

אל-טין

נגד

1. שר הבטחון
2. מפקד אזור יהודה ושומרון
3. מפקד צבאי נפת בית-לחם

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק  
[19.12.72, 7.1.73, 8.2.73]

לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים מני, עציוני

צו

מ"מ הנשיא (זוסמן) והשופט מני: העותרת דגן נולדה בירושלים בשנת 1952, ועד לנישואיה בשנת 1968 גרה עם הוריה בבית-ג'אלה. אחרי מלחמת ששת הימים נפקדה בבית-ג'אלה במפקד האוכלוסין שנערך בשנת 1967. בשנת 1968, בהיותה בת 16 וחצי שנה, נסעה לרבת-עמון ושם נישאה לבעלה ועברה עמו לכוויית. בחודש ספטמבר 1972 הגיעה, במסגרת ביקורי הקיץ, על-פי היתר שניתן לה על-ידי המפקד הצבאי, להוריה בבית-ג'אלה, ושם היא נמצאת עד היום. אחרי הגיעה לבית-ג'אלה כאמור, פנתה העותרת באמצעות פרקליטה אל המושל הצבאי בבקשה ליתן לה רשיון-קבע לישיבה בשטח המוחזק, לה ולבעלה ולילדיה. בקשתה נדחתה ומכאן עתירתה לבית-משפט זה, בה נתבקשנו להורות למשיבים לבוא וליתן טעם, מדוע לא ירשו לעותרת להישאר בשטח המוחזק בתור תושבת קבע, ומדוע לא יימנעו מלגרשה או להרחיקה ממנו.

אומר בא-כוח העותרת, כי העותרת מעולם לא ניתקה את זיקתה לבית-ג'אלה, וכמי שהיתה יושבת בה, הרשות בידה לחזור לביתה. היא נסעה, או הוסעה על-ידי הוריה, בהיותה קטינה, לירדן, ובכך לא קיפחה זכותה לשוב אל מקום מושבה. ואף תקופת הזמן הארוכה שעברה משנת 1968 עד היום אינה בעוכריה, והראיה: ב"ג"צ 155/51, (1), וב"ג"צ 8/52, (2), הורשו תושבים לחזור לשטח המדינה, אחרי שישבו עת רבה בשטח האויב.

2. אין הנדון דומה לראיה. ב"ג"צ 227/52, (3), הורה בית-משפט זה, כי גירוש של תושב, ללא חוק, משתיק טענת הרשות שאותו אדם חזר לישראל ללא חוק, בתור "מסתנן", ומשגורש באורח לא-חוקי, ממילא נאלץ, עקב הרחקתו מן הארץ, לשהות משך פרק זמן בשטח אויב. מטעם זה לא שללנו את זכות הישיבה בארץ של העותר ב"ג"צ 8/52, (2), הנ"ל, שגורש כמה פעמים וחזר חלילה, ורק מקץ שנתיים ימים הביא דברו לפני בית-משפט זה.

אין טוען שהעותרת גורשה מן השטח המוחזק. העובדה שנפקדה במפקד האוכלוסין מעידה שבאותו זמן היתה תושבת האזור, אך אחר שוך הקרבות, בתחילת שנת 1968, היא יצאה מרצונה הטוב כדי להינשא ברבת-עמון לתושב-חוץ ויחד עמו הקימה את ביתה בכוויית, ושם ילדה לו ילדיה. ואם תמצי לומר, שרצונה של העותרת בשנת 1968, בהיותה קטינה, אינו קובע, רצונם של ההורים-האפוטרופסים שהביאוה לרבת-עמון והשיאוה שם קובע, ואף לאחר שמלאו לה לעותרת 18 שנים, בשנת 1970, והיא הגיעה לגיל הבגרות, לא גילתה כוונה לחזור לשטח המוחזק.

לא היתה כאן יציאה מאונס אלא מרצון, שהביאה להקמת מקום מושב חדש בכוויית, וממילא לנטישת בית הוריה. רק משבאה בשנת 1972 לביקור אצל הוריה, הביעה רצונה להעתיק מקום מושבה בחזרה לשטח המוחזק. ואולם אותה שעה כבר לא היתה תושבת חוזרת, אלא תיירת המבקשת להשתקע בשטח המוחזק.

3. אפילו כך, אומר בא-כוח העותרת, אין המשיבים רשאים למנוע את העותרת מלעשות ישיבתה קבע, שכן אף אם אינה תושבת השטח המוחזק, אזרח ממלכת ירדן היא. טענה זו מבסס בא-כוח העותרת על סעיף 9 לחוקת ממלכת הירדן משנת 1952, המבטיחה לכל אזרח הממלכה זכות מגורין בכל מקום שירצה בו, ובא-כוח העותרת מפנה אל סעיף 2 למנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (מנשר מס' 2) שיצא מאת מפקד כוחות צה"ל מייד עם הכיבוש, ביום 7 ביוני 1967, אשר לפיו המשפט שהיה קיים בשטח המוחזק ערב הכיבוש יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר או לצו של המפקד הצבאי, ובשינויים הנובעים מכינונו של הממשל הצבאי. אין בא-כוח העותרת מתעלם מכך, שעקב המלחמה בותר שטח ממלכת הירדן לשניים, אך הוא טוען שמכוח סעיף 2 למנשר הנ"ל, על המשיבים לכבד זכותו של אזרח ירדני, מיוצאי השטח המוחזק, לבחור במקום המגורים באותו שטח.

סעיף 2 הנ"ל הולך בעקבות סעיף 43 לאמנת האג בדבר חוקי המלחמה ביבשה ונוהגיה משנת 1907 (האמנה הרביעית), שנדונה בבית-משפט זה בכמה עניינים שבאו לפנינו, ראה בג"צ 337/71, (4), ו-בג"צ 256/72, (5).

לא דומה ממשל צבאי שהוקם בשטח האוייב על-ידי המעצמה המחזיקה לשלטון, אזרחי רגיל. בניהול השטח המוחזק, מבאר Oppenheim-Lauterpacht, International Law, מהדורה ז', בסעיף 169,

"The occupant is totally independent of the constitution and the laws of the territory, since occupation is an aim of warfare, and the maintenance and safety of his forces and the purpose of war, stand in the foreground of his interest, and must be promoted under all circumstances and conditions."

השינויים הנובעים מכינון הממשל הצבאי בהם מדובר בסעיף 2 למנשר דוחים איפוא בדין את המשפט הקיים בשטח המוחזק. ומה הם שינויים אלה, במידה שהם נוגעים לעני-ינינו? על-ידי סעיף 1 לצו בדבר שטחים סגורים (אזור הגדה המערבית) (תיקון) (מס' 34), תשכ"ז-1967, שיצא ביום 8 ביולי 1967, הוכרו שטח הגדה המערבית כשטח סגור. הצו האמור ניתן מכוח סעיף 70 לצו בדבר הוראות בטחון שנכנס לתקפו יום קודם לכן, בהתאם למנשר בדבר כניסתו לתוקף של צו בדבר הוראות בטחון (אזור הגדה המערבית) (מס' 3), תשכ"ז-1967.

עקב מתן הצו בדבר שטחים סגורים נאסרה הכניסה לשטח הגדה, וכל מי שנכנס לתוכה ללא רשיון, אשם בעבירה. אין ספק בכך שלצרכי בטחון, אשר ממשל צבאי רשאי להעמידם בראש דאגותיו, הרשות בידו לפקח על תנועת אנשים בשטח ולהגביל את הכניסה לתוכו. העותרת הורשתה להיכנס לשטח הסגור בתור תירת, לזמן מוגבל, ומשפג תקפו של ההיתר, פגה זכותה להימצא בשטח הסגור.

4. ועוד טענה בפי בא-כוח העותרת. הוא מפנה אל סעיף 49 לאמנה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (אמנת ג'נבה) מיום 12 באוגוסט 1949, שישראל הצטרפה אליה (כתבי אמנה מס' 30). על-פי הסעיף הנ"ל, אין לגרש מוגנים משטח הכיבוש, ויהא המניע לכך אשר יהא.

יכולים אנו להשאיר בצריך עיון, אם אמנם באה העותרת, לצורך העניין שלפנינו, בגדר המוגנים לפי סעיף 4 לאמנה הנ"ל, על-פיו משתרעת ההגנה על כל "אלה המוצאים את עצמם — באיזה זמן שהוא ובאיזה דרך שהיא — בשעת סכסוך או כיבוש בידי.... אחת המעצמות הכובשות". הדבר מוטל לפחות בספק, שכן משעזבה מרצונה הטוב ושהתה בחוץ-לארץ במשך למעלה מארבע שנים ולא חזרה לשטח המוחזק אלא על-פי אשרת-תייר שנטלה לזמן מוגבל, האם הרחקתה עם תום האשרה גירוש ייקרא? ואולם לא ראינו חובה לעצמנו להכריע בדבר הואיל והלכת המשפט הבינלאומי כגון האמנה הנ"ל אינה מעניקה זכויות ואינה מטילה חובות אלא על המדינות הקשורות בה בינן לבין עצמן. הלכה שכזאת אינה בחזקת דין "פנימי" אשר אדם יכול לאכוף על הרשות בבית-משפט זה: בג"צ 337/71, (4) (בע' 580, טס).

השופט נצי"נ: אני מסכים לדברי חברי הנכבדים, אלא שלדעתי אפשר במקרה שלנו להכריע גם בטענת העותרת המבוססת על ההגנה הניתנת לפי האמנה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (אמנת ג'נבה, מיום 12 באוגוסט 1949).

לדעתי לא רק שהמשיבים לא הפרו את האמנה הזו, אלא פעלו ברוח האמנה ומילאו אחר הוראותיה ועקרונותיה. העותרת מסתמכת על סעיף 4 של האמנה הקובע כי:

"מוגנים על-ידי האמנה הזאת הם אלה המוצאים את עצמם באיזה זמן שהוא באיזה דרך שהיא — בשעת סכסוך או כיבוש — בידי אחד מבעלי הסכסוך."

ועל סעיף 49 האוסר, בין היתר, על גירושם של מוגנים משטח נכבש. אלא, שבמקרה שלנו, אין להתעלם מסעיף אחר הנמצא באותו סימן של האמנה בו נמצא סעיף 49, והוא הסעיף 35. סעיף זה קובע:

ש"מוגנים הרוצים לצאת את השטח

(toute personne protégée qui désirerait quitter le territoire....)

אם בראשית הסכסוך ואם בהמשכו, יהיו זכאים לעשות כן, חוץ מבמקרה

שיציאתם היא בניגוד לטובתה הלאומית של המדינה. ....

והנה, בהתאם להוראות סעיף זה הורשתה העותרת לצאת את השטח המוחזק, וכפי שכבר ציינו חברי הנכבדים, היא הקימה לה בית בכוויית ושם גם ילדה ילדים.

לא נאמר דבר באמנה הנ"ל כי אדם שהורשה לצאת את השטח מכוח סעיף 35, יורשה גם לחזור אליו לצמיתות, והוראותיו (כגון הזכות לקחת אתו כספים וחפצים ודברי שימוש אישיים) מצביעות בעליל כי הכוונה לא ליציאה זמנית, אלא ליציאת קבע (quitter). אם אכן הורשה לעותרת, מטעמים הומניים, לבקר את משפחתה ולשהות בשטח המוחזק תקופה קצובה ולאחר תום תקופה זו נצטוותה לחזור למקום ממנו באה, האם לכך ייקרא "גירוש" במובן סעיף 49 של האמנה? ברור לי כי גם אם ניתן לסעיף זה פירוש רחב ביותר, לא למקרה כזה התכוונה האמנה וכי לא "בגירוש" עניין לנו כאן, אלא בניצול לרעה מצד העותרת את החסד שעשו עמה המשיבים בהרשותם לה לבקר את קרוביה.

לו היינו מקבלים את טענת העותרת כי מעשה המשיבים הוא בניגוד לאמנת ג'נבה, היינו למעשה פוגעים במדיניות הליברלית של הממשל, אשר מאפשר לרבבות תושביהם לשעבר של השטחים המוחזקים לבקר אצל קרוביהם וידידיהם באותם השטחים, בתנאי שיחזרו למקומם לאחר תום התקופה עבורה ניתנה להם הרשות לשהות בשטחים המוחזקים. אם גם סוג זה של אנשים ייחשב לתושבים מוגנים, במובן סעיף 4 וסעיף 49 הנ"ל, אשר החזרתם למקום ממנו באו תהווה "גירוש", הרי התוצאה היחידה תהיה שהם לא יורשו בכלל להיכנס לשטח מוחזק כלשהו, וליהנות מהמדיניות הליברלית של הממשל הצבאי, כפי שנהנו עד היום.

בטוחני לכן כי המשיבים לא רק שכאמור לא פעלו בניגוד לאמנה, אלא קיימה ככתבה וכלשונה, אם לא למעלה מזה.

לפיכך מעדיף אני שלא להסתמך על ההלכה אותה הזכירו חברי הנכבדים, כי אמנה אינה בחזקת דין "פנימי", ואוסיף רק כי בדרך כלל רגילים בתי-המשפט לכבד את העקרונות עליהם הסכימו המדינות החתומות על האמנה, אם כי עקרונות אלה כאמור לא מהווים דין פנימי של המדינה. ראה: McNair. — The Legal Effects of War, מהדורה רביעית, ע' 371.

לפיכך החלטנו (ביום 8 בפברואר 1973) לדחות את העתירה.