

בג"צ מס' 785/87
בג"צ מס' 845/87
בג"צ מס' 27/88

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

נגד

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית בג"צ 785/87

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 בג"צ 845/87

ג'מאל שאתי הינדי

נגד

מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון 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' לוי**, **ג' ברך**, **א' גולדברג**

[\[תקנות ההגנה שעת חירום\]](#), 1945, ע"ר תוס' 2, (ע) 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, כ"א 1, עמ' 559, סעיפים 4, 5, 25, 30, 34, 35, 48, 49, 149(1), 249(2), 51, 72, 78, 78(2), 147 - [\[חוקת בית-הדין הבינלאומי\]](#), כ"א 1, עמ' 237, סעיף 138(ב) - [\[חוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם\]](#), תש"ו-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 דיכוי מעשים בלתי חוקיים נגד בטיחות התעופה האזרחית, כ"א 22, עמ' 489 - [\[חוק המכר \(מכר טובין בין-לאומי\)\]](#), תשל"א-1971, ס"ח 42 - אמנה בדבר חוק אחיד למכר טובין בין-לאומי, כ"א 22, 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, ס"ח 290 - [\[חוק מעמד ארגונים](#)

= 5 =

[\[בין-לאומיים\]](#), 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), 15(ד), 15(ד) - צו בדבר פרשנות (אזור יהודה והשומרון) (מס' 130), תשכ"ז-1967, קמ"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 לשונו, 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 בעינינו.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. (1) כללי פרשנות המיושמים בשיטת משפט פליונית 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 לכריתת 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).

= 6 =

- (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 לשם יישוב מחלוקות תלויה ברצון החופשי של המדינות (19 ז-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, 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 (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 אכזריים 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, כי חוקיות השהות בשטח אינה רלוואנטית, וכי די בעובדת ההימצאות הפיסית 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 מכונן לגירושים המוניים ושרירותיים אין במילים 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 ז-ו).
- 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 מכונן להיות טוטאלי, גורף וללא סייג - "ויהי המניע מה שיהיה" (70 ה-ו).
- (2) נוסחו של סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, גם בהדבק הדברים ועל רקע האמנה בשלמותה, אינו סובל את הפירוש, לפיו מכונן הוא למנוע אך ורק מעשים כגון אלה שבוצעו על-ידי הנאצים מטעמים גזעיים, אתניים או לאומיים (76 ד-ה).
- (3) אין לסטות, בדרך הפרשנות, ממובן 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) ניכרת באמנת ג'נבה הרביעית מגמה ברורה: מותר להגביל את חופש תנועתו של "האדם המוגן" ומותר אף לעצור 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 פליונית מתוך המשפט הבינלאומי הפומבי הפכה לחלק מן הדין הישראלי, מבחינים בין משפט מינהגי לבין משפט הסכמי; המשפט הבינלאומי המינהגי הוא חלק ממשפט

- 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 בקודיפיקציה 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 קודיפיקציה 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 (9 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 ומנהיגיה 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 בשטחים המוחזקים. כל זאת בתנאי שאין במקרה הנתון דרך אחרת חוץ מגירוש כדי לגונן על אוכלוסיית השטחים (67 ד).
- ז. (אליבא דשופט ג' בך): (1) מהבחינה הפורמאלית נכללים הגירויים דגן 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 הצהרה מדינית המחייבת ככלל את הממשלה, וייתכנו מקרים, שבהם, במסגרת של כללי המשפט המינהלי, 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-78 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, בתום-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, ב**פקודת הראיות [נוסח חדש]**, תשל"א-1971, לפני בעל הדין הנוגע בדבר דרך כדי לנסות ולשכנע רשות שיפוטית, כי הצורך בגילוי הראיות לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש בא-גילוי, היינו, כי חיסוי הראיות בלתי מוצדק. משנמנע בעל דין מהעלאת בקשה לגילוי הראיות, ומשזנח את דרך הערעור, שנקבעה ב**פקודת הראיות [נוסח חדש]**, הרי גירסתו בבר עדיפותם של השיקולים התומכים בגילוי הראיות

- מול השיקולים התומכים בחיסויים לא תוכל להישמע בבג"צ (63 א).
- י. (1) בנסיבות דגן, 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) **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 נגדצו 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 606/78](#), 610 אויב ואח' נ' שר הבטחון ואח'; מטאוע 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](#) מוסטפא ואח' ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, [פ"ד לז \(1\) 158](#).
[5] [בג"צ 513/85](#), 514, [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 1213](#).
[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](#) איימן נ' היועץ המשפטי לממשלה, [פ"ד טז 2033](#).
[14] [ע"א 25/55](#), 145, 148 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה ואח', [פ"ד י 1825](#).
[15] [ע"פ 131/67](#) קמירא נ' מדינת ישראל, [פ"ד כב \(2\) 85](#).
[16] [בג"צ 69/81](#), 493 אבועיטה ואח' נ' מפקד אזור יהודה ושומרון ואח'; קנזיל ואח' נ' הממונה על המכס, מפקדת אזור חבל עזה ואח', [פ"ד לז \(2\) 197](#).

= 9 =

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

= 10 =

ד' נאסר - בשם העותר 1 בבג"צ 845/87;
ג' בולוס - בשם העותר בבג"צ 27/88;
ד' בייניש, משנה לפרקליט המדינה, ו-נ' ארד מנהלת מחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה - בשם המשיבים.

פסק-דין

הנשיא מ' שמגר: 1. שלוש עתירות אלו, שאותן שמענו במאוחד, עניינין צו גירוש לפי תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, שניתן לגבי כל אחד מן העותרים על-ידי 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 חוקיות, 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 על-ידי צה"ל, של תקנה 112 לתקנות

= 11 =

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 ושהבה והועלתה בבית-משפט זה, לא אחת, ונדונה בו במישרין או באופן חלקי ועקיף במספר מקרים; ראה בעיקר: בבג"צ 606/78, 610 [1], בעמ' 121; בבג"צ 97/79 [2]; בבג"צ 698/80 [3]; בבג"צ 629/82 [4], בעמ' 161; בבג"צ 513/85, 514, בשג"צ 256/85 [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 513/85, 514 בשג"צ 256/85 [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 698/80, 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 הטענות 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 97/79, והן בבג"צ 698/80 הנ"ל, שהשלים את הדיון בשורה של טיעונים שלא נטענו ושלא נדונו בבג"צ 97/79 הנ"ל. ההחלטה בבג"צ 698/80 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 בהזדמנויות הקודמות הנ"ל ואשר אף זכה כבר להתייחסות מפורשת מפורטת. 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.

= 12 =

...

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] ו-[בבג"צ 698/80](#) [3], וכפי שצוין כבר [בג"צ 513/85](#), 514, [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 513/85](#), 514, [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 לסוגיה 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 בשבילים המשפטיים שהותוו [בבג"צ 97/79](#) [2] ו-[בבג"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) הערותי 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

= 13 =

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 לחספה 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".

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. יישום 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' 341-342:

"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 באחר. 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 ביטוי בשורה של פסקי-דין, אשר אלו המובאים להלן הם רק אחדים מהם.

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

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

= 14 =

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

ראה גם דברי הנשיא אגרנט, שהעיר בקשר לאותה סוגיה בבג"צ 442/71 [7], בעמ' 349:

"...חוק חוק ומטרתו, אשר לאורה יש לפרש שם את הביטוי הנדון".

קרי, יכול שאותה מלה תהיה בעלת משמעויות שונות בחוקים שונים¹.

השופט זוסמן (כתוארו אז) אמר 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 כן דא אמר השופט LEARNED HAND בענין BORELLA V. BORDE 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').

הוזה 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 165/82 [9], בעמ' 74).

דבריו הבאים של השופט אשר בע"א 282/73 [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- 418, 425 U.S. 245 TOWNE V. EISNER (1918).

= 15 =

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

הגישה הנתנת 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 משמעותן, הפשטנית והברורה לכאורה, של מלות החוק. על כך העיר השופט ברק במלים המתאימות לענייננו בבג"צ 47/83 [11], בעמ' 176, באומר:

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

כסיכום בקליפת אגוז של מה שנאמר עד כאן: התייחסו 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 בבג"צ 47/83 [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 פרשנותהמובאות בה.

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

"GENERAL RULE OF INTERPRETATION. 31

A TREATY SHALL BE INTERPRETED IN GOOD FAITH IN ACCORDANCE WITH THE

= 16 =

ORDINARY MEANING TO BE GIVEN TO THE TERMS OF THE TREATY IN THEIR CONTEXT AND IN THE LIGHT OF ITS OBJECT AND PURPOSE

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 OTHER PARTIES AS AN INSTRUMENT RELATED TO THE TREATY

SUPPLEMENTARY MEANS OF INTERPRETATION. 32

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 בדברי דיני אמנות (אמנת האמנות) (המכון למחקריחיקיה 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 יכלול 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.

= 17 =

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 הריש לסעיף 31(1) יכול היה לעלות, כי האמנה ביקשה לתת במידה 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 מותירות 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 הישמות, ללא קשר לאמנות, היא, בכל מקרה, בין עקרונות הפרשנת 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, למים ולפסוקים. מכאן נובע, כי לגיטימי לתת את הדעת לשאלה, מה הייתה המטרה או תכנית הפעולה של הצדדים, בעת שהתדיינו על הוראותיה של האמנה.

= 18 =

STARKE מדגיש אפוא 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, "GENERAL", AT 624 פתרונות שונים ומגוונים, שהם, כתיאורו, "QUESTION-BEGGING AND CONTRADICTORY", היינו פתרונות כלליים, חמקניים מבחינת מתן מענה לשאלה העומדת לדין או סותרים זה את זה.

לשם התווית דרך פרשנית, מסביר STARKE, SUPRA, AT 511:

"TREATIES HOULD, 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. I 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 עריכתה 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 מבטא באופן המפורש ביותר, יש להעניק להוראות שהן ח- משמעותיות 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 GUGGENHEIM, LEHRBUCH H. LAUTERPACHT DES VOLKERRECHTS (VOL. 1 1947) 128 "RESTRICTIVE INTERPRETATION AND THE PRINCIPLE OF

EFFECTIVENESS IN INTERPRETATION OF TREATIES", 26 BRIT.
Y.B. INT'L L. (1949), 48, 49, 58, 80 לעניין הפרשנות המבקשת
למעט בהטלת מגבלות על מדינה, ראה, D.P. O'CONNEL INTERNATIONAL
LAW (LONDON, VOL. 1 1965) 275 הפנה, בין היתר, אל ה-MOSUL
CASE P.C.I.J., SER B. NO. 12 P.25 (1925)

= 19 =

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'INTERPRETATION DES TRAITES D'APRES LA CONVENTION DE
(10 VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITES" 151 RECUEIL DES COURS (1976) 1,

ואלו דבריו:

"LA METHODE D'INTERPRETATION PEUT NE PAS ETRE LA MEME .7,
ELLE, PEUT VARIER SELON UNE SERIE DE CONNSIDERATIONS;
ELLE EST COMMANDEE SURTOUT PAR LA CONCEPTION QU'ON A DE
L'INTERPRETATION, LA NATURE DE L'INSTRUMENT A INTERPRETER
ET LES CARTACTERISTIQUES DE LORDRE JURIDIQUE DONT IL SAGIT.

AUSSI, EN CE QUE CONCERNE, LES TRAITES, LA METHODE .8
D'INTERPRETATION DOIT VISER A EXERCER UNE FONCTION
DECLARATIVE ET NON CREATRICE, ELLE DOIT, PRENDRE EN
CONSIDERATION QUE LE TRAITE EST UN ACTE DE VOLONTE, QU'IL
N'EST PAS UN ACTE UNILATERAL, QUE LES PARTIES AU TRAITES
SONT DES ETATS SOUVERAINS, QU'IL NE S'AGIT NI D'UN CONTRAT
ENTRE INDIVIDUS, NI D'UNE, LOI DE DROIT INTERNE,
ENFIN CETTE METHODE DOIT TENIR COMPTE DES CARACTERISTIQUES
DE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL, OU, LE FORMALISME N'EST
PAS DE RIGUEUR, OU LES ETATS JOUISSENT D'UNE GRANDE
LIBERTE, OU ILS SONT USSI BIEN LES AUTEURS, QUE LES
DESTINAIRES DES TRAITES, OU LE CHOIX DES MOYENS PACIFIQUES
DE REGLEMENTS DES DIFFERENDS DEPEND EN PRINCIPE DE LA
VOLONTE DES ETATS. II NE SERAIT DONC PAS ETONNANT QUE LA
METHODE D'INTERPRETATION DU TRAITE DIFFERE 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 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

= 20 =

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-כן, 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 הקוגניטיבית של כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, ואף העירבוב 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 אחר

כיבוש גרמניה, וזאת בהסתמך על טענת (DEBELLATIO (SUBJUGATION) ראה: G. SCHWARZENBERGER, INTERNATIONAL LAW (LONDON, VOL. 2, 1968) 167, 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 (SUBJUGATION) בשנת 1945 על עניין התחולה של [תקנות האג](#). אולם מסתבר, כי בעת השלטון הצבאי של בעלות הברית באזור הריין (1920-1930) 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, 1994) 199-189).

= 21 =

(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 DEPORTATION 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

DEMANC.

.....

THE OCCUPYING POWER SHALL NOT DEPORT OR TRANSFER PARTS OF ITS OWN CIVILIAN POPULATION INTO TH 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, שבהמשכה גורשו מליונים של אזרחים מבתיהם למטרות שונות, בדרך כלל לגרמניה כדי להעבידם בעבודת כפייה עבור האוייב, וכן גורשו יהודים ואחרים למחנות ריכוז לצורך עיניים והשמדה.

= 22 =

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 698/80](#) [3] הנ"ל, בעמ' 626-628, ואילו הקטעים הרלוואנטיים מדבריו:

"[בבג"צ 97/79](#), 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 השמד 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 97/79](#), לא זכו העותרים דן לצו-על-תנאי על-פי עילה זו בגלגול הראשון של עניינם, [בבג"צ 320/80](#). הפעם חזרה גב' לנגר ביתר תוקף אל אותו טיעון. לדעתה, התעלם בית המשפט [בבג"צ 97/79](#) מן ההבדל בין הפסקה הראשונה של סעיף 49 הנ"ל ופסקתו השנייה: בעוד שהאיסור של פינוי אוכלוסייה אזרחית המבוצע בדרך כלל על-ידי העברה ממקום למקום בתוך השטח המוחזק מותר למען צרכי 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 1940, 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):

= 23 =

'...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 לפננו, 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 ב"בג"צ 97/79.

J. STONE בהרצאתו NO PEACE NO LAW IN THE MIDDLE EAST (SYDNEY. 1969) 17

'..IT SEEMS REASONABLE TO LIMIT THE SWEEPING LITERAL WORDS OF ARTICLE 49 TO SITUATIONS AT LEAST REMOTELY SIMILAR TO THOSE CONTEMPLATED BY THE DRAFTSMAN, NAMELY THE NAZI WAR II PRACTICES OF LARGE-SCALE TRANSFERS OF POPULATIONS, WHETHER BY MASS TRANSFER OR TRANSFER OF MANY INDIVIDUALS TO MORE HOSTILE OR DANGEROUS ENVIRONMENTS. FOR TORTURE, EXTERMINATION OR SLAVE LABOUR".'

ברם, יהיה הפירוש הנכון של הפסקה הראשונה לסעיף 49 לאמנה אשר יהיה, מכל מקום גם היא, כמו הסעיף 49 כולו, אינה מהווה חלק של המשפט הבינלאומי המנהגי. ועל-כן צווי הגירוש שניתנו אינם מפירים את המשפט הפנימי של מדינת-ישראל או של אזור יהודה ושומרון, שעל-פיו פוסק בית-משפט ישראל... גב' לגר הזכירה לנו קטע מספרו של

G. SCHWARZENBERGER. INTERNATIONAL LAW AS APPLIED BY 166-165 INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS (LONDON, VOL. II, 1968) 606/78, 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.

= 24 =

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 המניע להכללתו באמנה של סעיף 49 עוד נשוב; אולם לעניין פרשנותו בדב היקף התחולה של הסעיף אעיר כבר עתה, כי לא הוסבר, מדוע עלינו להעדיף דווקא את דברי PROF. J. STONE למשל.

הרקע שעמד לנגד עיני מנסחי האמנה עולה בבירור מדיוני ועידת ג'נבה. הרלוואנטיות של הרקע היא כפולה: הוא מתאר את המעוות שהאמנה

באה לתקן (H. LAUTERPACHT, "RESTRICTIVE INTERPRETATION AND THE PRINCIPLE OF EFFECTIVENESS IN THE INTERPRETATION OF TREATIES" 26, BRIT. Y.B. INT'L. (1949) 48, 53, והשווה ע"א 31/63 [6] הנ"ל) ואת המטרה שעמדה לנגד עיני המנסחים (O'CONNEL, SUPRA, AT 271; ע"פ 94/65 [8] הנ"ל ודברי LEARNED HAND הנ"ל (המצוטטים שם, בעמ' 80), והוא אף זורק אור על המצב המשפטי אשר אליו שאפו (ע"פ 165/82 [9] הנ"ל). מכאן גם הסיבה, שבגינה נפנה הנשיא לנדוי ב"בג"צ 513/85, 514, בשג"צ 256/85 [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- ACTSDE

743, 744, 810, 811 DE LA CONFERENCE DIPLOMATIQUE DE ENEVE DE 1949 (BERNE, TOME 2)
648, 649, DEPORATIONS, התייחסו המשתתפים בדיונים לגירושים כדוגמת אלה שבוצעו במלחמת העולם השנייה; כך, למשל,
בעמ' 810:

"BIEN QU'ON SE SOIT PRONONCE A L'UNANIMITE' POUR CONDAMNER LES
DEPORTATIONS COMME CELLES QUI EURENT LIEU PENDANT LA DERNIERE
GUERRE, LA PHRASE QUI SE TROUVE AU DEBUT DE L'ARTICLE 45
המספר הסידורי 45 - מ' ש')
A SUSCITE QUELQUES DIFFICULTS, CAR IL ETAIT PEU AISE DE CONCILIE
LES IDEES EXPRIMES DANS DES TERMS DIVERS, EN FRANCAIS
EN ANGLAIS ET EN RUSSE. FINALEMENT, LE COMITE A DECIDE D'ADOPTER
UN TEXTE QUI INTERDIT LES TRANSFERTS INDIVIDUELS OU COLLECTIFS
OBLIGATOIRES AINSI QUE LES DEPORTATIONS DE PERSONNES
PROTEGES, D'UN TERRITOIRE OCCUPE DANS UN AUTRA 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.

= 25 =

J.S. PICTET, "LA CROIX-ROUGE ET LES CONVENTIONS DE GENEVE" 76 RECUEIL DES COURS (1950) 1, 96
כך גם
לפניה, 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 SERVIRENT EXPOSES AUX
DEPORTATIONS AUX PRISES D'OTAGES. A L'INTERNMENT DANS LES CAMPS
DE CONCENTRATION, AU PIRES SERVICES ET A LA MORT".

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

להוראות כגון אה נקשר איפוא סעיף 49, שאסר את הגירושים;
PICTET, AT 109-110

"QUAND ON SONGE AUX MILLIONS DE PERSONNES TRANSFEREES DE FORCE
AU COURS DE DERNIER CONFLIT ET A LEURS SOUFFRANCES PHYSIQUES ET
MORALES, ON NE PEUT QUE SALUER AVEC RECONNAISSANCE UN TEXTE
METTANT FIN A CES PRATIQUES INHUMAINS...".

כלשונו: כאשר חושבים על מיליוני האנשים, שהועברו ממקום למקום בכפייה במהלכו של הסכסוך האחרון (קרי מלחמת
העולם השנייה - מ' ש'), ועל סבלותיהם מן הבחינה הפיזית 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 ולקייחת בני ערובה,
והשימוש במונח DEPORTATIONS שימש בהקשרו המתואר לעיל.

אגב, במקביל, אסר סעיף 34 לאמנה לקייחתם של בני ערובה, והדבר
"CONSTITUE UNE" PICTET "חידוש במשפט הבינלאומי" (INNVOATIONDANS LE DROIT INTERNATIONAL).

אין המדובר בהקשר זה, ואף לא ברמז, על סילוקו מן השטח של מחבל, מסתנן 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: PROTECTION DES PERSONNES
CIVILES EN TEMPS DE GUERRE" 99 RECUEIL DE COURS (1960) 397, 399,
ההמוניים

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 - FODERE, III CH. 419).

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

הוא ראה באמנה הכרח שנבעמן 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 BEVOLKERUNG (KRIEGSBESATZTER GEBIETE UND DAS VOLKERRECHT (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, WORTERBUCH DES VOLKERRECHTS, DE GRUYTER (VOL. 3, 1962) 560; ראה הערך "VERTEIBUNG" (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 NURCMBERG 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 DEPORTAION FOR AN

ILLEGAL PURPOSE (FOR EXAMPLE, FORCED LABOR IN THE TERRITORY OF THE OCCUPYING POWER) AND DEPORTATION THAT DISEGARDS 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 האוכלוסייה האזרחית בתור שכזאת ולנסות ולהבחין באופן יעיל בינה לבין הלוחמים, ראה גם
PROF. .F. KALSHOVEN, THE LAW OF WARFARE (LEIDEN, 1973) 28

W. O'BRIEN, THE CONDUCT OF JUST AND LIMITED WAR (NEW YORK, 1981) מציג את הנושא בהקשר דומה, היינו בקשר לפגיעה באוכלוסייה אזרחית על-ידי העברתה ממקומה ובקשר ליוצא מן הכלל בעניין הפינוי של האוכלוסייה 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 GENEVE 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".

= 28 =

על-כן גם צוין, כי אמנת ג'נבה הרביעית הייתה מבחינה זו בגדר שיפור והרחבה של ההסכם בעניין הגנת אזרחים, שנחתם בברן ביום 18.25.49 בין גרמניה לצרפת, ואשר כלל גם הוראות בדבר גירושים ועבודות כפייה (ראה: COURSIER, SUPRA, AT 397).

אוסף, כי הצמדתו של נושא ה"פינוי", כמובא ביסקה 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 הפיסקה הראשונה לסעיף 49. לשון אחר, כריכתו של פינוי האוכלוסייה האזרחית או חלקים ממנה, שהוא בגדר המותר בנסיבות מסוימות, עם גירוש האוכלוסייה, שהוא אסור, מלמד גם כן על מהותו של הנושא שנדון בפסקה הראשונה. זוהי, בין היתר, דוגמה לפירוש "על פי ההקשר", אשר אליו מפנה אמנה וינה.

העמדתם זה לצד זה של נושאי הפינוי ההמוני של אוכלוסייה אזרחית כזאת והאיסור על הגירושים מוצאת ביטוייה גם אצל P. LA PRADELLE, LA CONFERENCE DIPLOMATIQUE ET LES NOUVELLES CONVENTIONS DE GENEVE DU AOUT 1949 (PARIS, 1951) 66-67, 185 12 E. CASTREN, THE PRESENT LAW OF WAR AND NEUTRALITY (HELSINKI, 1984) J.A.C. ראה גם 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 האוכלוסייה האזרחית, שהפכה לקורבן מרכזי של המלחמה המודרנית, ואימוצם של כללים, שיבטיחו, כי האוכלוסייה לא תשמש מטרה למעשי שרירות ולניצול בלתי אנושי; לעיני מעצבי האמנה עמדו גירושים המוניים להשמדה, תזוזות אוכלוסייה 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 ושיעבוד 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 הפיסקה 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

= 29 =

של אוכלוסיה אזרחית, במובן המקובל הנ"ל בתקופת המלחמה האחרונה, אלא גם להוצאתו מן השטח של אדם כלשהו, בנסיבות כלשהן, יהיה זה אחרי הליך שיפוטי כדון (למשל בעקבות בקשת הסגרה), יהיה זה אחרי הוכחת שהותו בשטח שלא כדון ואף ללא הרשעה (לעניין זה השווה, למשל, REG. V. DEPORTATION, וראה גם STARKE, SUPRA, AT 386), 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 השלטן הצבאי, לא יוכל להיות מוצא מן השטח מטעם כלשהו, כל עוד מתקיים בו השלטון הצבאי. לעניין זה, אין, כאמור, הבדל בין מי ששוהה בשטח כדון לבין מי ששוהה בו שלא כדון, 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 (THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST, 1949) PICTET (COMMENTARY (GENEVA, ED. BY J.S. PICTET, VOL 4. 1958) 47)

טענתם של העותרים נשענת, בעיקרה, על קטע אחד בתוך הפיסקה 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 משמעותיה 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.

"PROTECTED PERSON" RATIONE PERSONAE יש מקום להתייחס למונח "PROTECTED PERSON" RATIONE PERSONAE "REGARDLESS OF THEIR MOTIVE" 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 A CONFLICT OR OCCUPATION, IN THE HANDS OF A PARTY TO THE CONFLICT OR OCCUPYING POWER OF WHICH THEY ARE NOT NATIONALS". (ההגדרות ש- מ' ש')

= 30 =

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 חוקיותו השהות בשטח איננה רלוואנטית, וכי די בעובדת ההימצאות הפיזית בשטח כדי להקנות חסינות החלטית מפני גירוש. לפי השקפה זו אסור, כאמור, לגרש מסתנן מזוין, שגמר ריצוי עונשו.

כדי להדגים את המשמעות של התיזה של העותרים בהקשר הנ"ל ניתן להעלות מערכת נסיבות תיאורטית: בפרשת [27] EX PARTE QUIRIN (1942) מדונה 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 שא להוציא את המתבלים 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 למטרות חבלה, לא יוכל להיות מגורש, בין לפני ריצוי עונשו ובין

= 31 =

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 פיזית 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 בהימצאותו 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 ED. BY M. SHAMGAR, 1982) 217, 218 N. 8 1 הרעיון שמא פירוש רחב של סעיף 49 ימנע הסגרה נדון ב-, M. BOTHE, K.J. PARTSCH, W. A. SOLF,

693 (HAGUE, 1982) NEW RULES FOR VICTIMS OF ARMED CONFLICTS, 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 לדנוי בבג"צ 698/80 [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'CONNEL, SUPRA, AT 276.

= 32 =

המוצעת על-ידי העותרים. בית המשפט היה נותן את הדעת למעוות, אשר האמנה באה לתקן (ע"א 31/63 [6] הנ"ל), היה בוחן את ההקשר הענייני ואת מבנהו של סעיף 49, שמתייחס ביתר הוראותיו באופן ברור וגלוי לפינניים ולהעברות אוכלוסין (ע"פ 94/65 [8] הנ"ל); ע"א 282/73 [10] הנ"ל; בג"צ 47/83 [11] הנ"ל), היה מנסה להסיר את הלוט מעל פני המטרה החקיקתית, כדי לאמצה כאמת מידה פרשנית (ע"א 165/82 [9]), והיה נזהר 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 הנ"ל, בעמ' 349), כגון, האיסור החלטי 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 גירושן של מסתנן (ראה גם LAUTERPACHT, BRIT. Y.B. (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 כלל המונח גירוש כל תוצאה 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 הנ"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 אתהגירוש ההמוני במניע לגיטימי כביכול. במלים אחרות, גם אם המדובר במניע כלשהו, לא משתנה על-ידי כך בלבד מהותו 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 עבודת, 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 מדור על פינוי, על-פי הסייגים שפורטו בפיסקה 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 חלקיו 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 ההכונה וההדרכה הפרשניים של פרופסור יאסין, שצוטטו לעיל, אינם יכולים להתיישב עם פרשנות מילולית סתמית ומרחיבה של הפיסקה 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 ב**בג"צ 97/79** [2], ואינני רואה עילה כלשהי לשנות ממסקנתו, וגישתו מקובלת עלי. כן אינני רואה טעם סביר כלשהו לסטייה מן המסקנה ששימשה את בית המשפט ב**בג"צ 698/80** [3], לפיה המדובר במשפט הסכמי.

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

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

התפישה המשפטית הנוהגת בבית-משפט זה, המונחת גם ביסוד קביעותיו של בית-משפט זה **בבג"צ 97/79** [2] וב**בג"צ 698/80** [3] הנ"ל. ואשר לפיה כללים של המשפט הבינלאומי ההסכמי (להבדיל מן המינהגי) אינם הופכים אוטומטית 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 אתר וללא אימוץ בדרך של חקיקה, חלק 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 THE LAW OF TREATIES (OXFORD, 1961) 89; A.D. MCNAIR AND

A.D. WATTS, THE LEGAL EFFECTS OF WAR (COMBRIDGE, 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 בדי בתי המשפט משפטיים יג (תשמ"ג-מ"ד) 210 ובמאמרו של פרופסור א' רובינשטיין, "מעמדם 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 בתיזה הנ"ל IS", PROFESSOR H. LAUTERPACHT, "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) התיזה האמורה אינה תואמת את התפישה המשפטית הנוהגת בישראל;

(2) אין לגלות עילה סבירה לשינוי 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 להפנותו (בין, כדברי העותרים, כאב-טיפוס מחייב או לשם השוואה ושינוע), אינו 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.

= 35 =

(ב) המצב המשפטי בישראל: במשפט הישראלימבחנינים, בשאלת היחס בין המשפט הבינלאומי לבין המשפט הפנימי, קרי לצורך ההכרעה בשאלה, אם הוראה פלונית מתוך המשפט הבינלאומי 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 174/54 [12]; ע"פ 336/61 [13]; ע"א 25/55, 145, 148, [14]; ע"פ 131/67 [15].

ההשקפה, המבטאת בנושא זה את הדעה המקובלת בפסיקתו של בית-משפט זה, הוצגה גם בבג"צ 69/81, 493 [16], בעמ' 233 ואילך; בדברי השופט ברק בבג"צ 393/82 [17], בעמ' 793, ובדברי השופט ויתקון בבג"צ 390/79 [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, 47, 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 174/54 [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 336/61 [13] - בעקבות המ' 41/49 [19], בעמ' 145-146 ופסקי הדין האנגלים בעניין WEST RAND CENTRAL GOLD MINING COMPANY V. REX [31], AT 725 וכן LORD ALVERSTONE (1905) [30], AT 406-407, וכן THE CRISTINA (1938) - 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 (המנהגי) מקלטים אוטומטית לתוך המשפט הישראלי ומהווים חלק ממנו, אך במקרה של התנגשות חזיתית בינם בין חוק חרות, יד החוק החרות על העליונה".

LORD ALVERSTONE ביטא אותו רעיון בפרשת WEST RAND [30] הנ"ל באומרו, 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 FORWARDS 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"

= 36 =

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

LORD MACMILLAN, בפסק-דין 725 [31], AT THE CRISTINA, דרש -
כתנאי לאימוצו של כלל מן המשפט הבינלאומי - שיהיו לו - "THE..."
"HAL-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 [ע"א 25/55](#), 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 שבתי-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 ומימושו הוא אך ורק בידיהן בדרכים המיוחדות להשגת ביצועם של חוזים בינלאומיים. חוזה כזה אינו ניתן בכלל לשיפוט 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 יתאימו 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 הננים 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 קונסטיטוציונית), אך למעשה הדבר אינו כך. בחוקת ארצות-הברית ישנה הוראה מפורשת המעלה למעמד של חוק עליון במדינה (SUPREME LAW OF THE LAND) ל חוזה-ברית שנעשה כדין בשם ארצות-הברית. מסיבה 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 החוזים. 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,

= 37 =

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
EDYE V. ROBERTSON; (1884), 112 U.S. 580; ראה, S. CT. 247, 254 5.

משמעותם הברורה של הדברים היא, כי אימוצו של אמנות בינלאומיות - כדי להפכן לחלק מן המשפט הפנימי וכדי לפתוח פתח לאכיפתן באמצעות הערכאות הלאומיות - מותנה במעשהו קודם 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 131/67 [15] הנ"ל שב ומציין גם השופט ח' 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 ח' 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 אתר, לדברו של המשפט המוניציפאלי, אף בלי שנדרשת לכך חקיקה קודמת. מסקנה כאמור בטעות יסודה. מקובל עלינו הסיווג הענייני בין אמנות דקלרטיביות לאמנות קונסטיטוטיוביות, 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 הדקלרטיבי, לא דק פורתא. כדברי ההבהרה של פרופ' נ' פיינברג במאמרו "אמנות דקלרטיביות ואמנות קונסטיטוטיוביות במשפט הבינלאומי" הפרקליט כד (תשכ"ח) 435, 433:

"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 דקלרטיבית. אפשר הושפע כאן השופט כהן מהתפיסה הבריטית של קודיפיקאציה... ואולם, אין כוחה של זו יפה בשטח המשפט הבינלאומי, שבו קיימת אבחנה יסודית בין אמנה דקלרטיבית, המעבירה נורמות קיימות מתחום המשפט המנהגי לזה של המשפט ההסכמי, לבין אמנה קונסטיטוטיובית, היוצרת נורמות

= 38 =

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 כולל 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, באומרו:

"...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 ל 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 מינהגי קיים, היינו, אם המדובר בקודיפיקאציה 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"ו-1950, שהוחק בעקבות האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם; חוק הטיס (בטחון התעופה האזרחית), תשל"ז-1977, שהוחק 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, שהוחק בעקבות האמנה בדבר חוק אחיד למכר טובין בין-לאומי שנחתמה בהאג בשנת 1964, וחוק חסינויות זכויות (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, כמובן, בדוגמאות בלבד, אותן בחרתי מאחר שהמדובר באמנות המובאות, לא אחת, כדוגמאות לאמנות-חוק (ראה, למשל 2 STARKE, SUPRA, AT VII).

= 39 =

(ה) אם נישם 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 698/80 [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 הדין הפוזיטיבי של מדינת הדין".

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 שביבת הנשק שלאחר המלחמה 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 כשהי, 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 ביטוי באמנה בינלאומית שישראל הצטרפה אליה ואינו בגדר קודיפיקציה של כלל מינהגי קיים, היה, למעשה, מעניק בידי הממשלה סמכות של חקיקה, שהרי לפי המצב החוקתי אצלנו כורתת ומאשררת הממשלה אמנות בינלאומיות, ללא אישור כלשהו של הכנסת. לאור התוצאה המתוארת של התיזה המוצעת לנו, עולה כפל ספק, אם החידוש המתור 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:

= 40 =

"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 בל יינתק, והיא שאלת מעמדה של הכנסת בכל הנוגע לאישורן של אמנות בינלאומיות. שהרי כל הסדר כגון זה, אם מתן האישור 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' דינשיין 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 ערוב רשויות).

(ב) סיכומה של נקודה זו: השיטה המוצעת על-ידי העותרים הייתה מעניקה לרשות המבצעת סמכות להזרים 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 לשכנעו 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 ATIFIED 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 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

= 41 =

COUNTRY AS SOON AS IT HAS BEEN FINALLY RATIFIED BY THE CROWN. THIS BEING SO, IT MIGHT BE POSSIBLE FOR THE CROWN TO IMPOSE 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 OTHERS, 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 LAWS IN LEGISLATION. IN PURSUANCE OF INTERNATIONAL LABOUR CONVENTIONS, IN MATTERS RESERVED BY THE CONSTITUTION TO THE PROVINCES?".

(ג) טעם התנגדות אחר לאימוץ אוטומאטי של אמנה, שאיה 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 המסננת של ההתאמה לתנאי הארץ ולאיינטרסים 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 תלקה, בהכרח, אם נאמץ את

= 42 =

הגישה המוצעת הנ"ל. הרידרושה, אליבא דכולי עלמא, היזקקות לסיווג א- פריורי 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- [32] AT CHUNG CHI CHEUNG V. THE KING (1939), כאשר אמר: 168-167

"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 קונקרטיים 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 בנגליה. 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 אוטומטי 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.

= 43 =

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

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 (WHAT IS THE LEGISLATION 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 FROM PART OF ENGLISH LAW EXCEPT IN SO FAR AS THE GERMAN CONVENTIONS AT. 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 LOSSE FORMULATION. 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 I ONLY THE BINDING CHARACTER OF THE TREATY IN MUNICIPAL LAW".

ובעמ' 45:

"...TREATY TO WHICH THE LEGISLATUR HAS FAILED TO ATTRIBUTE THE THE FORCE OF LAW CANNOT BE GIVEN THAT VERY SAME FORCE BY THE JUDICIARY. THIS POINT IS SO

= 44 =

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 WIHT 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, קובעת 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; אומר פרופ' מן, במאמרו הנ"ל, בעמ' 37:

"IT WOULD SEEM TO FOLLOW THAT, IF AND IN SO FAR AS THE PREROGATIV RIGHTS OF THE CROWN IN WAR-TIME PREVAIL, THE CROWN CAN, BY TREATY NO LESS THAN BY PROCLAMATION, ALTER THE COMMON FOR TO THAT EXTENT IT IS IN PURSUANCE OF THE EXISTING CAN, 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
SQQ. AND LAW OF TREATIES, P. 377, SEEMS TO THINK 1928,63
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

= 45 =

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 PREROGATIVE OF THE CROWN PREVAILS. IF IT
DOES NOT PREVAIL EVEN TREATIES AFFECTING BELLIGERENT RIGHTS
CANNOT BIND THE SUBJECT".

(ההדגשות שלי - מ' ש').

דיומה לכך ראה MCNAIR AND WATTS, SUPRA, AT 371

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

(ב) באנגליה החוק חוק לצורך החלת הוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית (HE GENEVE CONVENTIONS ACT, 1957). לכאורה, יש בכך כדי לתמוך בתיזה, שגם באנגליה דרושה חקיקה לצורך החלתן במשפט הפנימי של אמנות ג'נבה. במאמרו 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 אתר, 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, והם 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 לדין 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 [29] PORTER, לפיה היו בתי המשפט האנגליים נכונים ליישם הוראותיהן של [תקנות האג](#), מעיקרון. אף ללא שינויו של המשפט האנגלי הפנימי, (MCNAIR, SUPRA, AT 89; MCNAIR AND WATTS, SUPRA, AT 371).

בקטע של פסק הדין [29] PORTER, AT 878, 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 הנוג בתוככי אנגליה.

= 46 =

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 878 AT [29], PORTER 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 DO IF THE EFFECT OF THE PARAGRAPH H (א) [תקנות 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 T 'DECLARE' THAT THE RIGHTS OF ALIEN ENEMIES-GERMANS, AUSTRIANS, OR TURKE - TO INSTITUTE LEGAL PROCEEDINGS IN THE HIGH COURT OF JUSTICE IN LONDON ARE SUPENDED 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 OR 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 BEFOR, 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 TRABE CONVENTIONS, THE DECLARATION OF PARIS, 1856 BETWEEN THE COMBATANTS IN THE CRIMEAN WAR

= 47 =

WHICH PUT AN END TO PRIVATEERING, AND MOST NOTABLY, OF COURSE, THE HAGUE CONVENTIONS OF 1899 AN 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 לשלטונו ניתן להישען בבתי המשפט רק על כלל מינהגיו של המשפט הבינלאומי הפומבי. גישה זו היא שהייתה מונחת ביסוד דבריו של השופט ויתקון ב"בג"צ 390/79 [18] ה"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 שלטונו 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 ה"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').

= 48 =

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

(ה) סיכומו שלהדיון בשאלה השלישית ה"ל: שינויה של הגישה באנגליה - לו אף הוכחה - איננו צריך להשפיע על אימוצה של גישה זהה 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 ב"בג"צ 69/81, 493 [16] ה"ל, בעמ' 242-238, ועל-כן, לא אשוב לכך כאן. אולם, דברי אזהרה מסוימים, אשר נכללו בפסק הדין האמור, בעמ' 242, ראויים לשינון ולחזרה:

15. בספרו ה"ל (AT 3) VOL. II: THE LAW OF ARMED CONFLICT (AT 3) מצביע PROF. G. SCHWARZENBERGER 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, מזו 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 ומקיפה ובעיקר מתן משקל נאות למיגוון הדעות, הקיימות בנושא פלוני, כד להסיק, אם מדובר על השקפה המקובלת על הרוב המכריע, או רק על דעה אחת מתוך השקפות חלופיות אפשריות".

9. ב"בג"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 513/85, 514, בשג"צ 256/85 [5] הנ"ל, ועוד לפני כן בבג"צ 97/79 הנ"ל, וכאמור, אינני רואה להוסיף על מה שנאמר שם לעניין זה.

= 49 =

10. פרקליטו המלומד של העותר בבג"צ 845/87 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 שכרתו 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 לגבי 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 102/82, 150, 593, 690, 271/83 [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 בבג"צ 574/82 [23].

= 50 =

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. בבג"צ 785/87; (א) העותר עבד אל נאצר עבד אל עזיז עבד אל עפון, 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 כולא 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 עוינת 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, בכפופות להגבלות ביטחון. השאלות התשובות 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 כרזים. בשנים

= 51 =

76-75, 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-7033/79 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 אותואירגון 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 מוותנה 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 לוועד המייעץ במסגרת המוצג שסומן מ/ש1 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 בטחוניות ודיין ידו נטויה והוא ממשיך להתחבר לארגון עויין ואף מסיף חטא על פשע בגיוס אחרים'.

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

= 52 =

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 כולו 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 באיזור 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 הבכר של העותר בארגון הנ"ל, על שיטות הפעולה שלו הן בתוך הכלא והן אלו שנוהלו מן הכלא וכווננו אל מחוצה לו. בא-כוח 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 בא-כוחו של העותר בעניין הפעלת הסמכות לפי תקנות 108 ו-112 תקנות 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 ממשיית. 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 החז"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

= 53 =

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 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 בטחונות לנקוט בצעד של גירוש נגד המבקש".

הוועדה הוסיפה והמליצה, כי מפקד האזור 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 האיתית. 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 שירותיו, חותרים לבסס באיזור יהודה והשומרון 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 והשומרון, 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 העויינית של העותר באיזור.

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

= 54 =

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 סיכולו 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 [נסח חדש], תשל"א-1971. שמענו, כמתחייב מסעיף 44 הנל ועל יסוד הסכמתו הנ"ל של העותר, הסברים מפי באי הכוח המלומדים של המדינה ושל גורמי שירות הביטחון. בחנו, 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 ושעניין 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 רפייע, יליד 1950, הוא תושב עזה.

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

"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.

= 55 =

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

בא-כוח המשיבים תיאר את פעילותו העוינת של העותר בעבר, לרבות הרשתות 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 בתפילות יום ששי לציון 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 באיזור 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 לחקירים 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 אכן 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 הפרותהסדר.

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

= 56 =

המהפכנית על ידי פתחי בריג' ג'ק'י 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 לציין 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 מזיין 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 מזהים 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. גאלזון באיזור רמאללה ציין הנחקר כי הוא וחבריו חולליתו 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 ושפרט 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

= 57 =

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

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

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 מוזכר כאחראי של הג'האד 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 נשאות אליו תדיר, ולא אחת, משחרים לפתחו לשמוע מוצא פיו. את מעמדו זה רכש עקב עיסוקיו כמורה באוניברסיטה וכדרשן במסגד, הנושא נאומים דתיים לאומניים קיצוניים רוויי הסתה ושיטנה נגד השלטון הישראלי, המכילים לא אחת, קריאות למאבק לים תוך עידוד מעשים של הפרות סדר ואף מעשי אלימות קיצוניים, כגון רצח. אין ספק, אפוא, כי המבקש מהווה סיכון של ממש לבטחון האיזור ותושביו וקיום הסדר הציבורי, וצו הגירוש ניתן במסגרת השיקולים המנויים בתקנה 108 לתקנות.

...

השאלה היא, האם בעניינו 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 למנועת המשך השפעתו השלילית על תושבי האיזור.

= 58 =

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 ושלילית 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:

"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 כמורה 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 אישם לבית המשפט הצבאי

= 59 =

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 השניה - 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 בכובד 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 מזויין 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 ועויינת 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'אח. 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'אח בפרט. הנ"ל נשפט לארבע שנות

= 60 =

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 לה:

"פעילותו העויינת של המבקש החלה עוד בשנת 1976. באותה שנה נמנה המבקש עם מספר צעירים שהסיתו תלמידים בג'נין להפגין ונופצו 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 גויס 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 ארגז 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 הכל, 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.

= 61 =

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'אח.

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'אח 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, באש 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 (ב"צ 513/85, 514, נזאל ואח' נ. מפקד כוחות צה"ל באיזור 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

= 62 =

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 להיחשף, 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. שוכנעו 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 המזוין 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 חומר 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, להביל 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

= 63 =

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-גילוי, 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, משנזנח את דרך הערעור, שנקבעה בפקודת הראיות [נוסח חדש], הרי גירסתו בדבר עדיפותם של השיקולים התומכים בגילוי הראיות מול השיקולים התומכים בחיסויים לא תוכל ממילא גם להישמע לפנינו.

(ג) בעתירתו חוזר וטוען העותר, כי אין בטענות ובראיות כדי להצדק 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 במקרה 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

יכולת 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 256/85 [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, וייתכן אגב אורחא, כי הדבר נעשה לא רק בסעיף 44 לפקודת הראיות [נסח חדש], תשל"א-1971, אלא גם בהוראה החות ידועה,

= 64 =

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 בידינו: 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 שעיניהבחומו. העדר יוזמה מצד העותר כדי להעמיד את המידע הסודי במבחן הביקורת שהמחוקק קבע לכך או כדי לבקש מבית המשפט לעשות כן, יכול אך לתמוך בתיזה, שהוצגה על-ידי המשיב.

(ה) אחרי שעיינו 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.

לבסוף 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, רשאי להביא לפני הוועדה עדים מטעמו שיתמכו בגירסתו.

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

= 65 =

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 נהגת 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 הסטטוטורית, אשר לה מגישה הוועדה את המלותיה, 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 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 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

= 66 =

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 בפסיקה 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"ז-1967 האומר:

"שימוש בסמכות או מילוי 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 שיירש 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. סיכום 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' לוי: 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 נסקרה אותה מגמה פרשנית, לפיה ראוי לפרש אמנה באופן ליבראלי ורחב, תוך התייחסות נאותה לכוננת מנסחי אותה אמנה והמטרה שביסוד כריתתה. לעניין זה צוטט קטע מדברי המלומד STARKE, SUPRA, AT 511:

= 67 =

..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 303/75 [24] בעמ' 605; בג"צ 609/82 [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 OCUPANT, 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 אזרחים 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 לתקנות האג מחייבות את ישראל כחלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי, בעוד שאמנת ג'נבה אינה אלא בעלת תוקף הסכמי, ועל-כן אך וכן היא, 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 הממציים והמשכנעים של חברי הנכבד, הנשיא שמגר.

השופט ג' בך: 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

= 68 =

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 513/85](#), 514, [בשג"צ 256/85](#) [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 698/80](#) [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 149(1) של אמנת ג'נבה, שהנו לעת עתה בבחינת הוראה של המשפט הבינלאומי ההסכמי בלבד, שעליו היחיד אינו יכול לבסס את עתירתו בבית-משפט הדין על-פי הדין הפוזיטיבי של מדינת הדיון" (לנימוק אחרון זה עוד אתייחס להלן). אין דעתי עומדת, איפוא, בניגוד לקביעותיו של השופט לנדוי [בבג"צ 698/80](#) [3], ונאלץ אני לחלוק על הדעה שהובעה בנקודה זו [בבג"צ 97/79](#) [2] בלבד. יוזכר, כי באותו פסק-דין [בבג"צ 698/80](#) [3] ניתנה גם דעת מיעוט מפי השופט ח' כהן, אשר סבר, כי מן הדין לעשות את הצו-על-תנאי להחליט 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], שנתבקשו על-ידי העותרים להסתייג ממנה.

"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, OCCUPID OR NOT, ARE PROHIBITED, REGARDLESS OF THEIR MOTIVE.

NEVERTHELESS, THE OCCUPYING POWER MAY UNDERTEKE 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

= 69 =

DISPLACEMENT OF PROTECTED PERSONS OUTSIDE THE BOUNDS 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 שפוננו כך יוחזרו לבתייהם מיד לתום פעולות האיבה באותו שטח".

"אנשים מוגנים" במובן 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 הנמקות של הנשיא זוסמן [בבג"צ 97/79](#) [2], בעמ' 316-317, לביסוס הדעה, כי גירוש אנשים, המסכנים את ביטחון האזור, על-פי תקנה 112 [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), מצוי מוך 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, שבהמשכה גורשו מליונים של אזרחים מבתייהם למטרות שונות, בדרך כלל לגרמניה כדי להעבידם בעבודת כפייה עבור האוייב וכן גורשו יהודים ואחרים למחנות ריכוז לצורך עיניים 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, בע' 115.

= 70 =

הנציב העליון או מי שבא במקומו לא הורשו לעשות שימוש בתקנה 112 הנ"ל ככל העולה על רוחם, שכן תקנה 108 לתקנות הנ"ל מורה כי -

'לא יתנו הנציב העליון או מפקד צבאי צו לפי החלק הזה בגין אדם כלשהו, אלא אם כן סבורים (הם), כי נחוץ או מועיל ליתן את הצו לשם הבטחת שלומו של ציבור, הגנתה של פלשתינה (א"י), קיומו של הסדר הציבורי או דיכויים של התקוממות, מרד או מהומה'.

הנחיה זו, שבתקנה 108, באה ללמדך כי הכוחות הנתונים בידי הרשות עקב קיום שעת חירום, לא ניתנו בידה אלא למטרה אחת, דהיינו, לצורכי שמירה על הסדר הציבורי והביטחון. גם אליבא דדר' פיקטה, בע' 115 שם, זו היא מטרה לגיטימית. 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 מפא הסכנה הנשקפת ממנו לשלום הציבור, ולא לקרב אותו במטרה לנצל את כח העבודה שלו ולהפיק תועלת ממנו למען מדינת ישראל".

4. פרופ' קרצ'מר, אשר, כנציג האגודה לזכויות האזרח בישראל, הביא לפנינו בצורה מקיפה וממצה את הטיעון בסוגיה זו מטעם העותרים, אינו מתעלם מהקושי הכרוך בהגשת בקשה לבית-משפט זה לסטות מהלכות שנקבעו על-ידי בית המשפט בעבר ושאושרו על-ידי הרכבים נוספים של בית המשפט. אך הוא מטעים, כי המדובר כאן בטעות פרשנית בולטת, אשר מן הדין לתקנה, ומה גם שבניגוד להרכבים הקודמים של בית המשפט, אשר דנו בנושא זה בעבר, יושבים אנו הפעם לדין בהרכב מורחב של חמישה שופטים, וגם עובדה זו עשויה להקל על קבלת החלטה לסטות מההלכה האמורה.

5. אחרי בדיקת השאלה על כל היבטיה נוטה אני לקבל בעניין זה את עמדת העותרים, ולהלן נימוקי:

א) לשונו של הסעיף 49 הינה חד-משמעית וברורה. השילוב של המלים "העברת כפייה של ... יחידים או המונים, וכן גירושם... (INDIVIDUAL OR MASS FORCIBLE TRANSFERS, AS WELL AS DEPORTATIONS) REGARDLESS OF THEIR MOTIVE" (להדגשות שלי - ג' ב'), אינו מותיר, לדעתי, כל מקום לספק, כי הסעיף חל לא רק על גירוש המוני אלא גם על גירושם של יחידים, ושהאיסור מכוון להיות טוטאלי, גורף וללא סייג - "יהי המניע מה שיהיה".

ב) מקובלת עלי התפיסה, שמצאה גם ביטוי בפסק-דינו של הנשיא זוסמן בבג"צ 97/79 [2], לפיה חברה האמנה בעקבות התקופה ההיסטורית בגרמניה, ולנוכח הפשעים כלפי אוכלוסיה אזרחית, שבוצעו על-ידי הנאצים במלחמת העולם השנייה. כמו כן מסכים אני לדעה, לפיה מותר להתחשב בעובדות היסטוריות שנלוו לקבלתה של אמנה ובמטרת חיבורה לצורך מציאת הפירוש

= 71 =

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 MENING 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 הבליטו את הצורך בקבלת אמנה להגנה על אוכלוסיה אזרחית והיו 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 והפשט 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 בתוך 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 הונס סייג זה, היינו, לא הותר גירוש תושבים מעבר לגבול ממניעים ביטחוניים, אומרת דרשני.

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

= 72 =

כך קובע הרישא של סעיף 78 לאמנה לאמר:

"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 ITSELF".

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".

= 73 =

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 במרלים 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 ראויים 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.

= 74 =

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, בזה שמצביעים הם על האמצעים שמותר 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 ז (תשל"ט-תש"ם) 188, מותח פרופ' דינשטיין ביקורת נוקבת על פסק הדין בבג"צ 97/79 [2] 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 המרשל 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 בפסקה הראשונה (העוסקת בגירוש-הגלייה אל מחוץ לטריטוריה הכבושה) אלא בפסקה 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 שהיציאה - 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 ובלי להתחשב במניעים".

= 75 =

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 ונידו בשל כך למוות. ברור, שהמקרה הוא 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 נדמיין לעצמנו, כי מסיבה זו או אחרת לא הו 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.

= 76 =

הקושיה בדבר המסתנני 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 THE HANDS OF A PARTY TO THE 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 חוזרים לתוך אותו שטח עם כוונות זדוניות, אינם נכללים באותה הגדרה. אם וכאשר סוגיה זו תתעורר במקרה מוחשי, יהיה צורך לפתור 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 ב**בג"צ 97/79** [2] הנ"ל, בעניין פירוש הסעיף 49 לאמנה. אך, לעומת זאת, אינני מוצא עילה כדילסטות 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 אזרח פרטי לערכאות המשפט.

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

אזכיר גם את פסק-דינו של השופט ברק ב**בג"צ 393/82** [17], בו מוסבר, בעמ' 793, האופי 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

= 77 =

חריפה ולא נביע בה כל עמדה... - הרי היא בעיקרה אמנה קונסטטיטויבית 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 580/82**, [26] בעמ' 314).

נראים לי בהקשר זה דבריו של הנשיא לנדוי ב**בג"צ 698/80** [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 CONVENTIONAL 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 אנכי, 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 698/80](#) [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" 1 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS (1971) 262) היא החלטה מדינית, שאינה נוגעת למישור המשפטי, שבו על בית-משפט זה לעסוק," אך סבורני, עם כל הכבוד, כי

= 78 =

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 עסקינן 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 לכתותם כבעלי אופי הומניטארי. הסעיף 49 לאמנה הינן 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 [\(תקנות 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 המדנה, כי ככלל בדעתה לכבד את ההוראות ההומניטאריות של האמנה.

יצוין וידגש 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 המינהלי 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).

