אמנות (The Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties), אשר נכנסה לתוקפה בשנת 1980 לגבי אלו שהצטרפו אליה (להלן - אמנת וינה).

אגב, האמור בסעיף 4 לאמנה הנ"ל, הקובע non-retroactivity, ממילא מסייג מעיקרן את הוראותיה, ככל שהדבר נוגע לשאלה שלפנינו. למרות זאת, יש משום עניין, ויהיה זה לצורך השוואה בלבד, בעיון בהוראות בענייני פרשנות המובאות בה.

בדומם בנושא הפרשנות, אומרים סעיפים 31 ו-32 על האמנה האמורה:

31. *General rule of interpretation*

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the

ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

32. Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable".

ובתרגום העברי, כמובא בפרסומם של ד"ר מ' זהרי וד"ר ש' רוזן, אמנת וינה מיום 23 במאי 1969 בדבר דיני אמנות (אמנת האמנות) (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשל"ח):

"31. הוראה כללית לפרשנות

(1) אמנה תפורש בתום-לב, לפי המשמעות הרגילה שיש ליתן למונחי האמנה בהקשרם ולאור נושאה ומטרתה.

(2) לענין פרשנותה של אמנה יכולול ההקשר, בנוסף על הנוסח, לרבות ההקדמה והנספחים אשר לו:

(א) כל הסכם הקשור באמנה שנעשה בין כל בעלות-האמנה בעת כריתת האמנה;

(ב) כל מסמך שנעשה בידי מדינה או מדינות בעלות-האמנה בעת כריתת האמנה ושנתקבל על ידי שאר בעלות-האמנה כמסמך הקשור בה.

32. דרכי פרשנות נוספות

ניתן להזדקק לדרכי פרשנות נוספות, לרבות עבודות-ההכנה לאמנה והנסיבות שבהן נכרתה, כדי לאשר את המשמעות הנובעת מהחלתו של סעיף 31, או כדי לקבוע את המשמעות במקום שהפרשנות לפי סעיף 31:

(א) מניחה פירוש לכאן ולכאן, או פירוש מעורפל; או

(ב) מובילה לתוצאה שהיא בבירור חסרת-שחר או בלתי-סבירה."

דומה, כי מהוראות הרישא לסעיף 31(1) יכול היה לעלות, כי האמנה ביקשה לתת במידת מה תמיכה לאותו זרם פרשני, השם דגש על נוסח הכתוב, מול הגישה הפרשנית החלופית, המקובלת לא פחות, של התמקדות בכוונתם של מנסחי האמנה (ראה I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford, 3rd ed., 1979) 624). אולם, הסיפא לסעיף 31(1) וסעיף 32 יוצרים את הגישור לתיזות הפרשניות האחרות, המוכרות לנו גם מן העיון שערכנו במשפט המוניציפאלי שלנו.

משמע, הוראות האמנה מותרות מקום ושטח פעולה נרחב, המאפשרים בחינתה של המטרה שהביאה לכריתתה. מתאפשר אף מתן הדעת לעבודות ההכנה המתארות את הרקע לכריתת האמנה, בגדר חומר היכול להשלים את הבנת הנוסח כפשוטו ואת מטרתו והיקף תחולתו.

ההשקפה המקובלת היא, כאמור, כי אחת מתרומותיה של אמנת וינה, בהקשר זה, התבטאה ביצירת קירוב וקישור בין שיטות הפרשנות החלופיות הנ"ל. מכל מקום, בחינת התכלית החקיקתית, שהיא בין השיטות הפרשניות הישימות, ללא קשר לאמנות, היא, בכל מקרה, בין עקרונות הפרשנות המוכרים. כדברי J.G. Starke, *An Introduction to International Law* (London, 8th ed., 1977) 510 -

"The related rules concerning the intention of the parties proceed from the capital principle that it is to the *intention of the parties at the time the instrument was concluded*, and in particular *the meaning attached by them to words and phrases at the time*, that primary regard must be paid. Hence, it is legitimate to consider what was the 'purpose' of 'plan' of the parties in negotiating the treaty".

(ההדגשות שלי - מ' ש').

ראה גם *Re Rizzo and Others* (1952) [33], at 481.

קרי, הכללים הנוגעים בדבר, המתייחסים לכוונתם של הצדדים שערכו את האמנה הבינלאומית, מעוגנים בעיקרון הגדול, שלפיו יש להקדיש תשומת לב ראשונה במעלה לכוונתם של הצדדים, כפי שהתגבשה בעת עריכת המסמך, ובמיוחד למשמעות אשר אותה הם ייחסו, בעת ההיא, למלים ולפסוקים. מכאן נובע, כי לגיטימי לתת את הדעת לשאלה, מה הייתה המטרה או תכנית הפעולה של הצדדים, בעת שהתדיינו על הוראותיה של האמנה.

בג"צ 27/88, 845, 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית: רפיע ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון; הינדי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון הנשיא חי שמגר

Starke מדגיש איפוא את עניין כוונת הצדדים לאמנה בעת כריתתה ומפנה במיוחד אל המשמעות של מלים וביטויים, כפי שהייתה מקובלת בעת כריתת האמנה.

אמנת וינה לא התיימרה למצות את מניינם ותיאורם של כל כללי הפרשנות, אשר לעתים מציעים, כדבריו הביקורתיים של Brownlie, *supra*, at 624, פתרונות שונים ומגוונים, שהם, כתיאורו, "general, question-begging and contradictory", היינו פתרונות כלליים, חמקניים מבחינת מתן מענה לשאלה העומדת לדיון או סותרים זה את זה.

לשם התווית דרך פרשנית, מסביר Starke, *supra*, at 511:

"Treaties should, it is held, be given an interpretation in which *the reasonable meaning of words and phrases is preferred*, and in which a consistent meaning is given to different portions of the instrument. In accordance with the principle of consistency, treaties should be interpreted in *the light of existing international law*. Also applying both reasonableness and consistency, since it is to be assumed that states entering into a treaty are as a rule *unwilling to limit their sovereignty save in the most express terms*, ambiguous provisions should be given a meaning which is *the least restrictive upon a party's sovereignty*, or which casts the least onerous obligations..."

(ההדגשות שלי - מ' ש')².

קרי, יש להעניק לאמנות פרשנות, אשר לפיה מועדפת משמעותם הסבירה של מלים ופסוקים, ואשר בה מוענקת פרשנות עקבית לחלקיה השונים של האמנה. על יסוד עקרון העקביות יש לפרש אמנות לאור המשפט הבינלאומי הקיים בעת עריכת האמנה. זאת ועוד, תוך יישום של עקרונות הסבירות והעקביות, ומאחר שיש בדרך כלל להניח, שמדינות העורכות אמנה אינן חפצות להגביל ריבונותן אלא אם כן הדבר מבוטא באופן המפורש ביותר, יש להעניק להוראות שהן דוממשמעותיות אותה פרשנות, שהיא בעלת התוצאות המגבילות המועטות ביותר על ריבונותו של הצד לאמנה, או אשר מטילה אותן התחייבויות שהן הפחות מכבידות.

המגמה, לדברי Starke, היא לפרש באופן מצמצם כל הוראה באמנה, המטילה הגבלות על סמכויותיהן של המדינות.

2. בענין הפרשנות המצמצמת ראה גם דברי 128 Guggenheim, *Lehrbuch des Völkerrechts* (vol. 1, 1947) ומאמרו של H. Lauterpacht "Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties", 26 *Brit. Y.B. Int'l L.* (1949), 48, 49, 58, 80 למעט בהטלת מגבלות על מדינה, ראה 275 D.P. O'Connell, *International Law* (London, vol. 1, 1965). לעניין הפרשנות המבקשת המפנה, בין היתר, אל ה- Mosul Case P.C.I.J., ser. b. no. 12, p. 25 (1925).

זאת ועוד, גלוי וברור הוא, כי כל התייחסות לנושאי המשפט הבינלאומי, אשר ביניהם, כאמור, רבים הנושאים אשר זוכים לפרשנות רב-גונית ואף חולקת, אינה יכולה להיעשות על-פי אמות המידה המדויקות, שאליהן שואפים בתחום המשפט המוניציפאלי.

ה- caveat, לפיו יש לקיים אבחנה בין הגישה הפרשנית הננקטת במשפט המוניציפאלי לבין זו הנוהגת במשפט הבינלאומי הפומבי, הוצגה בצורה מפורטת ומאלפת במיוחד במחקרו של פרופסור מוסטפה כמיל יאסין על פרשנות אמנות המובא בכרך 151 של דברי האקדמיה למשפט בינלאומי (Prof. M.K. Yasseen, "L'Interprétation des Traités d'après La Convention (de Vienne Sur Le Droit des Traités" 151 *Recueil des Cours* (1976) 1, 10).

ואלו דבריו:

"7. La méthode d'interprétation peut ne pas être la même, elle, peut varier selon une série de considerations; elle est commandée surtout par la conception qu'on a de l'interprétation, la nature de l'instrument à interpréter et les caractéristiques de l'ordre juridique dont il s'agit.

8. Aussi, en ce que concerne, les traités, la méthode d'interprétation doit viser à exercer une fonction déclarative et non créatrice, elle doit, prendre en considération que le traité est un acte de volonté, qu'il n'est pas un acte unilatéral, que les parties au traités sont des Etats souverains, qu'il ne s'agit ni d'un contrat entre individus, ni d'une, loi de droit interne. Enfin cette méthode doit tenir compte des caractéristiques de l'ordre juridique international, où, le formalisme n'est pas de rigueur, où les Etats jouissent d'une grande liberté, où ils sont aussi bien les auteurs, que les destinaires des traités, où le choix des moyens pacifiques de règlements des différends depend en principe de la volonté des Etats. Il ne serait donc pas étonnant què la méthode d'interprétation du traité diffère de celle de la loi et de celle du contrat".

בתרגום חופשי: שיטת הפרשנות אינה יכולה להיות אחידה וזהה, והיא עשויה להשתנות בהתאם לשורה של שיקולים. היא נשלטת מעיקרה על-ידי התפיסה של הפרשן בעניין דרכי הפרשנות, על-ידי מהותו של המסמך שאותו עומדים לפרש ועל-ידי מאפייניו של התחום המשפטי (קרי - המשפט הבינלאומי הפומבי - מ' ש'), אשר בו דנים. זאת ועוד, ככל שהדבר נוגע לאמנות, שיטת הפרשנות צריכה לראות עצמה כפעולה הצהרתית ולא כיוצרת (קרי - לא כחקיקה שיפוטית - מ' ש'). עליה להביא בחשבון, כי האמנה היא מעשה הנובע מרצונם החופשי של בעלי האמנה, וכי אין זו פעולה חד-צדדית; כי הצדדים לאמנה הן מדינות ריבוניות, כי אין המדובר בחוזה בין פרטים ואף לא בחוק פנימי של מדינה. לבסוף, שיטה זו צריכה לשוות נגד עיניה את התכונות המאפיינות את הסדר המשפטי הבינלאומי, תחום בו הפורמאליזם אינו שולט, בו נהנות

המדינות מחופש פעולה רב, מקום בו המדינות הן לא רק מחברות האמנה אלא גם אלה אשר אליהן
מכוונים דברי האמנה (קרי, המדינות חייבות להיות מבצעה - מ' ש'), מקום בו העדפת אמצעי
שלום לשם יישוב מחלוקות תלויה ברצונן החופשי של המדינות. אין זה, על-כך, מפתיע, כי שיטת
הפרשנות של אמנה שונה מזאת החלה על חוק או מזאת החלה על חוזה.

גישתו של פרופסור יאסין איננה יוצאת דופן; בחיבוריהם של המלומדים שתחומם הוא
המשפט הבינלאומי הפומבי ניתן למצוא, לא אחת, נטייה לחזק את התדמית הקוגנטית של כללי
המשפט הבינלאומי הפומבי, ואף העירכוב בין הרצוי לבין המצוי אינו נדיר. יחד עם זאת, הראייה
המפוכחת והריאליסטית, כדוגמת זו של פרופסור יאסין, עוברת גם היא כחוט השני בספרות
המשפטית. אומר בהקשר זה D.P. O'Connell, *International Law* (London, vol. 1, 1965)
: XII

"The legal practitioner who is unaware of the theoretical structure of the
subject is likely to be misled into supposing that the rules of international
law are more concrete and more absolute than they really are".

היינו, המשפטן, אשר אינו ער למבנה התיאורטי של המשפט הבינלאומי הפומבי, עלול
להגיע לטעות בהנחה לפיה כללי המשפט הבינלאומי הפומבי הם יותר מגובשים ויותר החלטיים
מאשר הם לאמיתו של דבר.

בשולי דברים אלה, ניתן להביא דוגמה בולטת ליישום מגוון ובלתי אחיד של אותם כללים
של המשפט הבינלאומי, הצריכים לחול מבחינה תיאורטית באופן זהה בנסיבות זהות: בעלות
הברית המנצחות במלחמת העולם השנייה ראו בתוספת לאמנת האג בקשר לדיניה ומנהגיה של
המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן - תקנות האג) בעת ההיא, בצדק, משפט בינלאומי מינהגי
מחייב (ראה I.M.T. Judgment (Nuremberg, 1946) Cmd. 6964, at 65), אולם, בה בעת ראו
עצמן פטורות מן החובה לנהוג לפי אותן תקנות אחרי כיבוש גרמניה, וזאת בהסתמך על טענת
Debellatio (subjugation) (ראה: G. Schwarzenberger, *International Law* (London, 7th ed., by H.
Lautenpacht, vol. 2, 1952) 603, 467, L. Oppenheim, *International Law* (London, vol. 2, 1968) 167, 467, L. Oppenheim, *International Law* (London, 7th ed., by H.
Lautenpacht, vol. 2, 1952) 603). אינני רואה, כמובן, כל סיבה לנקוט כאן עמדה לגבי גישות
אלו ליישום תקנות האג והזכרתי את הפרשנות, המתאימה את עצמה לנסיבות משתנות, אך ורק
כהשלמה לתיזות הנ"ל של Starke. אוסיף לשם הרחבתה של התמונה בדבר הגיוון ביישום של
אותן נורמות, כי המשפטנים הגרמניים לא נטו לאמץ את הפרשנות המשפטית הנ"ל של בעלות
הברית בעניין השפעתה של ההכנעה המלאה (ה- subjugation) בשנת 1945 על עניין התחולה
של תקנות האג. אולם מסתבר, כי בעת השלטון הצבאי של בעלות הברית באזור הריין
(1930-1920) היו המשפטנים הגרמניים של הדור ההוא דווקא אלה שגרסו בחיבוריהם, כי תקנות
האג אינן ישימות בזמן קיומו של השלטון הצבאי של בעלות הברית על השטח האמור (ראה E.
Fraenkel, *Military Occupation and the Rule of Law* (London, 1944) 188-189).

הנשיא מ' שמגר

(ו) את ההתייחסות לשאלות הפרשנות במשפט הפנימי שלנו ובמשפט הבינלאומי הפומבי ניתן לסכם בציון המסקנה, כי לא בכדי בחן בית המשפט בבג"צ 97 / 79 [2] את הנושא שלפנינו גם על-פי מטרתו החקיקתית. גישה זאת התחייבה הן משיטת הפרשנות הנוהגת במשפטנו והן מן התורות הפרשניות הנוהגות במשפט הבינלאומי הפומבי. כמוזכר כבר, שתי השיטות אינן דוגלות בבלעדיות של הפרשנות המילולית או אף בהעדפתה. מעבר לכך: כאשר מאמצים לצורך העניין שלפנינו את הגישה הפרשנית, אשר באה לידי ביטוי בתחום המשפטי הספציפי שבו אנו דנים כאן, היינו המשפט הבינלאומי הפומבי, יש לזכור גם את הנחיותיו הפרשניות של פרופסור Yasseen וכן את דבריו הנ"ל של Starke, שמהם עולה, בין היתר, העמדה, הדוחה צימצום סמכויותיהן של המדינות והשוללת פורמאליזם או גישה המתעלמת מן התכונות המיוחדות של התחום המשפטי אשר בו אנו דנים.

מכאן נעבור אל היישום של כללי הפרשנות לנושא שלפנינו.

(ז) סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית: מהי המחלוקת סביב פרשנותו של סעיף 49 הנ"ל.

הסעיף האמור קובע בקטעים הרלוואנטיים שבו:

"Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive.

Nevertheless, the Occupying Power may undertake total or partial evacuation of a given area if the security of the population or imperative military reasons so demand.

.....

The occupying power shall not deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies".

בבג"צ 97 / 79 [2] הנ"ל, בעמ' 316-317, אומר הנשיא זוסמן בקשר לטענה, כי הפעלת תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום) נוגדת את סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית:

"...לא מצאתי ממש בטענה, כי השימוש בתקנה 112 הנ"ל עומד בסתירה לסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית מאוגוסט 1949 בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה. אמנם זו באה, כמו שמבאר Dr. Pictet בקומנטר אשר כתב על האמנה (בע' 10), כדי להגן על האזרח בפני מעשה שרירותי (arbitrary action) של הצבא המחזיק, ומטרתו של סעיף 49 הנ"ל היא למנוע מעשים, כדוגמת מעשי הזוועה, שנעשו על-ידי הגרמנים במלחמת העולם השנייה, שבמשכה גורשו מליונים של אזרחים מבתיים למטרות שונות, בדרך כלל לגרמניה כדי להעבידם בעבודת כפייה עבור האויב, וכן גורשו יהודים ואחרים למחנות ריכוז לצורך עינויים והשמדה.

ברור, כי האמנה הנ"ל אינה גורעת מחובתה של המעצמה המחזיקה לדאוג לשמירת הסדר הציבורי בשטח המוחזק, המוטלת עליה בסעיף 43 לאמנת האג משנת 1907, וגם לא מזכותה לנקוט באמצעים דרושים לשם בטחונה היא, ראה, Pictet, Humanitarian Law and the Protection of War Victims, בעמ' 115.

דבר אין לענין זה עם הגירושים לצורך עבודת כפייה, עינוי והשמדה שנעשו במלחמת העולם השנייה, מה גם שכוונת המשיב היא להוציא את העותר אל מחוץ לארץ, ולא להעבירו ארצה, להרחיקו מפאת הסכנה הנשקפת ממנו לשלום הציבור, ולא לקרב אותו במטרה לנצל את כוח העבודה שלו ולהפיק תועלת ממנו למען מדינת ישראל.

הנשיא לנדוי שב והתייחס לסוגיה זו בבג"צ 80 / 698 [3] הנ"ל, בעמ' 626-628, ואלו הקטעים הרלוואנטיים מדבריו:

"בבג"צ 79 / 97, 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, בעמ' 316 ד).

משנדחתה הטענה על יסוד סעיף 49 של אמנת ג'נבה בבג"צ 79 / 97, לא זכו העותרים דנן לצו-על-תנאי על-פי עילה זו בגלגול הראשון של עניינם, בבג"צ 80 / 320. הפעם חזרה נב' לנגר ביתר תוקף אל אותו טיעון. לדעתה, התעלם בית המשפט בבג"צ 79 / 97 מן ההבדל בין הפסקה הראשונה של סעיף 49 הנ"ל ופסקתו השנייה: בעוד שהאיסור של פינוי אוכלוסייה אורחית 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 גירושים 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 (Geneva, ed. by J.S. Pictet, Vol. IV, 1958) 279 שם נאמר על איסור גירושים:

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

וכן בפירושים על סעיף 78 הדן בריתוק 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 79 / 97. כדברי J. Stone בהרצאתו 17 (No peace No Law in the Middle East (Sydney, 1969):

'...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... 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 78 / 606, 610 הנ"ל, בעמ' 121. המחבר המלומד מביע שם סברה, שהאיסור על גירושם של תושבי שטח מוחזק הוא בבחינת 'נסיון להבהיר כללים קיימים של המשפט הבינלאומי המנהגי' (existing rules of international customary law). אני מניח, שהכוונה היתה גם כאן לגירושים 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.

אחרי ניתוח טענותיהם של העותרים דשם לפרטיהן, החליט הנשיא לנדוי, כמצוטט לעיל, לקבל טענה מרחיקה לכת יותר של המדינה בדבר תחולתו אצלנו של סעיף 49, שהוא בגדר משפט הסכמי, וממילא לא ראה צורך להוסיף דברים לעניין תוכנו של הסעיף.

לא הובא, בעת ההיא, ביסוס לטענה, כי סעיף 49 מבטא כלל מינהגי של המשפט הבינלאומי, ולאור החומר שהובא לפנינו גם לא הבשילו הסכסוכים המזוינים, שאירעו מאז 1949 (הודו-פקיסטן, קפריסין ועוד), הכרעות משפטיות כלשהן, שיהיה בהן כדי לזרות אור שונה על ענייננו; מכל מקום, אם יש כאלה, הרי הן לא הובאו לפנינו על-ידי בעלי הדין. אל דברי הפרשנות של Dr. J. Pictet בעניין המניע להכללתו באמנה של סעיף 49 עוד נשוב; אולם לעניין פרשנותו בדבר היקף התחולה של הסעיף אעיר כבר עתה, כי לא הוסבר, מדוע עלינו להעדיף דווקא את דברי Dr. Pictet על דבריו של Prof. J. Stone, למשל.

הרקע שעמד לנגד עיני מנסחי האמנה עולה בבירור מדיוני ועידת ג'נבה. הרלוואנטיות של H. Lauterpacht, "Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties" 26 Brit. Y.B. Int'l L. (1949) 48, 53, והשווה ע"א 63 / 31 [6] הנ"ל) ואת המטרה שעמדה לנגד עיני המנסחים (O'Connell, *supra*, at 271; ע"פ 65 / 94 [8] הנ"ל ודברי Learned Hand הנ"ל (המצוטטים שם, בעמ' 80), והוא אף זורק אור על המצב המשפטי אשר אליו שאפו (ע"א 82 / 165 [9] הנ"ל). מכאן גם הסיבה, שבגינה נפנה הנשיא לנדוי בבג"צ 85 / 513, 514, בשג"צ 85 / 256 [5] הנ"ל, אל השאלה, האם איסור הגירושים היה בגדר משפט שהשתרש במינהג או רק חידוש הסכמי.

(ח) מה היו השיקולים שהדריכו את מנסחי האמנה: העיון ב־ Actes de la Conference Diplomatique de Geneve de 1949 (Berne, tome 2) 648, 649, 743, 744, 810, 811 באופן חד-משמעי, כי בנוקטם לשון deportations, התייחסו המשתתפים בדיונים לגירושים כדוגמת אלה שבוצעו במלחמת העולם השנייה; כך, למשל, בעמ' 810:

"Bien qu'on se soit prononcé à l'unanimité pour condamner les déportations *comme celles qui eurent lieu pendant la dernière guerre*, la phrase qui se trouve au debut de l'article 45 (בטיטה נשא סימן 49 הנוכחי) a suscité quelques difficultes, car il était peu aisé de concilier les idées exprimées dans des termes divers, en francais, en anglais et en russe. Finalement, le Comité a décidé d'adopter un texte qui interdit les transferts individuels ou collectifs obligatoires ainsi que les déportations de personnes protégées, d'un territoire occupé dans un autre pays, mais qui autorise les transferts volontaires".
(ההדגשות שלי - מ' ש').

התייחסותם של מנסחי האמנה הייתה לגירושים "כמו אלה שאירעו בעת המלחמה האחרונה", ובמסגרת הדיונים היה חיפוש אחרי נוסח שישקף אותם הרעיונות שהובעו בצורה שונה ובלשונות שונות.

בג"צ 785/87, 845, 27/88 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית: רפיע ואח' נ'
מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה ואח'; הינדי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
הנשיא ח' שחנר

כך גם J.S. Pictet, "La Croix-Rouge et Les Conventions de Genève" 76 *Recueil des Cours* (1950) 1, 96. הוא ציין את הישגיה של האמנה, בהשוואה למצב ששרר לפניו, איזכר את ניסיונות השוא של הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום בשנת 1921 לאסור הוצאות להורג של בני ערובה וגירושים, ותיאר את סבלה של האוכלוסייה האזרחית בזמן מלחמת העולם השנייה:

"Des centaines de milliers d'entre eux sèrvirent exposés aux déportations aux prises d'otages, à l'internement dans les camps de concentration, au pires sévices et à la mort".

מאות אלפים מביניהם היו חשופים לגירושים (deportations), ללקיחה כבני ערובה, למעצר במחנות הריכוז, לאכזריות הגרועה ביותר ולמוות.

להוראות כגון אלה נקשר איפוא סעיף 49, שאסר את הגירושים; כתיאורו של Pictet, at 109-110:

"Quand on songe aux millions de personnes transférées de force au cours de dernier conflit et à leurs souffrances physiques et morales, on ne peut que saluer avec reconnaissance un texte mettant fin à ces pratiques inhumaines...".

כלשונו: כאשר חושבים על מיליוני האנשים, שהועברו ממקום למקום בכפייה במהלכו של הסכסוך האחרון (קרי מלחמת העולם השנייה - מ' ש'), ועל סבלותיהם מן הבחינה הפיסית והמוראלית, יכולים אך ורק לברך בהכרת תודה על הנוסח (של האמנה - מ' ש'), אשר שם קץ לנהגים בלתי אנושיים אלו.

הנה כי כן נכרכו יחד הגירושים, מחנות הריכוז ולקיחת בני ערובה, והשימוש במונח deportations שימש בהקשרו המתואר לעיל.

אגב, במקביל, אסר סעיף 34 לאמנה לקיחתם של בני ערובה, והדבר כונה על-ידי Pictet "חידוש במשפט הבינלאומי" ("constitue une innovation dans le droit international").

אין המדובר בהקשר זה, ואף לא ברמז, על סילוקו מן השטח של מחבל, מסתגן או סוכן האויב, אלא על ההגנה על כלל האוכלוסייה האזרחית בתור שכזאת מפני גירוש, מאחר שהאוכלוסייה הכללית הפכה יותר ויותר לקורבן ישיר של המלחמה על-אף אופיה האזרחי ועל-אף אי-מעורבותה בלחימה הפעילה.

M.H. Coursier, "Droit Humnitaire: Protéction des Personnes Civiles en Temps de Guerre" 99 *Recueil De Cours* (1960) 397, 399. איזכר את מעשי הפגיעה ההמוניים

בג"צ 27/88, 845, 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית: רפי'ע ואח' נ'
מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה ואח': הינדי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
הנשיא נ' שמגר

באזרחים על רקע המצב שקדם לגיבושו של המשפט ההומינטארי, כאשר הכל היה מותר כל עוד
לא נאסר מפורשות. הוא מזכיר בהקשר זה את דברי Grotius, אשר לפיהם -

“Le massacre des femmes et des enfants est compris dans le droit de la
guerre”.

(תרגום כמובא ב- Pradier - Fodéré, III ch. 419).

קרי, טבח נשים וילדים היה בגדר המותר לפי דיני המלחמה דאז.

הוא ראה באמנה הכרח שנבע מן העליה המספרית בקרבנות האזרחיים. במלחמת העולם
הראשונה היו כחצי מליון אזרחים הרוגים מול כתשעה מליון חיילים. במלחמת העולם השנייה
נוצר מעין איזון מספרי כאשר נהרגו כ-24 מליון אזרחים וכ-26 מליון חיילים. Coursier מזכיר
את הגירושים בהקשר לעבודת כפייה ואין בדבריו זכר לפרשנות המרחיבה המבקשת להחיל את
איסור הגירוש גם על מחבלים או סוכני אויב, שגירושם דרוש לשם הגנה על האוכלוסיה
האזרחית, אשר עליה מופקד השלטון הצבאי.

הוא הדין בספרו של B. M. Jankovici, *Public International Law* (New York, 1984) 375, 376,
המתייחס בחיבורו, בדונו באיסור על הגירוש, למיליוני האנשים שעונו ונהרגו
במחנות הריכוז.

כך גם F. F. Spangenberg, *Die Zwangsarbeit der Bevölkerung kriegsbesetzter Gebiete und das Völkerrecht* (Kiel, 1961)
(עבודת הכפייה של האוכלוסיה בשטח כבוש ומשפט העמים), המתאר את העברות הכפייה והגירושים של המלחמה בקשר לסעיף 49, ומציין,
כי -

“Die ‘Deportation’ als solche ist somit erstmalig absolut verboten”.

ההתייחסות היא ל- deportation כצורתה וכדמותה במלחמת העולם השנייה, שעליה כתב
המחבר בספרו.

זה גם המשתמע מן הנוסח אצל Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter (vol.3, 1962) 560;
ראה הערך “Vertreibung” (גירוש).

R. I. Miller, *The Law of War* (Lexington) 88 יוצר כריכה זהה בין הניסיונות
לצורותיהן, שאותן גם פירט, אשר בהן נתנסתה האנושות במלחמת העולם השנייה, לבין האיסור
שבסעיף 49:

“In World War II at least 5 million persons were deported from occupied
territories to Germany as part of the Nazi program of slave labor,
persecution, and death. Although HR-1907 does not prohibit
deportation per se, its articles with respect to the safety and order of the

inhabitants and requisitioning of supplies and services lead to the conclusion that forcible deportation is beyond the legitimate activities of an occupying power. The International Military Tribunal and Nuremberg and the Military Tribunals under Control Council Order No. 10, pursuant to their charters that defined 'deportation to slave labor or for any other purpose' to be war crimes, held the Nazi deportations to be unlawful... Nevertheless, forcible deportation alone was held in the Krupp Trial to be a violation of customary law, as well as deportation for an illegal purpose (for example, forced labor in the territory of the occupying power) and deportation that disregards recognized standards of decency and humanity.

Accordingly, GC-1949 provides that 'individual or mass forcible transfers' and deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the occupying power, or any other country, are prohibited regardless of motive. The total or partial evacuation of a given area is permitted if the security of the population or imperative military reasons demand".

(ההדגשה המצביעה על הקשר הסיבתי היא שלי - מ' ש').

לעניין המגמה המתפתחת בדיני המלחמה להגן על האוכלוסיה האזרחית בתור שכזאת ולנסות ולהבחין באופן יעיל בינה לבין הלוחמים, ראה גם Prof. F. Kalshoven, *The Law of Warfare* (Leiden, 1973) 28.

הנושא בהקשר דומה, היינו בקשר לפגיעה באוכלוסיה אזרחית על-ידי העברתה ממקומה ובקשר ליוצא מן הכלל בעניין הפינוי של האוכלוסיה מטעמי ביטחון או מטעמים צבאיים החלטיים:

"The last specific prohibition of the positive international law *jus in bello* to be considered is that against forced displacement of civilians. With respect to international conflict, Article 49 of the 1949 Geneva Civilians Conventions flatly prohibits massed forcible transfers or deportations of protected persons to the territory of the occupying power or to any other country, 'regardless of their motive'. Article 49 then provides that 'the Occupying Power may undertake total or partial evacuation of a given area if the security of the population or imperative military reasons so demand'. Conditions for such a transfer are to be limited to what is unavoidable".

הנשיא חי' שמגר

על-כן גם צוין, כי אמנת ג'נבה הרביעית הייתה מבחינה זו בגדר שיפור והרחבה של ההסכם בעניין הגנת אזרחים, שנחתם בברן ביום 25.4.18 בין גרמניה לצרפת, ואשר כלל גם הוראות בדבר גירושים ועבודות כפייה (ראה: Coursier, supra, at 397).

אוסף, כי הצמדתו של נושא ה"פינוי", כמובא בפסקה השנייה לסעיף 49, לנושא "הגירוש", וזאת כאשר עניין "הפינוי" מובא כיוצא מן הכלל לגבי "הגירוש", ושני הנושאים שלובים יחד על-ידי מילת הקישור nevertheless, משליכה אף היא על הפרשנות של הפסקה הראשונה לסעיף 49. לשון אחר, כריכתו של פינוי האוכלוסיה האזרחית או חלקים ממנה, שהוא בגדר המותר בנסיבות מסוימות, עם גירוש האוכלוסיה, שהוא אסור, מלמד גם כן על מהותו של הנושא שנדון בפסקה הראשונה. זוהי, בין היתר, דוגמה לפירוש "על פי ההקשר", אשר אליו מפנה אמנת וינה.

העמדתם זה לצד זה של נושאי הפינוי ההמוני של אוכלוסיה אזרחית ככזאת והאיסור על הגירושים מוצאת ביטויה גם אצל P. La Pradelle, *La Conference Diplomatique et Les Nouvelles Conventions de Geneve du 12 Août 1949* (Paris, 1951) 66-67, 185 (1958) 47. E. Castren, *The Present Law of War and Neutrality* (Helsinki, 1984) 294, 323 n. 3. J.A.C. Gutteridge, "The Geneva Conventions of 1949", 26 *Brit. Y.B. Int'l L.* (1949) 294, 323 n. 3.

המסקנה העולה מכל המובא לעיל היא, כי המטרה, שעמדה נגד עיניהם של מנסחי האמנה, הייתה הגנתה של האוכלוסיה האזרחית, שהפכה לקורבן מרכזי של המלחמה המודרנית, ואימוצם של כללים, שיבטיחו, כי האוכלוסיה לא תשמש מטרה למעשי שרירות ולניצול בלתי אנושי; לעיני מעצבי האמנה עמדו גירושים המוניים להשמדה, תזוזות אוכלוסיה המוניות מסיבות מדיניות או אתניות או לשם העברה לעבודת כפייה. זוהי "מטרת החקיקה", וזהו ההקשר הענייני.

מסקנה סבירה היא, כי ההתייחסות בנוסחו של הסעיף הן לגירושים המוניים והן לגירושים אינדיווידואליים הובאה גם כן כתגובה לשיטות הפעולה הנאציות, שנהגו במלחמת העולם השנייה, בה נערכו משלוחים המוניים לעתים לפי זיהוי אתני המוני או איסוף אנשים בגיטאות או ברחובות ובבתים ולעתים על יסוד זימונים אינדיווידואליים לפי רשימות שמיות. הזימון השמי נעשה למטרת משלוח להשמדה, למאסר במחנה ריכוז או לצורך גיוס ושעבוד לעבודת כפייה (מה שקרוי slave labour) במפעליו התעשייתיים של הכובש או בחקלאות. יתרה מזאת, דומה כי הזימונים לעבודות כפייה היו, ככל הנראה, תמיד אינדיווידואליים.

(ט) הגירסה שהועלתה על-ידי העותרים אומרת, בתמציתה, כי הפסקה הראשונה של סעיף 49 אוסרת כל הוצאה של אדם מן השטח בניגוד לרצונו.

משמעותה של התיזה הזו היא, שסעיף 49 אינו מתייחס רק לפעולות גירוש ופינוי והעברה

של אוכלוסיה אזרחית, במובנן המקובל הנ"ל בתקופת המלחמה האחרונה, אלא גם להוצאתו מן השטח של אדם כלשהו, בנסיבות כלשהן, יהיה זה אחרי הליך שיפוטי כדין (למשל בעקבות בקשת הסגרה), יהיה זה אחרי הוכחת שהותו בשטח שלא כדין ואף ללא הרשעה (לעניין זה השווה, למשל, [28] *Reg. v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Soblen (1963)*, הנוקט לשון deportation, וראה גם 386, *Starke, supra*), או יהיה זה בשל טעם חוקי אחר כלשהו, המעוגן במשפט הפנימי של השטח המוחזק.

לפי הטענה האמורה, חלה מעת תחילתו של השלטון הצבאי הקפאה מוחלטת בכל הנוגע להוצאתם של אנשים מן השטח, ומי שמצוי בשטח אשר בידי השלטון הצבאי, לא יוכל להיות מוצא מן השטח מטעם כלשהו, כל עוד מתקיים בו השלטון הצבאי. לעניין זה, אין, כאמור, הבדל בין מי ששוהה בשטח כדין לבין מי ששוהה בו שלא כדין, שכן סעיף 49 פורש הגנתו על כל מי שמכונה *protected person*, וביטוי זה חובק, לפי סעיף 4 לאמנה, גם אנשים הנמצאים בשטח בלי להיות אזרחיו או תושביו הקבועים ואף את מי שנמצא שם שלא כחוק כמסתנן (לרבות מסתנן מזוין), כפי שנובע גם מדברי Pictet (12 August, 1949) *The Geneva Conventions of* (Commentary (Geneva, ed. by J.S. Pictet, vol 4. 1958) 47).

טענתם של העותרים נשענת, בעיקרה, על קטע אחד בתוך הפסקה הראשונה של הסעיף, היינו על המלים "transfers... deportations... regardless of their motive". קרי, לפי תיזה זאת, הטעם או הביסוס המשפטי לגירוש אינו רלוואנטי עוד. אמנם מקובל גם על העותרים, שהרקע לניסוחו של סעיף 49 היה זה שתואר לעיל, אך, לדבריהם, יש לפרש עתה את נוסח הסעיף באופן מילולי וכפשוטו ולכלול בו כל הוצאה כפויה מן השטח.

(י) התיזה המתוארת איננה מקובלת עלי בשל שורה של טעמים:

מן הנכון להציג את משמעויותיה של הטענה בכל היקפה. מבחינה זו יש לשוב ולפרט, מה עלולה להיות, לפי הטענה האמורה, ומהי להלכה התחולה של סעיף 49 מבחינה פרסונאלית, ומהי התחולה מבחינה מהותית.

ratione personae יש מקום להתייחס למונח "*protected person*" ענייננו בשני היסודות הבאים: "*deportation*" ו"*regardless of their motive*".

מן הבחינה הפרסונאלית מתייחס סעיף 49, כמוזכר כבר, אליבא דכולי עלמא, לכל אלו הנכנסים לגדר הסיווג של *protected persons*. ההגדרה של מונח זה מובאת בסעיף 4 לאמנה, אשר אומר בקטע הנוגע לנו:

"Persons protected by the Convention are those who, at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals".

(ההדגשות שלי - מ' ש').

ההגדרה נוקטת מבחן שלילי, קרי, לצורך ענייננו, כל מי שאינו אזרח ישראל, הנמצא בשטח אשר מוחזק בידי כוחותינו, הוא *ipso facto* בגדר אדם מוגן. הדבר כולל גם מסתנן, מרגל ואף כל מי שבא לשטח שלא כדין בדרך כלשהי. פרשנות זו היא שמוצגת על-ידי Pictet, *Commentary, supra*, at 47, האומר בהתייחסו לסעיף 4:

"The Article refers both to people who were in the territory before the outbreak of war (or the beginning of the occupation) and to those who go or are taken there as a result of circumstances: travellers, tourists, people who have been shipwrecked and even, it may be, *spies or saboteurs*".

(ההדגשה שלי - מ' ש').

משמע, קבלת הטענה, שלפיה חל האיסור שבסעיף 49, יהיה המניע להפעלתו הפרסונאלית אשר יהיה, משמעותה, כי אם פלוני הגיע לשטח לביקור לזמן קצוב, או כמי שאונייתו נטרפה בחוף עזה או אף כמסתנן למטרות ריגול או חבלה (ואף אם אינו תושב או אזרח השטח, שהרי יסוד זה לא נדרש בסעיף 4), אסור לגרשו, כל עוד השטח מוחזק בשליטת הצבא. לשון אחר, הפירוש המילולי, הפשטני והכוללני של סעיף 49, כאשר הוא נקרא יחד עם סעיף 4, מביא למסקנה, כי חוקיות השהות בשטח איננה רלוואנטית, וכי די בעובדת ההימצאות הפיסית בשטח כדי להקנות חסינות החלטית מפני גירוש. לפי השקפה זו אסור, כאמור, לגרש מסתנן מזוין, שגמר ריצויו עונשו.

כדי להדגים את המשמעות של התיזה של העותרים בהקשר הנ"ל ניתן להעלות מערכת נסיבות תיאורטית: בפרשת [27] *Ex parte Quirin* (1942) נדונה בבית המשפט העליון של ארצות-הברית עתירתם של שישה גרמנים, תושבי ארצות-הברית לשעבר, שירדו בחוף האמריקני בזמן מלחמת העולם השנייה כדי לבצע מעשי חבלה וריגול.

כולם נידונו בשנת 1942 לעונש מוות.

המעשה אירע בשטחה של ארצות-הברית; אולם, לו אירע כדוגמתו בשטח מוחזק (למשל באחד האיים שהוחזקו על-ידי ארצות-הברית אחרי מלחמת העולם השנייה כשטח כיבוש) ואחרי 1949, והיו מחליטים שלא להוציא את המחבלים להורג אלא לגרשם חזרה, בין במסגרת חילופין או בין בדרך אחרת, הייתה מבוצעת בכך, כביכול, הפרה חמורה של אמנת ג'נבה הרביעית (סעיף 147). למותר להזכיר, כי ההחזרה לארץ המוצא אינה נעשית תמיד על דעת המגורש, והדוגמאות לכך, אחרי מלחמת העולם השנייה, היו לא מעטות.

אין, כמובן, צורך להרחיק לארצות-הברית כדי להביא דוגמאות של הסתננות למטרות חבלה, והעניין הוזכר לשם המחשה והדגמה בלבד. מכל מקום, מן התיזה המוצעת לנו על-ידי העותרים עולה, כי מי שהסתנן למטרת חבלה, לא יוכל להיות מגורש, בין לפני ריצויו עונשו ובין

לאחריו האהדה, כאמור, לפי תפיסת של כדון אחרי חום תוקף, הוצאה, שהרגיו אינו עמה. (א) מכאן למהותו של המושג לכלי הפרשנות הישימים, אין לראות של קבוצת אזרחים, כפי שהדבר בו נעשים אבזורים רומים. אם נוקטים מאידך גיסא, את הוצאה מיסית מן השטח, הרי יחול ה... כי גם פעולה כזאת עניינה הוצאת אדם וספרות משפטית, לצורך התיאור של הבנת deportation. רוצח שיימלט החביתו לזיו מי שמוסמך לשופטו. ה... סטעיות לאורחותיו או למקום מושבו ו... הדינה הבנכשת, כדי שייחשב למוגן הוצח במאמרו המאפי של T. Shamgar, 1982) 217, 218 n. 8 מיוש חוב של סעיף 49 ימנע הסגרה Armed Conflicts (Hague, 1982) 693 של רוצח בשנת 1977. (ב) העותרים הפנו בהקשר שלפ... המצא את הפירוש המילולי, שלפיו נא במסגרת ובנבולותיה. המבקשת להחייב ליתר בספרות המקצועית, איננה בתירוש אחיות ומותרות (ראו לעניין זה דברי... 1980) 131 אלא, עיקרו של דבר, בית... נעשית של אגנה, לפי העניין, על-ידי (Lauterpacht, supra, at 80) זו איננה במקשר זה את כללי הפרשנות... את אן ליישם אלא את הם במבואים עיקרית... Q'connor (supra, at 27) מפרטין כיד כב, חלק שני

לאחריו. הוא הדין, כאמור, לפי תפיסה זו לגבי מי שבא לביקור דרך הגשרים הפתוחים, אך נשאר בשטח שלא כדין אחרי תום תוקף הרישיון. הנה כי כן מוליכה הפרשנות המילולית והפשטנית לתוצאה, שההיגיון אינו עמה.

(יא) מכאן למהותו של המושג "גירוש", אשר אותו נוקט הסעיף. דעתי היא, כי בהתאם לכללי הפרשנות הישימים, אין לראות באמור בסעיף 49 אלא התייחסות לגירושים השרירותיים של קבוצות אזרחים, כפי שהדבר בוצע בזמן מלחמת העולם השנייה, למטרות שיעבוד, השמדה וטעמים אכזריים דומים.

אם נוקטים, מאידך גיסא, את הפירוש המוצע על-ידי העותרים, שלפיו גירוש פירושו כל הוצאה פיסית מן השטח, הרי יחול האמור לעיל, למשל, גם על גירוש לצורכי הסגרה של מוגן, כי גם פעולה כזאת עניינה הוצאת אדם מן השטח; בהקשר של הסגרה נוקטים דברי חוק, פסיקה וספרות משפטית, לצורך התיאור של שלב הביצוע של ה־ extradition או ה־ rendition. את המונח deportation. רוצח שיימלט לשטח מוחזק יהיה איפוא במקום מקלט בטוח, המונע העברתו לידי מי שמוסמך לשופטו. הרי, כפי שכבר הראינו, לאור האמור בסעיף 4 לאמנה, אין משמעות לאזרחותו או למקום מושבו הקבוע של המוגן, ודי בהימצאות בשטח של מי שאינו אזרח המדינה הכובשת, כדי שייחשב למוגן (עניין תחולתן של אמנות על שטח בשלטון צבאי נדון, בין היתר, במאמרו המאלף של T. Meron, "Applicability of Multilateral Conventions to Occupied Territories" *Military Government in the Territories Administered by Israel* 1967-1980 (Jerusalem, vol. 1 ed. by M. Shamgar, 1982) 217, 218 n. 8. פירוש רחב של סעיף 49 ימנע הסגרה נדון ב־ M. Bothe, K. J. Partsch, W. A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts (Hague, 1982) 693*, תוך התייחסות לפרוטוקולים של ג'נבה משנת 1977).

(יב) העותרים הפנו בהקשר שלפנינו לדבריו של Pictet, *Commentary, supra*, at 368 המאמץ את הפירוש המילולי, שלפיו נאסר כל גירוש, יהיה הטעם לכך אשר יהיה. יש לראות הבעת דעה פרשנית זו, המבקשת להחיל את סעיף 49 על מערכות נסיבות רבות ככל האפשר, במסגרתה ובגבולותיה. השאיפה לפירוש מילולי ופשטני, היכולה למצוא ביטוי בהבעת דעתו של מלומד בספרות המקצועית, איננה בת־חיוב לגבי ערכאות השיפוט. לא זו בלבד שיש גם השקפות אחרות וסותרות (ראה לעניין זה דברי Stone, שצוטטו גם בפסק־דינו של הנשיא לנדוי בבג"צ 80 / 698 [3]), אלא, עיקרו של דבר, בית־משפט דן במשפט המצוי ומברר משמעותו של חוק או משמעותה של אמנה, לפי העניין, על-ידי אימוץ כללי הפרשנות המקובלים (ראה לעניין זה, Lauterpacht, *supra*, at 80).

לו אימצנו בהקשר זה את כללי הפרשנות הנוהגים במשפטנו³, לא ניתן היה לקבל את התיזה

3. אשר אין ליישם אלא אם הם מבטאים עקרונות כלליים של המשפט המוכרים על-ידי מדינות בנות תרבות: O'Connell, *supra*, at 276.

המוצעת על-ידי העותרים. בית המשפט היה נותן את הדעת למעוות, אשר האמנה באה לתקן (ט"א 63 / 31 [6] ה"ל), היה בוחן את ההקשר הענייני ואת מבנהו של סעיף 49, שמתייחס ביתר הוראותיו באופן ברור וגלוי לפינויים ולהעברות אוכלוסין (ט"ב 65 / 94 [8] ה"ל; ט"א 73 / 282 [10] ה"ל; בג"צ 83 / 47 [11] ה"ל), היה מנסה להסיר את הלוט מעל פני המטרה החקיקתית, כדי לאמצה כאמת מידה פרשנית (ט"א 82 / 165 [9]), והיה נוהר ונמנע מאימוץ פרשנות מילולית שהיא, כביכול, פשוטה, אך, להלכה ולמעשה, כה פשטנית, עד שהיא מוליכה את מלות החוק או האמנה, לפי העניין, להיקף תחולה הנוגד את ההיגיון (ברק, בספרו ה"ל, בעמ' 349), כגון, האיסור ההחלטי על גירושו של מסתנן או מרגל, שהרי גירוש נאסר, כביכול, "בלא התחשבות במניע".

עיקרו של דבר, גם פנייה אל כללי הפרשנות של אמנות בינלאומיות אינה מסייעת לטענת העותרים: אף אמנת וינה אינה סוגדת לפירוש מילולי אלא מבקשת לראות את מילות האמנה "in their context and in the light of its object and purpose" (סעיף 31(1) לאמנת וינה). היא מתירה עיון בעבודות ההכנה ונרתעת מפני תוצאה פרשנית שהיא "manifestly absurd or unreasonable", ותואר זה יתלווה מניה וביה להטלת איסור על גירושו של מסתנן (ראה גם (Lauterpacht, *Brit. Y. B. Int'l L.*, *supra*, at 89).

כאן המקום להוסיף, כי לא ניתן לאמץ פרשנות מרחיבה על-תנאי, היינו פרשנות, המסננת את ההרחבה לפי תוצאותיה ובוררת בין תוצאה המקובלת על הטוען לבין תוצאה שאיננה כזו. מי שמקבל על עצמו את הפירוש המילולי והפשטני, שלפיו כולל המונח גירוש כל הוצאה מן השטח, והרואה במלים *regardless of their motive* החלטיות החובקת הכול, זונח בכך את אפשרות הסינון, שהרי יהיה בכך תרתי דסתרי; המוכן לקבל פרשנות השוללת שיקול-דעת על יסוד אבחנות שבמניע, אינו יכול ממילא לקבל, לפי נוחותו, מקצתו של האסור ולדחות יתרתו.

כך לא ניתן לומר לשם הוצאת העוקץ, שהמלים הללו שבסעיף 49 אוסרות גירוש לפי תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום) שגם יסודו בהפעלת חוק מקומי תקף, אך מתירות, מאידך גיסא, גירוש מסתננים, מרגלים וסוכני אויב לסוגיהם או הסגרת פושעים.

(יב) מול תשובה זו לגירסת העותרים עולה מיניה וביה השאלה הנגדית, מהו, אם כך, הפירוש החלופי של המלים ה"ל" (*regardless of motive*).

אם מאמצים את הפרשנות, לפיה הביטוי "גירוש" מכוון לגירושים ההמוניים והשרירותיים שתיאורם מוכר לנו, אין במלים המתייחסות למניע כדי לשנות מן המהות; ההתייחסות למניע אפשרי כלשהו באה רק כדי לחסום את הדרך בפני העלאת טענות ותירוצים, הקושרים את הגירוש ההמוני במניע לגיטימי כביכול. במלים אחרות, גם אם המדובר במניע כלשהו, לא משתנה על-ידי כך בלבד מהות הבסיסית של המעשה האסור (הגירושים), אשר אליו מכוונות מלותיו של הסעיף 49. היפוכו של דבר, יש יסוד לסברה, כי גם ההתייחסות ל"מניע כלשהו" היא מבין הלקחים של מלחמת העולם השנייה.

המלים "יהיה המניע אשר יהיה" ביקשו להקיף את כל גירושי האוכלוסיה והפינויים
ההמוניים לצורך עבדות, ניסוי רפואי או השמדה, שנשענו בזמן המלחמה על מיגוון טיעונים
ומניעים, לרבות טענות שלא היו אלא דברי תרמית והטעיה (כגון יישוב מחדש, עבודה חיונית,
פינוי מטעמי ביטחון וכדומה). זאת ועוד, מנסחי האמנה הביאו בחשבון את הזכות הקיימת של
השלטון הצבאי להיעזר בכוח עבודה בזמן מלחמה (ראה תקנה 52 לתקנות האג 1907 הדנה ב-
services כפויים, וסעיף 51 לאמנת ג'נבה הרביעית, המתיר גם כיום כפיית עבודה על מוגנים),
אך ביקשו להבהיר, שהגירוש ההמוני, כפי שבוצע, הוא אסור, גם כאשר המטרה היא לכאורה
לגיטימית, אלא אם כן מדובר על פינוי, על-פי הסייגים שפורטו בפסקה השניה לסעיף 49.

המלים הללו מן הנכון שייקראו לאור דברי Starke, *supra*, at 510 שלפיהם יש לפנות אל
ה"intention of the parties וכן אל ה" meaning attached by them to words at the time
לאור עקרונות אלה ניתן לתת למלים פרשנות סבירה, המתיישבת עם חלקי האחרים של הסימן.
על-כן, לא למותר לשוב ולצטט כאן את דברי Starke, at 511:

"Treaties should, it is held, be given an interpretation in which the
reasonable meaning of words and phrases is preferred, and in which a
consistent meaning is given to different portions of the instrument. In
accordance with the principle of consistency, treaties should be
interpreted in the light of existing international law. Also applying both
reasonableness and consistency, since it is to be assumed that States
entering into a treaty are as a rule unwilling to limit their sovereignty
save in the most express terms, ambiguous provisions should be given a
meaning which is the least restrictive upon a party's sovereignty, or
which casts the least onerous obligations..."

זאת ועוד, אף דברי ההכוונה וההדרכה הפרשניים של פרופסור יאסין, שצוטטו לעיל, אינם
יכולים להתיישב עם פרשנות מילולית סתמית ומרחיבה של הפסקה הרלוואנטית.

סיכומם של דברים, בית המשפט הזה היה מוסמך לבכר את הפרשנות הנשענת על העקרונות
שהוסברו לעיל על פני הפרשנות המילולית, שבה מצדדים העותרים. בית-משפט זה עשה כן
בבג"צ 79 / 97 [2], ואינני רואה עילה כלשהי לשנות ממסקנתו, וגישתו מקובלת עלי. כן אינני
רואה טעם סביר כלשהו לסטייה מן המסקנה ששימשה את בית המשפט בבג"צ 80 / 698 [3]. לפיה
המדובר במשפט הסכמי.

לטענה משלימה בנושא אחרון זה, שהועלתה על-ידי העותרים, אתייחס בהמשך הדברים.

4. (א) בית-משפט זה ציין בפסיקתו, כי סעיף 49 הנ"ל הוא בגדר משפט בינלאומי
הסכמי. בעקבות קביעה זו הועלתה לפנינו עתה התיוזה החדשה, שלפיה טעות ביסודה של

התפישה המשפטית הנוהגת בבית-משפט זה, המונחת גם ביסוד קביעותיו של בית-משפט זה בבג"צ 97 / 79 [2] ובבג"צ 80 / 698 [3] הנ"ל, ואשר לפיה כללים של המשפט הבינלאומי ההסכמי (להבדיל מן המינהגי) אינם הופכים אוטומאטית לחלק מן הדין החל בישראל, אלא אם כן ננקט תחילה הליך אימוץ משפטי בדרך של חקיקה ראשית.

הטענה הזו של העותרים אינה נוגעת לפרשנות של סעיף 49; אך היא מבקשת לתקוף אותו חלק מן ההנמקה, אשר נכללה בפסיקה הקודמת שלנו, שבו ציין בית-משפט זה, שאינו רואה צורך להיכנס לשאלת פרשנותו המהותית של סעיף 49 הנ"ל, מאחר שהאמור שם משקף ממילא רק משפט בינלאומי הסכמי, וכי, בתור שכזה, לא נקלט, על-כן, במשפט ארצנו.

(ב) טענת העותרים היא, כי לא רק משפט בינלאומי מינהגי הופך לחלק ממשפט הארץ (בהעדר חקיקה נוגדת), אלא יש גם חלקים מן המשפט הבינלאומי ההסכמי, ההופכים, על אחר וללא אימוץ בדרך של חקיקה, לחלק מהותי מן המשפט הישראלי המוניציפאלי. אלו הם אותם חלקים מן המשפט הבינלאומי ההסכמי שהם בגדר "אמנות-חוק" (law-making treaties). בטענתם זו הסתמכו העותרים על דבריו של Lord McNair בשניים מחיבוריו (A.D. McNair and A.D. Watts, *The Legal Effects of War* (Cambridge, 4th ed., 1966), 371; על פסק הדין של בית המשפט לערעורים באנגליה בפרשת *Porter v. Freudenberg* (1915) [29], וכן על דברים שנאמרו במאמרו של ב' רובין, "אימוץ אמנות בינלאומיות למשפט הארץ בידי בתי המשפט" משפטים יג (תשמ"ג-מ"ד) 210) ובמאמרו של פרופסור א' רובינשטיין, "מעמד המשתנה של השטחים: מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי" עיוני משפט יא (תשמ"ו-מ"ז), 439, 446). כן הפנו לקטעים מתוך שני מאמרים שבהם יש, לפי סברתם, תמיכה בתיוזה הנ"ל: Professor H. Lauterpacht, "Is International Law a Part of the Law of England?" 25 *Transactions of The Grotius Society* (1939) 51; Professor F.A. Mann, "The Enforcement of Treaties by English Courts" 44 *Transactions of The Grotius Society* (1958-59) 29.

5. (א) מסקנותיי, מול טענות אלו, מורכבות משלושה רבדים:

- (1) התיוזה האמורה אינה תואמת את התפישה המשפטית הנוהגת בישראל;
- (2) אין לגלות עילה סבירה לשינויו של המצב המשפטי או לסטייה ממנו, כי לאור המבנה החוקתי הקיים, המצב המשפטי הקיים הוא גם הרצוי;
- (3) המצב המשפטי באנגליה, אשר אליו ביקשו העותרים להפנותנו (בין, כדברי העותרים, כאב-טיפוס מחייב או לשם השוואה ושיכנוע), איננו חד-משמעי ואינו חופף בהכרח, ובוודאי לא אליבא דכולי עלמא, את ההשקפה, אשר אותה הציעו העותרים לאמץ. כך רבה הספרות, המצביעה על אי הבהירות בסוגיה האמורה, ואף בשני המאמרים הנ"ל (של פרופסור לאוטרפאכט ושל פרופ' מן) הוצגה מחלוקת החכמים בנושא האמור.

נבחן את הנושא כסדרו.

הנשיא חי שמגר

(ב) המצב המשפטי בישראל: במשפט הישראלי מבחינים, בשאלת היחס בין המשפט הבינלאומי לבין המשפט הפנימי, קרי לצורך ההכרעה בשאלה, אם הוראה פלונית מתוך המשפט הבינלאומי הפומבי הפכה לחלק מן הדין הישראלי, בין משפט מינהגי לבין משפט הסכמי (פרופ' י' דינשטיין, המשפט הבינלאומי והמדינה (שוקן ואוניברסיטת תל-אביב, 1971) 143). פרופ' דינשטיין מפנה לעניין זה בעיקר לע"פ 54 / 174 [12]; ע"פ 61 / 336 [13]; ע"א 55 / 25, 145, 148 [14]; ע"פ 67 / 131 [15].

ההשקפה, המבטאת בנושא זה את הדעה המקובלת בפסיקתו של בית-משפט זה, הוצגה גם בבג"צ 81 / 69, 493 [16], בעמ' 233 ואילך; בדברי השופט ברק בבג"צ 82 / 393 [17], בעמ' 793 ובדברי השופט ויתקון בבג"צ 79 / 390 [18] בעמ' 29. וראה גם: M. Shamgar, "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government - The Initial Stage", *Military Government in the territories Administrated by Israel 1967-1980, supra*, at 13, 64, 69, ומאמרו הנ"ל של פרופ' דינשטיין, בעמ' 937, פסקה אחרונה.

לפי פסיקתו העקבית של בית-משפט זה, המשפט הבינלאומי המינהגי הוא חלק ממשפט הארץ, וזאת בכפיפות לדבר חקיקה ישראלי הקובע הוראה סותרת.

בע"פ 54 / 174 [12] הנ"ל דיבר השופט חשין, עמו הסכים השופט ויתקון, על "המנהגות של המשפט הבין-לאומי (קרי, המשפט הבינלאומי המינהגי - מ' ש'), כחלק ממשפט הארץ..." (שם, בעמ' 17 מול אות השוליים ד).

בע"פ 61 / 336 [13] - בעקבות המ' 49 / 41 [19], בעמ' 145-146 ופסקי הדין האנגלים בעניין *The West Rand Central Gold Mining Company v. Rex* (1905) [30], at 406-407, וכן *Cristina* (1938) [31], at 725 - הוכרה תחולתן במשפטנו של הלכות המשפט הבינלאומי, אשר להן הסכימו בקהילייה הבינלאומית, והן הוכחו ככללים שנתקבלו כאמור. כדברי פרופ' דינשטיין, בספרו הנ"ל, בעמ' 146, בהתייחסו למשמעותו של האמור בפסק-דין זה:

"...ההלכה היא, שכללי המשפט הבינלאומי (המינהגי) נקלטים אוטומטית לתוך המשפט הישראלי ומהווים חלק ממנו, אך במקרה של התנגשות חזיתית בינם לבין חוק חרות, יד החוק החרות על העליונה".

Lord Alverstone ביטא אותו רעיון בפרשת *West Rand* [30] הנ"ל באמרו, בעמ' 407, כי כדי להיחשב כחלק מן המשפט האנגלי, על כלל של המשפט הבינלאומי:

"...be proved by satisfactory evidence, which must shew either that the particular proposition put forward has been recognised and acted upon by our own country, or that it is of such a nature, and has been so widely and generally accepted, that it can hardly be supposed that any civilized State would repudiate it".

זוהי, למעשה, אמת מידה הדומה להגדרה שאומצה בסעיף 38(1)(ב) לחוקת בית-הדין הבינלאומי, הדנה במנהג הבינלאומי.

Lord Macmillan, בפסק-דין [31], *The Cristina*, at 725, דרש - כתנאי לאימוצו של כלל מן המשפט הבינלאומי - שיהיו לו - "the hall-marks of general assent and reciprocity" אף אלו הם מסימניו המקובלים של המשפט הבינלאומי המינהגי.

(ג) בעניין מעמדו של המשפט הבינלאומי ההסכמי ביחס לדין שלנו, דן נ"א 55 / 26, 145, 148 [14], בו אומר השופט ברנזון, בעמ' 1829 מול אות השוליים ד:

"הסכם רודוס הוא חוזה-ברית (treaty) בין מדינת ישראל לבין מדינה אחרת. היא כוחו ותקפו של חוזה כזה מבחינת המשפט הבינלאומי אשר יהיה, אין הוא בבחינת חוק שבת-המשפט שלנו יזדקקו לו או יתנו לו תוקף כל שהוא. הזכויות שהוא מעניק והחובות שהוא מטיל הן זכויות וחובות של המדינות אשר כרתו את ההסכם ומימושן הוא אך ורק בידיהן בדרכים המיוחדות להשגת ביצועם של חוזהם בינלאומיים. חוזה כזה אינו ניתן בכלל לשיפוטם של בתי-המשפט במדינה, אלא אם ובמידה שהוא, או הזכויות והחובות הנובעות ממנו, צורפו בכור החקיקה של המדינה וקיבלו צורה של חוק מחייב. במקרה כזה, נזקק בית-המשפט, לאמיתו של דבר, לא להסכם בתור שכזה כי אם לחוק שהטביע עליו את חותמו ונפח בו רוח חיים משפטית מבחינת החוק המוניציפלי שלנו. מזה נובע גם, כי במקרה שלא יתאמו החוק וההסכם זה לזה, אף כי ברור שהחוק בא להפעיל את ההסכם ולהגשימו, יעדיפו בתי-המשפט את החוק, שהוא והוא בלבד מחייב אותם, ורק על פיו יחתכו את הדין. זאת ועוד, גם כאשר מותנה בהסכם בינמדינתי או בינלאומי שיש להעניק זכויות מוגדרות לאנשים מסויימים, נשארת ההתחייבות הכלולה בהסכם בגדר התחייבות בינלאומית של המדינה ותו לא. אין האנשים הנוגעים בדבר רוכשים לעצמם כל זכות של ממש על יסוד ההסכם ואין הם יכולים לממש זכות כזאת בבית-המשפט, אם בתורת נהנים על-פי ההסכם או אחרת.

ובהמשך, בעמ' 1831 מול אות השוליים ב:

"לכאורה נראה הדבר כאילו נוהגים אחרת בארצות-הברית (ובארצות אחרות במצב דומה מבחינה קונסטטוטיונית), אך למעשה הדבר אינו כך. בחוקת ארצות-הברית ישנה הוראה מפורשת המעלה למעמד של חוק עליון במדינה (supreme law of the land) כל חוזה-ברית שנעשה כדין בשם ארצות-הברית. מאיבה זו נזקקים בתי-המשפט הפדרליים ובתי-המשפט של המדינות לחוזה-ברית ואף נותנים להם עדיפות על-פני חוקי המדינה במידה שחוקים אלה אינם תואמים את הוראותיהם של החוקים. זוהי תוצאה ישירה של המצב החוקתי הנ"ל. באופן מהותי נוהגים, איפוא, גם בתי-המשפט של ארצות-הברית לפי אותם העקרונות האוניברסליים שצויינו לעיל. גם המה מבצעים חוזה-ברית לטובת אנשים פרטיים.

הנשיא חי שמגר

במידה שהם מעניקים להם זכויות הניתנות למימוש בבית-משפט, אך ורק על-פי הוראת חוק משלהם, אלא שמפני קיומה של אותה הוראה כללית בחוקה של ארצות-הברית אין צורך בהוראה מיוחדת לגבי כל חוזה לחוד. ראה *Edye v. Robertson*; (1884), 112 U.S. 580; 5 S. Ct. 247, 254.

משמעותם הברורה של הדברים היא, כי אימוצן של אמנות בינלאומיות – כדי להפכן לחלק מן המשפט הפנימי וכדי לפתוח פתח לאכיפתן באמצעות הערכאות הלאומיות – מותנה במעשהו הקודם של המחוקק; כפי שעוד נראה, יכול שאמנות בינלאומיות תהיינה בגדר הצהרה על המשפט המינהגי התקף – אך אז יחייב האמור בהן, מכוח מעמדו המינהגי האמור של הכלל המובא בהן ולא עקב היכללותו באמנה. כאמור, עוד נשוב לנושא זה בהמשך הדברים.

על יסוד האמור בע"א 25 / 55, 145, 148 [14], הנ"ל, מצייין פרופ' דינשטיין, בספרו הנ"ל, בעמ' 147:

"...כללי המשפט הבינלאומי ההסכמי אינם נקלטים אוטומטית לתוך המשפט הישראלי, אלא יש צורך בחקיקה משלימה מיוחדת ומפורשת כדי שיהפכו לחלק מן המשפט הישראלי."

בע"פ 67 / 131 [15] הנ"ל שב ומצייין גם השופט חי כהן, בעמ' 97 מול אות השוליים ב, כי –
"...שום אמנה בינלאומית אין לה תוקף חקיקתי, כל עוד לא ניתן לה תוקף כזה בחוק מפורש מידי הכנסת..."

(ד) מתוך דברים, שנאמרו על-ידי השופט חי כהן בע"א 65 / 67 [20] (וראה גם בג"צ 103 / 67 [21]), יכול היה להשתמע, כי יש כללים של המשפט הבינלאומי ההסכמי, המוצאים ביטויים באמנות-חוק, ואשר הופכים, על אחר, לדבריו של המשפט המוניציפאלי, אף בלי שנדרשת לכך חקיקה קודמת. מסקנה כאמור בטעות יסודה. מקובל עלינו הסיווג הענייני בין אמנות דקלראטיביות לאמנות קונסטיטוטיות, ויש לדייק ולהבחין ביניהן. הסובר, כי עצם העובדה, שוועידה בינלאומית או עצרת האומות המאוחדות מאשרת נוסח של הצעת אמנה ומזמינה להצטרף אליה, היא בגדר הוכחה לאופייה הדקלראטיבי, לא דק פורטא. כדברי ההבהרה של פרופ' נ' פיינברג במאמרו "אמנות דקלראטיביות ואמנות קונסטיטוטיות במשפט הבינלאומי" הפרקליט כד (תשכ"ח) 433, 435:

"תיזה זו (לפיה נוצרת בדרך הנ"ל נורמה כללית של המשפט הבינלאומי – מ' ש'), היא מרחיקת-לכת ביותר, שכן רואה היא בכל מלאכת קודיפיקאציה של המשפט הבינלאומי, המבוצעת בימינו במסגרת האומות המאוחדות, קודיפיקאציה דקלראטיבית. אפשר הושפע כאן השופט כהן מהתפיסה הבריטית של קודיפיקאציה... ואולם, אין כוחה של זו יפה בשטח המשפט הבינלאומי, שבו קיימת אבחנה יסודית בין אמנה דקלראטיבית, המעבירה נורמות קיימות מתחום המשפט המנהגי לזה של המשפט ההסכמי, לבין אמנה קונסטיטוטית, היוצרת נורמות

חדשות מכל וכל, או נורמות חדשות, שאמנם יש להן סמוכין בהתנהגות של המדינות, אך זו האחרונה היא לעת עתה בחזקת נוהג ועדיין לא הגיעה לשלב-התגבשות, המקנה לה מעמד של נורמה מנהגית."

וכן, בעמ' 437:

"כל 'כלל מקובל של המשפט הבינלאומי', או לשון אחרת: 'כל נורמה כללית של המשפט הבינלאומי', אין מקורו אלא במנהג בינלאומי."

על-כן, מסכם גם פרופ' דינשטיין בספרו הנ"ל, בעמ' 148, את התייחסותו לע"א 65 / 67 [20] הנ"ל, באומר:

"...בכל הנוגע לאמנות-חוק דקלרטיביות ייקלטו כללי המשפט הבינלאומי אוטומטית לתוך המשפט הפנימי, לא משום שהדברים אמורים באמנה, אלא למרות שהדברים אמורים באמנה. הם ייקלטו אוטומטית הואיל והאמנה רק משקפת את המשפט הבינלאומי המנהגי הקיים... גם אם בית-המשפט העליון שגה ביישום הקונקרטי של העיקרון הכללי דלעיל (הכוונה לע"א 65 / 67 [20] - מ' ש'), אין בכך כדי לפגוע או לפגום בעיקרון עצמו."

סיכומו של דבר, לפי המשפט הנוהג בישראל, אמנה בינלאומית איננה הופכת לחלק ממשפט הארץ, אלא אם -

(1) אומצו הוראותיה בדרך החקיקה ובמידה שאומצו כאמור, או

(2) מדובר על הוראות אשר אינן אלא חזרה או הצהרה על משפט בינלאומי מנהגי קיים. היינו, אם המדובר בקודיפיקציה של מנהג קיים.

בדרך זו נהגה ישראל לגבי ההוראות באמנות הבינלאומיות, אשר בהן ניתן סימן של law-making treaties, כגון בחקיקתו של החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י-1950, שהחוק בעקבות האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם; חוק הטיס (בטחון התעופה האזרחית), תשל"ז-1977, שהחוק בעקבות אמנות האג משנת 1970 כנגד חטיפות כלי טיס, ואמנה בדבר דיכוי מעשים בלתי חוקיים נגד בטיחות התעופה האזרחית שנחתמה במונטריאול בשנת 1971: חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תשל"א-1971, שהחוק בעקבות האמנה בדבר חוק אחיד למכר טובין בין-לאומי שנחתמה בהאג בשנת 1964, וחוק חסינויות וזכויות (ארגונים בין-לאומיים ומשלחות מיוחדות), תשמ"ג-1983, אשר בקשר אליו הנני מפנה לדברי ההסבר בהצעת חוק מעמד ארגונים בין-לאומיים, תש"ם-1980 (החוק האמור, חוק מעמד ארגונים בין-לאומיים, תש"ם-1980, הוחלף, לאחר מכן, על-ידי החוק הנ"ל מתשמ"ג). המדובר, כמוכן, בדוגמאות בלבד, אותן בחרתי מאחר שהמדובר באמנות המובאות לא אחת, כדוגמאות לאמנות-חוק (ראה, למשל Starke, supra, at VII, 2).

(ה) אם ניישם את האמור לעיל לסוגיה שלפנינו, יש להזכיר, כי סעיף 49 סווג בפסיקתנו כמשפט הסכמי, שאינו מבטא משפט בינלאומי מינהגי. כך דברי הנשיא לנדוי בבג"צ 80 / 698 [3] הנ"ל, בעמ' 627:

"...סעיף 49(1) של אמנת ג'נבה, (ש)הנו לעת עתה בבחינת הוראה של המשפט הבינלאומי ההסכמי בלבד, שעליו היחיד אינו יכול לבסס את עתירתו בבית-משפט הדן על-פי הדיון הפוזיטיבי של מדינת הדיון".

באשר לכך שסעיף 49 לא שיקף משפט מינהגי, מוסיף הנשיא לנדוי, בעמ' 629:

"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, ביטחונו, 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 המינהגי המקובל על מדינות התרבות, כאילו באה אמנת ג'נבה רק לתת ביטוי למשפט, שהיה קיים עוד לפני כן".

לפי דברי Fraenkel, אליו מפנה הנשיא לנדוי בקטע המצוטט, לא עמדה למגורש כנ"ל זכות ערר כלשהי, יהיה זה לפני ועדה או לפני בית-משפט.

6. (א) קראתי את מאמריהם המעניינים הנ"ל של רובין ושל פרופ' רובינשטיין, בעמ' 446, אשר אליהם הופנינו בטענות העותרים, אך לא שוכנעתי, כי יש לסטות מן ההלכה הקיימת והמקובלת, כביטוייה בהלכותיו של בית-משפט זה, בעניין דרכי קליטתם של כללי המשפט הבינלאומי הפומבי לסוגיהם במשפט ארצנו. מה גם שההלכה הקיימת משקפת בצורה נאותה לא רק את המצוי אלא גם את הרצוי מבחינת כוחה של המדינה לעצב את משפטה בכלים המשפטיים העצמאיים שלה. אימוצה של ההשקפה המוצעת בטענות העותרים, לפיה אין צורך בחקיקה של הכנסת לשם שילובו במשפטנו של כלל מן המשפט הבינלאומי הפומבי ההסכמי שמצא ביטויו באמנה בינלאומית שישראל הצטרפה אליה ואינו בגדר קודיפיקאציה של כלל מינהגי קיים, היה, למעשה, מעניק בידי הממשלה סמכות של חקיקה, שהרי לפי המצב החוקתי אצלנו כורתת ומאשררת הממשלה אמנות בילאומיות, ללא אישור כלשהו של הכנסת. לאור התוצאה המתוארת של התיזה המוצעת לנו, עולה כפל ספק, אם החידוש המתואר בפרשנות המשפטית הוא אכן בגדר הרצוי מבחינת תקינות סדרי הממשל ושלטון החוק.

על-כן, כורך פרופ' פיינברג, במאמרו הנ"ל, בעמ' 442 ה"ש 37, את השינוי במעמדן של אמנות חוק בשינוי מקביל של דרכי אישורן. וכך הוא אומר:

"אמנם אין סיכוי להסדר, שלפיו תוענק הסמכות לבתי-המשפט בישראל ליישם אמנות בינלאומיות, שהן self-executing, ללא צורך באקט של אימוץ או הכללה, כל עוד לא נמצא פתרון לשאלה אחרת, שהעניין קשור בה כל יינתק, והיא שאלת מעמדה של הכנסת בכל הנוגע לאישרורן של אמנות בינלאומיות. שהרי כל הסדר כגון זה, אם מתן האישרור יישאר אותה שעה בסמכותה הבלעדית של הרשות המבצעת, משמעותו היא מסירתן של כעין סמכויות-חקיקה לאותה רשות ופגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות. ואולי, יש מקום להניח, שגם בתחום זה תגיע לקצה המסורת, שנתגבשה עד כה, וייתחד לכנסת המקום, שבית הנבחרים זכאי לתבוע לעצמו במשטר דימוקראטי מתוקן".

פרופ' דינשטיין כותב בספרו הנ"ל, בעמ' 147, בסוגיה שלפנינו:

"סמכות כריתת האמנות בארץ - כמו באנגליה - מסורה לרשות המבצעת... ואילו היתה קליטה אוטומטית של המשפט הבינלאומי ההסכמי לתוך הדין הקיים בארץ, היה הדבר יכול לשבש את מעשה המרכבה של הפרדת הרשויות. המצב הקיים מאפשר לכנסת (הרשות המחוקקת) לפקח על הממשלה (הרשות המבצעת), ולמנוע ערבוּב רשויות).

(ב) סיכומה של נקודה זו: השיטה המוצעת על-ידי העותרים הייתה מעניקה לרשות המבצעת סמכות להורים הוראות דין מחייבות לתוך משפטנו, בלי להיזקק למחוקק. כך אף למדים מן הדברים המובאים במאמרו הנ"ל של פרופסור Lauterpacht ב-25 *Transactions of The Grotius Society, supra*, at 51, אשר בהסתמך על דבריו ביקשו העותרים לשכנענו בקיומה, כביכול, של תיזה אנגלית מקובלת, אחידה ובהירה, לפיה הופכות אמנות-חוק, על אתר, לחלק ממשפטה של בריטניה. אומר פרופסור לאוטרפאכט, במאמרו הנ"ל, בעמ' 74:

"If a treaty ratified and internationally valid is without force within the State unless supplemented by legislative action, then, it is asserted, International Law embodied in that treaty is not part of the law of the land. This is entirely true. The rule is obviously in the nature of an exception to the principle of incorporation. But the reasons for it lie not in any subtle intention of English Courts to take away with one hand what they grant with the other, but only and exclusively in the exigencies of British constitutional law and the division of powers within the State. It is a rule of British constitutional law that the conclusion and ratification of treaties are a prerogative of the executive. In other countries, such as the United States, the concurrence of the Legislature, or of a part thereof, is necessary for the valid ratification of a treaty. This is not the case in Great Britain. A treaty becomes binding for this

country as soon as it has been finally ratified by the Crown. This being so, it might be possible for the Crown to inpose burdens upon the subject, and to legislate for him, indirectly, without the concurrence of Parliament, by means of concluding a treaty (X). The existing rule which requires in such cases an enabling Act of Parliament removes that possibility".

וב' (X) .n.

"(X) The case of *State of Missouri v. Holland, United States Game Warden*, decided in 1920 by the Supreme Court of the United States, is an interesting example of a government arming itself, by means of a treaty, with powers which it did not apparently otherwise possess. In 1915 the Congress of the United States passed an Act concerning the protection of migratory birds. That act was declared unconstitutional on the ground that it interfered with the rights reserved to the member states. Thereupon the United States concluded a treaty with Great Britain for the protection of migratory birds. The Supreme Court held that a statute providing for the enforcement of that treaty was constitutional: 252 U.S. 416; Annual Digest, 1919-1922, Case No. 1. The decision of the Judicial Committee of the Privy Council in *Att.-Gen. for Canada v. Att-Gen. for Ontario and Others*, 53 T.L.R. 325, is also of interest in this connection. The question was, essentially, how far can Canada enact labour legislation, in pursuance of international labour conventions, in matters reserved by the constitution to the provinces?"

(ג) טעם התנגדות אחר לאימוץ אוטומאטי של אמנה, שאינה משקפת משפט בינלאומי מינהגי, טמון בשוני המהותי והבסיסי בין משפט בינלאומי לבין משפט מוניציפאלי, עניין אשר נשמט, לא אחת, מעיניהם של משפטנים, הנדרשים לפרשנות כללים של המשפט הבינלאומי. יתרה מזאת, הישענות על תחולה אוטומאטית של אמנות חוק הייתה מכפיפה את המשפט הישראלי להוראות, שלא עברו את המסגרת של ההתאמה לתנאי הארץ ולאינטרסים שלה ושל תושביה. בהקשר זה צריך לתת את הדעת לכך, שבין האמנות, המוצגות בספרות המקצועית על-ידי אותם משפטנים הדוגלים בתיזה זאת, מובאות, כדוגמאות בולטות של אמנות-חוק בנות תחולה על אחר, אמנות שנתקבלו על-ידי האו"ם ועל-ידי ארגון העבודה הבינלאומי, ועם כל הרצון להימנע מהכללות, הרעיון, שהרוב בגופים בינלאומיים הללו יוכל לכפות עלינו, באופן אוטומאטי, הוראות של דין מחייב, שיהיו בתוקף כל עוד לא בוטלו מפורשות על-ידי הכנסת, אינו יכול לעורר אהדה.

אף המגמה להשגת בהירות בקביעת מהותו ותחומיו של הדין תלוקה, בהכרח, אם נאמץ את

הגישה המוצעת הנ"ל. הרי דרושה, אליבא דכולי עלמא, היוקקות לסיווג אפרירי של האמנות כדי לאבחן בין אלו שתחולתן על אתר לבין אלו הטעונות חקיקה מאמצת. כללי הפרדה והבחנה אינם מוגדרים בבהירות ובפשטות. אם נשוב, למשל, אל דבריו של פרופסור לאוטרפאכט, הרי הוא קובע, כי החלוקה האמורה היא *not clearly defined* (שם, בעמ' 75), וזוהי אחת הסיבות לכך שהנושא מצוי בעירפול, במחלוקת ובהעדר אבחנות חדשות וברורות. מכל מקום, הכנסתו של יסוד בלתי ברור ובלתי מותחם בבהירות לתוך משפטנו איננה נראית רצויה.

(ד) הבעייתיות, אשר בחלקה הוצגה לעיל, לא נעלמה גם מעיניהם של בתי המשפט באנגליה, וביטוי בולט, ואף בוטה וקיצוני לכך, נמצא בדבריו של Lord Atkin ב־ *Chung Chi* *v. The King* (1939), [32] at 167-168, כאשר אמר:

"It must be always remembered that, so far, at any rate, as the Courts of this country are concerned, international law has no validity save in so far as its principles are accepted and adopted by our own domestic law. There is no external power that imposes its rules on our own code of substantive law or procedure".

פרופסור לאוטרפאכט כינה גישה זו של בתי המשפט בארצו בתואר *judicial hesitancy*, וביקש לבקרה; אולם, איננו עוסקים כאן בבירור אקדמי של מעלותיהן ומגרעותיהן של הגישות המשפטיות השונות, אלא אך ורק בחיפוש אחר תשובות קונקרטיות הדרושות לנו לצורך ענייננו היינו:

- (1) האם יש בסיס לטענה שהועלתה לפנינו, כי באנגליה שולטת כיום גישה משפטית שונה מזו שאליה פנו והפנו בתי המשפט הישראליים, כאשר פיתחו את התפיסה המשפטית שלנו, וכן-
- (2) האם אכן יש כיום מקום לשינוי, בדרך הפרשנות המשפטית, של העקרונות המשפטיים הנוהגים אצלנו.

לצורך מענה שלילי לשאלות הללו - די במה שהובא לעיל.

7. (א) השאלה השלישית שהצגנו בראשיתה של ההתייחסות לטענה הנ"ל של העותרים עניינה המצב המשפטי באנגליה. נושא זה כבר נדון במידה רבה לעיל, ועל-כן נשוב ונטפל בו כאן רק בקליפת אגוז.

שני המאמרים - זה של פרופסור לאוטרפאכט וזה של פרופסור מן - אינם מצביעים על קיומה של תיזה אחידה ומקובלת בדבר אימוץ אוטומאטי של אמנות חוק. עיקר מהותם ומטרתם של המאמרים הוא בעימות של המחברים המלומדים עם ההשקפות השונות בהן ניתן ביטוי לגישה החולקת על זו המוצעת לנו.

העדר אחידות בגישות, כפי שהוא עולה ממאמרו של פרופסור לאוטרפאכט, כבר הוזכרה לעיל. נקודת המוצא של פרופסור מן, כפי שהוצגה במאמרו הנ"ל, מוצאת ביטוייה בדברים אלו, בעמ' 30-31:

"It is a commonplace that a treaty as such cannot be a source of English law or, in other words, impose duties or confer rights on anyone except the Crown in its international relations. Were this not so the Crown would have the power of legislation. Consequently, *in order to become binding upon subjects a treaty must be incorporated into the law of England by parliamentary legislation* ('ההדגשה שלי - מ' ש'). What is sometimes loosely referred to as 'ratification' will not be sufficient. Parliament may approve the conclusion of a treaty and it may even pass legislation connected with a treaty, but a treaty cannot become part of English law otherwise than by the strictly legislative process. Thus the various treaties which are known as 'Documents relating to the Termination of the Occupation Regime in the Federal Republic of Germany' were ratified and approved by Parliament after they were signed at Bonn in May 1952 and Paris in October 1954, yet they do not form part of English law except in so far as the German Conventions Act, 1955 adopts certain of their provisions. The legal position is summarised by a dictum of Lord Atkin which must to-day be regarded as *locus classicus*:

"Within the British Empire there is a well-established rule that the making of a treaty is an executive act, while the performance of its obligation, *if they entail alteration of the existing domestic law*, requires legislative action".

ובה"ש 5, שם:

"Internationally a treaty to which the Crown is a party binds the Crown even if there has been no ratification of any kind. This is elementary and probably not denied, though sometimes concealed by loose formulations. Thus, when it is said of a treaty to which the United Kingdom is a party that in order to be binding it requires legislation, what is referred to is only the binding character of the treaty in municipal law".

ובעמ' 45:

"... A treaty to which the legislature has failed to attribute the force of law cannot be given that very same force by the judiciary. This point is so

fundamental that it necessarily imposes severe limitations upon the ambit within which treaty obligations may constitute a head of public policy. The mere fact that a particular decision would be inconsistent with the terms of a treaty concluded by the Crown and, therefore, would involve a breach of this country's treaty obligations cannot lead to a decision in the opposite sense".

(ההדגשה שלי - מ' ש').

עינינו הרואות, כי אין מקום להסקת המסקנה, שהתפתחה תיזה מגובשת ומקובלת, הקובעת דבר אימוצן האוטומאטי של אמנות חוק על-ידי המשפט המקובל האנגלי.

ההתייחסות לשאלת החלתם של דיני המלחמה במשפט האנגלי הפנימי אף היא איננה פורצת את הסייגים הקיימים שהוצגו לעיל, אלא יש שרואים בסמכויות הכתר לנהל מלחמה, להפעיל סמכויות לשם כך ולכרות הסכמים (למשל הסכמי שביתת נשק) חלק מן המשפט המקובל; אומ' פרופ' מן, במאמרו הנ"ל, בעמ' 37:

"It would seem to follow that, if and in so far as the prerogative rights of the Crown in war-time prevail, the Crown can, by treaty no less than by proclamation, alter the common law, for to that extent it is in pursuance of the existing domestic law that the Crown alters it".

(ההדגשות שלי - מ' ש').

בהתייחסו לפסק-דין [29] Porter הנ"ל, הוא מבקש ללמוד בדרך ההשערה, מהי התיזה שהייתה מונחת ביסוד גישתם של השופטים, ששקלו שם את עניין תחולתה של תקנה 23(ח) לתקנות האג, בבתי המשפט האנגליים. הוא אומר, בעמ' 38:

"The explanation can only be found in the view that, in the absence of any relevant restriction by Parliament of the Crown's prerogative in war-time, the Crown could by treaty alter the common law".

ובהערה 28, שם הוא מוסיף -

"Lord McNair, British Year Book of International Law 1928, 63 sqq. and Law of Treaties, p. 337, seems to think that the Hague regulations constitute a treaty affecting belligerent rights and therefore bind the subject. Similarly, Wade & Phillips, Constitutional Law (4th ed. 1950) assert the binding character of treaties affecting belligerent rights, because waging war comes under the prerogative. There is probably not

much difference between these formulations and the statement of the rule suggested in the text. However, the conception of belligerent rights originates from public international law and is not germane to English constitutional law. The latter regards treaties as binding only if and in so far as *the prerogative of the Crown prevails*. If it does not prevail even treaties affecting belligerent rights cannot bind the subject".
(ההדגשות שלי - מ' ש').

בדומה לכך ראה *McNair and Watts, supra*, at 371.

אינני סבור, שהשערות בדבר המצב החוקתי האנגלי הספציפי ראויות לשמש בסיס להמרת המצב המשפטי הברור והמותחם היטב החל אצלנו, בשיטה המוצעת על-ידי העותרים.

(ב) באנגליה הוחק חוק לצורך החלת הוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית (The Geneva Conventions Act, 1957). לכאורה, יש בכך כדי לתמוך בתיזה, שגם באנגליה דרושה חקיקה לצורך החלתן במשפט הפנימי של אמנות ג'נבה. במאחרו הנ"ל של רובין הוער בקשר לכך, שמטרתה של החקיקה הוגבלה להחלת כללי האמנה בעניין פשעי מלחמה ותו לאו. אף פרשנות זו, לפיה דרושה חקיקה רק כדי ליצור הוראות המאפשרות קיום הליכים משפטיים בבתי המשפט הלאומיים, איננה תומכת בהכרח בתיזה שהוצעה לנו. זאת ועוד, העובדה שבחוק נכללו רק הוראות שהן בנות הפעלה בתוך הממלכה, אין פירושה, שיתר ההוראות, שעניינן התנהגות כוחות הצבא בשטח כבוש, הפכו, על אחר, לזכויות שהן בנות מימוש בבית-משפט אנגלי. שאלה היא, למשל, אימתי מתגבשת, מבחינת עיתויה, מערכת הזכויות והחובות כאמור לפי התיזה המשפטית המוצעת, שמא מיד עם אישור האמנה במישור הבינלאומי, או, אולי, במועד מאוחר יותר כלשהו; ואם האפשרות השנייה היא הנבחרת, שאלה היא, מהו המועד האחר האמור. קושיה נגזרת היא, כפי שנרמז כבר, מדוע דרושה חקיקה של הפרלמנט לגבי חלק מן האמור באמנה כדי לחייב את בתי המשפט, והאם יש, מבחינת המעמד המשפטי המחייב, שוני בין מה שהוחק מול מה שלא נכלל בחקיקה. אלה שאלות מעניינות הראויות לעיון, אך ככל שידיעתנו מגעת, אין, כאמור, גם בבריטניה השקפות אחידות בסוגיה זו.

אינני רואה, על-כן, צורך להיכנס לדיון בשאלה, שאף היא מעניינת כלשעצמה, אם יש מקום לאמץ את המסקנה, שהוסקה על-ידי Lord McNair, לגבי משמעותו, לצורך הנושא שלפנינו, של פסק הדין הנ"ל של בית המשפט האנגלי לערעורים בפרשת *Porter [29]*, לפיה היו בתי המשפט האנגליים נכונים ליישם הוראותיהן של תקנות האג, מעיקרן, אף ללא שינויו של המשפט האנגלי הפנימי (*McNair, supra*, at 89; *McNair and Watts, supra*, at 371).

בקטע של פסק הדין *Porter [29], at 878*, שהוא, לדעתי, המרכזי לצורך ענייננו, מוצגת הטענה שהועלתה לפני בית המשפט בעת הדיון (שאלת תחולתה של תקנה 23 (ח) מתקנות האג, כחלק מן המשפט המקובל), ומובאת המסקנה, שאין צורך להיזקק לפתרון הקושיה, כי תקנה 23 (ח) לתקנות האג כלל לא ביקשה להנהיג שינוי במשפט הנוהג בתוככי אנגליה.

דומה, כי עדיין נותרת שאלה פתוחה והיא, אם היה בית המשפט נכון לשנות את הפרשנות של המשפט המוניציפאלי הקיים בעניין זכות העמידה לפני בית המשפט באנגליה, ללא חקיקה פנימית ועל יסוד תקנות האג בלבד. בפסק-דין Porter [29], at 878 נאמרו הדברים הבאים, שמהם הסיק McNair, supra במשתמע, כי בית המשפט היה נכון לראות את תקנות האג כחלק מן המשפט המקובל:

"It is impossible to suppose that this means (as it must do if the effect of the paragraph h (ש' – מ' ש') (הכוונה לתקנה 23(א) לתקנות האג – מ' ש') is to abrogate the law existing hitherto in England and to give an alien enemy the position of a persona standi in judicio in English Courts of law) that the War Office of Great Britain shall in the present war for this purpose issue instructions to Sir John French, commanding our land forces in the field, forbidding him to 'declare' that the rights of alien enemies-Germans, Austrians, or Turks - to institute legal proceedings in the High Court of Justice in London are suspended or inadmissible. And yet this absurdity seems necessarily to follow from the scheme of the Convention as applied to paragraph (h) if the interpretation of this paragraph is that which is contended for by those who find in it an abrogation of our law, which hitherto has not given to an alien enemy the position of a persona standi in judicio.

Our view is that article 23 (h), read with the governing article 1 of the Convention, has a very different and very important effect, and that the paragraph, if so understood, is quite properly placed as it is placed in a group of prohibitions relating to the conduct of an army and its commander in the field".

עם כל הכבוד למחבר המלומד, הייתי נמנע מהבעת דעה החלטית על יסוד הדברים הנ"ל בלבד.

(ג) כאמור כבר, הדעות הפרשניות אינן אחידות. כך אומר, למשל, O'connell, supra, at 24 :

"It is sometimes suggested that there is a type of treaty which is properly legislative, in the sense that it lays down the law where none existed before, tout d'un coup. (ההדגשה במקור – מ' ש'). It is important that this proposition be carefully examined. True, one may cite innumerable conventions, mostly multilateral, which are now taken as international and not contractual law. One may cite the Slave Trade Conventions, the Declaration of Paris, 1856, between the combatants in the Crimean War

which put an end to privateering, and most notably, of course, the Hague Conventions of 1899 and 1907, and the Geneva Conventions. But the point is whether non-signatory and non-accessionary States were automatically bound by the provisions of these conventions as soon as they became operative, or whether they became bound by the rules they contain at a subsequent date when it was accepted that these rules had become part of international custom. *The latter is the correct interpretation, and it is clear, then, that it is custom embodying the treaty, and not the treaty itself, which creates law as distinct from contractual rules*".

(ההדגשות שלי - מ' ש').

המחבר המלומד מתייחס בדבריו הנ"ל למידת החיוב המשפטי החל על מדינות שלא חתמו על האמנה; לעומת זאת, מדינות, אשר חתומות על האמנה, מחויבות בקיום התחייבותן האמורה, ביחסים בינן לבין עצמן, אך לצורך מערכת היחסים שבין הפרט לשלטון ניתן להישען בבתי המשפט רק על כלל מינהגיו של המשפט הבינלאומי הפומבי. גישה זו היא שהייתה מונחת ביסוד דבריו של השופט ויתקון בבג"צ 79 / 390 [18] הנ"ל, כאשר אמר בעמ' 29:

"את אמנת ג'נבה יש לראות כחלק מהמשפט הבינלאומי ההסכמי, ועל כן - לפי ההשקפה המקובלת בארצות המשפט המקובל וגם אצלנו - אין האדם הנפגע יכול לפנות אל בית המשפט של המדינה, שכנגד שלטונותיה יש לו טענות, ולתבוע בו את זכויותיו. זכות תביעה זו נתונה אך ורק בידי המדינות, שהן צדדים לאמנה כזאת, ואף התדיינות זו אינה יכולה להתנהל בבית המשפט של מדינה אלא רק בפורום בינלאומי".

(ד) מר רובין מקשה במאמרו הנ"ל, האם יש מקום להניח, כי תקנות האג נחשבו בשעת חתימת האמנה אך להתחייבות בינלאומית של מדינה שהצטרפה אליהן, ורק מאוחר יותר הפכו למשפט בינלאומי מינהגי מחייב, שהוא, בתור שכזה, חלק מן המשפט הפנימי. התשובה לשאלה זו עולה, לפי השקפתי, מדברי בית הדין הבינלאומי בנירברג, שאמר בפסק-דינו:

"The rules of land warfare expressed in the convention undoubtedly represented an advance over existing international law at the time of their adoption. But the convention (Hague Convention Concerning the Laws and Customs of War on Land) expressly stated that it was an attempt 'to revise the general laws and customs of war' which it thus recognised to be then existing, but by 1939 these rules laid down in the convention were recognised by all civilised nations and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war...".
(I.M.T. Judgment, supra, at 65).

(ההדגשה שלי - מ' ש').

קרי, חלה התפתחות, מבחינת מעמדם של כללי האג כמשפט מינהגי, בתקופה שחלפה מעת חתימת האמנה בשנת 1907.

(ה) סיכומו של הדיון בשאלה השלישית הנ"ל: שינויה של הגישה באנגליה – לו אף הוכחה – איננו צריך להשפיע על אימוצה של גישה זוהי אצלנו, כי, כפי שכבר הוזכר, ההקשר והמבנה החוקתי בישראל שונים, ואין במצב החוקתי הקיים הצדקה לזניחתה של התפיסה שהתגבשה אצלנו מאז קום המדינה. אין גם מקום להסיק, כי הטענה בדבר קיומה של גישה משפטית אחידה ומונוליתית באנגליה הוכחה כדבעי.

8. בשולי הדיון בבעיות המשפטיות בשאלת תחולת אמנות, הוזכר, לא אחת, עניין מעמדו במשפטנו של כלל מינהגי של המשפט הבינלאומי הפומבי. שאלת מהותו וזיהויו של כלל מינהגי נדונה בהרחבה בבג"צ 81 / 69 / 493 [16] הנ"ל, בעמ' 238-242, ועל-כן, לא אשוב לכך כאן. אולם, דברי אזהרה מסוימים, אשר נכללו בפסק הדין האמור, בעמ' 242, ראויים לשינון ולחזרה:

15" בספרו הנ"ל Prof. G. Schwarzenberger vol. II: The Law of Armed Conflict (at 3) מציב שני תמרורי אזהרה, החייבים ללוות את כל מי שבוחן שאלת קיומו של כלל מחייב של דיני המלחמה. האזהרה האחת מכוונת כלפי הנטייה ליצור את הרושם בדבר קיומה של ודאות רבה יותר של הכללים המשפטיים המחייבים, מוז שהיא בת-השגה בתחום דיני המלחמה, בו מבקשים צדדים לוחמים, לפי טבעו של העניין, לשמור לעצמם למעשה – אם כי לא תמיד גם לפי מראית פני הדברים כלפי חוץ – את חופש הפעולה המרבי. האזהרה השנייה, העולה מתוך דברי המחבר המלומד, מופנית כלפי המכשלה הנגרמת על-ידי קשירת הכתרים, נעדרת הבסיס, לנוהג פלוני, אשר בחסותו מבקשים לעטות לאינטרס פארטיקולארי את הגלימה של כלל אוניברסאלי שאינו יאה לה. דעותיהם של צדדים או של מגזרים של מדינות, שהם צד מעוניין בקיומו של כלל פלוני, אינם בגדר השתקפות של המשפט המצוי, כאשר לא מדובר, למעשה, אלא על תיאורו של המצב המשפטי הרצוי לצד המעוניין.

המסקנה המעשית המתבקשת במישור זה היא על-כן, כי מתחייבת בדיקה זהירה, קפדנית וחקיפה ובעיקר מתן משקל נאות למיגוון הדעות, הקיימות בנושא פלוני, כדי להסיק, אם מדובר על השקפה המקובלת על הרוב המכריע, או רק על דעה אחת מתוך השקפות חלופיות אפשריות.

9. בבג"צ 27 / 88 העלה העותר מחדש את הטענה, כי תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום) איננה בתוקף ביהודה ושומרון.

אף שאלה משפטית זו כבר נדונה ונדחתה בבג"צ 85 / 513, 514, בשג"צ 85 / 256 [5] הנ"ל ועוד לפני כן בבג"צ 97 / 82 [21] הנ"ל, וכאמור, אינני רואה להוסיף על מה שנאמר שם לעניין זה.

מקור: כוחות צה"ל בגדה המערבית; רפיע ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון הינדי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה ואח': הנשיא מ' שמגר

40. פרקליטו המלומד של...
היה לא בא בעתירה ובטענותיו
המקור הבבאי להורות על גירוש
המס השלום עם מצרים נסתייג
המס.
באמנתו המלומד של העור
המקור לא הסביר מה הן הה
המסות המוסכמים בכך.

הטענה הנ"ל איננה מקובלת
הושלחה העריכת של מצרים
לשום כמות החיכוך שהוסכם
מדיניות של המשל הצבאי
האמור. נפי שנובע מהסכמה זו
לפעול, ואין כל סימן לכך שהמ
באחר יותר עד העת הזאת, על
מינהגים זה כבר עמד עי
לגבי דיני המלחמה.

"החלת של הוראות דיני
שליטה יעילה בשטח, שה
גם לנבוע מפעולה לוחמת
נודה אין הוא מנהל את מ
בעמ' 373).

ולמטה שמש נאמר, בעמ' 74
"גם כאשר נתפס שטח
נשק אינו מפסיק את מצ
ותשית השליטה היעילה
חוס מצב הלוחמה – מוסד
שנויים יחז לפי תנאותיו ש
אח השליטה בשטח, אין נ
עליו לפי דיני המלחמה, ה
המדיניים המוסכמים לכך".
וראה גם בג"צ 82 / 574 [23]

פסקי-דין, כרך מב, חלק שני, תשמ"ח / תשמ"ט-1988

בג"צ 27/88, 845, 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית: רפיע ואח' נ'
מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה ואח'; הינדי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון

הנשיא נ' שמגר

10. פרקליטו המלומד של העותר בבג"צ 87/845 העלה, לקראת תום הדיון, טענה חדשה, שזכרה לא בא בעתירה ובטענות שהושמעו לפנינו במהלך הדיון: לדבריו, אין עוד סמכות בידי המפקד הצבאי להורות על גירושו של העותר לפי תקנה 112 לתקנות הנ"ל, מאחר שעם חתימת הסכם השלום עם מצרים נסתיים הממשל הצבאי, ואין בידי המשיב עוד סמכויות משפטיות לתת צו כאמור.

בא-כוחו המלומד של העותר לא טרח, לצערי, להשתית טענתו האמורה על טיעון משפטי מנומק: כך לא הסביר מה הן ההוראות שבהסכם השלום, המוליכות למסקנה הנ"ל, ומה הם כללי המשפט התומכים בכך.

הטענה הנ"ל איננה מקובלת עלי, והטעם לכך פשוט וקצר: חוזה שלום בין מדינת ישראל ובין הרפובליקה הערבית של מצרים היה מלווה בהסכם נוסף בין המדינות שכתרו אותו – הוא מסגרת לשלום במזרח התיכון שהוסכם עליה בקמפ דוד – ולפיו נקבע, בין היתר, כי יחולו התפתחויות בפריסתו של הממשל הצבאי באחד מן השלבים, שפרטיו אינם לכאן, בביצועו של ההסכם האמור. כפי שנובע מהסכמה זו, הרי כל עוד לא הגיע השלב האמור, ממשיך הממשל הצבאי לפעול, ואין כל סימן לכך שהמעצמות, שחתמו על הסכם השלום, סיכמו, בעת ההיא או בשלב מאוחר יותר עד העת הזאת, על ביטול הממשל הצבאי.

בית-משפט זה כבר עמד על כך, שכל עוד מקיים הכוח הצבאי את השליטה בשטח, יחולו לגביו דיני המלחמה:

"החלתן של הוראות דיני המלחמה בדבר סמכויותיו וחובותיו של כוח צבאי, שנטל שליטה יעילה בשטח, שהוא מחוץ לתחום אשר עליו חל המשפט של מדינתו, יכולה גם לנבוע מפעולה לוחמתית, המקנה לכוח הצבאי שליטה בשטחה של מדינה, אשר נגדה אין הוא מנהל את מלחמתו". (בג"צ 82/102, 150, 593, 690, 83/271 [22], בעמ' 373).

ולמטה משם נאמר, בעמ' 374:

"...גם כאשר נתפס שטחה של מדינה, עמה קיים עדיין מצב לוחמה (הסכם שביתת נשק אינו מפסיק את מצב הלוחמה) בעת כניסתם לתוכו של הכוחות הצבאיים ונטילת השליטה היעילה על-ידיהם. אם נחתם לאחר מכן הסכם – כגון הסכם בדבר תום מצב הלוחמה – מוסדרת העברתם לשלטון הקודם של השטח או הסמכויות או שניהם יחד לפי תניותיו של ההסדר המוסכם האמור. אך כל עוד מקיים הכוח הצבאי את השליטה בשטח, אין ניטלות מידי הסמכויות המוקנות לו וההגבלות המוטלות עליו לפי דיני המלחמה, והכול כמובן, בכפיפות להסדרים מוסכמים בין הגורמים המדיניים המוסמכים לכך".

וראה גם בג"צ 82/574 [23].

גם מכך עולה לענייננו, כי למרות שנחתם חוזה שלום, הרי כל עוד לא עזב הממשל הצבאי את השטח של חבל עזה, וכל עוד לא הוסכם אחרת בין הצדדים הנוגעים בדבר, ממשיך המשיב להחזיק בשטח מכוח תפיסה לוחמתית, והוא כפוף לדיני המשפט הבינלאומי המינהגי, החלים בעתות מלחמה.

11. מכאן נעבור לטענות הספציפיות של כל אחד מן העותרים.

12. בג"צ 785/87: (א) העותר עבד אל נאצר עבד אל עזיז עבד אל עפו, יליד 1956, הוא תושב העיר ג'נין.

צו הגירוש ניתן על-ידי האלוף ע' מצנע, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, ביום 3.9.87, בעת שהעותר היה כלוא וריצה עונש מאסר שעמד להסתיים ביום 20.9.87. נוסחו המלא של הצו הוא כדלהלן:

"בתוקף סמכותי לפי תקנה 112(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ויתר סמכויותי על פי כל דין ותחיקת בטחון והואיל ואני סבור כי הדבר דרוש לשם הבטחת בטחון האיזור, שלום הציבור והסדר הציבורי, הנני מצווה בזאת כי:
עבדל נאצר עבדל עאפו מחמד עבדל עזיז, ת.ז. 94808545, יליד 1956, מהעיר ג'נין יגורש מן האיזור.

עבדל נאצר ע' / א עאפו מחמד עבדל עזיז הינו פעיל בכיר בארגון 'החזית העממית', אשר נדון שלוש פעמים בעבר לעונשי מאסר לריצוי בפועל בשל פעילותו החבלנית. הוא עומד לסיים תקופת מאסר שלישית של חמש שנים ושלושה חודשים. במהלך שהייתו בכלא ממשיך באינטנסיביות בפעילות עויינת לקידום מטרות הארגון."

(ב) משנמסר צו הגירוש, פנה העותר לוועדה המייעצת הפועלת לפי תקנה 112(8) לתקנות הנ"ל (בחלק מן המסמכים ובעתירות קודמות קרוי גוף זה "ועד מייעץ"), שהייתה מורכבת מנשיא בתי המשפט הצבאיים ביהודה ושומרון כיושב-ראש ושני קצינים נוספים בדרגת סגן-אלוף. זו שמעה את העותר ואת פרקליטיו המלומדים וכן את נציג המשיב במשך ארבע ישיבות, אשר במסגרתן גם קיבלה לידיה את המידע, ששימש את אלוף מצנע בבואו לתת החלטתו. חלקו של המידע היה גלוי וחלקו האחר חסוי מטעמי ביטחון, ולא הובא, על-כן, לידיעת העותר. למשיב הוצגה על-ידי באת הכוח המלומדת של העותר גם שורה ארוכה של שאלות בכתב, אשר עליהן הושב מטעם המשיב, כדברי הוועדה בהחלטתה, בכפיפות להגבלות ביטחון. השאלות והתשובות הללו הובאו, גם כן, לפני הוועדה. בהחלטה המפורטת והמנומקת של הוועדה, מיום 28.10.87, נאמר, בין היתר:

"על פי דברי ב"כ המשיב, פעילותו של המבקש החל בשנת 1972 בעת שלמד בבית ספר תיכון הוא היה מעורב בגניבת מכונת שיכפול למטרת שיכפול כרוזים. בשנים

76-75, 76 נטל חלק בהסתת תלמידים להפגנות בג'נין. בחודש דצמבר 76 הוא נעצר לחקירה במהלכה הודה בארגון הפגנות והסתות. הוא נדון לשלוש שנות מאסר מתוכן שבעה חודשים לריצוי בפועל. בחודש פברואר 79 נעצר פעם נוספת, הודה בגיוס לארגון החזית העממית, נשפט בתיק שכ"79 / 7033 נדון לשלוש שנות מאסר מהן תשעה חודשים לריצוי בפועל. באפריל 80 השתתף בבחירות לאוניברסיטת נג'אח כנציג החזית העממית. בחודש יוני 80 הסית צעירים לצאת להפגנה במהלכה נזרקו אבנים ובקבוקים לעבר חיילי צה"ל והונף דגל פלסטין. בנובמבר 80 נטל חלק בשביתת סטודנטים כנגד פעילות הממשל הצבאי ברמאללה. בנובמבר 80 השתתף באופן פעיל בהפרות סדר במהלכן הונחו מחסומים ונזרקו אבנים על חיילי צה"ל, ובאופן דומה פעל שוב כעבור חודש. מאז ובמועדים נוספים ושונים שפורטו בחומר הגלוי עד חודש יולי 82 מיוחס למבקש כי היה פעיל בגיוס סטודנטים לאוניברסיטת נג'אח בקרב אוהדי ארגון החז"ע (שנת 1980). הוא הסית להשבתת לימודים באותו מוסד, השמיע נאומים מטעם החזית העממית. היה ממארגני הפגנות ושביתות. בחלק ממעשי הפרות הסדר הונחו מחסומים ונזרקו אבנים על כוחות צה"ל, ואף פעם אחת לעבר אוטובוס ישראלי. באחד הכינוסים שנערך לכבוד יום הפת"ח (ינואר 82) דיבר המבקש על המהפכה והאיחוד בין כל הארגונים.

בחודש יולי 82 נעצר המבקש ובחקירתו הודה שגוייס לחזית העממית. בכתב האישום שהוגש נגד המבקש בחודש אוגוסט 82 נאמר כי החל מחודש פברואר או מרץ 81 חידש המבקש חברותו הפעילה בארגון החבלה המכונה 'החזית העממית'. כן נאמר כי המבקש נתמנה לאחראי על הפלג הפוליטי של אותו אירגון באוניברסיטת נג'אח בשכם. עוד נכתב באותו כתב אישום כי בסוף שנת 1981 גייס המבקש לאירגון שני אנשים נוספים. המבקש הודה במיוחס לו בכתב האישום. הורשע בדין ונגזרו עליו שלוש שנות מאסר לריצוי בפועל. כן הופעל במצטבר עונש מותנה בן שנתיים ושלושה חודשים שהיה תלוי נגד המבקש, כך שעל המבקש לרצות חמש שנות מאסר ושלושה חודשים, הכל לריצוי בפועל. זהו העונש אותו מסיים לרצות המבקש בימים אלה, כאמור.

בגזר דינו שהוגש לו עד המייעץ במסגרת המוצג שסומן מש / 1 ציין בית המשפט כדלקמן: 'לא עברה אלא כשנה וחצי מאז שחרורו של הנאשם מהכלא והנאשם שוב שולח ידו בפשע וביצע העבירות נשוא תיק זה. בית משפט זה פסק לא אחת כי יש להחמיר בדינם של עבריינים חוזרים שלא הפיקו את הלקח הראוי מהעונשים שנגזרו עליהם בעבר, לא עמדו בעונשי המאסר על תנאי שנגזרו עליהם וחזרו לסורם. מקרה נדיר עוד יותר הוא שהנאשם נדון כבר פעמיים בעבר בגין עבירות בטחונות ועדיין ידו נטויה והוא ממשיך להתחבר לארגון עויין ואף מוסיף חטא על פשע בגיוס אחרים.'

כזכור לגבי השלב בו שהה המבקש בכלא, נטען על ידי ב"כ המשיב כי המשיך

בהיותו בכלא בפעילות לקידום מטרות האירגון. בענין זה בשל רגישותו הגבוהה של החומר החסוי לא ניתן היה לחשוף דבר באופן גלוי פרט לכך שבחודש פברואר 85, מפיענוח פתק שניסה להבריא כלוא בשעת ביקור משפחתי עולה כי מדובר בדו"ח אודות פעילות האסירים הביטחוניים בכלא. על הדו"ח חתום כנראה המבקש... המבקש הפך לשמש כמנהיג החזית העממית בג'נין, הוא רכש מעמד זה עם הגיעו לכלא והחזיק בו עד היום. בנוסף לכך מתחילת שנות ה-80 נמנה המבקש עם הנהגת ארגון החזית העממית באזור יהודה ושומרון."

(ג) העותר טען, שאם כי השתתף בהפגנות, לא נטל מעולם חלק בפעולות אלימות ולא הסית לביצוען. הוא גם הכחיש כל פעילות בלתי חוקית בכלא.

(ד) החומר החסוי שהוגש לוועדה הצביע, לדעתה, על מעמדו הבכיר של העותר בארגון הנ"ל, על שיטות הפעולה שלו הן בתוך הכלא והן אלו שנוהלו מן הכלא וכווננו אל מחוצה לו. באכ"כ המשיב לפני הוועדה ציין, כי עובר למתן הצו נשקלה גם נקיטת אמצעי חמור פחות מן הגירוש, כגון מעצר מינהלי, אך חלופה זו נדחתה בשל כך שנוכח פעילותו הנמרצת של העותר בתוך הכלא הוכחה חלופה זו לגביו כבלתי יעילה לחלוטין.

לעניין טיבו ואופיו של חומר הראיות שהובא לפני הוועדה, היא ציינה כדברים האלה:

"מהימנות החומר נבדקה על ידינו ונבחנה שיטת איסוף החומר ומשקלו. כן בחנו את דרך עבודת המודיעין עד לגיבוש המידע. על סמך בדיקתנו ועל סמך ההבהרות שקיבלנו מנציגי השב"כ, אין אנו מהססים לקבוע כי המידע הזה אמין ומבוסס, והוא נתמך היטב בראיות העונות על דרישת טיב הראיות שיש להביא בהליך מינהלי מסוג זה, בהיותן ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות."

אחרי שהוועדה התייחסה בפרוטרוט לטענות של באכ"כו של העותר בעניין הפעלת הסמכות לפי תקנות 108 ו-112 לתקנות ודרך פעולת הוועדה, סיכמה הוועדה דעתה בדברים אלה:

"בפנינו מבקש (קרי, העותר - מ' ש') שאופי הפעילות בה היה מעורב, חלקו בכירותו ומעמדו בארגון החזית העממית, הופכים אותו לאדם שהסכנה הצפויה ממנו ומהמשך פעילותו לבטחון האיזור הנה ממשית. המבקש לא למד את הלקח מן העבר. העמדתו לדין שלוש פעמים לא הועילה. גם בהיותו בכלא הוא המשיך לפעול לקידום מטרות האירגון. החומר שהוצג לפנינו מצביע על כוונות להמשיך בפעילות מצד המבקש, על ביסוס מעמדו וקידומו מבחינת רמת בכירותו.

שוכנענו כי המבקש מעורה היטב בחוגי החו"ע, מהווה חלק מן הארגון ובעל השפעה בו. כן שוכנענו כי אין המדובר בפעולות חד-פעמיות שבוצעו על ידי המבקש אלא בפעילות בעלת אופי מתמשך לשנים. כזכור, הוגדר המבקש כמנהיג

הנשיא מ' שמגר

מטעם החז"ע בכלא, והחל מתחילת שנת 1980 הוא נמנה עם הנהגת החז"ע באיזור יהודה ושומרון.

לאחר ששקלנו בכובד ראש את טענות הצדדים שוכנענו כי שיקוליו של מפקד האיזור והנימוקים שעמדו ביסוד הוצאת הצו, היו ענייניים וניתנו במסגרת סמכותו המוגדרת בתקנה 108 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, נועדו להבטיח את שלום הציבור, בטחון האיזור וקיום הסדר הציבורי בו.

אשר על כן הגענו לכלל מסקנה כי יש הצדקה עניינית בטחונית לנקוט בצעד של גירוש נגד המבקש".

הוועדה הוסיפה והמליצה, כי מפקד האיזור ישוב ויעיין בדבריהם של העותר ושל באת-כוחו לפני הוועדה, על פיהם הסכים העותר ליטול על עצמו אף מעצר ממושך או העברה כפויה למקום מגורים אחר, בהבטיחו, כי לא יעסוק בכל פעילות אסורה, ובלבד שיימנעו מגירושו.

(ה) משהחליט המשיב ביום 1.11.87, אחרי התייעצות ביועצים לענייני משפט וביטחון, על המשך הליכי הגירוש, פנה העותר ביום 6.11.87 לבית-משפט זה.

(ו) העותר העלה בעתירתו השגות משפטיות כלליות, אשר אליהן התייחסתי לעיל. הוא הוסיף וטען נגד משקלן של הראיות שהועלו נגדו, ובעיקר נגד משמעותן האמיתית. לדבריו, עסק רק בפעילות לגיטימית וגלויה, ואין לתלות בו מעשים, שמשקלם יצדיק נקיטת צעד כה חמור, כפי שהוחלט עליו הפעם.

(ז) תגובת המדינה שהוגשה לנו, כמובא בהודעה מטעם פרקליטות המדינה, מתמצית בעיקרה בהנמקה הבאה:

"ארגוני המחבלים, לרבות ארגון 'החזית העממית' שהעותר נמנה על שורותיו, חותרים לבסס באיזור יהודה ושומרון תשתית, המכוונת לערער את הבטחון ואת שליטת כוחות צה"ל באיזור, ומטרתם הסופית היא להשתלט על האיזור כולו, ואף מעבר לכך.

על המשיב, כמפקד כוחות צה"ל באיזור, מוטלת החובה לפעול, כמיטב יכולתו, לסיכול תהליך זה ולהבטיח את הבטחון והסדר הציבורי, וזוהי אף אחת מהמטרות המרכזיות של תקנות 108 ו-112(1).

מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, סבור כי גירושו של העותר מן האיזור, יאפשר למפקד כוחות צה"ל באיזור למלא את החובה המוטלת עליו בתוקף תפקידו, ולגרום לכך כי תחדל פעילותו העויינת של העותר באיזור.

דעתו של המשיב היא כי אמצעים פחותים בחומרתם, כגון הוצאת צו מעצר מינהלי, או העמדתו של העותר לדין, אינם ישימים כלפי העותר בנסיבותיו.

שהרי, אפילו משך תקופת מאסרו האחרונה, שהתמשכה, כאמור, למעלה מחמש שנים, הפך העותר את עצם שהותו בכלא, כר נרחב לפעילות עויינת.

מעצר מינהלי מעצם טיבו נועד לסכל רעה קונקרטיה העלולה להיווצר עקב פעילותו של פלוני, או לפעול למניעתה של תופעה קצרת טווח באופן יחסי. בעוד אשר, הרעה שמעורב בה העותר היא מתמשכת, בהיותו בעל מעמד בכיר בארגון המחבלים.

לנוכח פעילותו העויינת המתמדת, מהווה העותר סיכון מתמשך, אשר סיכול אפשרי בדרך הגירוש בלבד.

(ח) בהסכמת באת הכוח המלומדת של העותר, הובאו לידיעת בית-משפט זה, בשבתו שלא בנוכחות העותר ובאת-כוחו, אותן הראיות, שהן חסויות על-פי תעודה של שר הביטחון על-פי סעיף 44 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971. שמענו, כמתחייב מסעיף 44 הנ"ל ועל יסוד הסכמתו הנ"ל של העותר, הסברים מפי באי הכוח המלומדים של המדינה ושל גורמי שירות הביטחון. בתנו, אם ניתן להוסיף ולגלות לעותר מרכיבים נוספים מתוך החומר החסוי, והודענו מסקנתנו השלילית בהחלטתנו מיום 15.2.88.

(ט) כפועל יוצא מלימוד החומר הגלוי והחסוי, גיבש בית המשפט את דעתו, כי אין לגלות כל עילה להתערבותו במסקנות העובדתיות והענייניות, שאותן הסיק המשיב ואשר אותן הסיקה הוועדה המייעצת אחריו ושעניינן האופי, ההיקף ומטרת פעולותיו של העותר ומידת הסיכון לביטחון העולה מהן. נשתכנענו, כי לפני המשיב היו ראיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות, שגם החסויות מביניהן הובאו, כאמור, לידיעתנו, מהן עולה פעילותו העקבית של העותר למען ומטעם ארגון מחבלים.

מסקנתו הברורה היא, כי המשיב יכול היה לבוא לכלל המסקנה אשר אליה הגיע.

13. בג"צ 845 / 87 : (א) עבד אל עזיז עבד אלרחמן עודה רפי'ע, יליד 1950, הוא תושב עזה.

ביום 15.11.87 הוצא לגביו צו גירוש, שבו נכללה ההנמקה הבאה:

"צו זה מוצא הואיל והנ"ל משמש מדריך רוחני של תנועת הג'יהאד האיסלמי ברצועת עזה הדוגלת במהפיכה איסלמית אלימה כדוגמת אירן, במאבק מזויין ושחרור פלסטין בדרך הג'יהאד. במסגרת דרשותיו במסגדים הוא קורא לפעול כנגד השלטון הישראלי על ידי מאבק צבאי".

מיד עם קבלת הצו נאסר העותר ונכלא בעזה. העותר פנה לוועדה המייעצת, הפועלת לפי תקנה 112(8) לתקנות הנ"ל, והדיון לפני הוועדה נתקיים ביום 19.11.87.

(ב) העותר היה מיוצג לפני הוועדה המייעצת על-ידי חמישה עורכי-דין.

בא-כוח המשיבים תיאר את פעילותו העוינת של העותר בעבר, לרבות הרשעתו בדין בחברות בהתאגדות בלתי חוקית והסתה ובקשר לפעילותו אחרי שחרורו מן הכלא, ואמר, בין היתר, כדלהלן:

"העורר שוחרר מהכלא ב-30.7.85. למרות העונש שריצה ומאסר על תנאי שעומד נגדו, הוא המשיך בפעילות דומה, דהיינו מאז יוני 85 הצטברו נגדו תלונות רבות שמפורטות בצו. הידיעות הגלויות הן כדלקמן: במאי 1986 בתפילת יום ששי לציין פתיחת הרמדאן במסגד אלקאסם נשא העורר נאום בעל אופי לאומי, במהלכו האשים את השלטונות בסכסוכים מקומיים, בהתססת הרוחות ובשתילת מרגלים אותם יש לאתר ולפעול נגדם. כמו כן הוא הזהיר שבדעת השלטונות לבצע באזור את מה שעשו בלבנון. העורר נשא את דבריו כאמם במסגד. ביוני 86 השתתף העורר יחד עם דתיים אחרים מהאיזור באופן פעיל במהומות שהיו בהר הבית בירושלים. הם היו ב-3.6.86 ביום חג דתי מוסלמי והאירוע היה אירוע ממשי שבמהלכו נפתחו תיקי חקירה, העורר לא נחקר בשלב הזה. בידיעה שהתקבלה ביולי 86 לפיה העורר נמצא עם האחרים על הג'יהאד האיסלמי בעזה. ידיעה נוספת בכיוון זה היא מאוקטובר 86, לפיה בראש פעילות הג'יהאד האיסלמי ביו"ש עומדו שלושה אחראים כאשר האחראים מעליהם הם העורר ואחיו סלמאן. אני רוצה לציין שככל שזה קשור לארגון הג'יהאד האיסלמי אגיש חומר מאוחר יותר.

ישנן שלוש ידיעות מנובמבר 86 המתייחסות לחקירתם של 3 מחברי הג'יהאד האיסלמי שנאשמו בפיגוע בחיילי גבעתי בירושלים. שלושתם מסרו בנפרד, אחד מהם ביקר בעזה את העורר לפני הפיגוע מבלי לציין קשר בין העורר לפיגוע. וכך גם ציינו השניים האחרים. ידיעה מפברואר 87 לפיה בשיעור דת שהעביר העורר במסגד ברמקול ציין, בין השאר, שיש הורים הרואים בילדיהם שזורקים אבנים פרחחים, אולם לדעת העורר אבן הינה כדור והילדים אינם פרחחים.

ידיעה ממרץ 87 המתייחסת לדרשה שנשאה על ידי העורר במסגד ב-6.2.87 בה הוא דיבר על תכנית החומש בירדן הוא דחה את התכנית בידיעה כי לפלסטיני אין צורך במימון כספי ובביסוס הכיבוש וביסוס השלטון הישראלי, אלא בחירות ובגירוש הכיבוש.

בשיעור דת ב-10.2.87, הוא הביע תמיכה באיראן ויציאה נגד עירק וישראל.

בדרשה ב-27.2.87 קרא העורר למאמינים להמשיך ולהאבק וזה כי הזדמנות לעורר מתיישבים מאמינים למאבק.

העורר דחה את הבקשות שהופנו אליו להפסיק את הפרות הסדר.

בחקירה של חשוד מרפיח בינואר 87 מסר הנחקר כי הוא גוייס לתנועה האיסלמית

המהפכנית על ידי פתחי בריג' ג'קיי שהוא אסיר שנשפט על חברותו בג'יהאד האיסלמי ואותו נחקר מסר בחקירה שפתחי התנה אותו שבמידה ויעצר יבוא במקומו העורר ועל הנחקר יהיה לתאם עם אותו עורר על ביקורי צעירים בדרשות יום ששי.

בדרשה ב-5.6.87 במסגד בבית להיה נשא העורר נאום לציון 20 שנה למלחמת ששת הימים. הוא הסית לג'יהאד קרא לשחרור ירושלים וקרא לאנשים להמשיך במאבק ולא לוותר גם אם יפגעו.

ב-9.10.87 במהלך תפילת צהריים במסגדו בעזה ביום ששי, הוא הקדיש את הדרשה לארבעה מחבלים שנהרגו בהתקלות עם כוחות הבטחון, ובין היתר, אמר בדרשה את הדברים הבאים: על המתפללים ליטול דוגמא מארבעת המחבלים שנהרגו ולצאת למאבק כמותם, על הפרט להתעלות מעל אינטרסים אישיים ולפעול נגד השלטון למען האינטרס האיסלמי כולו, על המתפללים לאמץ את הדרך למאבק מזויין גם אם יעלה הדבר בחייהם. במהלך הדרשה הופצו בין המתפללים כרוזים שכללו את תמונות ההרוגים ומסר בדומה לדברים שאמרת. אני מבקש להגיש שני כרוזים שהופצו באותו מועד, בליווי תרגום. ישנה בעיה בהגשת התרגום אבקש לוותר בשלב זה על הגשת התרגום.

הכרוזים יסומנו ת/2, ת/3.

בדו"ח חקירה מאוקטובר 87 ב-1.10.87 בדרשת הצהריים במסגדו בעזה אמר העורר כי האיסלם היא הדת הקוראת לג'יהאד. על הנוכחים לצאת ולהאבק כמצוות אלוהים. על הנוכחים להתלכד על מנת לגרש את הכובש הזר. בסוף אוקטובר 87 השתתף העורר בטקס זיכרון לשני עו"ד שנרצחו בעזה לפני מספר חודשים. השניים היו מזוהים כאוהדי הג'יהאד האיסלמי. ובטקס נשא העורר נאום בו התבטא, בין השאר, כי דם דורש דם בתמורה. בדו"ח חקירה מנובמבר 87 של נחקר מ.פ. גאלוזן באיזור רמאללה ציין הנחקר כי הוא וחברי חולייתו חברי הג'יהאד האיסלמי ביקרו אצל העורר בעזה והעורר ידע על פעולות הנחקר בג'יהאד האיסלמי.

בדרשה ב-6.11.87 במסגדו הטיף העורר קרא לאלוהים לשפוך אש על האוייבים, כי הוא תמיד נגד העריצים.

בחלק מן הידיעות שפרטתי ושארט לא ניתן תמיד לייחס את ההטפות של העורר דווקא לשלטונות הישראליים. אבל גם הטפה לפעילות אלימה והפרות סדר על רקע דתי קיצוני, לרבות פעולות נגד מי שנחשד ככופר באיסלם, וזה גם חנויות המחזיקות סרטי תועבה או נגד חתונות שנשמעות בהן מוזיקה מערבית, גם הפעולות הללו פוגעות בצורה חמורה בבטחון האיזור, שכן נעשה שימוש בנשק חם, ונגרמים גם נזקים בנפש.

בשלב הזה אבקש להגיש שני מסמכים. הראשון הוא חוות דעת מומחה של איש

שב"כ אודות הג'יהאד האיסלמי, שזוהה בנוסחה הוגשה בעבר במשפטים של חברים
בג'יהאד האיסלמי ומצויה בידי הסניגורים – וסומן ת/4.

בנוסף אבקש להגיש פרופיל אישי והתרשמות מן העורר שנערך על ידי היועץ
לענייני ערבים במינהל האזרחי באיזור על סמך החומר שברשותו, לרבות פגישה
אישית שערך עם העורר, כאמור במסמך זה מתמצת את אישיותו ופעלו של
העורר."

בא־כוח המשיבים גם הביא לפני הוועדה, נוסף לנ"ל, חומר חסוי ובו מידע מפורט על
פעילותו של העותר המסכנת את הביטחון. מידע זה גם הוצג, לאחר מכן, בהסכמת בא־כוחו
המלומד של העותר, לפני בית־משפט זה (ללא נוכחות העותר או בא־כוחו), וניתנה לגביו
החלטתנו מיום 15.2.88.

הוועדה ציינה בהחלטתה המנומקת בפרוטרוט, בין היתר, את הדברים האלה:

"המבקש מזכר כאחראי של הג'יהאד האיסלמי ברצועת עזה, ואולי אף מעבר
לאיזור זה, והוא מצטייר כמורה־דרך של אותו ארגון וכדמות בעלת השפעה בקרב
תושבי האיזור בכלל והמשתייכים לאותו ארגון בפרט. עיניהם של אלה נשואות
אליו תדיר, ולא אחת, משחרים לפתחו לשמוע מוצא פיו. את מעמדו זה רכש עקב
עיסוקיו כמרצה באוניברסיטה וכדרשן במסגד, הנושא נאומים דתיים לאומניים
קיצוניים רוויי הסתה ושיטנה נגד השלטון הישראלי, המכילים לא אחת, קריאות
למאבק אלים תוך עידוד מעשים של הפרות סדר ואף מעשי אלימות קיצוניים, כגון
רצח. אין ספק, איפוא, כי המבקש מהווה סיכון של ממש לבטחון האיזור ותושביו
וקיום הסדר הציבורי, וצו הגירוש ניתן במסגרת השיקולים המנויים בתקנה 108
לתקנות.

...

השאלה היא, האם בענייניו של המבקש נחוץ דווקא ההליך החמור ביותר והוא
הגירוש.

נוכח ה'הסטוריה' של המבקש ואישיותו – סבורים אנו כי התשובה לשאלה היא
חיובית. המבקש היה נתון בעבר להגבלות שונות בשל פעילותו ואף נשפט וריצה
עונש מאסר. אולם חרף כל זאת, לא שינה את דרכיו והמשיך בדיוק באותה דרך
שבה הלך קודם לכן, ובמשך הזמן אף הגדיל את כוח השפעתו ורכש ציבור גדול
יותר של מאמינים.

המבקש, כפי שהצטייר בפנינו, הינו בעל אישיות חזקה המאמין בכל מאודו בצדקת
דרכו, ולפיכך אין כל סיכוי כי בעתיד הנראה לעין יחדל מפעילותו המסוכנת. לא
נראה לנו כי הגבלות שיוטלו עליו יהא בכוחן כדי למנוע את המשך השפעתו
השלילית על תושבי האיזור.

גם הכנסתו אל בין כתלי הכלא (כגון במעצר מינהלי) לא תמנע השפעתו זו וקיים חשש כי דווקא במקום זה יהיה סמוך יותר אל הקיצוניים שבמאמיניו, ולשהותו בכלא תהא השפעה מסוכנת ושליילית ביותר על הנעשה בתוככי בית הסוהר ומחוצה לו.

הצעד היעיל והמתאים ביותר במקרה זה הוא, אם כן, גירושו של המבקש אל מחוץ לאיזור ולמדינה.

גם אם יהלך חופשי בארץ ניכר, ואיש לא יצר את צעדיו, עדיין תהא השפעתו המזיקה על האיזור קטנה לאין שיעור ופחות מוחשית ומיידית - מזו שבהתהלכו בקירבנו".

(ג) משדחתה הוועדה את בקשת העותר, בהמליצה ביום 25.11.87 לקיים את צו הגירוש, פנה העותר לבית-משפט זה.

קורות חייו תוארו בעתירה במלים אלה:

3"א. העותר נושא ת.ז. 92118635, יליד 1950, תושב קבע בעזה, נשוי ואב לחמישה ילדים קטינים.

ב. בשנת 1970 נסע העותר לקהיר על פי היתר משלטונות הממשל הצבאי ללימודים אקדמיים ובשנת 1975 סיים לימודיו לתואר שני בנושא השריעה האיסלמית.

ג. בין השנים 1976 עד 1981 עבד העותר כמורה בנסיכות שרג'ה שבמפרץ הפרסי.

ד. בתקופת לימודיו ועבודתו מחוץ לאיזור נהג העותר לבקר לסירוגין אצל משפחתו ברצועת עזה.

ה. בשנת 1981 חזר העותר לצמיתות לעזה מקום מושבו הקבוע. נתקבל לעבודה כמרצה בנושא השריעה האיסלמית באוניברסיטה האיסלמית בעזה, ושימש בתפקיד 'אמאם' באחד המסגדים בעזה ובמסגרת תפקידו זה נשא דרשות בתפילת ימי ששי במסגד.

ו. בחודש ספטמבר 1983 הוטל על העותר צו פיקוח לחצי שנה אשר הוארך לחצי שנה נוספת (עד ספטמבר 1984). על פי צווים אלה נאסר על העותר, בין היתר, להכנס לאוניברסיטה האיסלמית - מקום בו עבד.

ז. העותר השיג נגד הצווים. אולם, ערעורו הראשון בוטל בשל אי הופעתו. ערעורו השני נידון ביוני 1984 ונדחה.

ח. בחודש אוקטובר 1984 הוגש נגד העותר כתב אישום לבית המשפט הצבאי

הנשיא מ' שמגר

בעזה, העותר נאשם בחברות בהתאגדות בלתי מותרת (תקנה 85(1)(א) לתקנות
חירום) ובהסתה (סעיף 7 לצו בדבר איסור פעילות הסתה ותעמולה עויינת).

ט. העותר הורשע בעבירה השנייה – הסתה ופעילות כחבר והוטלו עליו 11 חודשי
מאסר בפועל מיום מעצרו ומאסר על תנאי. הוא שוחרר ממאסר בחודש יולי 1985.

י. אחרי שחרורו חזר לעבודתו באוניברסיטה האיסלמית ותפקידו כאמאם.

(ד) כאמור, הוצג כל חומר הראיות, לרבות זה החסוי, גם לפנינו.

המשיב 1, אלוף פיקוד הדרום, ציין בתצהיר שהגיש לנו:

"ההחלטה לגירוש העותר מן האיזור התקבלה לאחר שכל הגורמים השותפים
לאחריות, לבטחון האיזור, לשלומם ולממשל התקין בו, ובהם אנשי צבא ובטחון
בדרג הצבאי הבטחוני והמדיני הבכיר ביותר, נועצו ובחנו ככובד ראש את
חיוניותו של הגירוש. הכל היו משוכנעים כי מעמדו, תפקידו, ופעילותו של העותר
בתנועת הג'יהאד האיסלמי מחייבים כיום בנקיטת הצעד הקיצוני והחמור של
גירוש.

בפני הגורמים הנ"ל ובפני הונח חומר ראיות רב שהצטבר בידי גורמי הבטחון והיה
בו כדי לשכנע באופן חד משמעי, כי העותר משמש מדריך רוחני של תנועת
הג'יהאד האיסלמי ברצועת עזה, הדוגלת במהפיכה אלימה כדוגמת איראן, במאבק
מזוין ושחרור פלסטין בדרך הג'יהאד, וכי במסגרת דרשותיו במסגדים, קורא
העותר לפעול נגד השלטון הישראלי בדרך של מאבק צבאי".

הנתונים שהובאו לפנינו מצביעים באופן ברור ומשכנע על פעילות עקבית ועוינת של
העותר, והם סותרים, במישרין, את טענותיו והכחשותיו של העותר. אין אלא להסיק, כי חומר
זה היה, כדרישת הפסיקה, ברור, חד-משמעי ומשכנע.

אין לגלות כל יסוד לטענות בדבר חוסר תום-לב או שרירות שהועלו לפנינו, וניתן ללמוד מן
התהליכים שנתקיימו עד כה, כי הרשויות נהגו בשאלה, שהיא נושא עתירה זו, בזהירות,
בבדיקה יסודית ובשיקול-דעת.

איני רואה, על-כן, כל עילה להתערבותו של בית-משפט זה בהחלטתו של המשיב 1.

14. בג"צ 27/88: (א) העותר ג'מאל שאתי הינדי הוא תושב ג'נין ולומד במכללת
אל-נג'את. ביום 1.12.87 הוצא נגדו צו גירוש, אשר בו נכללה ההנמקה הבאה:

"ג'מאל שאטי יונס הינדי הינו פעיל בכיר בארגון 'אל פתח', ומוקד פעילותו
העויינת בעיר שכם בכלל ובאוניברסיטת נג'את בפרט. הנ"ל נשפט לארבע שנות

מאסר לריצוי בפועל בשל פעילותו החבלנית, היה נתון לצו הגבלה במשך שנה וחצי, וכן במעצר מינהלי במשך תשעה חודשים. בכל אותה עת המשיך בפעילות אינטנסיבית לקידום מטרות הארגון, הן בין כותלי הכלא והן מחוצה להם."

הוא פנה לוועדה המייעצת, וזו שמעה את טענות בא-כוחו המלומד של העותר ודברי בא-כוח המשיב, שהביא את הראיות ששימשו את אלוף הפיקוד בהחלטתו; חלק מן הראיות הוגשו על-ידי גורמי הביטחון ללא נוכחות העותר או בא-כוחו.

הנתונים הגלויים שהוצגו לעותר, כפי שסוכמו, לאחר מכן, בהחלטתה של הוועדה המייעצת, היו אלה:

"פעילותו העויינת של המבקש החלה עוד בשנת 1976. באותה שנה נמנה המבקש עם מספר צעירים שהסיתו תלמידים בג'נין להפגין ונפצו שמשות בית הספר. המבקש גם נמנה על מארגני הפגנות במ.פ. ג'נין.

בחודש יולי 1976 נמצא בביתו של המבקש חומר תורתי אודות ארגון 'אל פתח'. בחודש אוגוסט 1976 נעצר המבקש ונחקר. הוא הודה כי כשנה קודם לכן הוא גוייס לארגון 'אל פתח', קיבל כינוי וגייס פעילים נוספים. יחד עם חברי... (לא ברור) הוא התאמן בהנחת מטעני חבלה ואף הכין בעצמו מטען. המבקש גם ידע על הימצאות ארגו כדורי רובה בידי אחד מחבריו. באותה תקופה הוא השתתף באופן פעיל בארגון הפגנות, הקמת מחסומים, זריקת אבנים והבערת צמיגים.

על סמך חומר החקירה והודאתו של הנאשם הוא הועמד לדין, הורשע ונידון כאמור לארבע שנות מאסר לריצוי בפועל.

בחודש יולי 1980 סיים המבקש לרצות את עונשו והוא שוחרר מן הכלא. מספר חודשים לאחר שחרורו מן הכלא, באפריל 1981, היה המבקש פעיל בארגון 'שבוע פלסטין' באוניברסיטת נג'אח שאורגן על ידי 'אל פתח'.

בהפגנה שנערכה בחודש דצמבר 1981 באוניברסיטת נג'אח היה המבקש מן הפעילים הבולטים בהפגנה. במהלך הפגנה זו הונחו מחסומי אבנים וניזרקו אבנים לעבר כוח צה"ל שהגיע למקום. הפגנה דומה בה היה פעיל המבקש התרחשה באותו חודש.

במהלך החודשים מרץ, יוני 1982 שוב היה המבקש מעורב בהפרות סדר ונטל בהן חלק פעיל. במהלך תקופה זו נעצר המבקש פעמיים. מחקירת פעיל 'אל פתח' באוקטובר 1982 עלה כי המבקש עומד בראש ועדת הנוער התנדבותית של ה'פתח' במ.פ. ג'נין. בחודש ינואר 1983 נערכה חגיגת יום השנה להקמת ה'פתח' באוניברסיטת נג'אח. באותה חגיגה השתתפו כ-4,000 איש. המבקש היה בין הפעילים בארגון החגיגה. בחודש ינואר 1983 שוב נטל המבקש חלק בזריקת אבנים על כוחות צה"ל.

הנשיא מ' שמגר

ב-19.4.83 הוצא צו פיקוח מיוחד נגד המבקש לתקופה של ששה חודשים. בחודש מאי 1983 שוב היה מעורב בהפרות סדר. צו הפיקוח הראשון הוארך בששה חודשים נוספים החל מ-19.10.83 וב-19.4.84 שוב הוארך הצו בששה חודשים.

באוגוסט 1984 נמנה המבקש עם פעילי לג'נת 'אשביבה' שבמ.פ. ג'נין. בחודש אוגוסט 1985 הוצא נגד המבקש צו מעצר מינהלי לששה חודשים, אך בעקבות ערר שהוגש על ידי המבקש, קוצרה תקופת המעצר המינהלי לשלושה חודשים. עם שחרורו מן המעצר המינהלי נערכה לכבודו בחודש מאי 1986 חגיגה במהלכה הושמעו שירים בזכות 'אל פתח'. בחודש יולי 1986 נמנה המבקש עם הפעילים הבכירים של תנועת 'אשביבה' באוניברסיטת נג'את.

ב-8 בינואר 1987 במסגרת אירוע יום 'אל פתח' באוניברסיטת ביר זית היה המבקש בין הנואמים ובין שאר דבריו נשא ברכות ליום 'אל פתח'. ב-12 ביוני 1987 נעצר המבקש במעצר מינהלי למשך ששה חודשים.

בחודש יולי 1987, יום לפני הבחירות למועצת הסטודנטים, הציג המבקש את מועמדי השביבה בפני הסטודנטים באוניברסיטת נג'את וקרא להמשך הלאומנות ולהמשך המאבק, כולל המאבק המזויין. לקראת סוף אוקטובר 1987 נעצר שוב המבקש בשל מעורבותו בהפרות סדר במ.פ. ג'נין.

על פי החומר, שמו של המבקש עלה בחקירתו של חבר ועדת הנוער בג'נין כאחד מהאחראים על פעילות ה'שביבה' במ.פ. ג'נין.

עד כאן תמצית החומר הגלוי שהוצג על ידי בא"כוח המשיב. בנוסף לחומר הגלוי הנ"ל הובא לפני הוועדה המייעצת, כדבריה, חומר חסוי רב.

העותר הכחיש כל פעילות בארגון טרור וייחס את מתן הצו לכך שיש רצון לפגוע ביכולתו להביע את דעותיו הפוליטיות. אומרת על כך הוועדה המייעצת בהחלטתה מיום 27.12.87:

"ניגוד גמור לדברי המבקש ניתן למצוא בחומר הרב שהוצג לפנינו, הן בחומר הגלוי והן בחומר החסוי. לעומת הכחשתו הגורפת והכוללנית של המבקש מצאנו במכלול החומר פירוט אודות פעילותו של המבקש ומעמדו בארגון 'אל פתח'. במהלך הדיון החסוי נתקבלו הבהרות באשר לדרך בה נאסף החומר, באשר למהימנות המקורות. שוכנענו כי מקורות המידע הינם רבים ורוב פרטי המידע החשוב הוצלבו ונתקבלו ממקורות שונים. שוכנענו כי הראיות שהוצגו בפנינו עונות על הדרישה כפי שנקבעה בפסיקה בהיותן ברורות, חד משמעיות ומשכנעות (בג"צ 513/85, 514, נזאל ואח' נ. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פד"י ל"ט(3), עמ' 645). בעת בחינת החומר הבאנו בחשבון כי קשה לו, למבקש, להתגונן מפני חומר שלא מובא לידיעתו, ועל כן נהגנו משנה זהירות. משמעות קביעתנו האחרונה הינה כי דרכו של המבקש שונה לחלוטין מזו שהציג

בפנינו ועליה הסתמך בא"כוחו. מדובר באדם בעל עמדה בכירה בארגון 'אל פתח' וקשרים עם הארגון. צורת פעילותו הינה מתוחכמת. הוא נמנע מלהתמנות לתפקידים רשמיים כדי שלא להישף, אף מעורה היטב בנעשה. עיקר פעילותו היתה בנטילת חלק פעיל בארגון הפגנות והפרות סדר אלימות, במהלך חלק מהן נזרקו אבנים נגד כוחות הצבא והוקמו מחסומים. המבקש הינו בעל מעמד ובעל כוח, השפעה ויכולת להתסיס ולהוביל להפרות סדר בקנה מידה גדול יחסית, באותם מוקדים בהם הוא פעיל ומוכר.

כפי שהדבר עולה מהחומר, פעילותו של המבקש נמשכה לאורך שנים. כאמור, הוא נכלא למשך ארבע שנים בשל פעילות חבלנית. הוא היה נתון לצווי הפיקוח המיוחדים ואף נעצר במעצר מינהלי, אך לא הפסיק פעילותו העויינת. הוא המשיך בה באינטנסיביות. באחד המקרים בהם השתתף בהפרות סדר, הוא נפצע מקליע שנורה לעבר רגלו.

פעילות המבקש נמשכה עד לאחרונה ומעיון בחומר ניתן ללמוד לא רק על נחישותו לפעול ולהפעיל אחרים בדרכים אלימות לקידום מטרות הארגון במסגרתו הוא פועל, אלא ניתן לראות בו אדם שהחליט לראות בפעילות מטרת חייו. שוכנענו כי הסכנה הצפויה ממנו לעתיד הינה ממשית ומתמשכת, וזאת לא רק מפני מעמדו ההולך ומתחזק, אלא גם בשל מגוון פעילותו וסוגה שיש בה כדי להצביע על דרך מימוש המאבק המזויין בו דוגל המבקש.

לאור האמור לעיל, אין שחרר לטענות המבקש או בא"כוחו כי הצו הוצא בשל הבעת דעה פוליטית גרידא. הפעילות של המבקש והסכנה הטמונה בה לבטחון האיזור הם שעמדו ביסוד הוצאת הצו. אין צורך להרבות במילים כדי לתאר את הסכנה הנובעת מפעילות מן הסוג בו מעורב המבקש. הפגנות אלימות והפרות סדר פוגעות באורח חמור בבטחון האיזור ובקיומו של הסדר הציבורי ומונעות אבטחת שלום הציבור.

אין לנו ספק כי ביסוד הוצאת הצו נגד המבקש, עמדו שיקולי בטחון ענייניים והחלטיים.

אחרי שהוועדה המליצה להשאיר את צו הגירוש על כנו, פנה העותר ביום 12.1.88 לבית-משפט זה.

(ב) החומר, אשר עליו עלינו להשתית החלטתנו, הוא זה שהוצג באופן גלוי לפני העותר ולפני הוועדה המייעצת, כי לא נתבקשנו במקרה זה לעיין בעצמנו בראיות, שלגביהן ניתנה תעודת חיסוי לפי סעיף 44 לפקודת הראיות [נוסח חדש].

לא הוגש על-ידי העותר ערעור בדרך הרגילה המותווית בסיפא לסעיף 44 לפקודה הנ"ל, להבדיל מן הדרך של עיון על-ידי המותב הדן בעניין, המותנית בהסכמת בעלי הדין. המשמעות המשפטית של הדבר היא, כי העותר אינו יכול לחלוק כיום על עצם קיומו של הצדק לחיסוי

הנשיא מ' שמגר

הראיות (להבדיל מקיומו של הצדק למתן צו הגירוש). במה דברים אמורים. המחוקק הסמיך את שר הביטחון להעיד בתעודה בחתימת ידו, כי מסירתן של ראיות פלוניות עלולה לפגוע בביטחון המדינה. המחוקק גם פתח לפני בעל הדין הנוגע בדבר דרך כדי לנסות ולשכנע רשות שיפוטית, כי הצורך בגילוי הראיות לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש באי-גילויין, היינו, כי חיסוי הראיות בלתי מוצדק. משנמנע בעל דין מהעלאת בקשה לגילוי הראיות בדרך שהותוותה על-ידי המחוקק כדי שתידון לפני הרשות השיפוטית שהוסמכה לכך, היינו, משזנח את דרך הערעור, שנקבעה בפקודת הראיות [נוסח חדש], הרי גירסתו בדבר עדיפותם של השיקולים התומכים בגילוי הראיות מול השיקולים התומכים בחיסוים לא תוכל ממילא גם להישמע לפנינו.

(ג) בעתירתו חוזר וטוען העותר, כי אין בטענות ובראיות כדי להצדיק נקיטתו של הצעד החמור ומרחיק הלכת של גירוש.

הוא העלה טענות נגד חוקיותו של מתן צו גירוש, נושא בו דנו כבר לעיל, ונגד קיומה של הצדקה לנתינתו במקרהו הקונקרטי. תגובת המשיב שהוגשה לנו מצטטת את דברי הוועדה, שהובאו גם לעיל, ואשר לפיה:

"דרכו של המבקש שונה לחלוטין מזו שהציג בפני ועליה הסתמך בא-כוחו. מדובר באדם בעל עמדה בכירה בארגון 'אל פתח' וקשרים עם הארגון צורת פעילותו הינה מתוחכמת. הוא נמנע מלהתמנות לתפקידים רשמיים כדי שלא להיחשף, אך מעורה היטב בנעשה. עיקר פעילותו קשורה בנטילת חלק פעיל בארגון הפגנות והפרות סדר אלימות. במהלך חלק מהן נזרקו אבנים נגד כוחות הצבא והוקמו מחסומים. המבקש הינו בעל מעמד ובעל כוח, השפעה ויכולת להתסיס ולהוביל להפרות סדר בקנה מידה גדול יחסית, באותם מוקדים בהם הוא פעיל ומוכר".

(ד) העותר הלין על סדרי הדין לפני הוועדה המייעצת, אשר במסגרתם הובאו לפניו ראיות חסויות ללא נוכחותו או נוכחות בא-כוחו. על כגון דא נאמר בבג"צ 513/85, 514, בשג"צ 85 / 256 [5] הנ"ל, בעמ' 658:

"העותרים הלינו על כך שלא שותפו בידיעת החומר הסודי, שהובא לפני הוועד המייעץ, אך כפי שכבר הסביר בית-משפט זה לגבי ערכאה דומה בעמ"מ 1/80, זהו ההסדר הסביר היחיד המאזן בין שני האינטרסים, והם: מחד גיסא, קיומה של ביקורת חוזרת על שיקוליו והחלטותיו של המפקד הצבאי, ומאידך גיסא, מניעת פגיעה בביטחון המדינה על-ידי גילוי מקורות מידע סודיים. אין בכך אמנם משום הענקת הזדמנות להגיב על כל טענה עובדתית, והוועד המייעץ (או בית המשפט בנסיבות נתונות) חייבים להביא עובדה זו בחשבון שיקוליהם, כאשר הם בוחנים את המשקל או את מידת האימות החוזר של המידע; אך המחוקק לא מצא דרך סבירה ויעילה יותר כדי להגן על גילוי של מידע סודי, בנסיבות בהן הדבר חיוני, כדי למנוע נזק ביטחוני חמור, וייאמר אגב אורחא, כי הדבר נעשה לא רק בסעיף 44 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, אלא גם בהוראה הפחות ידועה,

הכלולה בסעיף 128 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ואשר גם מכוחה ניתן להגביל את הגילוי המלא של המידע."

נבחן על-ידי הוועדה גם הפעם הזאת, מהו מירב המידע שאותו ניתן להעמיד לרשות העותר בלי לפגוע באינטרסים ביטחוניים מהותיים, ואין מקום להלין בקשר לכך על הוועדה. אין בידינו להוסיף לעניין זה, כי לא בדקנו את החומר הסודי, וממילא איננו יודעים פרטיו.

לעניין בחינתו של המידע, הנני ער לכך, שבשל העדר בקשה ברוח זו מצד העותר, לא ניתנה לנו הזדמנות לעיין בחומר החסוי. מבחינתו של העותר, אין בכך, במקרה דנן, כדי לסייע בידיו: המידע הגלוי הצביע על פעילות עוינת עקבית וממושכת מצד העותר. בהעדר נתונים כלשהם בכיוון זה, אין לגלות בסיס לטענת העותר, לפיה מעשהו של המשיב יסודו בשרירות או בחוסר תום-לב, וכי המידע החסוי אינו תומך בגישת המשיב. אין כל טעם וסיבה, מדוע לא נסיק ממכלול הנסיבות הגלויות, כי המשיב מצא בראיות החסויות תמיכה מהותית בגישתו, כפי שגם סברה הוועדה שעיניה בחומר. העדר יוזמה מצד העותר כדי להעמיד את המידע הסודי במבחן הביקורת שהמחוקק קבע לכך או כדי לבקש מבית המשפט לעשות כן, יכול אך לתמוך בתיוה, שהוצגה על-ידי המשיב.

(ה) אחרי שעינינו בחומר שהובא לפנינו, בתשובת המשיב ובטענותיו לפנינו, ואחרי שנתנו דעתנו לטענותיהם של בעלי הדין, הגענו לכלל מסקנה, כי אין כל עילה להתערבות של בית-משפט זה בשיקול-דעתו של המשיב. דרך פעולתו של המשיב לעניין הפעלתה של הסמכות לפי תקנה 112 במקרה הקונקרטי שלפנינו הייתה תקינה, והנושא נבחן באופן יסודי וממצה לפני הוועדה המייעצת.

שיקוליה של הוועדה המייעצת, שהחלטתה המנומקת נפרשה לפנינו, ושיקוליו של המשיב, כפי שהם עולים מן התשובה שהוגשה לנו וכפי שהם גם מסתייעים בחומר הגלוי שהוגש לנו ומתיישבים עמו, אין בהם כדי להצביע על קיומה של עילה מבין אלה המשמשות בית-משפט זה בהפעלת סמכויותיו לפי סעיף 15(ד)(1) ו-(2) לחוק-יסוד: השפיטה.

לכסוף הערה כללית: לאור מהותו והיקפו של החומר, שביסס את החלטת המשיבים לגבי כל אחד מן העותרים, לא ראינו הפעם מקום וצורך לדון בטענה התיאורטית של העותרים, שהתייחסה לשאלה, מהי מידת הוודאות של הסיכון, הדרושה, בדרך כלל, כדי לבסס החלטה על-פי תקנה 112 הנ"ל.

15. בעת הדיון לפני הוועדה המייעצת בעניינו של העותר בבג"צ 785/87 ואף לפנינו, עלתה השאלה, אם אדם, אשר לגביו ניתן צו גירוש והמביא עררו לפני ועדה מייעצת, רשא' להביא לפני הוועדה עדים מטעמו שיתמכו בגירסתו.

באחת משיבותיה של הוועדה המייעצת הובעה ההשקפה החלטית, כי אין זכות כאמור. דעה זו איננה מקובלת עלי.

הנשיא מ' שמגר

במהלך פעולתה שומעת הוועדה המייעצת טיעונים כדרכו של כל גוף מייעץ, הבוחן שאלה שהיא בתחום סמכותו, ואשר לגביה עליו להביע דעתו ולהביא המלצתו. הוועדה גם נוהגת לשמוע את דברי המועמד לגירוש, אם הוא רוצה בכך. הדיון לפני הוועדה המייעצת אינו בגדר הליך שיפוטי, אשר בו מובאות ראיות בדרך המקובלת בבית-משפט, ומי שמייצג את הרשות הסטוטורית, אשר לה מגישה הוועדה את המלצותיה, אינו חייב להוכיח את טענותיו בדרך שבה מובאות ראיות לפני ערכאה שיפוטית. אולם, במקרה שבו עולה, מצד העורר, טענה מפורטת ומנומקת, בתום-לב לכאורה, לפיה עד פלוני עשוי לספק לוועדה מידע רלוואנטי, שיש לו נגיעה ישירה לנושא העומד לדיון לפניו ואשר עשוי לשפוך אור על השאלה הניצבת לפני הוועדה, הרי נכון תעשה הוועדה, אם תחליט לשמעו.

בדיעבד, לא מסתבר, כי העד שהזמנתו נתבקשה במקרה דנן יכול היה לסתור את חומר הראיות, שמהותו וטיבו תוארו לעיל, ולא נגרם, על-כן, עיוות הטעון תיקון, בשלב זה.

16. העותרים העלו את הטענה, לפיה צו גירוש חייב לפרט את אורך הזמן של השהייה מחוץ לאזור, המתחייבת מן הצו.

אין בנוסחה של תקנה 112 לתקנות הנ"ל כדי לתמוך בטענה האמורה. התקנה מסמיכה את המפקד הצבאי להורות בצו, בחתימת ידו, על גירושו של אדם. אגב, הנוסח של תקנה 112(7), כפי שהותקן בזמן המנדט פטר את נותן הצו אף מן החובה לפרט שמו של המגורש. מובן, שכיום אין מפעילים את הסמכות בדרך זו.

אין בתקנה הוראה בדבר משך הזמן של תוקף הצו, וכל שנאמר בנוסח המקורי של תקנה 112(3) הוא:

"A person in respect of whom a Deportation Order has been made shall remain out of Palestine so long as the order remains in force".

משמעות הדברים היא, כי האיסור על החזרה לאזור נשאר בתוקף, כל עוד צו הגירוש לא נתבטל על-ידי מי שנתן אותו.

דעתי היא, כי לפי התקנות קיימת אפשרות להעלות עניין המשך תוקפו של הצו, מחדש, על-ידי פנייה למי שנתן את הצו או אף על-ידי פנייה חוזרת לוועדה המייעצת.

תקנה 112(8) הסמיכה את הוועדה המייעצת, המתמנית לצורך תקנה 111(4) לתקנות, לדון בבקשותיו של מי שניתן לגביו צו גירוש.

תפקידה של הוועדה המייעצת הוגדר בתקנה 111(4) כדלהלן:

"The functions of any such committee shall be to consider, and make

recommendations to the Military Commander with respect to, any objections against any order under this regulation which are duly made to the committee by the person to whom the order relates".

תקנה 112(8) קובעת בהוראותיה, שהוועדה תדון בבקשתו של מי שניתן לגביו צו גירוש ותיתן המלצתה בקשר לכך. אין בנוסח האמור כדי להצביע על בדיקה חד-פעמית דווקא. יש לפרש תקנה זו, כעולה מנוסחה, באופן המאפשר פנייה חוזרת של אדם, אשר נגדו ניתן צו גירוש שעדיין בתוקף והמבקש עיון חוזר בעניינו.

גישה כזאת גם מוצאת חיזוק במגמה, המשתקפת בפסקה השנייה לסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, הדנה בנושא שונה אך קרוב במהותו לזה שלפנינו. היא גם עולה בקנה אחד עם הוראותיו של סעיף 16 לצו בדבר פרשנות (אזור יהודה ושומרון) (מס' 130), תשכ"ו-1967 האומר:

"שימוש בסמכות או חילוי חובה

16. סמכות שניתנה בתחיקת בטחון או מכוחה, או חובה בה או מכוחה, אפשר להשתמש ולחזור ולהשתמש באותה סמכות, ויש למלא ולחזור ולמלא אותה חובה, מזמן לזמן, ככל שיידרש לפי הנסיבות; והוא כשאין כוונה אחרת משתמעת".

אשר-על-כן, יש לאפשר פניות חוזרות לוועדה המייעצת גם אחרי ביצועו של צו גירוש וכל עוד הצו בתוקף.

17. סיכומם של דברים, לא נתגלו לפנינו שימוש לרעה בסמכות, חריגה מסמכות, העדר תום-לב, שרירות, הפליה פסולה או ליקויים או מומים כיוצא באלה, הפוסלים את פעולותיהם של המשיבים. לאור כלל הנתונים שנפרשו לפנינו, אין מקום להטיל ספק באמיתות טענותיהם של המשיבים ובאמינותן, ואין לשלול את היסוד המשפטי והמהותי מהחלטותיהם.

אשר-על-כן הייתי דוחה את העתירות ומבטל את הצווים שיצאו בעקבותיהן.

השופט ש' לוין: אני מסכים.

השופט א' גולדברג: אני מסכים.

המשנה לנשיא מ' בן-פורת: אני מסכימה לחוות-דעתו המאלפת של חברי הנכבד, הנשיא שמגר. אוסיף אך זאת: בפסק-דינו של חברי נזכרה ונסקרה אותה מגמה פרשנית, לפיה ראוי לפרש אמנה באופן ליבראלי ורחב, תוך התייחסות נאותה לכוונת מנסחי אותה אמנה והמטרה שביסוד כריתתה. לעניין זה צוטט קטע מדברי המלומד Starke, supra, at 511:

"...Treaties should be interpreted in the light of existing international law".

(ההדגשה שלי - מ' ב"פ).

כלל פרשני דומה מקובל אצלנו אף לגבי דברי חקיקה, לאמור: ראוי לפרש שני חוקים הדנים *"in pari materia"* באותו נושא ולשם אותה מטרה באופן אחיד, כך שתיווצר הרמוניה פרשנית נאותה, בין הוראותיהם. ראה: ע"א 75 / 303 [24], בעמ' 605; בג"צ 82 / 609 [25], בעמ' 766. מכאן דומתני, ניתן להשליך אף על הסוגיה דנן: תקנה 43 לתקנות האג, המצויה בקטע הדן ב- *"Military Authority over the Territory of the Hostile State"*, קובעת לאמור:

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

את הוראות סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית יש לקרוא (בין היתר) לאור הוראת תקנה 43 לתקנות האג הנ"ל, באופן שהאיסור הדווקני הקבוע בסעיף 49, לפי הלשון כפשוטה, לגרש אורחים יסויג לעומת החובה הקבועה בתקנה 43 הנ"ל.

אבהיר עמדתי: ניתן לגרש יחידים מתושבי אותם שטחים אל מחוצה להם, כל אימת שהמשך נוכחותם עלול לפגוע בביטחון הציבור ובסדר הציבורי בשטחים המוחזקים. אכן, כל זאת בתנאי שאין במקרה הנתון דרך אחרת חוץ מגירוש כדי לגונן על אוכלוסיית השטחים. עוד אוסיף, כי ראוי לקרוא את הוראת סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית לאור האמור בתקנה 43 לתקנות האג, באשר תקנות האג מחייבות את ישראל כחלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי, בעוד שאמנת ג'נבה אינה אלא בעלת תוקף הסכמי, ועל-כן אך מובן הוא, כי יש ליתן משקל יתר לחובת הבטחת הביטחון והסדר הציבורי בשטחים המוחזקים, הקבועה בתקנה 43.

בעתירות המונחות לפנינו אכן הוגש תצהיר מטעם המשיבים, לפיו מוצו כל האפשרויות האחרות, לרבות מעצר מינהלי, והוברר, שאין בכל אלה כדי לענות על הבעיה הביטחונית הקשורה בעותרים, וכי הדרך היחידה לפתרונה היא לגרשם אל מחוץ לשטחים המוחזקים.

כאמור, אין זו אלא תוספת לשיקוליו הממצים והמשכנעים של חברי הנכבד, הנשיא שמגר.

השופט ג' בן: 1. מצטרף אני למסקנה הסופית, שאליה הגיע חברי הנכבד, הנשיא, ביחס לעתירות אלה, אך בנקודה אחת בעלת חשיבות עקרונית נאלץ אני לחלוק על דעתו.

המדובר בפירוש הנכון של סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית (להלן - האמנה). באי-כוח

העותרים ביקשו מאתנו לעיין שוב בסוגיה זו ולשקול מחדש את הטענה, שהושמעה לא פעם בעבר, שגירוש תושבים, המתגוררים דרך קבע בשטחים המוחזקים על-ידי צה"ל, אל מעבר לגבולות אותם שטחים לתוך הטריטוריה של מדינה אחרת, אכן נוגד את הוראות סעיף 49 הנ"ל של האמנה.

2. ההחלטה המנומקת, שבה נקבע מפורשות, שגירוש אדם משטחי יהודה, שומרון וחבל עזה לאחת המדינות השכנות, מטעמים של דאגה לביטחון המדינה, בתוקף סמכותו של המפקד הצבאי על-פי תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), אינו נכנס למסגרת המעשים שסעיף 49 לאמנה חל עליהם, ניתנה בפסק-דינו של הנשיא זוסמן בבג"צ 97 / 79 [2].

בעתירות מאוחרות יותר, שבהן הועלתה נקודה זו מחדש על-ידי באי-כוח העותרים, הסתפק בית המשפט באיזכור פסק הדין בבג"צ 97 / 79 [2] הנ"ל, תוך הבעת הסכמה עם ההלכה שנקבעה שם (ראה לדוגמה פסק הדין בבג"צ 85 / 513, 514, בשג"צ 85 / 256 [5], בעמ' 650-659, המצוטט בהרחבה בחוות-דעתו של חברי הנכבד הנשיא).

אולם קרה גם שבית המשפט החליט להשאיר את הנקודה ב"צריך עיון". כך, בבג"צ 80 / 698 [3], סקר הנשיא לנדוי את הטענות השונות בסוגיה זו, והחליט שלא לנקוט עמדה לגביהן בקובעו, בעמ' 627: "... 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 הדן על-פי הדין הפוזיטיבי של מדינת הדיון" (לנימוק אחרון זה עוד אתייחס להלן). אין דעתי עומדת, איפוא, בניגוד לקביעותיו של השופט לנדוי בבג"צ 80 / 698 [3], ונאלץ אני לחלוק על הדעה שהובעה בנקודה זו בבג"צ 97 / 79 [2] בלבד. יוזכר, כי באותו פסק-דין בבג"צ 80 / 698 [3] ניתנה גם דעת מיעוט מפי השופט ח' כהן, אשר סבר, כי מן הדין לעשות את הצו-על-תנאי להחלטי ולראות את צו הגירוש כבטל.

3. לפני שאבהיר את עמדתי בעניין זה, וכדי להקל על המעקב אחרי ההנמקות לכאן ולכאן, מן המועיל להביא כאן את נוסח החלקים הרלוואנטיים של הסעיף 49 האמור וכן את הנמקות של הנשיא זוסמן בבג"צ 97 / 79 [2], שנתבקשנו על-ידי העותרים להסתייג ממנה.

שני הקטעים הראשונים של סעיף 49 קובעים לאמור:

"Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive.

Nevertheless, the Occupying Power may undertake total or partial evacuation of a given area if the security of the population or imperative military reasons so demand. Such evacuations may not involve the

displacement of protected persons outside the bounds of the occupied territory except when for material reasons it is impossible to avoid such displacement. Persons thus evacuated shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased".

ועל-פי הנוסח העברי:

"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.

אף על פי כן, רשאית המעצמה הכובשת לקבל על עצמה את פינוי השלם או החלקי של אזור מסויים, אם בטחון האוכלוסיה או שיקולי הכרח צבאיים ידרשו זאת. פינוי כזה אסור לו שיגרור עקירתם של מוגנים מעבר לגבולות השטח הנכבש, אלא אם כן אי אפשר, מסיבות של ממש, למנוע את עקירתם. האנשים שפונו כך יוחזרו לבתיהם מיד לתום פעולות האיבה באותו שטח".

"אנשים מוגנים" כמובן האמנה (על-פי ההגדרה המצויה בסעיף 4 לאמנה) הינם "אלה המוצאים את עצמם – באיזה זמן שהוא ובאיזו דרך שהיא – בשעת סכסוך או כיבוש – בידי אחד מבעלי הסכסוך או בידי אחת המעצמות הכובשות, והם אינם אזרחיו של אותו בעל סכסוך או אזרחיה של אותה מעצמה כובשת".

ולהלן הנמקתו של הנשיא זוסמן בבג"צ 79 / 97 [2]. בעמ' 316–317, לביסוס הדעה, כי גירוש אנשים, המסכנים את ביטחון האזור, על-פי תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), מצוי מחוץ לתחום המכוסה על-ידי הסעיף 49 הנ"ל:

"אף לא מצאתי ממש בטענה, כי השימוש בתקנה 112 הנ"ל עומד בסתירה לסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית מאוגוסט 1949 בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה. אמנה זו באה, כמו שמבאר Dr. Pictet בקומנטר אשר כתב על האמנה (בע' 10), כדי להגן על האזרח בפני מעשה שרירותי (arbitrary action) של הצבא המחזיק, ומטרתו של סעיף 49 הנ"ל היא למנוע מעשים, כדוגמת מעשי הזוועה, שנעשו על-ידי הגרמנים במלחמת העולם השנייה, שבמשכה גורשו מליונים של אזרחים מבתיהם למטרות שונות, בדרך כלל לגרמניה כדי להעבידם בעבודת כפייה עבור האוייב וכן גורשו יהודים ואחרים למחנות ריכוז לצורך עינויים והשמדה.

ברור, כי האמנה הנ"ל אינה גורעת מחובתה של המעצמה המחזיקה לדאוג לשמירת הסדר הציבורי בשטח המוחזק, המוטלת עליה בסעיף 43 לאמנת האג משנת 1907, וגם לא מזכותה לנקוט באמצעים הדרושים לשם בטחונה היא, ראה Pictet, Humanitarian Law and the Protection of War Victims, בע' 115.

השופט ג' בך

הנאות לסעיפי האמנה. גם אמנת וינה, שעליה הסתמך פרופ' קרצ'מר בהקשר זה, אינה סותרת אפשרות זו, שכן נקבע בסעיף 31 לאמנה זו לאמור:

"A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose".

ובנוסח העברי:

"אמנה תפורש בתום-לב, לפי המשמעות הרגילה שיש ליתן למונחי האמנה בהקשרם ולאור נושאה ומטרתה".

בנקודה זו איני חולק כלל על דעתו של הנשיא הנכבד, ורוב האסמכתאות המצוטטות בחוות-דעתו מקובלות גם עלי.

אולם אינני מוצא כל ניגוד בין "תפיסה היסטורית" זו ובין מתן פירוש רחב לסעיף הנדון.

פשעי הנאצים בשטחים הכבושים על-ידי הצבא הגרמני הבליתו את הצורך בקבלת אמנה להגנה על אוכלוסיה אזרחית והיוו מעין מנוף (מעין "trigger") לחיבורה. אך אין עובדה זו סותרת כלל את התיזה, שכאשר באו לחבר אותה אמנה, החליטו המחברים לנסחה בצורה רחבה, ובאופן אשר ימנע, בין היתר, לחלוטין גירוש תושבים מאותם שטחים לתוך המדינה הכובשת או למדינה אחרת.

נוסח הסעיף, גם בהדבק הדברים ועל רקע האמנה בשלמותה, אינו סובל, לדעתי, את הפירוש, לפיו מכוון הוא למנוע אך ורק מעשים כגון אלה שבוצעו על-ידי הנאצים מטעמים גזעיים, אתניים או לאומיים.

אל לנו לסטות, בדרך הפרשנות, ממובנן הברור והפשוט של מלות החיקוק, כאשר לשון הסעיף היא חד-משמעית, וכאשר הפירוש הלשוני אינו עומד בסתירה למטרת החיקוק ואינו מביא לתוצאה בלתי הגיונית או אבסורדית.

ג) הקטע השני של סעיף 49 תומך בפירוש הנ"ל. כאן מתירה האמנה פינוי אוכלוסין בחוץ השטח, היינו ממקום אחד לשני בשטח הכיבוש, אם הדבר נחוץ להבטחת ביטחון האוכלוסין או חיוני למטרות צבאיות. ללמדנו, כי מחברי האמנה היו ערים לצורך להבטיח אינטרסים ביטחוניים, והתירו למטרה זאת אף פינוי אוכלוסין בתוך השטח הכבוש. העובדה, שבקטע הראשון לא הוכנס סייג זה, היינו, לא הותר גירוש תושבים מעבר לגבול ממניעים ביטחוניים, אימרת דרשני.

ד) גם העיון בסעיפים נוספים של האמנה מלמד על מודעות המחברים לצורכי הביטחון של המדינה הכובשת ומחוקק בעקיפין את הפירוש הרחב הנ"ל של סעיף 49.

כך קובע הרישא של סעיף 78 לאמנה לאמור:

"If the Occupying Power considers it necessary, for imperative reasons of security, to take safety measures concerning protected persons, it may, at the most, subject them to assigned residence or to internment".

בנוסח העברי:

"היתה המעצמה הכובשת סבורה שיש צורך, מטעמי הכרח של בטחון, לנקוט אמצעי בטחון כלפי מוגנים, רשאית היא, לכל היותר, לייחד להם מקום מגורים או לעצרם".

נראית לי טענתו של פרופ' קרצ'מר, לפיה יש לקרוא את הסעיפים 78 ו-49 ביחד וללמוד מהם כדלהלן: במקרה שצפויה סכנה ביטחונית מאדם, מותר, לכל היותר, להגביל את חופש תנועתו בתוך השטח ולעוצרו, אך אין לגרשו למדינה אחרת.

רעיון זה מובע גם על-ידי Pictet, *Commentary, supra*, at 368, שם דן המחבר בסעיף 78 לאמנה, וקובע:

"It will suffice to mention here that 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 itsele".

מסקנה דומה עולה גם מעיון בסעיפים 35 ו-48 לאמנה.

ברישא של סעיף 35, אשר דן בגורלם של "זרים בשטחו של אחד מבעלי הסכסוך", נאמר:

"All protected persons who may desire to leave the territory at the outset of, or during a conflict, shall be entitled to do so, unless their departure is contrary to the national interests of the State".

ובנוסח העברי:

"מוגנים הרוצים לצאת את השטח, אם בראשית הסכסוך ואם בהמשכו, יהיו זכאים לעשות כן, חוץ מבמקרה שיציאתם היא בניגוד לטובתה הלאומית של המדינה".

בג"צ 27/88, 845, 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית; רפיע ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה ואח'; הינדי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון

השופט ג' בן

סעיף 48 לאמנה מכיל הוראה מקבילה ביחס לאנשים מוגנים המצויים בשטח נכבש, ונקבע בו לאמור:

"Protected persons who are not nationals of the Power whose territory is occupied, may avail themselves of the right to leave the territory subject to the provisions of Article 35..."

ובנוסח העברי:

"מוגנים שאינם אזרחיה של המעצמה, ששטחה נכבש, רשאים להשתמש בזכות לצאת מאותו שטח, תוך כפיפות להוראות סעיף 35..."

שוב ניתן להבחין בעירנות לצורך לאפשר נקיטת אמצעים המיועדים להגן על אינטרסים של המדינה הכובשת. לקידום אינטרס כזה מותר למנוע את יציאתו של אדם מהשטח הכבוש. בולט העדרה של הוראה דומה ביחס להתרת גירושו של אדם מעבר לגבולות השטח למטרה דומה, וזאת במיוחד לאור צמידותם של הסעיפים 48 ו-49.

אותה מסקנה מתבקשת מעיון בסעיף 5 לאמנה, והפעם המדובר במפורש במרגלים ובמחבלים. בקטע השני בסעיף 5 הנ"ל, נאמר:

"Where in occupied territory an individual protected person is detained as a spy or saboteur, or as a person under definite suspicion of activity hostile to the security of the Occupying Power, such person shall, in those cases where absolute military security so requires, be regarded as having forfeited rights of communication under the present Convention".

ובתרגום העברי:

"נעצר אדם בשטח כבוש, כמרגל או כמחבל או כחשוד חשד של ממש בפעולה לרעת המעצמה הכובשת, יהיו רואים אותו אדם, מקום שהבטחון המוחלט מחייב את הדבר, כאילו הפסיד את זכויות הקשר שלו לפי האמנה הזאת".

זכויות ההתקשרות של אנשים מוגנים על-פי האמנה כוללות את הזכות להתקשר עם משפחותיהם (ראה סעיף 25 לאמנה), הזכות להתקשר עם הצלב האדום וארגונים אחרים (ראה סעיף 30 לאמנה) והזכות למגע חופשי עם עורך-דין (ראה סעיף 72 לאמנה).

עינינו הרואות, כי ניתן לשלול על-פי האמנה את זכותם של מרגלים ומחבלים בדרכים שונות, אם הדבר נחוץ מטעמי ביטחון, אך חרף עירנות מנסחי האמנה לצורכי הביטחון של המעצמה הכובשת, אין אף סעיף מסייג את האיסור הגורף שבסעיף 49, ואין רמז לזכות לגרש אנשים כנ"ל למדינה אחרת.

הסעיפים הנ"ל של אמנת ג'נבה משלימים את הוראות תקנה 43 לתקנות האג, המטילה על המעצמה הכובשת את החובה להבטיח את הסדר הציבורי ואת שלום הציבור בשטח הכבוש, בה שמצביעים הם על האמצעים שמוותר להשתמש בהם לשם מילוי חובה זו. מכל מקום, אין בתקנה 43 לתקנות האג דבר העומד בסתירה לפירוש הפשוט והרחב המוצע לסעיף 49.

ה) ניכרת באמנה מגמה די ברורה: מותר להגביל את חופש תנועתו של "האדם המוגן" ומותר אף לעוצרו ללא משפט, אם הדבר נחוץ כדי להגן על ביטחון הציבור או על אינטרס חיוני אחר של המדינה הכובשת, וזאת בנוסף לאפשרות להעמידו לדין, להענישו ואף לדונו למוות. אך אין לגרש את "האדם המוגן", שכן ברגע שבוצע הגירוש למדינה אחרת, אין למדינה הכובשת עוד שליטה עליו כלל, והוא חדל איפוא להיות "אדם מוגן".

ו) כמעט כל המלומדים שותפים לדעה, כי הפירוש הרחב הנ"ל של סעיף 49 לאמנה הוא אכן הפירוש המתבקש. כך בעמ' 279 ל-Commentary הנ"ל על האמנה, אומר Pictet, בקשר לרישא של סעיף 49:

"The prohibition is absolute and allows of no exceptions, apart from these stipulated in paragraph 2".

אותה דעה הובעה גם מספר פעמים ובאופן עקבי בישראל על-ידי המלומד פרופ' דינשטיין. במאמרו, תחת הכותרת "התנחלויות וגירושים בשטחים המוחזקים" עיוני משפט 1 (תשל"ט-תש"ם) 188, מותח פרופ' דינשטיין ביקורת נוקבת על פסק הדין בבג"צ 97/79 הנ"ל, ותוך הסתמכות על נוסח הסעיף 49 לאמנה כותב הוא, בין היתר, בעמ' 193, לאמור:

"אין חולק על כך, שפיסקה זו נוסחה על רקע הנסיון המר של מלחמת-העולם השנייה. אולם בה במידה ברור בעליל, כי הפיסקה מנוסחת בלשון של איסור מוחלט שאין לו כל חריג. סייג המבוסס על סדר צבאי וביטחון האוכלוסייה האזרחית מופיע אמנם בסעיף 49. אך הדברים אמורים לא בפיסקה הראשונה (העוסקת בגירוש-הגלייה אל מחוץ לטריטוריה הכבושה) אלא בפיסקה השנייה (המתייחסת לפינוי זמני, שיכול ואף צריך להעשות בתוך הטריטוריה הכבושה)".

כמו כן נדונה שאלת סמכות הגירוש והפינוי בשטחים מוחזקים בספרו של פרופ' דינשטיין דיני מלחמה (שוקן ואוניברסיטת תל-אביב, תשמ"ג). בעמ' 225 בספר הנ"ל מזכיר פרופ' דינשטיין את סעיפי האמנה (כגון סעיף 35), המאפשרים הגבלת חופש תנועתם של תושבי השטחים הכבושים לצורך ההגנה על אינטרסים מסוימים של הכובש, ומוסיף:

"המצב שונה שעה שהציאה - או, ליתר דיוק, ההוצאה - מן השטח הכבוש נעשית בכפייה. סעיף 49 של ההסכם מבחין בין גירוש (deportation) לבין פינוי (evacuation). גירוש הנו העברה שבכפייה של אזרחים - על בסיס אינדיבידואלי או קולקטיבי - מן השטח הכבוש אל השטח של המדינה הכובשת או של מדינה אחרת (בין אם היא כבושה ובין אם לאו). גירוש אסור ללא סייג ובלתי להתחשב במניעים".

השופט ג' בן

וכן ראה Y. Dinstein, "The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights" 8 *Israel Yearbook on Human Rights* (1978), 104, 123

פירוש זה של סעיף 49 לאמנה זוכה, כאמור, כמעט להסכמה כללית, והוא מקובל גם עלי.

6. חברי הנכבד, הנשיא, מנסה להראות, בעזרת דוגמאות אחדות, כי הפירוש המילולי הפשוט של סעיף 49 יביא לתוצאות שהדעת אינה סובלתן. עם כל הכבוד, אינני סבור שיש באף אחת מהדוגמאות האמורות כדי להוביל למסקנה זו.

כך מזכיר חברי הנכבד הנשיא את פסק הדין של בית המשפט העליון בארצות-הברית בעניין *Ex parte Quirin* [27], אשר דן בסוכנים גרמניים שחדרו לתוך ארצות-הברית במשימת ריגול ונידונו בשל כך למוות. ברור, שהמקרה ההוא עצמו אינו רלוואנטי לענייננו, שכן לא היה מדובר שם בשטח כבוש אלא בטריטוריה של ארצות-הברית עצמה, ולא התעוררה שם שאלה של גירוש. הנשיא ער לכך, אך מעלה הוא בעניין זה את המחשבה הבאה:

"המעשה אירע בשטחה של ארצות-הברית; לו אירע כדוגמתו בשטח מוחזק ואחרי 1949, והיו מחליטים שלא להוציא את המחבלים להורג אלא לגרשם חזרה בין במסגרת חילופין ובין בדרך אחרת, הייתה מבוצעת בכך, כביכול, הפרה חמורה של האמנה הרביעית."

קשה לראות, איך אפשרות היפותטית זו יכולה לסייע בידי הנמקתו של חברי הנכבד. נניח באמת, כי מרגלים נגד ארצות-הברית היו נתפסים לאחר 1949 בשטח הכיבוש האמריקני. אם נניח עוד, שהיה צפוי עונש מוות לאותם אנשים, אזי יש להניח, שהללו היו ברצון מסכימים להיות מועברים לארץ אחרת כדי להציל את חייהם, ושום דבר באמנה אינו מונע העברת אנשים מוגנים, מרצונם, לארץ אחרת. רק גירוש בכפייה נאסר. אך אם אף נדמין לעצמנו, כי מסיבה זו או אחרת לא היו אותם תושבים גרמנים מסכימים לעזוב את הטריטוריה הכבושה, אזי באמת לא יכלו רשויות ארצות-הברית לגרשם בעל-כורחם לארץ אחרת (אם ייקבע כי הם "אנשים מוגנים"), בלי להפר את האמנה. לו, לדוגמה, היה נתפס בשטח הכיבוש האמריקני בגרמניה מרגל בעל אידיאולוגיה קומוניסטית, אזי ניתן היה לעצרו ולהענישו בכל דרך חוקית אפשרית, אך לא ניתן היה, על פי האמנה, לגרשו, בכפייה, אף לגרמניה המזרחית, או לברית המועצות או לארץ קומוניסטית אחרת. למיטב ידיעתי, גם לא נעשה אי פעם ניסיון כזה. מכל מקום, אינני מוצא כל דבר בלתי מתקבל על הדעת או אבסורדי בתוצאה זו.

עוד מסתמך חברי הנכבד, הנשיא, על הנימוק, שלאור הנוסח הגורף של סעיף 4 לאמנה, בו כלולה הגדרה של המונח "אנשים מוגנים" על-פי האמנה, הרי יוביל הפירוש המילולי של סעיף 49 אל המסקנה, כי לא ניתן לגרש אף מחבלים אשר יסתננו לתוך השטח שלא כדין בעת הכיבוש, וכן לא תתאפשר הסגרתם של פושעים מהשטחים למדינות אחרות על-פי הסכמי הסגרה.

השופט ג' בן

הקושיה בדבר המסתננים עשויה להתעורר עקב קושי מסוים בפרשנותו של סעיף 4 לאמנה, אשר אינו חופשי מאי-בהירות. כך, כאשר נאמר באותו סעיף 4, כי "מוגנים על ידי האמנה הזאת הם אלה המוצאים את עצמם... בשעת סכסוך או כיבוש... בידי אחת המעצמות הכובשות..." "find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the (conflict or Occupying Power...)" (ההדגשות שלי - ג' ב'), הרי יש אולי מקום לטענה, שהכוונה היא לאנשים אשר עקב סכסוך מזוין או לוחמה בין מדינות נקלעו למצב, שבו הם מוצאים את עצמם, בעל כורחם, בידי אחד הצדדים לסכסוך או בידי הכוח הכובש, ואילו אנשים, אשר לאחר מכן חודרים לתוך אותו שטח עם כוונות זדוניות, אינם נכללים באותה הגדרה. אם וכאשר סוגיה זו תתעורר במקרה מוחשי, יהיה צורך לפתרה על-ידי מתן פירוש נאות לסעיף 4 לאמנה, אך אין בכך, לדעתי, כדי לעורר ספקות ביחס לפירוש הסעיף 49. במקרה שלפנינו הקושי האמור, מכל מקום, אינו קיים, שכן העותרים הינם לכל הדעות תושבי קבע בשטחים שהינם בשליטת צה"ל, ואם האמנה הנדונה חלה על אותם שטחים, הרי הם כלולים ללא ספק בהגדרה של "אנשים מוגנים".

הוא הדין לגבי בעיית הסגרת פושעים. השאלה, באיזו מידה הסכם הסגרה בין מדינות הינו בר-ביצוע ביחס לאנשים המצויים בשטחי כיבוש של המדינות השותפות להסכם, הינה סבוכה ומורכבת כשלעצמה, ותהא התשובה עליה אשר תהא, אין בה כדי להשליך על הפרשנות של סעיף 49. מכל מקום, אם ייקבע, כי אכן ניתן להסגיר אנשים שהינם תושבי שטחים כבושים על-פי חוק ההסגרה, תשי"ד-1954, וההסכמים שנחתמו על פיו, הרי הייתי מגיע ביחס לאפשרות הסגרתם הלכה למעשה של הנוגעים בדבר, לאותה מסקנה סופית אליה מגיע אני ביחס לעותרים, אשר נגדם הוצאו צווי גירוש על-פי תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), כפי שיפורט להלן.

7. חרף האמור לעיל מסכים אני לדעת חברי הנכבד, הנשיא, כי עתירות אלה דינן להידחות. אמנם רואה אני צורך להסתייג מההלכה שנקבעה בבג"צ 79 / 97 [2] הנ"ל, בעניין פירוש הסעיף 49 לאמנה. אך, לעומת זאת, אינני מוצא עילה כדי לסטות מההלכה, שנקבעה ואושרה במספר ניכר של פסקי-דין, ואשר לפיה המדובר בסעיף 49 לאמנה הוא בהוראה של המשפט הבינלאומי ההסכמי בלבד, להבדיל מהוראה של המשפט הבינלאומי המינהגי, והוראה כזו אינה מהווה חוק מחייב ואינה יכולה לשמש בסיס לעתירת אורח פרטי לערכאות המשפט.

דיעה זו, שלובנה בבג"צ 78 / 606, 610 [1], בעמ' 120, 127, על-ידי השופט ריתקון ועלי-ידו מ"מ הנשיא (כתוארו אז) לנדוי, ואושרה בין היתר, כפי שהראינו לעיל, על-ידי הנשיא לנדוי בבג"צ 80 / 698 [3]. מושרשת היטב בפסיקה של בית-משפט זה.

אזכיר גם את פסקי-דינו של השופט ברק בבג"צ 82 / 393 [17], בו מוסבר, בעמ' 793, האופן הדקלרטיבי, ומשום כך המחייב, של תקנות האג, ובו נאמר בהמשך:

"לא כן אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, שאפילו היא חלה על תפיסתה הלוחמתית של ישראל ביהודה ושומרון - ושאלה זו נתונה למחלוקת

חריפה ולא נביע בה כל עמדה... – הרי היא בעיקרה אמנה קונסטיטוטיובית, אשר
אינה מאמצת מנהגים בינלאומיים קיימים, אלא יוצרת נורמות חדשות, אשר לשם
תחולתן בישראל יש צורך במעשה חקיקה...".

זה לא מכבר דנו מחדש בכלל, שאין תוקף מחייב לאמנה בינלאומית הסכמית במישור
הלאומי, כל עוד לא אומצה על-ידי המחוקק המקומי, ואישרנו את ההלכה הקיימת בנדון (ראה
ע"א 82 / 580, 626 [26], בעמ' 314).

נראים לי בהקשר זה דבריו של הנשיא לנדוי בבג"צ 80 / 698 [3] הנ"ל, שבהם מביע הוא את
דעתו, בעמ' 626, שאם יש לפרש את האמנה כך שיש בה משום איסור על גירוש של יחידים לשם
שמירה על ביטחון השטח המוחזק, אזי אין הוראה זו מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי,
אלא לכל היותר תוספת לכללים הבינלאומיים ההסכמיים.

הנשיא לנדוי הפנה בהקשר זה אל ספרו של G. Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory* (Minneapolis, 1957), שם נאמר:

"The 1949 Convention has resulted in most valuable additions to the
coventional law of military occupation, such as treatment of civilians,
deportation...".

(ההדגשות שלי – ג' ב').

בנקודה זו מצטרף אני גם להנמקתו של חברי הנכבד הנשיא בפסק-דינו בעתירות דנן.

8. אוסיף עוד, כי אינני מוצא אף מקום להתערבותנו בהחלטות המשיבים בעניין זה, למען
הצדק.

אכן דעתי היא, כאמור, כי פורמאלית נכלל גירוש העותרים במסגרת המעשים שסעיף 49
לאמנה חל עליהם, אך עם זאת סבור גם אנוכי, כי לא מניעת מעשי גירוש כאלה הייתה מטרתם
העיקרית או הדומיננטית של מנסחי האמנה.

לא התעלמתי מכך, שנציגי המדינה הצהירו לא פעם לפני בית-משפט זה, כי בדעת הממשלה
לכבד, כמדיניות, את ההוראות ההומניטאריות של האמנה.

הנשיא לנדוי הביע את דעתו בבג"צ 80 / 698 [3] הנ"ל, בעמ' 627–628, כי "החלטתה של
ממשלת ישראל לקיים למעשה את ההוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה הרביעית (ראה
מאמרו של M. Shamgar, "The Observance of International Law in the Administered Territories" *I Israel Yearbook on Human Rights* (1971) 262
שאינה נוגעת למישור המשפטי, שבו על בית-משפט זה לעסוק", אך סבורני, עם כל הכבוד, כי

קביעה זו הינה גורפת מדי. זוהי הצהרת מדיניות המחייבת ככלל את הממשלה, וייתכנו מקרים, שבהם, במסגרת של כללי המשפט המינהלי, נורה לממשלה לכבד את התחייבותה זו.

אולם כל מקרה ייבחן כאן על-פי נסיבותיו, ולהבדיל מפרשנות חוקים ואמנות, המחייבת לעתים דבקות נוקשה במשמעותם של מלים ומונחים, הרי מסור בידי בית המשפט שיקול-דעת גמיש ורחב, כאשר בא הוא לבחון הצהרה בדבר מדיניות הממשלה על-פי תוכנה ורוחה.

אין להתעלם מכך, כי אמנת ג'נבה הרביעית בה עסקינו מכילה הוראות מגוונות, אשר בחלקן הגדול הינן אכן הומניטאריות במהותן, אך בחלקן הן בעלות תוכן ציבורי ומינהלי, ויש באמנה גם סעיפים, אשר רק בחלקם ניתן לכנותם כבעלי אופי הומניטארי. הסעיף 49 לאמנה הינו אמנם בעיקרו בעל אופי הומניטארי, אך נראה, כי היבט זה אינו הדומיננטי, כאשר בא הוא, בשל נוסחו הגורף, למנוע את גירושם של אנשים אינדיווידואליים, אשר מוחלט על הרחקתם בשל עיסוקם השיטתי בהסתת תושבים אחרים למעשי אלימות ובשל היותם מהווים סיכון חמור לשלום הציבור.

במאמרו של שמגר - M. Shamgar, "The Observance of International Law in the Administered Territories" 1 *Israel Yearbook on Human Rights* (1971) 262, 263 נאמר:

"Humanitarian law concerns itself essentially with human beings in distress and victims of war..."

אין הגדרה זו תואמת את גירושם של חברים בארגוני חבלה לאחת הארצות השכנות.

מכל מקום, כאשר המדובר באנשים, אשר לגביהם מתמלאים האלמנטים של תקנות 108 ו-112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), הווה אומר, שהוכח כי גירושם דרוש לשם הגנה על שלום הציבור ועל ביטחון האיזור, הרי לא הייתי מציע, כי נשתמש בסמכותנו במישור המשפט המינהלי כדי להורות למשיבים להימנע מביצוע גירושם של העותרים אך ורק בשל הצהרתה של המדינה, כי ככלל בדעתה לכבד את ההוראות ההומניטאריות של האמנה.

יצוין ויודגש עוד בהקשר זה, כי אף באי-כוח העותרים לא טענו לפנינו, כי יש לעשות את הצווים-על-תנאי להחלטיים בשל ההצהרה האמורה של המדינה בלבד, אם תידחה טענתם, שהאמור בסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית מבטא חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי המחייב.

אין איפוא מקום להתערבותנו גם מבחינת השיקולים הכלליים האמורים.

9. לאור האמור לעיל, ומאחר שמסכים אני גם לאותם חלקים בחוות-דעתו של הנשיא המתייחסים להיבטים העובדתיים של העתירות, מצטרף אני למסקנה, שאליה הגיע חברי הנכבד בפסק-דינו לגבי גורלן של עתירות אלה.

ניתן היום, כ"ג בניסן תשמ"ח (10.4.88).