

בג"צ מס' 302/72, 306/72

שיח' סולימאן חסיין עודה אבו חילו, ו-3 אח'

נגד

1. ממשלת ישראל
2. אריאל שרון
3. יצחק פונדק — בג"צ 302/72

שיח' סבאח עביד אלא עיד אל סלאימה, ו-4 אח'

נגד

1. ממשלת ישראל
2. אריאל שרון
3. יצחק פונדק — בג"צ 306/72

בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[7.8.72, 7.1.73, 29.3.73, 23.5.73]

לפני השופטים לנדוי, ויתקון, קיסטר

ח' הולצמן ו-ג' גלזר — בשם העותרים ;

ע' נתן, סגן בכיר לפרקליט המדינה — בשם המשיבים

השופט לנדוי: תשעת העותרים בשתי עתירות אלה, שנדונו לפנינו ביחד, הם ראשיהם של שבטי בדואים שהתגוררו באזור הידוע כפיתחת רפיח, חלקם במאהלים וחלקם בבנייני קבע. הם קובלים על אשר בינואר ובתחילת פברואר 1972 הרחיקו אותם היילי צה"ל ממקומות מגוריהם וציוו עליהם לעבור אל שטח אחר בסביבות רפיח, בסמוך למקומותיהם הקודמים. בקשתם מבית-משפט זה היא שהמשיבים — ממשלת ישראל, אלוף פיקוד הדרום והמפקד הצבאי ברצועת עזה וצפון סיני — יחוייבו שלא להפריע לעותרים ובני שבטיהם לשוב ולהתגורר במקומות שמהם הורחקו.

בעתירה שב-בג"צ 302/72, הנוגעת לפעולות שהצבא עשה בינואר 1972, נטענו טענות חמורות על דרך הביצוע של פינוי העותרים ואנשיהם משטחי מגוריהם. בתצהירי התשובה חלקו המצהירים על מרבית הטענות הללו. בתלונות אלה דנה ועדת חקירה שמונתה על-ידי הרמטכ"ל, והיא מצאה כי היו חריגות מסמכות והמליצה לנווף בקשר לכך בקצין בכיר של צה"ל ולהעביר קצין אחר ופקיד אזרחי בכיר מתפקידיהם. לא ראינו את דין-וחשבון הוועדה הזאת ולא ראינו צורך לדרוש את הגשתו, כי הסעדים שהעותרים מבקשים בעתירותיהם בבית-משפט זה אינם נוגעים לדרכי הביצוע אלא לסמכות המשיבים להרחיק את העותרים ולטעמים שבהם מבקשים המשיבים להצדיק את סירובם להרשות לעותרים לשוב למקומותיהם הקודמים.

לפני פניית העותרים לבית-משפט זה מינה הרמטכ"ל ביום 9.3.72 ועדה נוספת שמתפקידה היה, בין השאר, להציע תכנית לשיקום העותרים ואנשיהם, ובעקבות החלטת הממשלה מיום 26.3.72 צורפו לוועדה זו גם נציגים של משרד החקלאות ומשרד המשפטים. ועדה זו לא ראתה מקום להמליץ על החזרת המפונים לאזור שממנו פונו, ותחת זאת המליצה על שיקומם בשולי האזור, בין במסגרת עירונית ובין בדרך הקצאת קרקע להקמת משק-עזר חקלאי. כן המליצה הוועדה על תשלום פיצויים למפונים עבור נכסי קרקע ומטעים שלהם. נאמר לנו שעד כה כבר שולמו לאלה מבני השבטים של העותרים, וגם לארבעה מן העותרים עצמם, שהיו מוכנים לקבל פיצויים, סכומים בסך כולל של כ-2,500,000 ל"י.

פעולות הפינוי נעשו בדרך תפיסת החזקה בשני אזורים סמוכים זה לזה — אזור אל-מסורה ואזור כרום א-שיח' — שגדלם כ-47 ק"מ מרובעים ובתוכם ישבו העותרים ובני שבטיהם (לטענת העותרים 20,000 נפש ולטענת המשיבים לא יותר מ-4,950 נפש), וסגירת האזורים ואיסור הכניסה אליהם ללא היתר מאת המפקד הצבאי. לעותרים ולבני שבטיהם ניתנו היתר כניסה לאזורים רק למשך שעות היום, לשם עיבוד אדמותיהם שבתוך האזור.

האזורים שנסגרו הם (פרט לפינה זעירה אחת) מעבר לגבול הבינלאומי בין שטח

המנדט הבריטי לשעבר על ארץ-ישראל, בואך אזור סיני שהיה תחת שלטון מצרי, וגם המקומות בשולי האזור שאליהם הועברו המפונים נמצאים מעבר לגבול זה. צווי התפיסה והסגירה הראשונים, שכללו רק חלק מן השטחים, ניתנו עוד ביוני 1969, על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה וצפון סיני, שפעל מכוח סעיף 70 של צו מפקד האזור בדבר הוראות בטחון, תשכ"ז-1967, המסמך מפקד צבאי להכריז על סגירת שטחים ועל איסור הכניסה אליהם. ביום 13.3.72, אחרי שהפינוי כבר בוצע, הוציא מפקד אזור סיני צו-תפיסה-וסגירה נוסף, הפעם על האזורים הנדונים בשלמותם. בצו זה, המתבסס על סעיף 90 לצו בדבר הוראות בטחון משנת תש"ל-1970, נאמר כי המפקד סבור שנתנינתו דרושה לצרכים צבאיים, ולפי סעיף 7 של הצו "כל פעולה שנעשתה על-ידי כוחות צה"ל בשטח לפני תחילתו של צו זה יראו אותה כאילו נעשתה לצורך צו זה ועל-פיו". בינתיים צורף האזור הנדון למפקדת אזור רצועת עזה, ולפיכך חזר מפקד אותו אזור והוציא ביום 30.6.72 צו חדש, בעל תוכן זהה, שתחילתו מיום 13.3.72 וגם בו סעיף תשריר כלשון סעיף 7 הנזכר.

את תצהירי התשובה העיקריים לצווים-על-תנאי בשתי עתירות אלה נתן אלוף ישראל טל, ראש אגף המטה הכללי בצה"ל. הוא מסביר שם שאזור פיתחת רפיח שממנו פונו העותרים שימש במשך תקופה ממושכת מוקד לפעילות חבלנית עויינת ומקום מעבר לביצוע מעשי חבלה מחוץ לאזור, כגון מיקוש דרכים ומעברים, ירי על רכב ישראלי ורצח תושבים מקומיים, חבלות במבנים ובמיתקנים בתחום של פיתחת רפיח, אזור סיני, רצועת עזה ומדינת ישראל, מאגר ותחנה להעברת נשק ותחמושת למחבלים אשר פעלו ברצועת עזה ובמדינת ישראל ומקום חניה, מקלט ומסתור לאנשי מודיעין מצריים שנשלחו לביצוע משימות באזור סיני, ברצועת עזה ובמדינת ישראל, ולמחבלים. בתצהיר ובמפה המצורפת אליו ניתנו פרטים על פיגועים באותו אזור בתקופה שבין ינואר 1970 ומרס 1972, שבהם נפצעו 195 איש ונהרגו 27, ועל מצבורי נשק שנתגלו. באותה תקופה נעצרו 292 איש בפיתחת רפיח. מתוך חוות-דעת של מומחים למד המצהיר כי המבנה השבטי של הבדואים ודרכי חייהם אינם מאפשרים פעולות באזור שנוכרו, מבלי שחלק ניכר מבני השבט ובעיקר ראשי השבטים יידעו עליהן.

לקראת סוף 1971 התגברו פעולות החבלה ברצועת עזה ולפי הידיעות שבידי הצבא היה אחד מבסיסי החבלה בפיתחת רפיח. לפיכך הגיע אלוף פיקוד הדרום לכלל מסקנה שכדי להשתלט על פעילות החבלנית זו חיוני הוא לבודד את רצועת עזה ממקורות אספקת הנשק והתחמושת המצויים באזור סיני ולנתק את דרכי הגישה מאזור סיני לאזור רצועת עזה, אחרי שדרכי הגישה האחרים של מחבלים לרצועת עזה כבר נחסמו קודם לכן. הוחלט איפוא שהאזור אשר נסגר ישמש כאזור חיץ בין רצועת עזה ומדינת ישראל לבין מרחב סיני.

לצורך יצירת אזור החיץ ננקטו על-ידי יחידות צה"ל פעולות אלה: הבדואים פונו מן האזור, הוקמו גדרות בגבולות האזור כשהכניסה לתוכו והיציאה ממנו מבוקרות דרך מספר

שערים לאורך הגדרות, נקבעו הוראות בטחון המחייבות את כל הנמצא באזור לפנותו לפני שקיעת החמה ועד לזריחתה והוקמו דרכי טשטוש לאורך כל גבולות האזור הנבדקות מדי פעם על-ידי גששים. יצירת מרחב הפנוי מפעילות חיים סדירה של בני-אדם ובעלי-חיים סמוך לדרכי הטשטוש חשובה כדי לאפשר עיקוב אחרי החודרים לאזור ואיתורם המהיר. היה רצוי להשאיר את אזור החיץ פנוי לחלוטין, אלא הוחלט שלא למנוע מן המפונים את עיבוד אדמותיהם במשך שעות היום. אלוף טל מפרט בתצהירו מדוע מתן רשות זו אינו פוגע ביעילותו של אזור החיץ. כן הוא מציין שבאזור הנדון הוקמו שתי היאחזויות יהודיות, אך באלה אין כדי לגרוע מיעילות החיץ, כי הן מוקפות בגדרות ואמצעי בטחון אחרים ואין התושבים בהן נוהגים לשהות מחוץ לאזור ההתיישבות. השיטה של יצירת אזור חיץ הוכיחה את עצמה כיעילה ומתאימה ביותר למניעת פעולות חבלה, והיא הופעלה בהצלחה גם בבקעת הירדן.

העותרים התקיפו בדברי הסיכום שלהם את הסבריו של אלוף טל וביקשו להפריכם. דברי הסיכום הוכנו בכתב על-ידי פרקליט העותרים, עורך-הדין חיים הולצמן ז"ל, אשר נפטר למרבה הצער באמצע ההתדיינות הזאת, והם הושמעו על-ידי עורך-הדין גבריאל גלזר. פרקליט העותרים ניתח את הנתונים שעליהם התבסס אלוף טל וביקש להראות שיד העותרים ושבטיהם לא היתה בפעילות החבלנית או בעזרה למחבלים. אדרבא, משבטים אלה באו שומרים שהועסקו על-ידי הממשל הצבאי והם שירתו בנאמנות, וכן סבלו אנשי שבטים אלה עצמם קרבנות בנפש מידי המחבלים; ועוד נטען שלא היה צורך בהקמת אזור החיץ בפברואר 1972, כי לקראת סוף 1971 דוקא פחתה הפעילות החבלנית ברצועת עזה גם בלאו הכי. כן הצביע מר הולצמן ז"ל על צורתו רבת הזוויות של האזור שנסגר, ומסקנתו היא (בע' 11): "הסיבות שכך בנו החיץ, כה משונה, אינן איפוא צבאיות, אלא מדיניות או התיישבותיות, שאותן אין המשיבים רוצים לפרט"; ובעיקרי הטענות של העותרים, פסקה 3 (י"ט), הוא כתב כי "אין מנוס מהמסקנה שמטעמים אשר אותם מעלימים המשיבים מבית-משפט נכבד זה פונו העותרים ושבטיהם ממקומותיהם ומטעמים כמוסים אלה מונעים המשיבים מהעותרים את שובם למקומותיהם". דברים אלה עצמם סתומים. אלוף טל מצדו אמר בתצהיר (פסקה 6 (ג)) כי —

„באזור חיץ ניתן לנקוט בפעולות אלה:

- (1) סגירת האזור תוך מניעת נוכחות קבע של תושבים מקומיים בו, ויצירת מכשולים שונים בתוך האזור ובכלל זה הקמת גדרות, איתור דרכי גישוש וכדומה.
- (2) התיישבות ונוכחות יהודית.
- (3) שילוב בין שתי השיטות המנויות בסעיפים קטנים (1) ו-(2) לעיל.

אולם מתצהירו מסתבר שמבין אמצעים אלה שניתן לנקטם הפעיל צה"ל, לפחות לפי שעה, למעשה רק את האמצעי הראשון, דהיינו סגירת האזור והפיכתו לאזור חיץ, וכך

הועמד העניין למבחן בבית-משפט זה. לפיכך אתרכו בבחינת הדברים באור זה, ולא אדון בשאלה של התיישבות למטרות בטחון מעבר לשטח השיפוט של המדינה — שאלה שיש לה אספקטים משפטיים משלה והיא לא נדונה בטענות לפנינו.

האם מוסמך בית-משפט זה להעביר תחת שבט בקרתו פעולות שנעשו על-ידי רשויות המדינה, ובמיוחד על-ידי כוחותיה הצבאיים, בשטחי הממשל הצבאי? ואם קיימת סמכות כזאת, מה מקורה ועל-פי אילו אמות-מבחן היא תופעל? כמו במקרים אחרים בעבר (למשל, בג"צ 337/71, (1), בע' 580; בג"צ 256/72, (2)), לא חלק מר נתן בשם המשיבים על עצם קיום הסמכות, ובאין טיעון על כך נניח איפוא גם הפעם, בלי לפסוק בדבר, שהסמכות קיימת מבחינה פרסונלית נגד נושאי התפקידים בממשל הצבאי השייכים אל הרשות המבצעת של המדינה, בתור „אנשים הממלאים תפקידים ציבוריים על-פי דין“, והנתונים לפיקוחו של בית-משפט זה לפי סעיף 7 (ב) (2) של חוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957.

אך מה הדין שעל-פיו פועלות רשויות אלה? לשאלה זו שתי פנים, האחת כלפי פנים והשניה כלפי חוץ. כלפי חוץ, כלומר מבחינת משפט העמים, ברור שפעולות הממשל הצבאי מחוץ לשטח שעליו חל משפט מדינת ישראל — הן פעולות ביצוע והן פעולות חקיקה — מקורן בדיני המלחמה המנהגיים, שבחלקם התגבשו באמנות בינלאומית (בנוגע למקורם של רוב כללי האג בדין המנהגי ראה אופנהיים, משפט בינלאומי, מהדורה שביעית, כרך 2, סעיף 68, בע' 229). כלפי פנים, כלומר מבחינת המשפט הישראלי הלאומי, אני מתקשה במתן תשובה ברורה על שאלה זו, שגם היא עדיין לא התלבנה בפסיקה שלנו, וגם עליה לא שמענו שום טענות, כאילו הדברים ברורים מאליהם — ובעיני הם רחוקים מלהיות ברורים. נוטה אני לומר שמקור הדין הפנימי אשר מכוחו פועל הממשל הצבאי מצוי בסמכויות הכלליות של הממשלה ושריה לפי סעיפים 29 ו-31 של חוק יסוד: הממשלה, ועוד אומר על דרך השלילה שאינני מסכים לטענת מר נתן בשם המשיבים שעל בית-משפט זה לראות את תחיקתו של מפקד צבאי בשטח הממשל כחקיקה ראשית, בדומה לחקיקה הכנסת בשטח המדינה. שאלה זו התעוררה לפנינו בקשר לסעיף „התשריר“ בצווי התפיסה והסגירה הנדונים, שנעשו אחרי ביצוע הפעולות נגד העותרים ושבטיהם. אכן, במה שנוגע לרשויות הפועלות מטעם הממשל הצבאי, צווים אלה הם בבחינת חקיקה ראשית, כך החליטה בצדק ועדת עררים על תובענות שמונתה על-ידי המפקד הצבאי של אזור יהודה ושומרון, בתביעת פיצויים בשל תפיסת מקרקעין בבקעת הירדן, בהחלטה מיום 26.11.72 (בתיקי ערר 1/70 ועוד), שמר נתן הביא לפנינו. אולם בשביל בית-משפט זה, שלגביו אין מחוקק אלא הכנסת ואין מחוקק-משנה אלא מכוח חקיקת הכנסת, צווים אלה אינם בבחינת נורמה חקיקתית מחייבת מדרגה כלשהי, ואם אנו עוסקים בכלל בבחינת מעשיו של הממשל הצבאי על-פי קנה-המידה של צווים של אותו ממשל עצמו (כפי שעשה בית-משפט זה בג"צ 256/72, (2), ובאחרים), הרינו עורכים בדיקה זו בדרך שאנו בודקים התנהגותה של רשות מינהלית על-פי נורמה, שאותה רשות קבעה לעצמה מרצונה ולא מכוח איזה דין שהסמיך אותה לקבוע נורמה כזאת. ההיקש העולה בדעתי בהקשר זה — אם כי אינו היקש מלא — הוא אל הנחיות פנימיות שהמינהל קבע לעצמו, מבלי שיש

להן יסוד בדין החרות, ובכל זאת מפעיל בית-משפט זה את סמכות הפיקוח שלו על כך שהמינהל יפעל בהתאם להנחיות כאלה (בג"צ 80/54, (3), בע' 1496—1497; בג"צ 160/58, (4), בע' 895; בג"צ 143/64, (5), בע' 57).

בעיה עקרונית נוספת היא, ושוב מבחינת המשפט הפנימי הלאומי שלנו, אם בית-משפט ישראלי יבחן את כשרות פעולותיו של הממשל על-פי משפט העמים, ובעניין דנן במיוחד על-פי אמנת האג הרביעית משנת 1907, ואמנת ג'נבה משנת 1949 שעליה חתמה מדינת ישראל. בנדון זה נטען תחילה בתצהירו של אלוף טל (פיסקה 26 (א)) כי אמנת ג'נבה "היא אמנה המחייבת את המדינות החתומות עליה, בינן לבין עצמן, אך אין היא כבחינת חוק שבית-משפט נכבד זה ייזקק לו". אבל בטיעונו בעל-פה זנח מר נתן עמדה זו וטען שהפעולות נעשו בהתאם לאמנת ג'נבה, וכמו במקרים קודמים (בג"צ 337/71, (1) שס, בע' 580 א; בג"צ 256/72, (2), שס, בראש ע' 136), ביקש להעמיד את הפעולות לבקרתו של בית-משפט זה על-פי משפט העמים — ושוב אנו פטורים מלבדוק את הבעיה העקרונית לגופה. מכל מקום, אם כי בתי-המשפט שלנו שואבים את כוח שיפוטם מחוקי המדינה ולא ממערכת המשפט הבינלאומי (דברי השופט זוסמן ב"ע"פ 5/51, (6), בע' 1065, וכן ראה בג"צ 500/72, (7), בע' 485 ג), הלכה רווחת היא אצלנו, בעקבות ההלכה האנגלית, שבית-משפט בישראל "יפרש חוק חרות מקומי, אם אך תכנו אינו מחייב פירוש אחר, בהתאם להלכות המשפט הבינלאומי הפומבי" (דברי הנשיא (אולשן) ב"בג"צ 279/51, (8), בע' 966, וכן ראה דברי נ"מ הנשיא (חסין) ב"ע"פ 174/54, (9), בע' 17 ו"ע"פ 336/61, (10), בע' 2044). ניתן אולי לומר שמקל וחומר יבחון בית-משפט זה כשרותה של פעולה מינהלית בשטחי הממשל הצבאי על-פי המשפט הבינלאומי המנהגי, כאשר אין חוק חרות ישראלי החל על העניין וממילא אינה אפשרית התנגשות בין משפט העמים לבין המשפט הלאומי הישראלי. אך כאמור, נוכח עמדתו של בא-כוח המשיבים מתווספת גם בעיה זו על צרור הבעיות שבהן אין אנו נדרשים להביע דעה מחייבת בהת-דיינות זו, וברצוני לחזור ולהדגיש שהן כולן עדיין בעיות פתוחות בבית-משפט זה. על-כל-פנים, תהיה התשובה על השאלות אשר עוררתי עד כאן בלי לפתרון אשר תהיה, ברור דבר אחד: שתחומי התערבותו של בית-המשפט בפעולותיהן של רשויות צבאיות הנוגעות לענייני בטחון מן ההכרח שיהיו צרים מאד. כך הוא באשר לפעולות כאלה בתוך שטח המדינה. ב"בג"צ 279/72, (11), בע' 176 א אמרנו, כי הכלל הנקוט בידי בית-משפט זה, שאין הוא שם את שיקול-דעתו תחת שיקול-דעתה של רשות מינהלית, חייב לחול ביתר שאת על החלטה בדבר התאמתו האישית של חייל לתפקיד צבאי, כי מפקדי החייל, הם ולא אחרים, מסוגלים להעריך את התאמתו, בזכות מומחיותם ונסיונם המקצועי. על אחת כמה וכמה נכונה גישה זו אל פעולות שנעשו להשגת מטרה בטחונית מובהקת, כמו הבטחת רצועת עזה ושטח המדינה בפני פעילות חבלנית. הוא הדין במשפט הבינלאומי:

"If the term military necessity implies great latitude, and is invoked by way of excuse in justification of harsh measures, it is because the law of nations itself permits recourse thereto in

case of great need, and allows a belligerent commander to be the judge of the existence and sufficiency of the need."

(Hyde, International Law, 2nd Ed., Vol. 3, § 656, p. 1802).

בא־כוח העותרים הסתמך על סעיף 49 של אמנת ג'נבה האוסרת העברה כפויה של "אנשים מוגנים" משטח כבוש אל שטח המדינה הכובשת או אל מדינה אחרת, אלא אם בטחון האוכלוסיה או טעמי כורח צבאי מחייבים זאת. כן קובע סעיף 27, סיפא, של אמנת ג'נבה שצד לסכסוך צבאי רשאי לנקוט אמצעי פיקוח ובטחון כלפי "אנשים מוגנים", כפי שדרוש כתוצאה מן המלחמה. סעיף 49 אינו חל על ענייננו, כי זכור הועברו העותרים ממקום אל מקום בתוך שטח הממשל הצבאי ולא ממנו אל שטח מדינת ישראל. גם בלאו הכי לא נתערב בשיקול-דעתם של מפקדי הצבא הסבורים שההעברה היתה דרושה, כדי להבטיח את השקט בתוך רצועת עזה ומעבר לה, על-ידי יצירת אותו אזור חיץ המהווה אמצעי חשוב למניעת חדירתם של מחבלים. אף אם נקבל את טענת העתרים שהם ואנשיהם לא השתתפו בפעילות עויינת ולא עזרו לפעילות כזאת בצורה כלשהי, עדיין חייבים הם להשלים עם הפעולה שנעשתה מטעמים של כורח צבאי. פירטנו טעמים אלה, כפי שהובאו בתצהירו של אלוף טל, ואין לנו שום יסוד להטיל ספק בכך שהם נטענו לפנינו בתום-לב גמור. גם אם הפעילות החבלנית ברצועת עזה פחתה לעת-עתה, אין לדעת אם היא אינה עלולה להתלקח מחדש, ומוטב להקדים רפואה למכה ולהשלים את אמצעי הבטחון האחרים שננקטו, על-ידי בידודו השלם של האזור בפני חדירה בלתי-מבוקרת מבחוץ. בעניינים כגון אלה בוודאי נעדיף את דעת אנשי הצבא על השגותיו של בא־כוח העותרים הסבור כי אפשר היה גם בלעדי יצירת אזור החיץ.

תקנה 46 של תקנות האג מחייבת שמירת הרכוש הפרטי ואוסרת על הפקעת רכוש פרטי, וכן אוסר סעיף 53 של אמנת ג'נבה הריסת נכסי דניידי ודלא נידי בשטח הכיבוש. במקרה דנן לא הופקעה הבעלות ברכוש אלא נתפסה החזקה באדמות, וממילא קיים גם כאן סייג גורף בתקנה 23 (ז) של תקנות האג האוסרת הריסת רכוש האוייב או תפיסתו, אלא אם הריסה או תפיסה כזאת דרושות בהכרח מפאת צרכי המלחמה (ובמקביל ראה סעיף 53, סיפא, של אמנת ג'נבה). חובה כללית להבטיח את הסדר והבטחון של הציבור בשטח הכיבוש מוטלת על המעצמה המחזיקה בשטח לפי תקנה 43 של התקנות. הוראות אלה חלות לא רק בעתות לחימה בפועל אלא גם בעת דיכוי של פעולות עויינות בתוך השטח המוחזק (ראה British Military Manual, Vol 3, p. 163, § 588 ; Schwarzenberger, International Law, Vol. 2, p. 257).

הוזכר לעיל שצווי התפיסה והסגירה האחרונים נעשו בדיעבד, אחרי ביצוע הפעולות נגד העותרים, וניתן להם תוקף למפרע. לעניין זה יוזכרו סעיפים 65 ו-67 של אמנת ג'נבה האוסרים חקיקה ענשית רטרואקטיבית. אולם נכון טען מר נתן בשם המשיבים שאיננו עוסקים כאן בצד הענשי של הצווים (ויש להם גם צד ענשי, כי לפי סעיף 90 של הוראות הבטחון, תש"ל-1970, שמכוון נעשו הצווים, אדם, הנכנס לשטח סגור ללא היתר, צפוי



לעונש). כן נכונה טענתו שמבחינת המשפט הבינלאומי לא היה צורך בחקיקתו של המפקד הצבאי כדי לבסס את הפעולות שנעשו, כי פעולות אלה היו יכולות להיעשות כפעולות ביצוע, אם בתור שכאלה הן עומדות במבחן המשפט הבינלאומי. ראינו שהן עומדות במבחן זה. זאת ועוד: אפילו היה פגם ברטרואקטיביות של הצווים, אין זה נוגע לסעדים שהעותרים מבקשים בעתירותיהם, כי סעדים אלה נוגעים כולם לאיסורים שהצווים מטילים בהווה, דהיינו שלילתה הנמשכת של החזקה באדמות ואיסור הכניסה לאזורים הסגורים. בנדון זה בוודאי אין פגם בצווים.

על יסוד האמור יש לדעתי לבטל את שני הצווים על-תנאי, ולדחות את העתירות.

השופט ויתקון: בעניין זה מתבקשים אנו לבטל את החלטת המשיבים שלא להרשות לעותרים לשוב למקומות מגוריהם הקודמים. החלטה זו — כך טוענים המשיבים — מקורה בשיקולים בטחוניים. תחום התערבותנו בהחלטה מעין זו מצומצם לשניים: לבדיקת הסמכות החוקית שהחלטה מבוססת עליה, ולבדיקת השאלה, אם אמנם היו השיקולים שיקולי בטחון אמיתיים או שמא היו אלה „מדומים ובאים רק כדי לחפות על סירוב.... הנובע מטעמים פסולים“, כדברי השופט לנדוי בעניין אצלן נגד מפקד ומושל צבאי של הגליל, בג"צ 288/51, 33/52, (12), בע' 694.

אשר לסמכות החוקית לסגור את השטחים בפני העותרים ולמנוע את שובם אליהם, אין ספק שהיא קיימת על-פי הצווים, שהזכיר חברי הנכבד השופט לנדוי בפסק-דינו. לא היתה כאן איפוא כל חריגה מן הסמכות. אך במהלך הדיון עלתה השאלה, מה טיבם המשפטי של הצווים האלה, כי בתשובה לשאלה זו תלויה הכרעתנו בשאלה, אם אמנם מוסמכים אנו, כבית-משפט, לבקר את פעולות המשיבים בשטח המוחזק, בא-כוח המשיבים הסכים אמנם לסמכותנו בנדון זה, והוא עשה זאת, ללא ספק, כדי לפתוח את שערי בית-המשפט לפני העותרים ולאפשר דיון לגוף תרעומתם. אך ככל שהעמקנו בבעיה רואה אני שהקונצסיה שעשה בא-כוח המשיבים ברוחב לבו (וללא התחייבות לעשותה בכל המקרים שאולי עוד יבואו לפנינו), תוצאתה היא עירוב פרשיות ושיבוש כללי המשפט בסוגיה זו. הרי בבו-אנו לבחון את מעשי המשיבים בשטח המוחזק, ובעיקר את כוחם ותקפם של הצווים שיצאו מלפני המפקד הצבאי העליון שבאותו שטח, עלינו לברר, קודם כל, אם צווים אלה הם בחינת חקיקה ראשית — ואז, כידוע, אין לנו אלא לקבלם ככל חקיקה ריבונית ולא להרהר אחריהם, אפילו יימצאו סותרים כללים של המשפט הבינלאומי — או שמא מן הדין לראות בהם מעין חקיקת-משנה, הנחיה פנימית או פעולות מינהליות של גופים לא-ריבוניים הנתונים לבקרתנו השיפוטית.

חברי הנכבד, השופט לנדוי, הולך בדרך האחרונה או — ביתר דיוק — הוא מייחס לצווים האמורים מעמד כפול. מבחינת הרשויות הפועלות מטעם הממשל הצבאי יש לצווים — לדעת חברי — מעמד של חקיקה ראשית, ואילו מבחינת בית-המשפט הושה, היושב

בישראל והמוסמך להעביר מעשים של „אנשים הממלאים תפקידים ציבוריים על-פי דין“ תחת שבט בקרתו, רואה הוא אותם צווים כנורמה פנימית שרשות מינהלית קובעת לעצמה להנחותה. לעניות דעתי, „יחסיות“ כזאת — אם כך מותר להגיד — טומנת בחובה סתירה מניה וביה. עלינו להכיר, קודם כל, בעובדה שהן לפי המשפט הישראלי והן לפי המשפט הבינלאומי המפקד הצבאי העליון שבשטח הוא, ולא אחר, המחוקק הריבוני (בהיות ריבוניו של הריבון הזר מותלה כל עוד השטח מוחזק בידי הצבא). עובדה זו מחייבת גם אותנו, ועל-כן, אם בכלל נתיימר להיות מוסמכים לדון בעניין זה — וכבר רמזתי שאין דעתי נוחה מכך — עלינו לראות את עצמנו כאילו מכהנים אנו כבית-משפט גבוה לצדק היושב בשטח המוחזק עצמו. מי שפועל על בסיס פיקטיבי כזה חייב להיות עקבי ולסווג את הדין כפי שהוא מוצאו במקום כהונתו המיומרת.

מסקנה זו מתחייבת מכך שחקיקת-משנה, פעולה מינהלית, הנחיה פנימית או כל מעשה שלטוני כיוצא באלה אינם יכולים להתקיים בחלל משפטי ריק. הם צריכים להיאצל מחקיקה ראשית כלשהי. חקיקה ראשית זו היא „הנורמה הבסיסית“, שבלעדיה אין לדבר על נורמה משפטית משנית. לא רק מבחינה הלכתית אלא גם מבחינה מעשית אין מחוקק-משנה או מינהל יכול לפעול בלי שתהא פעולתו מעוגנת ומבוססת על חקיקה ראשית. דוקא בתחום הממשל הצבאי יש צורך להשתית פעולות על בסיס חוקי הנוצר, לפעמים, בכוח למפרע. כאן, יותר מבתחומים אחרים, מתגלה לעתים הצורך בחוק תשריר כדרך יחידה לחסן את הפעולה בפני הבקורת השיפוטית. אם נלך בדרך שהציע חברי השופט לנדוי, עלינו להשיב על השאלה, מי היא בעינינו המחוקק הריבוני הראשי המוסמך לספק לממשל הצבאי את הכי-סוי המשפטי הזה הדרוש לכל מינהל. חברי אומר שלגבי בית-משפט זה אין מחוקק אלא הכנסת ואין מחוקק-משנה אלא מכוח חקיקת הכנסת. אילו כך היה הדין, הייתי מצפה לחוק של הכנסת המאמצת ונותנת גושפנקה לכל הצווים שנתנו מפקדי צה"ל בשטחים המוחזקים. אך איש לא טען לפנינו שזהו הדין, ואני כשלעצמי איני מוכן לקבוע הלכה כזאת. על-כן חוזר אני ואומר שהצווים שעליהם מסתמכים המשיבים הם גם לגבינו בחינת חקיקה ראשית ושאין בידינו להתרה אחריהם.

כבר מטעם זה נדמה לי שעלינו לדון לפי הצווים שיצאו מלפני הרשות הצבאית, ללא כל אפשרות לבחון אותם מבחינת המשפט הבינלאומי. אך בקורת זו של מעשים חקיקתיים או מינהליים על רקע המשפט הבינלאומי אינה פתוחה לפני העותרים גם מן הטעם שאין לראות באמנות האמורות חלק מן המשפט הפנימי שבארץ. סוגיה זו הובהרה בספרו של פרופ' דינשטיין, המשפט הבינלאומי והמדינה, 1971, בע' 128 ואילך, ובעיקר בע' 143, שם הודגש ההבדל בין המשפט הבינלאומי המנהגי לבין המשפט הבינלאומי ההסכמי. לגבי הראשון ניתן לומר שבכפוף להוראה אחרת במשפט הפנימי, רואים אותו כנקלט בארץ ללא צורך בחקיקה מיוחדת: שטמפפר נגד היועץ המשפטי, ע"פ 174/54, (9); אייכמן נגד היועץ המשפטי, ע"פ 336/61, (10), בע' 2040 וגם יורשות שבבו נגד היילן, תי"א 208/52, (ירושלים), (15), בעניין חסינות דיפלומטית. ואילו המשפט הבינלאומי ההסכמי ברור שאין הוגז, כשלעצמו, נורמה משפטית בארץ. הלכה זו נפסקה בעניין שטיינברג נגד היועץ המש-

פטי, ע"פ 5/51, [6], בע' 1066, ובמפורש לגבי האמנות הנדונות כאן בעניין אלמקדסה נגד שר הבטחון, בג"צ 337/71, [1], בע' 580, ולאחרונה בעניין אל-טין נגד שר הבטחון, בג"צ 500/72, [7], בע' 485. נוכח הלכה ברורה זו, אין אני יכול אלא להתייחס בספקנות לנוהג שהשתרש, כנראה, אצל נציגי המדינה להסכים לבירור מעשי השלטון הצבאי אף מבחינת המשפט הבינלאומי ההסכמי. אף הסכמה זו הניתנת מדי פעם בפעם לגבי נושאים מוגדרים ובלי התחייבות שתינתן בכל העתירות, הופכת את דיוננו למעין בוררות התלויה בהסכמת הנתבע. לעניות דעתי, לא לשם כך נוצר בית-המשפט הזה.

ומעניין לעניין באותו עניין. כפי שאמרתי בתחילת דברי, תחום בקרתנו מצומצם לשתי שאלות: האם פעלו המשיבים בגדר סמכותם והאם עשו מה שעשו מתוך שיקולי בטחון אמיתיים? כדברי השופט אגרנט בעניין אלאיובי נגד שר הבטחון, בג"צ 46/50, [13], בע' 228: „במקרים אלה תפקידו של בית-המשפט הזה הוא רק לבדוק אם הרשות הנדונה לא הרגה מד' אמותיה של התקנה שמכוחה היא מתימרת לפעול, אם היא נתנה את דעתה על הגורמים הקבועים בחוק, ואם אותה הרשות פעלה בתום-לב“. לפנינו טענו העותרים שהרחקתם ממקומות מגוריהם אינה צורך בטחוני ושהנימוקים הבטחוניים אינם אלא אמתלה להכשרת הקרקע להתיישבות יהודית. ואילו המשיבים טענו כי יש ויש צורך בטחוני לפנות את העותרים ואת בני שבטיהם ממקומות מגוריהם ושאר נוכחותם והתיישבותם של מתיישבים יהודיים במקומות המפונים משמשות את צרכי הבטחון במרחב זה. אשר להרחקת העותרים אין ספק שהיא בגדר סמכותם של המשיבים, ובלבד שפעלו מתוך שיקולים בטחוניים. ברור שהעובדה, שאותם מקרקעין מיועדים, כולם או מקצתם, להת-יישבות יהודית, אינה שוללת מהפעולה, בשלמותה, את אפיה הבטחוני. שיקולי הבטחון, שנטענו ונסקרו כמפורט בפסק-דינו של חברי הנכבד, לא הופרכו ולא נתגלו כמדומים וכהסוואה לשיקולים אחרים כאשר נודע מפי אלוף טל עצמו שהשטח (או חלק ממנו) נועד להתיישבות של יהודים, כשארף היא, במקרה דנן, אמצעי בטחוני.

יתר השאלות, שעוררו לפנינו העותרים, והתשובות, שהשיבו עליהן המשיבים — לדעתי, אין זה מתפקידנו לעסוק בהן אפילו היינו „מוסמכים“ לכך לפי סעיף 7 לחוק בתי-המשפט. הטעם הוא שהדבר אינו „שפיט“; ואף כאן צריך לומר, דבר שאינו שפיט, גם הסכמת הצדדים אין בכוחה לעשותו שפיט. פעולה צבאית-בטחונית (להבדיל מפעולה מינ-הלית בתוך מסגרת הצבא) — אם מעוגנת היא בדין ואם נחה דעתנו שמניעיה היו בטחו-ניים — אין בית-המשפט המקום המתאים להרהר עליה ולשאול, אם אמנם היתה מחוייבת לפי המצב הבטחוני או שמא ניתן היה לפתור בעיה בטחונית גם בדרכים אחרות. אפילו לדעתם של אלה (ואני ביניהם), שאינם ממהרים לגרש עניינים „מדיניים“ וכיוצא באלה מטרקלין בית-המשפט, הרי ענייני צבא ובטחון, כמוהם כענייני מדיניות חוץ, אינם מן הדברים הראויים להכרעת הרשות השופטת. סמוכין לכך נמצא בפסיקה אמריקנית: Hirabayashi v. U.S.A.; (1943), [18]; Korematsu v. U.S.A.; (1944), [19];

Mora v. McNamara ; (1967), [20] ; Massachusetts v. Laird ; (1970), [21] ;  
Chandler v. D.P.P. ; (1964), A.C. 763, 791, 796, 810, [17] ואף בפסיקה האנגלית,  
ואילו בפסיקה הישראלית לא דובר עדיין על אי-שפיטות בהקשר זה אלא על אי-התערבות  
בית-המשפט בעניינים המסורים למומחיותם של גופים המופקדים על בטחון המדינה.

ואמנם, בפרשת חוגים לאומיים נגד שר המשטרה, בג"צ 222/68, המ' 15/69, [14],  
בע' 165, היתה לי הזדמנות להסביר שמקום שחוסר השפיטות אינו גלוי על פניו, אין  
הבדל רב בינו לבין הנימוק כי הדבר נתון בשיקול-דעת הרשות ושאינן להתערב בשיקול-  
דעת זה. שם הזכרתי, מה על-פי הפסיקה האמריקנית ב- [22], Baker v. Carr ; (1962),  
וב- [23], Powell v. McCormack ; (1969), 395 U.S. 486, נחשב כפלוגתה בלתי-  
שפיטה, ולא ראיתי בהחלטת המשטרה שלא להרשות לעותרים להתפלל בצוותא על הר  
הבית דבר שאינו שפיט. לא קיבלתי את טענת המשיב כי העניין אינו שפיט כיון שהמדובר  
בדבר המסור לשיקול-דעת הרשות שאין להתערב בו, והוספתי כי: "אין גם לומר שאי-  
שפיטות השאלה גלויה על פניה או שהיא מתבקשת מעצמה, כמו, למשל, במקרה שהשאלה  
היא, אם פלוני מוכר כשגריר בארצנו או אם ממשלתנו זכתה להכרתנו. במקרה כזה "לא  
ידון" בית-המשפט בשאלה, שחוסר שפיטותה גלוי לעין, ויקבל את הכרעת הרשות. ואילו  
כאן, לכל היותר ניתן לומר שחוסר השפיטות עשוי להתברר בסוף הדיון וכתוצאה ממנו.  
אך "חוסר שפיטות" כזה, שאינו חוסך דיון בשאלה ושרק תוך כדי הדיון עלול להתגלות,  
אין בעצם הבדל בינו ובין הנימוק השגור בהרבה פסקי-דין, שהעניין מסור לשיקול-דעת  
הרשות המינהלית ושזו פעלה באופן חוקי וסביר . . . . .".

במקרה דנן סברתי עוד בטרם נכנסנו בעבי הקורה כי חוסר השפיטות גלוי על פניו,  
ועל-כן אף לא ראיתי טעם להרשות לבא-כוח העותרים לחקור את המצהירים מטעם  
המשיבים על תצהיריהם בשבועה. כל הוויכוח הזה על מימדי הפורענות והסכנה שבשטח  
הנדון ועל דרכי המניעה האפשריות והרצויות, לא יכירנו מקומו במסגרת הכרעה שיפו-  
טית. אך, כאמור, קראנו את התצהירים ושמענו טיעונים ואולי רצוי היה לעשות כן, ולו  
אך כדי להפיס את דעת העותרים ולמנוע את הרושם שכאילו אין לנו הבנה למצב (ומה  
גם שלכל הדעות היו פגמים בביצוע הפעולות שהביאו להרחקתם מהשטח), ומשעשינו זאת,  
אפשר גם הפעם להתעלם מחוסר השפיטות ולהכריע בעניין לפי המבחנים המקובלים  
במקרים כאלה. אכן, כפי שהסביר חברי הנכבד השופט לנדוי ביתר פרוטרוט, חריגה מן  
הסמכות המוקנית למשיבים לפי צווי המפקדים לא היתה כאן, והשיקולים היו בטחוניים  
כנים. לדעתי, הם היו כאלה, גם אם נקח בחשבון את העובדה הבלתי-מוכחשת, כי התייש-  
בות יהודית כרוכה בפעולות הנקוטות לשם הבטחת בטחון השטחים והמדינה. כל יתר  
הדברים, כגון העדפת שיטה או תכנית אחת על פני אחרת, נתונים לשיקול-דעתם של  
המשיבים הבקיאים בסוגיה זו ואין להתערב בהחלטתם.

לפיכך סבור גם אני שיש לבטל את הצווים-על-תנאי ולדחות את העתירה.

השופט קיסטר: מסכים אני לדעת חברי שיש לבטל את הצווים-על-תנאי ולבטל את העתירות.

אשר להחלטות המשיבים שלא להרשות לעותרים לחזור למקומות מגוריהם, אלך בעקבות חברי הנכבד, השופט ויתקון, ואבדוק את שתי השאלות הבאות:

- א. מהי מהות הצווים בדבר סגירת השטחים בפני העותרים.
- ב. שאלת התערבותו של בית-משפט זה בהחלטות המשיבים.

באותן שאלות חייב אני להקדים ולומר כי לא נהנינו במידה מספקת מטיעון הצדדים, ועל-כן אשתדל להימנע מלהביע דעה פסקנית, אך בכל-זאת חייב אני להביע את אשר נראה לי.

לפי דעתי, הצווים של הממשל הצבאי הם אקטים תחיקתיים, באשר כוללים הם צווים לתושבים וסנקציות על אי-מילוי אותם הצווים וכן קובעים הם זכויות וחובות של אנשים — תושבי השטח או אנשים שיש להם אינטרס בשטח. על-כן, צווים כאלה יראו כמעשי חקיקה על-ידי כל בית-משפט, בין על-ידי בתי-משפט ובתי-דין שכווננו בשטח המוחזק ובין על-ידי בתי-משפט במדינת ישראל ואף על-ידי כל בית-משפט בחוץ-לארץ. הלוא סימן היכר של תחיקה הוא — שהיא מכילה נורמות כלליות המחייבות את התושב או האזרח. ובוזה נבדל מעשה חקיקה מהנחיה — שהיא הוראה המופנית מצד ממונה ברשות כלפי אדם הסר למשמעתו. לפי הפרקטיקה הנהוגה במדינת ישראל, יש ואזרח יכול להס-תמך על הנחיה כזו כשהיא לטובתו, אך הרשות איננה יכולה לחייב אדם לפעול על-פי הנחיה שניתנה לפקיד הרשות.

אציין כאן כי כדי לחייב את האזרח, נדרש גם כי החקיקה תפורסם כראוי. בזמן המנדט התעוררה שאלה בדבר כוחה המחייב של הוראה מסוימת שהוצאה בארץ-ישראל בתקופת ביניים, היינו בתקופה שבין כינון הממשל על-ידי המפקד הצבאי הבריטי לבין כינון המשטר האזרחי על-פי דבר-המלך במועצתו. בית-המשפט העליון, בתקופת המנדט, ב"ע"א 18/23, (16) — רוטנברג Collection of Judgments, כרך שלישי, ע' 925, החליט ברוב דעות (השופטים: ג'ראלה ופרומקין), בניגוד לדעתו של זקן-השופטים דאז, כי הוראה כזו, שלא פורסמה כראוי, אינה מחייבת את האזרח ואת בית-המשפט.

שאלה אחרת המתעוררת כאן היא — אם החקיקה הזו היא בבחינת חקיקה ראשית או חקיקת-משנה, אינני חושב כי בית-המשפט חייב לבדוק אם לצורך המשפט שלפניו, חקיקה כזאת היא בגדר חקיקה ראשית, ומה מקומה של חקיקה זו לפי מבחניו של קלזן ותלמידיו. אסתפק בהצגת העניין לפי המשפט הפוזיטיבי הקיים. מדינה המנהלת מלחמה ונכנסת לשטח שלא היתה לה לפני כן שליטה עליו, הרי בידי המפקד הצבאי הפועל בשטח, גם החובה וגם הסמכות להשליט סדר ומינהל תקין באותו שטח. ואם הוא מוציא צווים, אינו חייב להראות מקור לסמכותו וניתן לומר כי הוא עצמו מקור הסמכות. הסמכות הזו

של המפקד הצבאי הוכרה גם במשפט העמים, ומבחינה זאת אפשר לראות את מעשי החקיקה של המפקד הצבאי כחקיקה ראשית; אך בפעולותיו, נתון המפקד להוראותיהם של הממונים עליו — מצד אחד, ומצד שני, חייב מפקד צבאי בכל מדינה נאורה לפעול בהתאם לכללי משפט העמים הקובעים גבולות ותחומים לסמכותו.

בפסק-הדין המנדטורי שהזכרתי לעיל, אמנם מגדירים את מקור סמכותו של המפקד הצבאי כנובעת מכוח הזרוע, אך יחד עם זאת — רואים כי בית-המשפט, בתוקף היותו בית-משפט, לא יתן את ידו לביצוע צווים בלתי-חוקיים; באותו עניין — ההחלטה היתה רק לעניין צווים שלא פורסמו כהלכה, אך ניתן ללמוד כי ייתכנו עוד טעמים לכך שבית-המשפט לא יכיר בתקפו של צו שהוצא על-ידי מפקד צבאי.

מכאן אגיע לעניין העומד בפנינו — מה מידת התערבותו של בית-משפט זה במעשים, וביניהם במעשי חקיקה, שנעשו על-ידי המפקד הצבאי בשטח מוחזק.

אין צורך לערוך כאן בירור ממצה ואסתפק בנקודות המתעוררות במשפט זה דוקא. מטבע הדברים, ישנם עניינים שמידת התערבותו של בית-משפט בהם, היא מצומצמת ביותר או אף בלתי-אפשרית; כך, לדוגמה, לא יתערב בית-המשפט במדיניות חוץ של המדינה ולא יתן הוראות בדבר דרכי ניהול מלחמה. יצוין כי במשפט העברי קיימת הוראה שמלך יוצא למלחמת רשות רק בהסכמת הסנהדרין, אך למלחמת מצווה, שאחד מסוגיה הוא — „עזרת ישראל מיד צר“, אינו זקוק לרשות הסנהדרין (ראה — רמב"ם, הלכות מלכים, פרק ה', הלכות א' ו-ב'; אשר למקורות ולפרשנות הלכות אלה, מפנה אני לספרו של שמריהו אריאלי — משפט המלחמה, ע' צ"ו וע' ק"ע, ראה גם ספרו של ולדנברג — הלכות מדינה, כרך ב', שערים ד' ו-ה').

מפאת שיקולים דומים, לא ימהר בית-המשפט להתערב בפעולות של מפקד צבאי או עושי דברו, כאשר בא הוא להגן על בטחון השטחים שבשליטתו. העובדות וכן התצהירים של הצדדים תוארו בפירוט בפסק-דינו של חברי הנכבד, השופט לנדוי, ומסקנתו היא שאין מקום להתערב בשיקול-דעתו של המפקד הצבאי, ולכך אני מסכים.

מכל מקום, מדגיש אני כי במקרה דנא — הרחקת התושבים ממקומות מגוריהם, היתה למרחק של כשלושה ק"מ בלבד, וכמו-כן הותר להם לעבד שדותיהם בשעות היום, וכן זכו בתשלום פיצויים. ודברים אלה פורטו, כאמור, על-ידי חברי, השופט לנדוי.

הוחלט לבטל את שני הצווים-על-תנאי ולדחות את העתירות. על העותרים לשלם למשיבים הוצאות בסכום כולל של 500 ל"י בכל אחת משתי העתירות.

ניתן היום, כ"א באייר תשל"ג (23.5.1973).