

גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית-המשפט הגבוה לצדק בשטחים

עיוני משפט י"ז (2), תשנ"ג
ע' 809 - 757

א. מבוא

מאגר הפסיקה הגדול ביותר בעולם בנושאי זכויות-האדם בשטח מוחזק הינו זה המקופל במאות ההחלטות שנתובית-המשפט הגבוה לצדק בישראל בעשרים השנים האחרונות, למן אותם פסקי-דין חדשניים¹ שבהם הורשו לראשונה עותרים פלשתינים מן הגדה המערבית ומעזה (דהיינו, מחוץ לתחום הריבוני של מדינת-ישראל) להיכנס אל תוך היכל הצדק הישראלי הבכיר ביותר ולבקש את סעדיו, על-מנת לסכל תוכניות ופעולות של הממשל הצבאי, החלה נהירה מתמדת של מתדיינים לבית-המשפט, בממוצע של עשרות תיקים לשנה. תופעה זו אין לה אח ורע בעולם, ויש בה, לכאורה, כדי להצביע על האקטיביזם השיפוטי של שופטי ערכאה זו. אולם, עיון מדוקדק יותר מגלה, כי למעשה בסוגיה זו נרתע בית-המשפט לרוב מיוזמות שיפוטיות וממתן הלכות תקדימיות.

בית-המשפט העליון נחשב למסגרת שיפוטית חדשנית ופעלתנית, במיוחד ביושבו כבית-משפט גבוה לצדק, ושמו הולך לפניו כגוף שיפוטי היודע להבטיח את זכויות האדם גם ללא היוזקות לחוקה ולמגילת זכויות-אדם, היודע להטות אוזן קשבת למצוקתו של האזרח בעימות עם השלטונות ולהציג לפני גורמי השלטון שאלות חודרות ונוקבות, המיועדות לאפשר הצצה אל מעבר לפרגוד הרשמיות, אל תוך העולם המוגן והמסוגר של ביורוקרטיה ממשלתית. אולם נראה, כי סגולות אלה אינן מוצאות את ביטוין בעיסוקו של בית-המשפט בעתירות של תושבי השטחים: הדלת להיכל הצדק נפתחה אומנם לרווחה, אולם לא ניתן לנכנסים לסעוד את ליבם על שולחנו השופע של בית-המשפט בדמות סעד מוחשי, והם רק ליקטו פירורים של הצלחות חלקיות ונצחונות נוהליים.

בכוונתי לנסות להבין את הרתיעה של השופטים מלהתערב, וזאת על רקע הניגוד הבולט בין האקטיביזם שמגלה בית-המשפט בפיקוח על השלטון ובשמירה על זכויות של אזרחים בתוך הקו הירוק לבין היעדר מגמה דומה ככל שמדובר בתושבים מן השטחים. אם יש מקום לאקטיביזם שיפוטי, הרי הוא מתבקש מאליו בסוגיה זו, שכן, מדובר בתחום משפטי מעורפל, לא רק בישראל, אלא בעולם כולו; במצב עובדתי מיוחד במינו של שליטה צבאית ממושכת ללא פתרון מדיני; בערפול כוונותיה של המדיניות הישראלית לטווח ארוך; במצב בטחוני מסוכן של פעולות טרור המופעלות מבחוץ ושל התקוממות אזרחית המונית מבפנים; ובניסיון לשמור על זכויות-האדם של אוכלוסייה בתנאים של כיבוש, המתבצע על-ידי גורמים צבאיים של מדינה דמוקרטית.

במאמר זה נבחן את מקור הסמכות של בית-המשפט לדון בעתירות של תושבי השטחים, בעיקר לאור אמנת ג'נבה הרביעית מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה,² ונציג הצעות שונות שיאפשרו הכרה בתחולת אמנת ג'נבה בשטחים. לאחר מכן, ננתח שלוש פרשיות ישראליות מרכזיות בנושא זה וחמש פרשיות זרות, תוך הצבעה על הליקויים בפסיקתו של בית-המשפט הגבוה לצדק והצגת הפתרון הרצוי, לדעתנו.

ב. סוגיות מקדמיות: סמכות ושפיטות

בסוגיה הגורלית והראשונית—עצם סמכותו לדון בעתירות של תושבי השטחים—התחמק בית-המשפט מהתמודדות עניינית, ונגרר למעשה אחרי החלטתה ומדיניותה של הפרקליטות, בהנחיית היועץ המשפטי (בתקופת העתירות הראשונות היה זה מאיר שמגר), להסכים להתדיינות, כפוף לתנאים שקבעה הפרקליטות;³ כך שעד עצם היום הזה לא הסביר בית-המשפט מה מקור הסמכות לדון בעתירות הללו, שבהן הוא דן רק בהסמכת הצד המשיב, ועל סמך מה הנושא שפוט. אקטיביזם אמיתי מחייב התייחסות ישירה ומהותית לשאלת הסמכות, כי

אם אין לבית-המשפט סמכות לדון בעתירות של תושבי השטחים, הרי אין ביכולתה של הפרקליטות להעניק, מתוך הסכמה נדיבה, את הסמכות הזו. דומני, כי חובה היתה בזמנו לערוך בנושא זה דיון מעמיק, ענייני ומהותי ולא אקדמי גרידא.

הסתייגות ממצב זה נשמעה בעיקר מפיו של השופט ויתקון, אשר נתן ביטוי למורת-רוחו מהסדר זה של ויתור השלטונות והסכמת נציגיו המשפטיים להתדיין. הוא הגדיר את ההסדר כדבר ההופך "את דיונו למעין בוררות התלויה בהסכמת הנתבע. לעניות דעתי, לא לשם כך נוצר בית-משפט זה".⁴ אולם, גישה זו של השופט ויתקון חייבה בירור יסודי, לאחר דיון מעמיק, על רקע אקטיביזם שיפוטי של ממש, ואין מקומה במסגרת הערת אגב בשולי פסק-הדין. ניתן היה, למשל, לדרוש מן הצדדים להציג באופן מסודר את טענותיהם בדבר מקור הסמכות של בית-המשפט לדון בעתירה ובדבר היות הנושא עצמו שפוט. אילו לא היה בית-המשפט משתכנע בצדקת הטענות, היה עליו למשוך את ידיו מן הטיפול בעניין ולדחות את העתירה על הסף, כי אז אכן היה מתברר ש"לא לשם כך הוא נוצר". לעומת זאת, אילו היה בית-המשפט מגיע למסקנה שאומנם יש לו הסמכות וכי הנושא שפוט, אזי היה עליו למצות את הנושא ולפעול ללא סייגים, ועל אחת כמה וכמה לא על-פי הסייגים שקובע אחד הצדדים, המשיבים.

אין ספק שאין לצדדים הזכות או הכוח להעניק לבית-המשפט סמכות שאין לו.⁵ למה הדבר דומה? להסכמה של הצדדים שעניינם יתברר בבית-משפט מן הערכאה הנמוכה, כאשר אין לדרג זה של שיפוט הסמכות לדון בתביעה בשל מהות הנושא או היקפו. הנושא אכן שפוט במקרה כזה, אך לא בערכאה שאליה פנו, מפאת חוסר סמכות. זאת ועוד, בעצם הפקדת השאלות של שפוטות וסמכות בידי המשיבים—לגבי חלק מן המשפטים—כבל בית-המשפט את ידיו במידה משמעותית למדי, כי הרי פעילות נמרצת מדי היתה עלולה לגרום למשיבים להימלך בדעתם ולחזור בהם מהסכמתם להתדיין. לכן, יתכן ש"הכבלים של צדק", ומעליהם כתב משה נגבי, הינם דו-סיטריים: השלטונות מסכימים להתדיין בבית-המשפט ובית-המשפט מאשר, לרוב, את פעולותיהם. דהיינו, התניית ההתדיינות בהסכמת השלטונות-המשיבים כבלה את ידי בית-המשפט, שכן, ריבוי החלטות לטובת העותרים היה עלול להעמיד בספק את המשך הסכמת המשיבים.⁶

שאלת הסמכות לבדה סבוכה עוד יותר. באופן כללי, כאשר בית-המשפט עוסק בנושאים פוליטיים ובטחוניים, הוא יכול להגיע למסקנה שהנושא אינו שפוט בשל היבטים פוליטיים או בטחוניים שבהם רצוי שלא להתערב; אולם נוסף לכך, כמה מסימני השאלה בנושא השטחים נסבים סביב השאלה, האם יש בכלל לבית-המשפט, שתחום סמכותו משתרע בתוך שטחה של מדינת-ישראל, הסמכות לדון בעניינים המתרחשים מחוץ לתחום שיפוטו—בשטח מוחזק. השופט ויתקון, שגילה בפסקי-הדין שכתב אי-נחת רבה מן התפקיד שהוטל על בית-המשפט, נאלץ לפתור את הבעיה שהעיקה עליו על-ידי יצירת פיקציה, שלפיה ייחשב בית-המשפט כאילו הוא יושב בתוך השטחים עצמם. בתנאים אלה, עליו להתייחס לצווים של השלטונות הצבאיים כאל חקיקה ראשית, שאין לבית-המשפט הסמכות להרהר אחריה, בהיעדר סמכות למתוח ביקורת שיפוטית על חקיקה מסוג זה.⁷ בקביעה זו, שהינה מרחיקת-לכת מאוד ואשר אליה לא הצטרף אף שופט אחר, יש אולי ביטוי של חדשנות, אך בוודאי לא של אקטיביזם, כי ברור שיש בה דווקא כדי להגביל את סמכותו של בית-המשפט; ודברים אלה מקבלים משנה תוקף וחומרה—כאשר לא נעשתה הבחנה בין צווים כלליים, שהם דומים לחקיקה, לבין צווים המופנים אל אדם או אל קבוצת בני-אדם, שאינם אלא צווים אדמיניסטרטיביים, השייכים בדיוק לאותו תחום שבו הצטין כל כך בית-המשפט בנכונותו לפקח על מעשי השלטונות בתוך הקו הירוק, ושהינו הנושא של רוב העתירות בתוך הקו הירוק.

באשר לנכונות לדון בעתירות, יתכן שאין מקום כיום לשנות את הנוהל שהתקבל, כי הזמן—וזרם התיקים—עשו את שלהם, ונראה שכללי המשחק לא יאפשרו לפרקליטות לחזור בה ממדיניות שהשתרשה בשני העשורים האחרונים.⁸ יחד עם זאת, רצוי לציין את הרקע למצב שנוצר, כי יש בו כדי לסמל את הפסיביות השיפוטית שהסתמנה והתבלטה בפסיקה בנושא השטחים. אותה נכונות של בית-המשפט להשלים ולהסכים עם קביעתו של היועץ המשפטי, תוך ויתור על הדרישה לקיים דיון בשאלת השפוטות והסמכות, חוזרת ומוצאת ביטוי בנכונותו של בית-המשפט לקבל את טיעוני השלטונות באשר לשיקולי הביטחון, מבלי להתעמק בהם יתר על המידה ומבלי לבחון את צדקת הטענות ונחיצות המעשה השלטוני נושא הדיון. דומני, שאין הסבר אחר, עם כל הכבוד, למספר המועט של עתירות שהתקבלו,⁹ וזאת בתחום שבו נעשה שימוש רב באמצעים חריגים, המהווים הפרה בוטה וברורה של זכויות-האדם, החל במעצרים מינהליים המונוניים, עבור פיצוץ בתים—מעשה היכול להתפרש כענישה קולקטיבית—וכלה בגירוש אנשים ומניעת איחוד משפחות. כל אלה דוגמאות של אמצעים שאינם בשימוש בתוך הקו הירוק אלא במקרים חריגים ביותר. יתכן שבית-המשפט הגבוה לצדק לא היה צריך כלל להיענות לעתירות של הפלשתינים, ויתכן שלא היה מחויב לשית את ליבו להסכמת הפרקליטות להתדיין; אולם מעת שקיבל על

עצמו עול זה, ניצב לפניו אתגר קשה וכאוב: להיות למגן לאוכלוסייה גדולה, עוינת לישראל טבע הדברים, אולם גם נטולת זכויות אזרחיות בסיסיות, כאשר על כף-המאזניים מונח אומנם בטחון המדינה, אך מונחים גם ערכי-יסוד של החברה, סיכוייה להשיג שלום נכסף, ותדמיתה כלפי פנים וכלפי חוץ כאחד.

ג. התשתית התקנית בשטחים והשלכותיה

שני מעשי חיקוק עומדים ביסוד המורכבות המשפטית; מעשי חיקוק אמרנו, ולא חקיקה, שכן, מדובר בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945¹⁰ מתקופת המנדט, מחד גיסא, ובאמנת ג'נבה, המיועדת להגן על אוכלוסייה אזרחית בעת מלחמה ובתנאי כיבוש, מאידך גיסא. תקנות ההגנה הינן אותן תקנות שהתקינו הבריטים והפעילו בכל השטח שהיה בחסותם המנדטורית. כידוע, נמתחה עליהן ביקורת חריפה מפי מנהיגי היישוב, ביניהם גם משפטנים¹¹, אולם, לאחר קום המדינה, לא בוטלו התקנות ונעשה בהן שימוש מדי פעם בפעם.¹² לעומת זה, הועלתה הטענה,¹³ כי בירדן (והכוונה לשטחה של הגדה המערבית, לאחר שצורף לירדן), לא הופעלו התקנות מעולם, ואף בוטלו, עת התקבלה החוקה החדשה של הממלכה ההאשמית ב-1952. כאשר שלטונות צה"ל מפעילים את התקנות, הם עושים זאת כחלק מן המשפט הירדני, שהוכר כמשפט במרחב שנכבש ונשאר על כנו עד עצם היום הזה.¹⁴ אולם, בית-המשפט הגבוה לצדק קבע, כי הירדנים לא ביטלו את התקנות,¹⁵ ולכן הסכים לדון לפיהן. לקביעה זו יש חשיבות רבה, שכן, חלק מן הפעולות שבחן בית-המשפט מקורן באותן תקנות (למשל, גירוש, פיצוץ בתים ומעצרים מינהליים).

שונה המצב לגבי אמנת ג'נבה. אמנם, ממשלת ישראל אישרה אותה, ואין להתפלא על כך, כי ישראל היתה אחת המדינות שפעלה נמרצות לקבלתה (וזאת מתוך ביטוי לסבלו ולקורבנו של העם היהודי בעת מלחמת-העולם השנייה). אולם השופטים סבורים, כי האישור אינו הופך את האמנה לחלק אינטגרלי של המשפט הישראלי, כל עוד לא נחקקה האמנה כחקיקה של הכנסת, כיוון שהאמנה אינה חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי.

זו אחת הסיבות לכך שהאמנה נבחנה בבית-המשפט רק בהתאם לנכונותם של המשיבים (השלטונות) להיות כפופים לה.¹⁶ אולם, יש נופך נוסף למצב המשפטי, והוא, כי בצד הסכמתה להתדיין, הוסיפה הפרקליטות, כי היא מוכנה שיחולו על פעולותיה רק אותם חלקים של האמנה העוסקים בהיבטים הומניטריים. מצב זה נראה כמאפשר כר נרחב למדי לאקטיביזם שיפוטי, מה עוד, שאין בעולם הלכות רבות בעניין, כאמור, וכך נפלה בחלקה של ישראל ההזדמנות לתרום לעיצוב המשפט הבינלאומי בסוגיה חשובה זו,¹⁷ והיה בכוחו של בית-המשפט הגבוה לצדק להבהיר ולהאיר את המצב המשפטי המעורפל. אולם נראה שבית-המשפט לא רק שלא עמד באתגר זה, אלא, דומני, רק הרחיב והעמיק את הבעייתיות.

המצב שהתהווה בשטחים שונה מתוצאותיהם של מאבקים אלימים אחרים בזירה הבינלאומית, בעיקר משום שסיום הקרבות במקרה דנן לא הוביל למשא-ומתן מיידי בין הכוחות היריבים, או, לחלופין, לכניעה מוחלטת, תוך ויתור על זכויות ותביעות לגבי שטח המריבה. על-כן, נוצר מצב מדיני, חברתי ומשפטי שלא נצפה מראש,¹⁸ מצב של כיבוש ממושך, ללא סיפוח של השטח, אך גם ללא החזרתו. לכן, ללא קשר לעמדות האידיאולוגיות בשאלת השטחים והמדיניות הרצויה באשר לניהולם היומיומי, מוסכם כמעט על הכל בישראל, כי הגדה המערבית (וכן עזה) נמצאות בשליטה צבאית ישראלית. מצב עובדתי זה הוא נקודת-המוצא היסודית, מקור הסמכות, המאפשר לקיים הן את החוק של ירדן, כמחזיקה הקודמת של הגדה (אף אם באופן בלתי-חוקי),¹⁹ כאשר מדובר בבעיות משפטיות בין התושבים לבין עצמם (המשפט הפרטי והאזרחי), והן את המשפט הבינלאומי, כאשר מדובר ביחסים שבין השלטונות לבין האוכלוסייה האזרחית. אולם בעוד שבתנאים אלה ברור שיש לאפשר לבתי-המשפט המקומיים להמשיך לתפקד ולהחיל את החוק המקומי (במקרה הזה, החוק הירדני),²⁰ כלל לא ברור כיצד יש להבטיח פיקוח על דרישות מכוח המשפט הבינלאומי, קרי, אכיפתה של אמנת ג'נבה. הפתרון שאומץ—אפשר אף לומר, "אולתר", כיוון שאין הנחיות באמנה, ותקדימים על רקע דומה חסרים גם הם—היה, כאמור, לאפשר בקרה מסוימת במסגרת בית-המשפט הגבוה לצדק.

פתרון זה קנה לו מקום נכבד בתולדות המשפט הבינלאומי, ומהווה תקדים חלוצי, כיוון שזו הפעם הראשונה שבית-משפט של מדינה כובשת מאפשר לאוכלוסייה הנכבשת להגיש עתירות באופן שוטף נגד המינהל הצבאי בשטח שנכבש.²¹ יצויין, כי מבחינתה של שיטת המשפט הישראלית, מדובר בסמכות חוץ-טריטוריאלית, ואומנם,

אין זה המקרה היחיד בו הוענקה סמכות כזאת; אולם ביתר המקרים, התקבלה הסמכות על-פי חקיקה מפורשת, ²² ונוסף לכך, השימוש בסמכויות אלה היה נדיר, בעוד שעתירות של תושבי השטחים נהפכו לשגרה. עם זאת, לא ברור מהי המשמעות האמיתית והכוללת של המצב שהתהווה. למשל, האם יש בפנייה של תושבי השטחים כדי לרמוז על הלגיטימיות של השלטון הישראלי? דווקא משום כך, יש בקרב הפלשתינים כאלה המוותרים על דרך זו של התדיינות והמתנגדים לשימוש בה מבחינה פוליטית. ²³

על אף רתיעה זו של רבים מלפנות לבית-המשפט הגבוה לצדק, יש אחרים המוכנים לנצל את האפשרות הניתנת להם, ומספר הפונים גדל משנה לשנה, למרות העובדה המזדקרת לעין, שקלושים—ויש הסבורים, אף כמעט-אפסיים—סיכוייהם להצליח. רונן שמיר נדרש לסוגיה זו, והוא מציע כמה הסברים. ²⁴ בהסתמך על ראיונות עם קומץ עורכי-הדין המופיעים בתדירות בעתירות הללו ועם כמאה עותרים, הוא מתאר את השאיפה של עותרים להגיע לבית-המשפט, מתוך תחושה עמוקה ששם לפחות יישמע קול זעקתם וכבוד האדם שבהם יישמר. וזאת, ללא התחשבות בתוצאות הצפויות של הדיון או בהשלכותיו הפוליטיות. ²⁵ כמו-כן, יש הפונים מתוך שיקולים תועלתניים מובהקים, כמו רצון לעכב ככל האפשר את רוע הגזירה—פיצוץ בית או גירוש—ולאפשר לגורמים שונים—פוליטיים, תקשורתיים, דיפלומטיים—לפעול בינתיים לביטול הצו ולמניעת הפעולה המתוכננת. ²⁶

ישנם שני מחסומים עיקריים העומדים כמכשול לפני העותרים: הראשון הינו, כאמור, הסירוב לקבל את אמנת ג'נבה כעיקרון מחייב, ולהחילה—כולה וללא סייג—על פעולות מינהליות שנעשות על-ידי הממשל הצבאי בשטחים; ²⁷ והשני נעוץ בעובדה, שרוב הפעולות נשוא הדיון מתוארות ומוסברות על-ידי שיקולי ביטחון, ומגמה מושרשת היסב בערכאות משפטיות—ולא רק בישראל—היא, כי אין הדרג השיפוטי שש להתערב בשיקולי הביטחון של הרשויות; ²⁸ בכל הנוגע בעניינים כגון אלה, האחריות היא כבדה ביותר, ואין בית-המשפט רואה עצמו כשיר ליטול אותה על עצמו. אולם, במצב של אקטיביזם שיפוטי אמיתי, לא יימלט הדרג השיפוטי מלהתמודד עם סוגיה סבוכה זו, במיוחד כאשר מנגד עומד אינטרס מובהק של זכויות-האדם. לעומת מצב זה, כשמדובר בעותרים הבאים מתוך הקו הירוק, הרי רק באחרונה הוסיף בית-המשפט לשורה ארוכה של פסקי-דין, המיועדים לקדם את זכויות האדם, את ההחלטה לאשר פרסום ביקורת ביותר על שירותי הביטחון, ²⁹ על-אף רגישותו של הנושא ועל-אף התנגדות נמרצת של הדרג הבטחוני. אקטיביזם מסוג זה אינו מופיע בפסקי-הדין שנפסקו בעניין עתירותיהם של תושבי השטחים.

ד. אמנת ג'נבה בראי הספרות

1. הצגת הבעיה

הפסיקה שדנה במעמדה של אמנת ג'נבה עוררה גל של התייחסויות, לרוב ביקורתיות. כך, למשל, פירסם יורם דינשטיין שורה של מאמרי ביקורת, המתמקדים בפרשנות שגויה, לדעתו, שנתן בית-המשפט למשפט הבינלאומי. ³⁰ בין השאר, הוא עומד על חשיבות ההבחנה בין המשפט המנהגי, הבא לסכם ולפרט מצב נורמטיבי קיים, ואשר חל בכל מקום גם ללא הסכמה מפורשת של המדינה, לבין המשפט ההסכמי, אשר יוצר נורמה משפטית חדשה ואינו נקלט אל תוך המשפט המדינתי, אלא על-ידי פעולה חקיקתית מובהקת. במקרה אחרון זה, אפילו אישורו של אמנה על-ידי הממשלה אינו מחייב לשית המשפט; הוא רק יוצר מחויבות כלפי חוץ בתחום הבינלאומי, ואין בכך כדי ליצור זכויות ממשיות כלפי פנים, אשר תאפשרנה התערבות על-ידי בית-המשפט. וכך, בשורה של הערות ביקורתיות, מתייחס דינשטיין לעמדתה של הממשלה (שבית-המשפט לא חלק עליה מפורשות באותם פסקי-דין נשוא הרשימות) "כאילו הסכם ג'נבה הרביעי אינו בר תחולה בשטחים המוחזקים על ידי צה"ל... לדעתי העמדה דן מושתנת על יסודות משפטיים רעועים". ³⁰ אולם, דינשטיין מבהיר, כי על-אף תוקפה של אמנת ג'נבה (ובניגוד לתקנות האג משנת 1907, ³¹ שנהפכו לחלק מן המשפט הבינלאומי המחייב, בהיותן חלק מן המשפט המנהגי), היא לא נקלטה במשפט הפנימי של ישראל, בהיותה חלק מן המשפט ההסכמי; משמע, האמנה חלה, בתוקף האישור המחייב את הממשלה כלפי קהילת העמים, אך אין לבית-המשפט יכולת לאוכפה, בהיעדר חקיקה פנימית מפורשת.

מצב משפטי זה הינו בעייתי ביותר, שכן, הוא מאפשר למדינות (ולא רק לישראל) להכריז הכרזות חגיגיות באשר לחיוביותן לזכויות-האדם, כאשר אין מאחוריהן ולא כלום, מבחינת היישום בפועל. יתרה מזאת, בעוד שמתנהל רישום של כל אותן המדינות שאישרו את האמנה, אין רישום באשר למדינות שקלטו אותה אל תוך שיטת המשפט שלהן. לעובדה זו יש השלכות מיוחדות במינן ביחס לאמנת ג'נבה, כי בעוד שבאמנות רבות, היעד שלמענו התקבלה האמנה הינו שמירה על אזרחי המדינה, בהיותם שייכים לקבוצה מסוימת הזקוקה וזכאית להגנה—קטינים, פועלים, נשים, מיעוטים, אסירים, וכיוצא באלה קבוצות פגיעות—מיועדת אמנת ג'נבה להעניק הגנה לאוכלוסיה שאינה נמנית עם אזרחי המדינה או אף עם תושביה, אלא נמצאת תחת שלטון צבאי של המעצמה המחזיקה, וזאת באופן זמני בלבד. האמנה מיועדת להגן על אוכלוסיה המשתייכת למדינה עוינת, הנמצאת במצב של לפחות לוחמה, ואולי אף של מלחמה, עם המעצמה המחזיקה. לכן, קליטתה או אי-קליטתה של האמנה במשפט המדינה אינה שאלה פנימית, העשויה לעניין מחוקקים, שלהם מחויבות בעיקר כלפי בורחיהם. על-ידי קליטת האמנה באמצעות חקיקה, אין המחוקקים עושים למען רווחת בורחיהם, אלא למען אויביהם; ולכן, טבעי שלא יזדרזו לפעול, וכי חקיקה ברוח האמנה תמוקם בתחתית סדר-העדיפות של המחוקק.

2. פתרונות אפשריים

דרכים שונות להתגבר על קושי זה הוצעו במאמרים שהופיעו בעשור האחרון. נבחן את גישתם של ארבעה משפטים, תוך שנציין, כי לכל אחד מהם פתרון מקורי ("אקטיביסטי") משלו, שיאפשר החלה של אמנת ג'נבה על השטחים, אולם באף לא אחד מפסקי-הדין שיצאו לאחר פרסומם לא ניסה בית-המשפט להיעזר בהם, ויש להצטער שלא נמצא הד לפתרונות אלה בשיקוליהם של שופטי בית-המשפט העליון. כשלעצמי, אנסה להוסיף גם הערות משלי באשר לתוקפה של אמנת ג'נבה וחשיבותה לשיקולי השופטים, וכל זאת גם בלי חקיקה מפורשת של הכנסת.

(א) בנימין רובין: קליטתה של אמנת ג'נבה נעשתה באישרורה

הגישה המקובלת היא, כי אמנה השייכת למשפט ההסכמי אינה נחשבת לחלק מן המשפט המדינתי ללא חקיקה מפורשת בנדון, אף אם הדרג האקסקוטיבי אישר אותה, בעוד שאמנה השייכת למשפט המנהגי היא בעלת תוקף כלפי העולם כולו, אף אם הנורמה עצמה טרם נקלטה אל תוך המשפט הפנימי ואפילו אם לא אושרה על-ידי כל המדינות. לגישתו של רובין,³² הבחנה זו בטעות יסודה, טעות הכרוכה בכור-מחצבתו של המשפט הישראלי, הוא המשפט המקובל האנגלי. שם נקבע, אליבא דרובין, שאין אישרור של אמנה על-ידי הדרג המבצע יוצר מצב משפטי חדש מבחינה פנימית, כי הפרלמנט, שהוא הגוף הריבוני העליון, הינו הגוף היחיד שיכול ליצור נורמה חקיקתית חדשה, כך, שבאנגליה, רק אמנה מנהגית הינה נושא לדיון בבית-משפט אנגלי, בעוד שאמנה הסכמית טעונה חקיקה מפורשת בפרלמנט.

לדידו של רובין, אין שום סיבה או צורך שבישראל תאומץ גישה דומה, שכן, למרות הדמיון בין שני המשטרים (במבנה הפרלמנטרי, בהיעדר חוקה ובהיעדר ביקורת שיפוטית על חקיקה), הרקע ההיסטורי שונה, והשיקולים באשר למשמעות אישרורה של אמנה חייבים גם הם להיות שונים. יתר-על-כן, גם באנגליה חל שינוי מסוים, ומסתמנת בה מגמה להכיר גם באמנות שאושרו כחלק מן המשפט האנגלי גם בלי חקיקה ספציפית.³³ נוסף על כך, מאז נקבעו דברים אלה, חל גם שינוי מהותי במבנה החוקתי של בריטניה, עם הצטרפותה לקהילייה האירופית, על הוויתור שכרוך בכך מבחינת הריבונות המוחלטת של הפרלמנט, שהיתה בזמנו כמעט לסימן-ההיכר של המשטר. מכל מקום, מציע רובין שבישראל לא נהיה לכודים בתפיסה האנגלית הישנה, המושתתת על נסיבות היסטוריות מיוחדות, אשר אין להן ממילא אותו תוקף כיום.

זאת ועוד: רובין טוען, כי אם יש הבדלים בין סוגים של אמנות, עיקרם נעוץ בגורמים אחרים—למשל, הבדלים הנעוצים בהבחנה בין אמנות חקיקה שמתבצעות מכוח עצמן (Self-Executing Treaties) לבין כאלה שאינן מתבצעות מכוח עצמן Non-Self-Executing Treaties, כשהאחרונות אכן טעונות קליטה מפורשת על-ידי אקט של חקיקה. רוב הסעיפים באמנת ג'נבה הינם מן הסוג שמתבצע מכוח עצמו. לכן, שוב אין צורך בחקיקתם המפורשת.³⁴ יש גם הבדל בין אמנות כלליות לבין אמנות חוזיות בעיקרן, שאז, אין באישרורן כדי להופכן לחלק מן החקיקה המדינית, כי הרי אין בהן מעשה חקיקה. מובן, שאמנת ג'נבה שייכת לסוג הראשון של אמנות.

מדברי רובין יוצא, אם-כן, שאין שום צורך בחקיקה של אמנת ג'נבה כדי להופכה לחלק מן המשפט המדיני; די באישרורה כדי ליצור מצב משפטי שיחייב התייחסות אל כלליה הרלוונטיים כאל חוק לכל דבר.³⁵ ברגע שהרשות הממשלתית המוסמכת עושה את פעולת האישור, היא משנה את המצב המשפטי הפנימי, ואך מובן שעל בתי-המשפט לפעול בהתאם. אין בכוונתי לפסוק אם גישתו של רובין משקפת את המצב המשפטי לאשורו, אם לאו, אולם עד כה לא היתה שום התייחסות לדבריו בבית-המשפט הגבוה לצדק, למרות שאין ספק שהם מהווים אתגר של ממש והזמנה לשיפוט אקטיביסטי, לו רצו בכך שופטי בית-המשפט העליון.

(ב) אייל בנבנישתי: המשפט המנהגי והמשפט ההסכמי מחייבים באותה מידה

אף בנבנישתי³⁶ מבטל את חשיבותן של הגדרות המשפט המנהגי והמשפט ההסכמי. לגישתו, התפתח המשפט המנהגי לאור התנסויות שחוו מדינות אירופה במהלך התקשוריות ועימותים בינן לבין עצמן; הן עיצבו את המשפט המנהגי מתוך שאיפה לגבש ערכים משותפים, שהם אוניברסליים, כביכול. כל זה אירע בעידן הקולוניאליסטי, ואינו מתאים למצב שהתהווה בעידן המודרני, במיוחד לאחר מלחמת-העולם השנייה, כאשר מדינות רבות בעולם, המהוות רוב, זכו בעצמאות ריבונית והצטרפו למשפחת העמים, ובאופן מוסדי, לאו"ם. לגביהן, הסכמתן לאמנה מסוימת מחייבת לא פחות מן המשפט המנהגי שקבעו מדינות אירופה. אדרבא, הן יכולות לראות עצמן אפילו מחויבות יותר לגבי אמנות שיש להן חלק בניסוחן ואשר זכו באישורן, מאשר לאותם כללים מנהגיים, שנקלטו, כביכול, במשפט הבינלאומי בטרם היה להן, למדינות החדשות, ייצוג בקרב העמים.

לדעתי, מהווה מאמר זה תרומה חשובה לדיון על אמנת ג'נבה, ויש להניח שעוד יזכה בתגובות בספרות המשפטית הישראלית. אם תתקבל העמדה המובעת בו, נהיר כי יהיה בכך משום מתן פתרון פשוט למעמדה של אמנת ג'נבה, שזכתה באישור של כמעט כל מדינות העולם. עד לכתיבת שורות אלה, לא היה סיפק בידו של בית-המשפט לבחון את דבריו של בנבנישתי; אולם נראה, שאף אם יבחן בית-המשפט גישה זו בעתיד, אין להניח שהוא יאמצה, שכן, התייחסות ברמה כזו תדרוש אותה מידה של אקטיביזם שיפוטי הבולט כל כך בהיעדרו.

(ג) אמנון רובינשטיין: אין להתנות את קליטת אמנת ג'נבה בחקיקה, כי אין לכנסת סמכות לעשות כן

יש דוגמאות נוספות של התעלמות הפסיקה מעמדות חריגות בסוגיה זו של בחינת תוקפה של אמנת ג'נבה במשפט הישראלי. רובינשטיין³⁷ מסביר, כי האמנה עוסקת בשטח שהוא מחוץ לתחום הריבוני הישראלי, ולכן, מנקודת-המבט של המשפט הבינלאומי, אין בידי הכנסת הסמכות לחוקק חוקים בנדון. מצב זה הינו ייחודי לנושא שבו עוסקת האמנה, נושא של שטח כבוש, שמטבע הדברים אינו חלק מן הריבונות של מדינה, בניגוד מוחלט למספר ניכר של אמנות שהחלתן נעשית בתוך המדינה, ולכן יש אפשרות לחוקק אותן במשפט הפנימי—למשל, אמנות העוסקות באיסור על עבדות או גזענות, אמנות הקובעות תנאי מינימום לפועלים, לנשים, לילדים, לאסירים או למיעוטים, או אמנות שמיועדות לשמר אוצרות-טבע או נכסים תרבותיים מיוחדים במינם.

ואלה דבריו של רובינשטיין:

כאשר אנו עוסקים באמנה אשר מעצם טיבה אינה אמורה לחול כלל על תחום השיפוט של המדינה ואינה אמורה להשפיע על מהותו של המשפט הפנימי בה וכל כולה עוסקת אך ורק בשטחים ובמערכת היחסים שמחוץ לתחום שטח השיפוט, מתעורר ספק בדבר הצורך בתהליך כזה של קליטה (רצפציה) במשפט המקומי. ניתן לטעון, כי במקרה דנן נעלם הצורך בקליטה כזו, ונשטת הבסיס ההגיוני המצדיק אותה: אין שום שינוי בחוק מקומי המתחייב מקבלת האמנה ואין שום צורך בהבאת העניין בפני הכנסת. מכיוון שכך, ומכיוון שבמערכת ההתחייבויות הבינלאומיות של המדינה, אישור האמנה די בו לכשעצמו, הרי קשה להבין כיצד היתה הכנסת יכולה, אפילו רצתה בכך, לחוקק את האמנה, שכן הכנסת מפעילה את סמכותה, מעצם מהותה, לגבי האנשים והשטחים המצויים בתחום סמכותה. עד כמה שמגעת ידיעת המחבר זו הסיבה לכך שאמנות ג'נבה לא נחקקו אל תוך מערכות החקיקה המוניציפאליות של המדינות החברות לה. בית המשפט העליון לא דן בסוגיה זו והתייחס לענין אמנת ג'נבה כאל אמנה בינלאומית רגילה, המחייבת קליטה במשפט הפנימי.³⁸ [ההדגשה במקור- ל"ש].

בבית-המשפט הגבוה לצדק לא נעשה כל ניסיון לבחון את הסוגיה מזווית-ראייה זו; וכנראה אז נואש רובינשטיין מן המצב, ובתור מחוקק ניסה לעשות את אשר פסל בתור אקדמאי, בהעלותו טיוטה להצעת-חוק בכנסת,³⁹ האמורה לקלוט את אמנת ג'נבה במשפט הישראלי, הצעה שטרם הפכה לחוק.

(ד) הלל סומר: אמנת ג'נבה נקלטה בפקודות הצבא

גישה נוספת, המנסה לבחון את תחולתה של האמנה, הינה זו של הלל סומר,⁴⁰ המשליך את יהבו על פקודת מטכ"ל, שבה יש סעיף המפנה להוראות שבאמנה וקובע, כי על חיילי צה"ל לשומר. אכן, סעיף 3 לפקודות מטכ"ל 33.0133 (בתוקף מ-20 ביולי 1982), הנושאת את הכותרת "משמעת—התנהגות בהתאם לאמנות בינלאומיות שמדינת ישראל צד להן: אמנות ג'נבה", קובע כי "חובה על חיילי צה"ל לנהוג בהתאם להוראות הכלולות באמנות הנ"ל".⁴¹ על-מנת להסיר כל ספק, מוסיף סומר ציטוט מחוות-דעת רשמית של מפקדת הפרקליטות הצבאית הראשית, המבהיר כי "אמנת ג'נבה הינה חלק מפקודות הצבא והוראותיה אומצו כלשונן...".⁴² לאחר ניתוח פרשני באשר למעמדן של פקודות מטכ"ל, מגיע סומר למסקנה, כי בהיות הוראות אמנת ג'נבה חלק מפקודות הצבא, ובהיות פקודות אלו חלק מן הדין החל על חיילי צה"ל (כולל נושאי התפקידים במימשל צבאי ישראלי בשטחים מוחזקים)—מחוייב מימשל צבאי ישראלי בשמירת הוראותיה, וסטייה מהן עלולה להביא לביטול החלטותיו.⁴³

דבריו של סומר רומזים, אולי, על קריאה המופנית לפרקליטות הצבאית לנקוט פעולות משפטיות נגד מפקדים בכירים בצה"ל בגין פעולות שאינן עולות בקנה אחד עם פקודות מטכ"ל, המתיימרות לקלוט את אמנות ג'נבה אל תוך המבנה המשפטי של צה"ל. אולם, לא ברור מי ידאג לביטול ההחלטות באופן מעשי, כפעולות *Ultra Vires*. לכן, אין ניתוחו של סומר מספק פתרון לגבי המשפט הישראלי הכללי, כי—ושוב לדבריו—"אמנם האמנה לא נקלטה לדין הישראלי";⁴⁴ קליטתה הוגבלה רק "לענף מיוחד של הדין הישראלי, החל על נושאי התפקידים במימשל הצבאי".⁴⁵ קליטה חלקית רק לענף מיוחד יוצר, לדעתו, בעיות לא-מעטות, אך סומר סבור, כי יש בו "כדי לפתור את הסתירה הלא-נוחה בין הדין המקומי לבין מחויבותה של ישראל, במישור הבינלאומי, לקיים את הוראות האמנה עליה חתמה".⁴⁶ יש בכך, אומנם, כדי לפתור את הבעיה שעליה הצביע רובינשטיין—בעיית חוסר סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים המיוחדים לשטח המצוי מחוץ לתחום ריבונותה. שכן, ברור כי לצבא, הנאלץ לעיתים מתוקף תפקידו—ובמיוחד בתנאי מלחמה, שאליהם מתייחסת האמנה—לפעול מחוץ לתחום הריבונות, בוודאי יש סמכות לחייב את חייליו גם כאשר הם פועלים בתחום הריבוני של המדינה.

אולם, אין בכך, כמובן, כדי לחייב את בית-המשפט הגבוה לצדק, העומד במוקד דיונו. אדרבא, יש באמור אפילו כדי לפטור אותו מיישומה של הפקודה; שהרי, על-פי תפיסתו של סומר, הפקודה אכן נקלטה, אך באופן חלקי בלבד, כאשר בחלקיות הזאת יש כדי לחייב את בתי-הדין הצבאיים בלבד, אך לא את בתי-המשפט האזרחיים, כולל בית-המשפט הגבוה לצדק. דומני, שמצב זה הינו בעייתי במיוחד בישראל, שבה יש לדרג השיפוט האזרחי סמכות ערעור סופית על בתי-דין צבאיים. דווקא מצב זה עלול לגרור את בית-המשפט הגבוה לצדק לתסבוכת משפטית בלתי-רצויה: ביושבו כבית-משפט גבוה לצדק, בערעור על ערכאה משפטית צבאית, הוא יצטרך להפעיל את אמנת ג'נבה ולפעול בהתאם בפוסקו את דינו של חייל במשפט פלילי, אך במקרה אחר, שוב ביושבו כבית-משפט גבוה לצדק, והפעם בנושא מינהלי-חוקתי, ייאלץ, אולי, להתעלם מן האמנה ולהימנע מלפעול בהתאם לה, אפילו אם מדובר באותו נושא ואולי אף באותו המקרה. אין ספק שיש בכך טעם לפגם ואף אי-צדק למראית-עין, הן כלפי פלשתינים-עותרים אפשריים והן כלפי חיילים-נאשמים אפשריים.

(ה) גישת המחבר: אמנת ג'נבה נהפכה לחלק מהמשפט המנהגי

השאלה המתבקשת מאליה הינה: האם יש מוצא מסבך משפטי זה? דומני שכן, באמצעות פתרון אשר דורש—יש להקדים ולהבהיר, ואולי גם להזהיר—אקטיביזם שיפוטי (הדרוש כאן לא כדי ליצור נורמה חדשה, אלא על-מנת לתת ביטוי לנורמה בינלאומית קיימת): פתרון זה יש בו כדי לפתור גם את חלק-הארי של הסוגיות האחרות שהוזכרו לעיל; ואולי מן הראוי להדגיש, שלמעשה רק בגישה המאופיינת על ידי אקטיביזם שיפוטי ניתן לפתור את הבעיות שהועלו, וזאת לאור ההערכה, שחקיקה ישראלית ראשית בנדון שתקלוט את אמנת ג'נבה בשיטתנו אינה רצויה או אפשרית או אינה נראית באופן.

רצוי אם-כן לפנות לפתרון משפטי אחר. עד כה התנהל הדיון בעיקר סביב ההבחנה, שעניינה הוא אם מדובר באמנה הסכמית או מנהגית (למעט הטעון של רובין, הגורס כי אין להתייחס להבחנה זו, ודעתו של בנבנישתי שהובעה רק לאחרונה). ברם, אפילו אם נקבל כהנחת יסוד שיש אכן הבחנה כזו—ויתכן שהפסיקה הישראלית בנושא יצרה הלכה בנידון—מתעוררת השאלה, והיא חייבת לעלות באחד הימים אם לא עברה ממעמד של אמנה הסכמית למעמד של אמנה מנהגית. הרי כל מנהג, תחילתו במצב בלתי-מוכר ואולי אף בלתי-ברור, עד שלאט-לאט,

טיפין-טיפין, שלב-שלב, הוא קונה מעמד מושרש יותר בקרב העמים—תחילה בין הנאורים יותר, ובהמשך מצטרפים גם המהססים ואף הסרבנים.

כאשר התקבלו תקנות האג בתחילת המאה, הן נחשבו ברובן לבנות תוקף מנהגי (אם כי היו סעיפים שנחשבו ככאלה שנוצרו דווקא על-ידי האמנה). מכל מקום, אין חולקים על כך—לפחות במישור הישראלי—כי תקנות האג כולן, ללא יוצא מן הכלל, הן כיום חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי. קשה לקבוע מתי חל השינוי הזה, כי הרי מטבע הדברים, אין מועד לתמורות כאלה המתרחשות בקצב משלהן, מבלי שניתן לומר במדויק מתי היתה נקודת תפנית. איו ספק שעצם התקבלות האמנה מוסיפה תנופה מסוימת לתהליך, וכך הקשורים לנושא; במקרה של תקנות האג—שתי מלחמות-העולם, שבהן התחזקו הנורמות של האמנה, במיוחד כאשר מפירי הנורמות הועמדו לדין, בתום המלחמה. רצוי, אם-כן, שמעבר למעמד המוכר של תקנות האג כיום, נחזור ונסקור את התהליך בו הלכו והשתרשו אותן תקנות, שהיום הן, בשלמותן, אליבא דכולי עלמא, חלק מוכר במשפט הבינלאומי המנהגי. דומני שאין במה טובה יותר לשינון ולליבון זה מאשר מהדורת ספרו של Oppenheim, בעריכת Lauterpacht, שיצאה לאור לאחר מלחמת העולם השנייה ולאחר קביעתה של אמנת ג'נבה.⁴⁷ לאחר ניתוח קצר של התפתחויות למן ימי-הביניים, עת שלטה אכזריות ללא ריסון, מתאר הספר תהליכי התמתנות, כאשר מקרים בודדים ומתונים נהפכו לנהגים, שעברו במרוצת הזמן ונהפכו, באמצעות מנהגים ואמנות, לכללים משפטיים מחייבים.⁴⁸ מובהר, כי:

In contradistinction to the savage cruelty of former time, belligerents gradually adopted the view that the realization of the purpose of war was in no way hampered by consideration shown to the wounded, to prisoners and to private individuals who do not take part in the fighting.⁴⁹

Oppenheim מתאר תשעה שלבים חשובים בעיצוב דיני המלחמה. השלב החשוב ביותר הינו תקנות האג, תחילה על-פי הניסוח של 1899, ואחר-כך בהשלמה, ב-1907.⁵⁰ על אף היקפה וחשיבותה של אמנה זו, היא לא היתה אמורה לכלול את הכללים; כלומר, אין מדובר ברשימה סגורה של איסורים והיתרים. וכך כתוב:

Convention IV, as the preamble expressly states, does not aim at giving a complete code of the laws of war on land. Cases outside its scope still remain the subject of customary rules and usages. Moreover as repeatedly affirmed by various war crimes tribunals after the Second World War, most of its provisions were declaratory of existing customary International Law.⁵¹

עד כאן באשר לגישה הכללית, המסוכמת בספר. אולם דא עקא, לא כולם הסכימו, בשלבים הקריטיים (למשל, בפרוץ מלחמת העולם הראשונה), כי כוחן של תקנות האג אכן יפה וכי תחולתן על כולם. כך מוסבר, כי:

When the First War came, this Convention had not been ratified by all the belligerents, and its binding force was controversial.⁵²

זאת ועוד: בהסתמך על המלומד Gerner, נעשית בהמשך הבחנה בין תחולתה של האמנה ב-1899, כאשר אישרו אותה כל המשתתפים במלחמה, ולכן היה לה תוקף מחייב בשלבים הראשונים של המלחמה, לבין האמנה של 1907, אשר לא כל המשתתפים אישרוה, ולכן חייבו את הצדדים הלוחמים רק חלקיה המנהגיים.⁵³ הבעייתיות של האמנה בתחילת דרכה (עד למלחמת-העולם הראשונה) נבעה בחלקה מן הסעיף שקבע, כי האמנה מחייבת את משתתפי המלחמה רק אם חתמו עליה כולם, והיעדר חתימה אחת היה עלול למוטט את תוקפה. Oppenheim אומר:

The effectiveness of some of the Hague Conventions concluded before the First World War seemed to have been considerably impaired by the incorporation of a so-called general participation clause, which provided that the Convention shall be binding only if all the belligerents are parties to it. The effect of the clause was in strict law, to deprive some of the Conventions of their binding force either from the beginning of the War or in the course of it as soon as a non-signatory State, however insignificant, joined the ranks of the belligerents.⁵⁴

בהערה מוסיף המחבר, כי ייתכן שהאמנה של 1899 היתה בתוקף בזמן המלחמה רק עד אוגוסט 1917, כאשר ליבריה (אשר לא חתמה עליה) הצטרפה למלחמה⁵⁵ (ללא כלנפקות לשוליות שלה, כלוחמת זעירה ומרוחקת). יחד עם זאת, נמצאו גם בתי-משפט שהיו מוכנים לקיים את האמנה בכל מקרה⁵⁶

אנו רואים, אם-כן, כי על אף המעמד האיתן כיום של תקנות האג כולן, היו בשנים הראשונות, ולפחות עד למלחמת העולם השנייה, ספקות מסוימים לגבי חלק מן הסעיפים, והיו סעיפים שנחשבו אז להסכמיים, ולא מנהגיים. שנים ספורות לפני צאת המהדורה האמורה של Oppenheim אמר בית-המשפט הצבאי הבינלאומי בנירנברג כדלקמן:

The Rules of land warfare expressed in the Convention undoubtedly represented an advance over existing International Law at the time of their adoption. . . But by 1939 these rules laid down in the Convention were recognized by all civilized nations and were regarded as being declaratory of the law and customs of war.⁵⁷

מצב זה נוגד את המצב שהיה במלחמת-העולם הראשונה, שלגביה:

During the First World War the Hague Convention was not, or may not have been, in strict law binding, since not all the belligerents were parties to it.⁵⁸

לסיכום, אנו למדים כמה דברים חשובים לגבי תקנות האג:

- (1) תחילה, לא לכלל הסעיפים היה אותו תוקף; רוב הסעיפים היו מנהגיים, אך היו גם סעיפים הסכמיים.
- (2) במלחמת-העולם הראשונה היתה פלוגתא באשר לתוקפה, במיוחד לגבי מדינות שלא אישרו אותה.
- (3) לגבי המדינות שאישרו אותה, היא היתה בעלת תוקף מחייב, כפוף לתנאי שגם כל יתר המדינות המשתתפות במלחמה אישרו אותה.
- (4) ב-1952 היה ברור, כי האמנה כולה מהווה חלק מן המשפט המנהגי.

מתברר, אם-כן, אף שהדברים אינם ברורים לחלוטין, כי הזמן עשה את שלו לגבי תקנות האג. אם בעת קבלת האמנה, היתה רובה, אך בהחלט לא כולה, חלק מן המשפט המנהגי, הרי שעם פרוץ מלחמת העולם השנייה, כבר נחשבה האמנה כולה, כנראה, למשפט מנהגי גם ללא אישור, ועל אף ה- General Participation Clause, שהרי היא הוחלה במשפטי נירנברג, אף-על-פי שהשתתפו במלחמה מדינות שלא היו חתומות עליה. כך ניתן לראות התקדמות בחיזוק תוקפה של האמנה.

על רקע זה ניתן להציג את השאלה הבאה: אם שלושים ושתיים שנות קיומן של תקנות האג, מאז נקבעו, ב-1907 ועד 1939 (בפרוץ מלחמת-העולם השנייה), תורמות להפיכתה של האמנה למנהגית, מה דינה של אמנת ג'נבה בתקופה הנכבדה של ארבעים ושלוש שנים—כמעט יובל—שחלפו מאז הותקנה? בבחינת שאלה זו רצוי להתחשב גם בעובדה, כי בניגוד לתקנות האג, אין באמנת ג'נבה סעיף השתתפות כללית (General Participation Clause), כך שאין סייג מעין זה היכול לערער או לאיים על תוקפה של האמנה. זאת ועוד: האמנה זכתה מזמן לתמיכה רחבה ביותר בעולם, ועד עצם היום הזה חתמו עליה כ-160 מדינות. אומנם, אין באישרורים הללו כדי להפוך את כלליה, באופן אוטומטי, ממשפט הסכמי למשפט מנהגי, אולם אין ספק שאישרורים אלה, בצירוף נתונים נוספים—כגון הזמן הממושך שעבר מאז שהתקבלה או ההתקדמות הניכרת בהכרה בחשיבותן של זכויות-אדם בכל התחומים—יוצרים מרקם של מרכיבים התורמים לעיצובו של המשפט הבינלאומי, כולל תרומה לתהליך שבו נהפך משפט הסכמי למשפט מנהגי.

לשאלת הזמן נדרש Martti Kaskenniemi⁵⁹, משפטן פיני ידוע, ובשוקלו את האפשרויות לכאן ולכאן, הוא מעלה הצעה של קליטה מיידית של מנהג כבעל תוקף מחייב. למשך הזמן של נוהג יש בעיניו חשיבות מסוימת, אולם יש בעייתיות רבה ביישום קריטריון זה. מהו המצב, למשל, אם הנוהג קיים זמן רב אך טרם זכה להסכמה כללית? לעומת זה, אם יש כבר הסכמה כללית, לשם מה להקפיד ולדרוש קיום תקופה ממושכת בטרם יוכר הנוהג כחלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי? לדבריו:

If States agree on holding something as custom, what basis is there to deny it such even if were not accompanied by long-standing and consistent practice? In respect of custom we can witness a marked de-emphasis on the requirements of duration.⁶⁰

Kaskenniemi ממעט בחשיבותו של גורם הזמן וטוען, כי ניתן ליצור מנהג באורח מיידי, אך רעיון זה טרם זכה בתמיכה מלאה. לדבריו:

If one act may create custom, then to speak of any requirement of duration is superfluous. The element of time. . . loses its normative nature and becomes a description of one class of customary norms. It is true, of course, that the doctrine of instant custom has not secured full acceptance. But the objections relate more to its classification as custom than to its character as law. It seems difficult to deny the status of law from a consensus, even if not accompanied by punitive acts which States agree to hold binding.⁶¹

מכיוון שהוא מודע לבעיות הכרוכות בשאלת הזמן, בעת ניסיון לקבוע את הפיכתו שה נהוג למנהג, משליך Kaskenniemi את יהבו, בסופו של דבר, על שאלת הצדק והשאיפה להשיגו. הוא מסכם את ניתוחו בעניין הזמן בזו הלשון:

At issue in the balancing of stability and change are not so much views about the significance of time as different conception of what is suitable in certain circumstances and what is not. In other words, we cannot reach justice through the use of some legally formulated temporal metaphor. We must know justice before we can give conflicting formal and temporal criteria definite priority.⁶²

מבחינה זו, הסוגיה של הפיכת כלל או נהוג למנהג בעל תוקף מחייב, שכל מדינה נדרשת לקיימו, אינה שאלה פשוטה של משך זמן, אלא של בחינת הצדק והדין הרצוי לאור ערכי היסוד של החברה האנושית.

אין ספק שרוב הכללים המופיעים באמנת ג'נבה תואמים גם את ערכי היסוד של החברה הישראלית: אף אם בשנים הראשונות לקיום המדינה נעשה עדיין שימוש באמנים קיצוניים, כגון פיצוץ בתים ומעצרים מינהליים, הלך השימוש בהם ופחת, עד שכמעט נעלם כליל, כך שבאופן ממשי, אין הבדל בין העקרונות של אמנת ג'נבה לבין המשפט הישראלי, כפי שהוא מופעל הלכה למעשה.⁶³ זאת אומרת, אין ישראל נדרשת להפר את חוקיה ולהתכחש לערכיה בבואה ליישם את אמנת ג'נבה (בניגוד, למשל, לעמדתה הביקורתית כלפי הפרוטוקולים של 1977).⁶⁴ האמנה מבטאת היטב את שאיפותיה של ישראל, ולכן היא אישרה אותה עוד ב-1951 (ובעצם, היא הקדימה בכך מדינות רבות אחרות, כגון בריטניה ויתר המדינות של חבר-העמים הבריטי).⁶⁵ רוב מדינות העולם שותפות למגמה זו, וכיום חתומות עליה, כאמור, יותר מ-160 מדינות. נתונים כאלה מחזקים את עמדתו של רובין, לפיה צריכה אמנת ג'נבה להיחשב כחלק מן המשפט המחייב.⁶⁵ כך, שגם אם לא תתקבל עמדתו בדבר ביטול ההבחנה בין משפט הסכמי לבין משפט מנהגי, יתכן שמספרן הרב של המדינות שאישרו את האמנה במשך השנים נותן ניטוי למגמה ברורה לראות בה משפט מחייב, והשאלה הינה, אם מגמה ברורה וברוכה זו הגיעה לידי הגשמה וכבר יצרה משפט מנהגי.

עמדה אחרת, הן לגבי שאלת הזמן והן לגבי משמעותה של אמנה, הינה זו של D'Amato⁶⁶ הוא נוקט עמדה חריגה מעט, שעיקרה מתמקד בחשיבותה של אמנה בפני עצמה, כביטוי למשפט מנהגי. לדידו, אין כמעט כלל המופיע באמנה שאינו נחשב למנהגי. אין זאת אומרת שכלל המופיע נהפך אוטומטית למנהגי, אך, יש בו כדי לתת משקל נכבד לאמנה, כמשקפת את המשפט המנהגי.

הואיל ואין D'Amato טוען שיש קשר אוטומטי בין קיומה של אמנה לבין הפיכת כלל של המשפט הבינלאומי למנהגי, הוא נדרש גם לשאלה של קביעת הזמן הדרוש למעבר מכלל הסכמי לכלל מנהגי מחייב. שאלה זו מקבלת משנה משמעות כאשר מדובר בתופעה שאינה נפוצה, ואז אין בעצם אפשרות לקבוע נחרצות אם אומנם הגיע הכלל לדרגה של משפט מנהגי, כי לרוב אין נזקקים לו. פירוש הדבר, שככל שיש פחות מצבים שבהם מפירים אותו, כן יש גם פחות הזדמנויות להכיר בעצם מעמדו כמנהגי. יוצא מכך, שרק אם הפרה מדינה את הכלל תהיה אפשרות

לדעת אם הכלל בר-תוקף כחלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי. מצב כזה יוצר, כמובן, פרדוקס. D'Amato מיטיב לתאר אותו:

If a writer were to contend that it is difficult to say whether the Geneva Convention has passed into customary international law, presumably a nation would actually have to engage in genocide and then desist after a few hundred or a few thousand people have been massacred in order to substantiate the antigenocide rule.⁶⁷

הדוגמא של השמדת עם אינה כה טובה, כי בעקבות משפטי נירנברג וטוקיו, ומאוחר יותר, משפט אייכמן,⁶⁷ מסכימים רוב הפרשנים, שהאיסור על השמדת-עם מהווה כלל של המשפט המנהגי; אולם, לעיקרון הכללי שתואר יש תוקף רב, ואולי יקבל העיקרון משנה משמעות אם נייחס אותו לאמנת ג'נבה, כי על-מנת לדעת אם היא נהפכה למנהגית, דרוש שמדינה מסוימת תכבוש שטח במלחמה ותשלוט בו, ואז יהיה אפשר לנחת את התנהגותה כלפי האוכלוסיה המוגנת. האמת היא, שישראל, כתוצאה ממלחמת המגן שניהלה ב-1967, נמצאת במעמד זה, ולכן, רק באמצעות מעשי השלטונות והביקורת השיפוטית של שופטיה, ניתן לבחון את מעמדה של האמנה.

בהקשר זה מעניין להשוות את עמדתם של שלטונות ישראל בעניין הזמן באשר לאמנה אחרת, אמנה שאינה עוסקת בזכויות-האדם אלא בהסדרי ימאות. Michael Akehurst מתייחס לבעיה של שונית היבשת במאמר שאף הוא מנסה לבחון את שאלת הזמן בנושא של המשפט הבינלאומי המנהגי.⁶⁸ הוא מצוין במפורש את העמדה החלוצית, "האקטיביסטית" של ישראל, שרצתה דווקא לזרז את ההליך של הפיכת כללי האמנה למשפט מנהגי. וזה תיאורו:

The problem of the time needed to give rise to a rule of customary law has arisen particularly in the context of the continental shelf. In the *Abu Dhabi* case in 1951 the arbitrator held that the doctrine of the continental shelf had not yet become a rule of customary law, but he based his decision on the inconsistency of practice and not on its novelty. At the Geneva Conference in 1985 Greece said that a period of ten years was too short to establish the doctrine, *but Israel disagreed*, and so by implication did the other nineteen States, which considered that the doctrine had already become a rule of customary law.⁶⁹

מתבקשת מאליה השאלה: אם סבורה ישראל כי די בעשר שנים להפוך את כללי האמנה שעוסקת בשונית היבשת למשפט מנהגי, מדוע אין די בתקופה של יותר מארבעים שנה כדי להפוך את כל כלליה של אמנת ג'נבה, או לפחות את רובם, למשפט מנהגי—מה עוד, שבאמנת ג'נבה מדובר לא בנושא טכני, אלא בזכויות-האדם.

למרות שאין לדעת מתי בדיוק נוצר מנהג מחייב, אין להתעלם מן העובדה, ש"הזמן עושה את שלו". מאז נקבעה האמנה, היו אירועים ותופעות בשפע, הנותנים ביטוי מוחשי לגיבוש קונסנסוס רחב למדי, המכבד ומעודד שמירה על זכויות-האדם. באירופה ובדרום-אמריקה הוקמו בתי-משפט על-מדינתיים לזכויות-האדם; התפתחו ארגונים חוץ-מדינתיים ועל-מדינתיים, הפועלים בהתמדה למען שמירה על זכויות-האדם; פורסמה ספרות ענפה המלבנת את המשמעות של זכויות אלה; אל ההכרזה הבינלאומית לזכויות-האדם משנת 1948⁷⁰ צורפה סדרה שלמה של אמנות נוספות, שהרחיבו באופן משמעותי ביותר את מעגל בני-האדם המוגנים ואת ההגנות עצמן. בתמצית ניתן לומר, כי חלה תמורה מהפכנית במודעות הכלל-עולמית באשר לצורך לכבד את זכויות האדם ובאשר לנכונות לתת לכך ביטוי ממשי וליצור כלים לקיום זכויות אלה. כל התייחסות לשאלת תוקפה של האמנה חייבת להתחשב בנתונים אלה.

השאלה היא עתה: כיצד לאכוף, הלכה למעשה, את השאיפות המבוטאות במגמה זו—ובמיוחד, כיצד חייבת הרשות השיפוטית לפעול? האם אין בכל אלה משום פגיעה במעמד הפרלמנט? דוגמא מאלפת לכך שדי באישרור של אמנה, ללא צורך בחקיקה פנימית, הינה האמנה האירופית לזכויות-האדם,⁷¹ שלפיה, רשאית כל מדינה המצטרפת למועצת אירופה להסכים במקביל להיות כפופה לבית-המשפט האירופי לזכויות-האדם; אפילו בריטניה, המקפידה יותר מכל מדינה אחרת לשמור על ריבונותו של הפרלמנט, נתנה את הסכמתה לכך. מצב דומה, ואולי אף חריף יותר, מבחינת משמעותו לגבי ריבונות מדינתית, הינו החובה המוטלת על מדינות הקהילייה האירופית לחייב את בתי-המשפט שלהן לקיים את משפט הקהילייה, על-אף העובדה שאין בנושא זה חקיקה

פנימית⁷² (אם כי בשני המקרים הללו מדובר בהתפתחויות שחלו משנות החמישים ואילך, משמע, לאחר קבלתה של אמנת ג'נבה).

השאלה היא: מה מידת השפעתן של התפתחויות אלה? אין שום ספק שיש בהן כדי לשנות את המשמעות של הריבונות המוחלטת של מדינה, הן כלפי חוץ, כיחידה בפני עצמה, והן כלפי פנים, מבחינת הסמכות של הפרלמנט; והדברים אמורים במיוחד לגבי הפרלמנט הבריטי, ששוב אינו אותו גוף ריבוני בלעדי, כפי שהיה בתום מלחמת העולם השנייה, או בשנת 1949, עת התקבלה האמנה. הואיל ותפישתנו החוקתית לגבי משמעותה של ריבונות המחוקק נקבעה לא במעט על-ידי קשירתנו למשפט המקובל האנגלי, דומני שרצוי לבחון מחדש את משמעות הריבונות של הכנסת בהקשר של הכרה באמנה ללא חקיקה. לנוכח כל השינויים שחלו בעשורים האחרונים במשפט הבינלאומי, כפי שצוין לעיל, יתכן שאין לדבוק בעמדה הגורסת, כי לגבי אמנת ג'נבה, יש צורך בחקיקה פנימית בטרם יאפשר בית-משפט מדינתי לפעול בהתאם לה (או לחלופין, דרושה הסכמה *ad hoc* בכל מקרה ומקרה, של נציגיה המשפטיים של המדינה, דוגמת המצב הנוכחי בישראל). נראה שהמשפט הבינלאומי, ככל שהוא נוגע לזכויות-האדם, התפתח הרבה מעבר למצב זה.

טענתי היא, אם-כן, שבחלוף הזמן, נהפכה אמנת ג'נבה—או נהפך לפחות חלק ממנה—למשפט מנהגי, ולכן היא ניתנת ליישום בבית-המשפט גם בלי חקיקה מפורשת של בית-המחוקקים (ואף בלי אישורו של הדרג האקסקוטיבי). אין גם צורך בהכרה מלאה בכל סעיפיה, אלא, כפי שהתרחש ביחס לתקנות האג, ניתן לקבוע אילו הם הסעיפים או אף חלקי הסעיפים שיש להעניק להם מעמד של משפט מנהגי (declaratory). כפי שקבע דינשטיין, בכנס שנערך ב-1988 בנושא הספציפי של אכיפה לאומית של משפט בינלאומי הומניטרי:

In 1949, the Fourth [Geneva] Convention was innovative...Admittedly, when analyzed on a clause-by-clause basis, some of the stipulation of the Convention may perhaps be viewed as declaratory especially when they are in conformity with court decisions delivered in post- Second World War trials of war criminals. In some instances, a subparagraph or a segment of a given article may qualify as declaratory, whereas other sections of the same clause are not.⁷³

דינשטיין ממשיך וקובע, כי רוב האמנה עודנו הסכמי; אולם רצוי מאוד לבחון אלו הם אותם סעיפים שיתכן שכבר הגיעו למעמד של משפט מנהגי. (דינשטיין מזכיר, כדוגמא, את הסעיף העוסק בבני-ערובה). דומני, כי תשובה אפשרית ניתן למצוא באמנה עצמה, שכן, יש בה דירוג של סוגי הנושאים שבהם היא עוסקת. הסעיף המשמעותי יותר בסוגיה זאת הינו סעיף 147, אשר זכה להתייחסות מעטה בלבד בספרות הישראלית על הנושא. סעיף 147 לאמנה קובע רשימה של Grave Breaches—הפרות חמורות—ודומני, כי המעשים המצוינים בו מהווים תשתית נאותה של מעשים אסורים (כפי שהם מפורטים בסעיפים אחרים של האמנה), שנהפכו למשפט מנהגי, למשל, הריגה במתכוון, עינוי, טיפול בלתי-אנושי, ניסויים ביולוגיים בלתי-חוקיים, העברת אוכלוסיה, מעצר בלתי-חוקי, כפיית שירות צבאי, שלילת זכות לדיון משפטי הוגן ורגיל, תפיסת בני-ערובה, השמדה נרחבת של רכוש והפקעת רכוש, אלא אם יש צורך צבאי המצדיק זאת.⁷⁴

על רקע זה בשלים התנאים להכרה בחלק מאמנת ג'נבה כאמנה מנהגית. נחוצה רק החלטה מפורשת של בית-משפט כלשהו, שאכן יש לאמנה תוקף מחייב גם ללא חקיקה פנימית מפורשת, וכי מעמדה כיום שווה למעמדן של תקנות האג, לפחות בחלק מסעיפיה. דומני, כי לשם כך דרושים שני מרכיבים עיקריים: האחד מוסדי והאחר אישי-תרבותי. לגבי האחד, הכוונה הינה למשטר שבו יש לדרג השיפוט עצמאות מוחלטת, קרי, משטר דמוקרטי, שכן, אין להניח שבית-משפט במשטר אחר יעז לנסות לחייב את צבאו להישמע לכללים בינלאומיים שאינם רצויים לו. לגבי האחר, מהבחינה האישית-התרבותית, הכוונה היא לבית-משפט המסוגל לפעול לא רק באופן עצמאי, אלא גם באופן פעלתני-אקטיביסטי; בית-משפט היודע להתמודד עם אתגרים חדשים; שניחן ברגישות לשלטון-החוק המהותי, או, לפי הגדרה אחרת, במחויבות למרות המשפט;⁷⁵ בית-משפט המוכן לתרום לעיצוב נורמות משפטיות חדשות. אכן, בית-המשפט הישראלי ניחן במלוא הסגולות האלה.

מרכיב נוסף הינו, כמובן, מצב של שלטון צבאי בשטח מוחזק. ישראל נמנית כיום (ובעצם, במשך כמעט כל השנים למן מלחמת ששת-הימים) עם המדינות הדמוקרטיות המעטות שצבאן מקיים שליטה רצופה בשטח אשר נמצא מחוץ לגבול הריבוני המוכר והמוכרז של המדינה.⁷⁶ לכאורה מצב כזה קיים גם לגבי שליטת טורקיה בצפון קפריסין, למן 1974, אולם ראוי להצביע על שני הבדלים: ראשית, טורקיה אינה יכולה להיחשב במשך כל שנות הכיבוש לדמוקרטיה שבה יש לשופטיה עצמאות. בחלק מן התקופה הזאת, התקיים בטורקיה משטר צבאי, ובאותה

תקופה עצמה הוגשו תלונות לבית- המשפט האירופאי לזכויות- האדם, שפסק פעמים מספר, כי טורקיה מפירה את האמנה האירופאית לזכויות- האדם.

שנית, המצב בצפון קפריסין שונה מן המצב בגדה המערבית. רוב התושבים בקפריסין הצפונית הינם ממוצא טורקי, ורצונם הוא, על פי השתייכותם האתנית, להסתפח לטורקיה.⁷⁷ עובדה זו אינה מצדיקה את פלישת טורקיה לאי בשנת 1974, אולם יש בה כדי להבהיר את המצב השונה של השליטה הצבאית שם, לעומת השלטון הצבאי הישראלי בגדה המערבית. למיטב ידיעתי, אין תסיסה אלימה של האוכלוסיה נגד הצבא הטורקי, ולא קיימות כל אותן בעיות שבהן נתקלת ישראל בגדה. לכן, אין האוכלוסיה שם זקוקה לעזרת האמנה. לפיכך, אין השלטון הצבאי הטורקי בצפונה של קפריסין מהווה דוגמא באשר לשאלת תוקפה של אמנת ג'נבה, משום שהאוכלוסיה שם פשוט אינה טוענת להגנה על-פי כלליה, וכנראה שלא הוגשה עתירה לבית-המשפט בטורקיה עצמה. לעומת זה, ממשלת קפריסין עצמה תבעה את טורקיה בבית-המשפט האירופי לזכויות-האדם, ושם נקבע, שעל טורקיה לפעול גם מחוץ למדינתה (קרי, בעצם, בשטח כבוש) בהתאם לכללי האמנה האירופית לזכויות-האדם.⁷⁸

לכן, מעבר לדיונים אקדמיים (שיש להם חשיבות רבה בעיצוב המשפט הבינלאומי), הגוף המוסמך ביותר לתת ביטוי לתמורות החברתיות-התרבותיות מרחיקות-הלכת שהוזכרו, ככל שהן משפיעות על אמנת ג'נבה, הינו בית-משפט מדינתי. נפלה בחלקו של בית-משפט ישראלי, אם יפעל באופן אקטיביסטי, הזכות או החובה להחליט תוכן של ממש אל תוך האמנה, להופכה מהצהרות חגיגיות לנורמות מחייבות, מהישג רוחני ותיאורטי כביר למכשיר יעיל ומשמעותי, מזכויות-אדם בעלמא להגנה מוחשית על מחוסרי זכויות.

בשלב זה, ישראל הינה אולי הדמוקרטיה היחידה בעולם המקיימת שלטון צבאי על עם אחר, ולכן, היא היחידה שתוכל לתרום לביסוסן של אותן הגנות שהובטחו לאזרחים ששטחם נכבש במלחמה. מדובר לא רק בתפקיד שיפוטי גרידא, אלא בשליחות של ממש, וכל זאת ביחס לאמנה שישראל עצמה גילתה בה עניין רב ופעלה במרץ ובהתמדה לקבלתה כמעט מיום לידתה.

החלטה ברוח זו—של ראיית אמנת ג'נבה כמחייבת את השלטונות—לא תהווה בהכרח סטייה מן ההלכות הקודמות של בית-המשפט הגבוה לצדק, שבהן נקבע, שהאמנה אינה מנהגית; שכן, מרכיב חשוב בטיעוני הינו גורם הזמן. אכן, עבר זמן מאז התייחס בית-המשפט הגבוה לצדק לנושא באופן מפורש. יש להוסיף, כי חלק ניכר מן השינויים שעליהם הצבעתי קיבלו את ביטויים הנחרץ ביותר דווקא בשנים האחרונות, לאחר שהתקבלו ההלכות הראשונות באשר לסיווגה של אמנת ג'נבה כהסכמת בלבד, ולא כמנהגית.

ה. פרשיות ישראליות: כבדהו וחשדהו

דומני, שהשעה כשרה לחידוש ההלכה ולחדשנות בתפישת בית-המשפט. כדי לחולל את השינוי, דרושה נכונות של בית-המשפט עצמו לפעול ברוח אותו אקטיביזם שכה מאפיין אותו בפעולות שבתוך הקו הירוק, כשלעיתים הוא אף מגלה חשדנות בריאה וראויה, בחזקת "כבדהו וחשדהו", כאשר הוא בוחן פעולות של הדרגים הגבוהים ביותר של הממשל—הן נבחרי העם והן שליחי העם.⁷⁹

לכאורה, צודק בית-משפט—לא רק בישראל, אלא בעולם כולו—כאשר הוא מנסה בכל מחיר למשוך את ידי מנושאים פוליטיים ובטחוניים. אולם דומני, שכאשר שני הנושאים משמשים בערבוביה—וכזה הוא המצב בחלק ניכר מפסקי-הדין העוסקים נשטחים—יש חשש ממשי שנושא אחד עלול להיות מנוצל לקידום הנושא האחר. כך היה בבג"צ 390/79 **דויקאט נ' ממשלת ישראל**⁸⁰ (שיכונה להלן עניין **אלון מורה**), כשהדבר התגלה לעין בשל פלוגתא פנימית בתוך המערכת, נוסף להתערבות חיצונית—צירופם של המתנחלים כמשיבים. אולם במשפט זה התגלה רק טפח; במשפטים אחרים, הסתפק בית-המשפט רק בטפח ולא חיפש ולא יגע ולא מצא טפחיים. דומני, כי טמונים בין השיטין של פסקי-דין רבים נתונים, שמידה מזערית של אקטיביזם שיפוטי היתה מגלה דרכם פגמים דומים לאלה שנמצאו בעניין **אלון מורה**.

בחלק הבא של המאמר, נבחן שלושה פסקי-דין תקדימיים שניתנו בעתירות של פלשתינים. יש להבהיר, שבחלק זה לא ידובר בבעיות הסבוכות של המשפט הבינלאומי, אלא בעיקר בשיקולי שופטים לגבי העובדות שהוצגו

לפניהם. פסקי-הדין הללו עוסקים בהתנחלויות, שניים מהם בגדה המערבית (בג"צ 606/78 **אויב נ' שר הביטחון** 81, שיכונה להלן **עניין בית-אל**, ועניין **אלון מורה**, ואחד בסיני (עניין **פתחת-רפיח**). בחרתי לבחון את פסקי-הדין הללו מפני שגלומים בהם, לעניות דעתי, פגמים המאפיינים את הטיפול בעתירות רבות, ומפני שהם מאפשרים במיוחד בירור של שאלת האקטיביזם השיפוטי

1. עניין אלון מורה

מבחן האקטיביזם השיפוטי בנושא השטחים ייבחר תחילה דווקא באותו משפט, ובו נקט בית-המשפט, לכאורה, עמדה תקיפה ועצמאית וביטל תוכנית ממשלתית להקים יישוב—הוא עניין **אלון מורה**. במשפט זה פעל בית-המשפט הגבוה לצדק בהתאם לאותם כללים ועקרונות שהותוו חודשים מספר לפני-כן, בעניין **בית-אל**, וביישמו את הרעיון של "צורך צבאי", קבע, שעל-פי קנה-מידה זה, לא הוכח שהקמת היישוב נובעת משיקולים של צורך צבאי, ולכן יש לבטל את התוכנית, ובעצם, לפרק את היישוב, שכבר החלו להקים.

מבלי לפגוע בחשיבות ההחלטה שהתקבלה בעניין **אלון מורה**, קשה לראות בה ביטוי לאקטיביזם שיפוטי, לא כל שכן נקיטת עמדה אמיצה ועצמאית. ההחלטה בנדון התקבלה מאליה, לעניות דעתי, על-פי הנסיבות המיוחדות שבעתירה זו; היא לא היוותה שום תקדים מעשי לגבי המשך ההתנחלויות ולא נקבעה בה כל הלכה חדשנית, בעוד שדווקא בעניין **בית-אל** התקבלה ההחלטה העקרונית באשר למגבלות של חופש הפעולה של השלטון הצבאי, אם כי העתירה עצמה נדחתה. להלן יובאו הנסיבות המיוחדות של עניין **אלון מורה**, שלגישתי, הן אשר הכריעו את גורלו, ולא אקט חדשני בהלכה המשפטית:

(א) היה ידוע ברבים, וכן לבית-המשפט עצמו, שההכרעה בעניין הקמת היישוב התקבלה רק לאחר מחלוקת בתוך המערכת הפוליטית והבטחונית, כאשר שר הביטחון דאז, עזר ויצמן, התנגד להקמת ההתנחלות ונשאר איתן בעמדתו גם לאחר שהתברר שהוא במיעוט. כפי שכתב בית-המשפט, "מצב זה של מחלוקת בין שר הביטחון והרמטכ"ל על עצם הצורך בתפיסה—אין לו אח ורע בכל הפסיקה הישראלית".

(ב) עמדתו של שר הביטחון היתה אומנם עמדת-מיעוט, הן בממשלה והן בדרג הצבאי, אולם היו אנשי ציבור בכירים, בעלי רקע בטחוני משמעותי, שתמכו בעמדתו, וביניהם הרמטכ"ל לשעבר חיים בר-לב, אשר אף טרח להביע את גישתו זו בתצהיר שהוגש לבית-המשפט, וכמוהו עשה גם אלוף במילואים מתתיהו פלד. גם בתוך הממשלה היו שני רמטכ"לים לשעבר בקרב המיעוט: סגן ראש הממשלה, יגאל ידין, ושר החוץ, משה דיין.⁸³

(ג) לא ניתן להבין את שיקולי בית-המשפט ואת הגורמים שהשפיעו עליו מבלי להתייחס לתפקידם של המתנחלים עצמם, הן בהופעה לפני בית-המשפט והן בגילוי היוזמה להתנחלות במקום. תפקידם בא לידי ביטוי, באופן שאינו משתמע לשתי פנים, בפסק-הדין עצמו.⁸⁴ המתנחלים, בבקשתם להצטרף למשיבים הרשמיים, שנענתה בחיוב, דאגו לעמוד על המניעים האידיאולוגיים שהניעו אותם; הם הבהירו, כי לא שיקולים צבאיים-בטחוניים היו נר לרגליהם, אלא שאיפות וחזונות שמקורם בזכויות יהודים להתנחל בכל אתר ואתר בארץ-ישראל. בית-המשפט התייחס להיבט זה בציינו, כי המתנחלים "גוללו בתצהירים ובטיעונם יריעה רחבה, הרבה מעבר למה שנטען מטעם המשיבים המקוריים".⁸⁵ כך ניתנה לבית-המשפט האפשרות ללמוד על מניעים ותוכניות, שביניהם לבין צרכים צבאיים אין ולא כלום. לולא התערבות זו והכנות שבטיעונם של מתנחלים, אין זה ברור כלל שבית-המשפט היה מבין את הרקע האמיתי להתנחלות.

(ד) ההלכה שנקבעה בעניין **בית-אל** כבלה, במידה רבה, את חופש הפעולה של בית-המשפט בעניין **אלון מורה**, שכן, בהלכה זו הוסבר והובהר היטב, כי פעולות של השלטון הצבאי חייבות להיות מעוגנות בצורך צבאי, על-פי תקנות האג. כפי שקבע השופט ויתקון בעניין **בית-אל**, "בצו המתייחס לפרשת בית-אל... נאמר במפורש שהוא ניתן כיוון שהדבר דרוש, לדעת מפקד האיזור, 'לצרכים צבאיים הכרחיים ודחופים'".⁸⁶ כיתד איתן להוכחת הצורך הצבאי הדרוש בעניין **בית-אל**, הסתמך בית-המשפט על "תצהיריו של אלוף אורלי [אשר] אינם משאירים ספק בכך".⁸⁷ שמדובר בשיקולי ביטחון. בעניין **אלון מורה** לא הוכח אותו מצב בטחוני.

על רקע המרכיבים הללו—של מחלוקת ידועה בתוך הממשלה והדרג הצבאי, כאשר שר הביטחון, שהוא סגן רמטכ"ל לשעבר, ושני רמטכ"לים לשעבר, המכהנים כשרים, נמצאים במיעוט; של עדות פסקנית של אנשי-ציבור בעלי רקע בטחוני מובהק; של הבהרות ברורות וכוונות של המתנחלים עצמם, בקשר לכוונותיהם האמיתיות; ושל

הלכה חדשה של בית-המשפט עצמו חודשים מספר קודם לכן, שעסקה בדיוק באותו נושא—על רקע כל זה קשה לראות כיצד היה בית-המשפט מגיע בעניין **אלון מורה** לכל החלטה, זולת זו שאליה הגיע, מבלי לערער את אמינותו.⁸⁸

יתכן שלא השאלה מדוע זכו העותרים בעניין **אלון מורה** היא המעניינת ביותר, אלא שתי שאלות אחרות, הקשורות קשר הדוק לעניין **אלון מורה**—שאלות משפטיות, פוליטיות ומעשיות כאחת:

(1) מדוע לא התקבלה בעניין **בית-אל** החלטה משפטית-אופרטיבית דומה של ביטול התנחלות, על-פי אותה הלכה שנקבעה אז? בשאלה זו נדון להלן.

(2) מדוע לא היה המשך לפסיקה בעניין **אלון מורה**, וכיצד קרה, שלמרות ההחלטה לביטול התוכנית להקמת ההתנחלות, נמשכה תוכנית ההתנחלות במלוא המרץ ואף במשנה תנופה? בשאלה זו נדון לקראת סוף דברינו.

2. עניין בית-אל

מתן תשובה לקושיה שהועלתה ביחס לעניין **בית-אל** מחייב עיון מחודש ומדוקדק יותר בפסק-הדין שניתן אז, לא בהלכה המשפטית, אלא בנתוני העתירה, כפי שהוצגו בפסק-הדין עצמו. שם נעדרו אותם מרכיבים שהיוו חלק אינטגרלי של עניין **אלון מורה**—המחלוקת בתוך הממשלה, ההצטרפות של המתנחלים עצמם כמשיבים, ותצהיר של רמטכ"ל לשעבר. מרכיבים אלה אינם נוגעים ישירות בהיבט המשפטי, ולכן לא זכו לרוב בהתייחסות ראויה בפולמוס שהתפתח בעקבות המשפט; אולם, לדעתי, אין להבין את משמעות ההחלטה והשלכותיה ואת דרך החשיבה והפעולה של בית-המשפט ללא התחשבות בפרטים הנלווים הללו.

המרכיבים הללו, כפי שהתברר בעניין **אלון מורה**, איפשרו הצצה אל מעבר למחסום של רשמיות, סודיות וסתמיות, המאפיינים לעיתים את החומר המוצג בפני בית-המשפט הגבוה לצדק—מה עוד, שעל-פי הנוהג, מתבררים הפרטים לא על-פי עדות בעל-פה, מתוך חקירת שתי וערב—הנחשבת לדרך הטובה ביותר לחשיפת האמת—אלא על-פי תצהירים, כשהמצהיר אינו נאלץ לעמוד בחקירה נגדית, בנוכחות השופטים, כדי שיוכלו לבחון באופן בלתי-אמצעי את אמיתות הדברים. לבסוף, אין אפשרות להעריך את מלוא הביטוי של אקטיביזם שיפוטי ללא בדיקה עניינית ומדוקדקת של הצורה שבה מטפל בית-המשפט בנתונים המוצגים בפניו, כאשר חלק מהם נבלעים כהערות-אגב או כלל אינם מוזכרים בפסק-הדין.

המלומד Noonan⁹⁰ נדרש לסוגיה זו, ובספר מאלף ומעורר מחשבה, מבהיר היטב כמה חשוב לנסות להביט אל מעבר ל"מסכות", המכסות לעיתים על האמת המשפטית; כמה חשוב לבחון את הדמויות הפועלות בשטח, וכמה חשוב לנסות לקרוא בין השיטין, כששם, ולא במלה החרוטה והמפורשת, ניתן למצוא לעיתים את האמת על אודות נושא הדיון, על אודות ההתשתית הסמויה שעליה נבנית ההלכה המפורשת, על אודות הגורמים התת-קרקעיים המצמיחים את ההחלטה הסופית, ועל אוחם סודות ויסודות שלפיהם נקבעים גורלו של תיק וגורלם של בני-אדם.

בעניין **בית-אל**, שם נקבעה ההלכה החשובה של חיוניות הצורך הצבאי להצדקת הפקעת קרקעות לשם הקמת התנחלות, חסרו, כאמור, המרכיבים שאיפיינו וייחדו את עניין **אלון מורה**. המתעלם ממצאיות עובדתיות זו יתקשה להבין את המציאות המשפטית לאשורה. כך, לצידה של ההלכה שאין להקים התנחלות ללא הוכחת הצורך הצבאי שבהקמתה, קבע בית-המשפט, שהתנאי של צורך צבאי אכן התמלא כאן. נתון חשוב בשיקוליו היתה ההצהרה המפורשת שבצו, שבו צוין, כאמור, שלשם "צרכים צבאיים הכרחיים וחופיים"⁹¹ נעשה הדבר.

אולם, אליה וקוץ בה, שכן, לעניין **בית-אל** צורף תיק נוסף לגבי התנחלות אחרת, הוא תיק **הבקעות**. המשפט, אשר נודע לימים ברבים כעניין **בית-אל**, הינו, לאמיתו של דבר, צירוף של שני תיקים,⁹² ובית-המשפט טיפל בהם בו-זמנית וכמקשה אחת, אולם העובדות לגביהם היו שונות, ודרך הבדל זה ניתן להבין במידת-מה את דרך החשיבה ודרך הפעולה של בית-המשפט. בעוד שבעניין **בית-אל** הדגיש בית-המשפט את העובדה, כי בצו נאמר מפורשות שיש "צורך צבאי הכרחי וחופי"⁹³, הרי שבצו שהוצא לגבי תיק **הבקעות** לא צוין כלל ששיקולים אלה עמדו לגד עיני הגורמים המוסמכים שהוציאו את הצו. בית-המשפט היה ער להבדל זה בין שני הצווים (שכן, הוא בחן אותם בו-זמנית), אך גם פתרון היה בפיו, וכך כתוב בפסק-הדין:

הצהרה דומה [לזו שבצו של בית-אל - ל'ש'] אין אנו מוצאים בצו... המתייחס לפרשת ה'בקעות', אך אין ספק שבהיות צו זה מבוסס על היצו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), תש"ל-1970, אף כאן השיקול צריך להיות הצורך הצבאי והבטחוני, ואמנם בכך ביקשו המשיבים להצדיק את פעולותיהם בשתי העתירות כאחת.⁹⁴

משתמע מכך, שבית-המשפט איפשר להתנחלות בפרשת הבקעות להיעזר בשיקול שהנחה את מקימי ההתנחלות בבית-אל, ובמובן זה אולי היה בית-המשפט במקרה זה "אקטיביסטי" באמת, במלאו את החסר העובדתי בתיק הבקעות. יתר על-כן, מילוי הצו עצמו, שהוא תנאי פורמלי בל-יעבור, אינו מצביע כהוא זה על מהות השיקולים, אלא אך ורק על קיום הנוהל הנדרש, ותו לא. הרי גם בעניין **אלון מורה** הוצא כנראה צו דומה, ובכל זאת—על רקע הנסיבות בתיק זה—דחה בית-המשפט את תוקפו של הצו.⁹⁵ מדוע נדרש דווקא בית-המשפט למילוי החסר? מדוע לא ראה בית-המשפט את היעדר התיאור של השיקולים (שהיו כה חשובים בעניין **בית-אל**) כמחדל שיש לשרשו של עניין, המאפשר, ואולי מחייב, התערבות של בית-המשפט, לא על-ידי מילוי החסר, אלא באמצעות היענות לעתירה?

בוודאי היה מקום לבדיקה חודרת, כי הרי עוד לפני עניין **אלון מורה** (שבו התגלה הדבר בפומבי), וכן עוד לפני עניין **בית-אל** ותיק **הבקעות**, היה ידוע ברבים, גם לשופטי ישראל, כי יש הרואים בהתנחלות פעילות לא-צבאית, אלא אידיאולוגית, וכי הגורמים הרשמיים מופעלים לא על-פי צרכים מידיים ובטחוניים, אלא על-פי חזון עתידי ונצחי.⁹⁶ בית-המשפט עצמו הזכיר את הרקע האידיאולוגי הזה בפסק-דינו בעניין **בית-אל** ותיק הבקעות, אך העדיף לנער את חוצנו ממנו, וכך אמר השופט ויתקון:

בנושא כה רגיש... מן הראוי להדגיש כי הכרזות, הצהרות והחלטות למיניהן, יהא מקורן אשר יהיה, אינן נכנסות לתחום דיונו המשפטי, אלא במידה שהן מן המוסכמות או שהובאו עליהן ראיות.⁹⁷

ובהמשך הוא מוסיף:

כל אחד מאתנו יודע כמובן, על התפתחויות פוליטיות שחלו לאחרונה באזורנו, על משא ומתן לשלום... אך יש צורך להבין שמוסד שיפוטי אינו עוסק בדברים שעדיין הם חזון למועד. את זה נשאיר לפוליטיקאים.⁹⁷

אולם, בית-המשפט לא התבקש לעסוק בפוליטיקה, אלא להושיט סעד משפטי לעותרים, הנאחזים בזכויות משפטיות שהוענקו להם, לפי טענתם: זכויות שרק בית-המשפט מסוגל לממש. בהיעדר הכרזה מפורשת ומפורטת (שהיתה חסרה בתיק הבקעות), אל לו לבית-המשפט להסיק מסקנה שאכן היה צורך צבאי, רק מכיוון שהדרג הצבאי מילא תנאים פורמליים, קרי, מילוי צו באשר להפקעת הקרקע; שכן, באותו זמן היה זה, כאמור, מן המוסכמות שהיו לחצים להקים התנחלויות, לא לשם צורך צבאי, אלא לשם שמים, לשם השקפה אידיאולוגית, לשם קביעת עובדות, לשם קידום אינטרס פוליטי. בית-המשפט אינו צריך לעסוק בפוליטיקה, אך **חובה עליו לבחון אם אין מטרה פוליטית פסולה עומדת מאחורי החלטות שמוצגות כהחלטות צבאיות ובטחוניות**; ⁹⁸ כך, בין השאר, קיימת ביקורת שיפוטית על פעולות שלטוניות.

אין לומר שלא היו לבית-המשפט ספקות באשר לעירוב תחומים אפשרי ובאשר לניצול הנמקה בטחונית להשגת מטרה פוליטית-אידיאולוגית. כך, הוסיף השופט ויתקון דברים, מתוך רמיזה ברורה למדי לפקפוקים שאולי קוננו בליבו, אולם הוא העדיף להשאירם בגדר ספקות בלבד, מתוך הסתפקות בהעלאת אפשרות של מניע לא-בטחוני להתנחלויות נושאי הדיון. הוא כותב:

המטרה הנוספת עלולה לעורר ספק, אם אמנם בוצעה הפעולה לא לשם המטרה המוגדרת בחוק, אך לא מן ההכרח הוא לומר שהמטרה הנוספת היתה היחידה שהניעה את הרשות להשתמש בסמכותה, ושהמטרה המוגדרת בחוק נטענה לשם הסוואה בלבד.⁹⁹

עד כאן הספקות; מכאן ואילך הוסרו הספקות תוך הישענות על טיעון בטחוני, שנשמע מוסמך מאוד ומובן מאליו, אך, לאמיתו של דבר, היווה חדירה לעובי הקורה של דיונים בטחוניים מורכבים וכבדים, וכל זאת ללא הדרכה והכוונה בנושא בראיות שהוגשו. וכך ממשיך השופט ויתקון:

אך העיקר הוא שמבחינת השיקול הבטחוני הטהור אין לפקפק בכך שנוכחותם בשטח של ישובים—אפילו אזרחיים—של אזרחי המעצמה המחזיקה תורמת תרומה נכבדה למצב הבטחוני באותו השטח ומקילה על הצבא את מילוי תפקידו. אין צורך להיות מומחה לענייני צבא ובטחון כדי להבין שאלמנטים חבלניים פועלים ביתר קלות בשטח המאוכלס אך ורק אוכלוסיה אדישה או אוהדת כלפי האויב מאשר בשטח, שבו נמצאים גם בני אדם העשויים לעקוב אחריהם ולהודיע לשלטונות על כל תנועה חשודה. אצלם לא ימצאו מחבלים מחבוא, סיוע וציוד. הדברים פשוטים ואין צורך לפרט. נזכיר רק שלפי תצהיר המשיבים, המתישבים כפופים למרות הצבא... הם נמצאים שם בזכות וברשות הצבא. על כן מחזיק אני עדיין בדעה שנראתה לי בפרשת פיתחת רפיה כי התישבות יהודית בשטח מוחזק—וכל עוד קיים מצב של לוחמנות—משמשת צרכים בטחוניים ממשיים.¹⁰⁰

רצוי להעמיד דברים על דיוקם. אין זה ברור כלל ועיקר שהתנחלות אזרחית מוסיפה למצב הבטחוני. לכך יש פנים לכאן ולכאן, ומתנהל בסוגיה זו דיון רציני וענייני בין מומחים (ויתכן שיש קשר מסוים בין התפישת הבטחוני לבין השקפת-עולמו של המומחה). בוודאי שלא על בית-המשפט להכריע בעניין בין בעלי הדעות השונים, ואין ספק שאל לו לצאת מנקודת מבט שמדובר בנושאים ברורים מאליהם, כאשר המציאות היא אחרת. ניתן אומנם לעיין בחומר חיצוני בתחום האסטרטגי, אם אין הדברים מוגשים באופן מסודר כראיות, אך אסור שבית-המשפט יפסוק בנושא כאילו מדובר בעניינים נטולי מחלוקת, רק משום שהם משתלבים עם המדיניות של הגורמים הרשמיים. כהדיוט, ניתן גם להעלות סברה, כי דווקא התנחלויות מהוות מטרה לפיגועים של מחבלים, ובכך רק מכבידות על כוחות הביטחון.¹⁰¹

3. עניין פתחת-רפיה

בעניין פתחת-רפיה, משנת 1972, לא היה עניינה של העתירה הקמת התנחלות, אלא סילוקם של התושבים המקומיים, כולם בדווים, מאדמתם, והעברתם למקום מרוחק בשלושה קילומטרים מבתיהם, מתוך טיעון, שהוכחש על-ידי העותרים אך התקבל על-ידי בית-המשפט, שהם מסייעים למחבלים.¹⁰²

על רקע זה היה סביר שבית-המשפט יציין את החשיבות "שלא ימצאו מחבלים מחבוא, סיוע וציוד". נכון הדבר, שבמהלך הדיון—מתוך התצהירים שהוגשו—הועלתה אפשרות של הקמת התנחלות במקום, אולם לא על כך נסבה העתירה. אדרבא, הזכרת אפשרות כזאת (שכידוע, אומנם התממשה לימים¹⁰³) לא היתה אמורה לחזק את ההסבר הבטחוני, אלא להעלות ספקות באשר למטרות נוספות, לקיומה של תוכנית-מגירה (מעיין hidden agenda, שעל-פיה נבע סילוקם של הבדווים לאו-דווקא משיתוף-פעולה בינם לבין מחבלים (האם הבדל של שלושה קילומטרים יהווה הבדל כה משמעותי? מה עוד, שבמשך היום הורשו הבדווים לשוב ולעבד את אדמתם—תחילה בשביל עצמם ובהמשך בשביל המתנחלים), אלא לקראת הכנת השטח, תרתי-משמע, להקמתן של התנחלויות. אולם, בפסק-הדין העיקרי במשפט, של השופט לנדוי...הקפיד השופט לעסוק אך ורק בהיבט של סילוק העותרים, והתעלם, במועד ובמוכרז, משיקולים של התנחלות אפשרית.¹⁰⁴ רצוי, אם-כן, להביא את דבריו בפירוט.

השופט לנדוי התמודד חזיתית עם הטענה של העותרים, כי מטרות נסתרות עומדות כשיקול עיקרי בפעולות גורמי הביטחון, ולכן ראה לנכון להציג במלואן את טענותיו של בא-כוח העותרים. וכך כתוב בפסק-דינו:

[בא-כוח העותרים] ביקש 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 דווקא פחתה הפעילות החבלנית ברצועת עזה גם בלאו הכי. כן הצביע... [בא-כוח העותרים-לש'] על צורתו רבת הזוויות של האזור שנסגר, ומסקנתו היא...: 'הסיבות שכך בנוי החיץ, כה משונה, אינן איפוא צבאיות אלא מדיניות או התישבותיות, שאותן אין המשיבים רוצים לפרט'; ובעיקרי הטיעון של העותרים... הוא כתב כי 'אין מנוס מהמסקנה שמטעמים אשר אותם מעלימים המשיבים מבית-משפט נכבד זה פוגו העותרים ושבטיהם ממקומותיהם ומטעמים כמוסים אלה מונעים המשיבים מהעותרים את שובם למקומותיהם'. דברים אלה עצמם סתומים.¹⁰⁵

יש להעיר הערת ביניים, שאם הדברים סתומים, הסיבה לכך הינה, שלא היה ביכולתו של בא-כוח העותרים אלא לרמוז על מניעים מוסתרים, אותם "טעמים כמוסים" (hidden agenda). העותרים בוודאי לא יכלו להבהיר את האמת עד תום, רק לרמוז עליה, בהיעדר הזדמנות לחקור את מקבלי ההחלטות בחקירת שתי וערב (שאותה ביקשו, אך לא נענו). בכל זאת, אמת זו הוצגה במקצת בתצהירי התשובה העיקריים שהגיש אלוף ישראל טל,

ראש אגף המטה הכללי בצה"ל.¹⁰⁶ ברוב כנותו, הוא מבהיר דברים שאולי לא הופיעו בתצהירים אחרים, והשופט לנדוי טורח לצטט בפרוטרוט:

באזור חיץ ניתן לנקוט בפעולות אלה:
(1) סגירת האזור תוך מניעת נוכחות קבע של תושבים מקומיים, ויצירת מכשולים שונים בתוך האזור ובכלל זה הקמת גדרות, איתור דרכי גישוש וכדומה.
(2) התישבות ונוכחות יהודית.
(3) שילוב בין השיטות המנויות בסעיפים קטנים (1) ו-(2) לעיל.¹⁰⁷

ומנקודה זו ואילך אנו רואים את הבדלי הגישות של השופט לנדוי והשופט ויתקון, כאשר הראשון נשאר צמוד להסברו של האלוף טל והשופט ויתקון מתיר לעצמו להפליג מעבר לנתונים בתיק ולהעלות אפשרויות אחרות לגבי הסיבות הבטחוניות להקמת התנחלויות. לדבריו של השופט לנדוי:

אולם מתצהירו [של האלוף טל- ל"ש] מסתבר שמבין אמצעים אלה שניתן לנקוט 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 אתרנו בבחינת הדברים באור זה, ולא אדון בשאלה של התישבות למטרת בטחון מעבר לשטח השיפוט של המדינה—שאלה שיש לה אספקטים משלה והיא לא נדונה בטענות לפנינו.¹⁰⁸ [ההדגשות שלי - ל"ש].

השופט לנדוי קיבל את עמדת המשיבים, כי העברת האוכלוסיה נחוצה לשם שמירת הביטחון, וקבע, כי מבחינה משפטית, אין הפרה של סעיף 49 של אמנת ג'נבה, האוסר העברה כפויה של "אנשים מוגנים" משטח כיבוש אל שטח המדינה הכובשת או אל מדינה אחרת, כי "הועברו העותרים ממקום אל מקום בתוך שטח הממשל הצבאי ולא ממנו אל שטח מדינת ישראל".¹⁰⁹ כמו-כן טען השופט לנדוי, בין השאר, כי לגבי העותרים, "חייבים הם להשלים עם הפעולה שנעשתה מטעמים של כורח צבאי".¹¹⁰

יש לציין, כי העברת אוכלוסיה מטעמים של כורח צבאי אכן מותרת לפי סעיף 49, אולם רק בהתאם לנסיבות, כפי שפורטו בסעיף קטן (2). סעיף קטן זה בא מיד אחרי האיסור המוחלט של העברת אוכלוסיה למדינה הכובשת, וקובע סייג, בתנאים מסוימים, שעליו רומז כנראה השופט לנדוי, מתוך התייחסות ל"כורח צבאי". השופט לנדוי אינו מפרט זאת בעצמו, אולם עיון מדוקדק בחלק זה של הסעיף יבהיר, כי "הכורח הצבאי" אינו מתייחס לנסיבות שפורטו בתצהירים של הגורמים הצבאיים, ובוודאי לא בציטוט מן התצהיר של האלוף טל. אפשרות ההעברה שהוזכרה בסעיף 49 מתייחסת לפעולות ארעיות ביותר, שנעשות לתקופה מוגבלת בעת לוחמה, והכל כדי להיטיב דווקא עם אותם האנשים—קרי, להרחיק אותם מאזור הלוחמה עד יעבור זעם. וכך קובע סעיף 49 (2):

Nevertheless, the Occupying Power may undertake total or partial evacuation of a given area if the security of the population or imperative military reasons so demand. . . . Persons thus evacuated shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased.¹¹¹

יוצא איפוא, שאם רצה בית-המשפט לעגן את פסיקתו באמנת ג'נבה, הפרדוקס הוא, שרק לאור טענתם של העותרים עצמם, שלפיה הם עצמם סבלו מפעולות המחבלים,¹¹² היתה לכך עילה. אולם, ברור שלא שיקולים אלה נמנו עם שיקוליהם של גורמי הביטחון, כי אילו סיבת ההעברה היתה, בהתאם לאמנת ג'נבה, הדאגה לשלומם של הבדווים, ברגע שהסכנה סולקה, היתה חובה להחזירם לבתיהם.

בית-המשפט היה רשאי להתעלם לחלוטין מאמנת ג'נבה, מתוך טיעון שאין לה תוקף, בהיותה חלק מן המשפט הבינלאומי ההסכמי, ולא המנהגי, אולם אין לברור מתוך סעיף אחד את אותן מלים הנועדות להקל על הפעולות של שירותי הביטחון—"כורח צבאי"—תוך התעלמות מוחלטת מן ההקשר שרק במסגרתו מותר להתחשב בכורח צבאי. אכן, בעניין זה היה השופט ויתקון עקבי הרבה יותר. מבחינתו, אין נפקות כלשהי לאמנת ג'נבה, ולכן הוא מתעלם ממנה לחלוטין,¹¹³ ולא רק בגלל היעדר תוקפה, אלא גם משום שמדובר בעניין בטחוני שאינו שפיט—ובעניין אחרון זה הוא מוצא סימוכין בחמישה פסקי-דין, אמריקאיים ואנגליים, שלפי דבריו, הוחלט בהם שאל לבית-המשפט להתערב בשיקוליהם של גורמים בטחוניים, פסקי-דין שבהם נדון כעת.

ו. חמש פרשיות זרות

באסמכתאות שיפורטו להלן עיגן השופט ויתקון את תפישתו, כי "ענייני צבא ובטחון, כמוהם כענייני מדיניות חוץ, אינם מן הדברים הראויים להכרעת הרשות השופטת".¹¹⁴ פסקי-הדין שאוזכרו אומנם מצביעים באופן חלקי על מגמה זו של הפסיקה הזרה, אולם יש בכל אחד מהם כדי להוות משקל נגדי לעמדה שנקטה בעניין **פתחת-רפיח** וכן ברוב העתירות שבהן מתמודדים שופטי ישראל עם הבעיות המשפטיות והערכיות שמזמן שלטון צבאי על עם אחר. למעשה, ניתן ללמוד מהם **מסקנות הפוכות לחלוטין מאלה שלמטרתן אוזכרו**, לכן רצוי לעיין בהם ביתר פירוט. הם אף מהווים שיעור מאלף של חשיבה חדשנית, של עשיית חשבון-נפש, של התראה מפני האפשרות שבית-המשפט עלול לטעות כאשר הוא מגלה ותרנות יתרה ביחס לתצהירים רשמיים של השלטונות בענייני ביטחון, ושל חשיבות האקטיביזם, לא רק ביחס להלכה המשפטית, אלא בליבון ובסקילה של הנתונים העובדתיים המובאים לפני בית-המשפט, תוך הפעלת הכלל של כבדהו וחשדהו.

נבחן את חמשת פסקי-הדין, אחד לאחד.

Hirabayashi v. U.S. 1

המערער היה אזרח ממוצא יפני, שהורשע בעת מלחמת העולם השנייה בגין עבירות של הפרת עוצר ואי-התייצבות במקום ריכוז, שתי דרישות שהוטלו אך ורק על אזרחים ממוצא יפני. ערעורו, שבו טען כי הופרו זכויות חוקתיות שלו, נדחה פה אחד על- ידי בית-המשפט העליון האמריקאי, אשר נתן אמון מלא בשיקוליו של המפקד הצבאי, שהיה אחראי על המרחב בחוף המערבי של ארצות-הברית ואשר הוציא את הצו נשוא הדיון מתוך שיקולי ביטחון. המפקד, Dewitt, הסביר- הצדיק את פעולתו בחשש מפני פלישה יפנית לחוף המערבי של ארצות- הברית ובסיכון שחלק מן "האמריקאים- היפניים" יצטרפו אל כוחות הפולשים או יסייעו להם.¹¹⁶ בית- המשפט, מפיו של השופט הראשי Stone, קובע כי:

In this case it is enough that circumstances within the knowledge of those charged with the responsibility for maintaining the national defense afforded a rational basis for the decision which they made. Whether we would have made it is irrelevant.¹¹⁷

אחד השופטים, Murphy, ראה לנכון, מתוך דעה תומכת, לתת ביטוי להרהורי ליבו ולאי-הנוחות שחש מעצם ההחלטה של בית- המשפט:

Today is the first time. . . that we have sustained a substantial restriction of the personal liberty of citizens of the United States based upon the accident of race or ancestry. . . The curfew order. . . bears a melancholy resemblance to the treatment accorded to members of the Jewish race in Germany and in other parts of Europe.¹¹⁸

ובהמשך הוא מבהיר:

In voting for affirmance of the judgment I do not wish to be understood as intimating that the military authorities in time of war are subject to no restraints whatsoever, or that they are free to impose any restrictions they may choose on the rights and liberties of individual citizens or groups of citizens in those places which may be designated as military areas.¹¹⁹

ובאשר למחוייבות של בית- המשפט לקיים את החוקה, הוא מוסיף:

That duty exists in time of war as well as in time of peace, and in its performance we must not forget that *few indeed have been the invasions upon essential liberties which*

*have not been accompanied by pleas of urgent necessity advanced in good faith by responsible men.*¹²⁰
[ההדגשה שלי- ל'ש']

לעמדה זו מצטרף השופט Rutledge באומר :

The officer of course must have wide discretion. . . But it does not follow that there may not be bounds beyond which he cannot go and, if he oversteps them, that the courts may not have power to protect the civilian citizen.¹²¹

יש לזכור, ששתי חוות- הדעת הללו לא היו של המיעוט, אלא דעות תומכות בהכרעת בית- המשפט כולו ; אולי היתה בכך לא רק הסתייגות מסוימת מן ההחלטה עצמה, אלא גם רמז לעתיד לבוא ; ואכן, כעבור שנתיים, במשפט דומה מאוד, שבו נדון להלן, היו כבר שלושה שופטים לדעת- המיעוט, שלפיה יש לקבל את הערעור של אזרח אמריקאי, אף הוא ממוצא יפני, שהורשע בגין התנגדות לתוכנית העברה של תושבים מן הקבוצה האתנית שלו הרחק מן החוף המערבי.

¹²² *Korematsu v. U. S. .2*

הספקות שהשמיע Murphy בהסכנות במשפט הראשון כדעה התומכת בהכרעת בית- המשפט הובעו כאן כדעת מיעוט, מתוך ביטחון, שאומנם הופרו זכויות- יסוד של העותר :

This exclusion of all persons of Japanese. . . from the Pacific Coast on plea of military necessity ought not to be approved. Such exclusion goes over the very brink of constitutional power and falls into the ugly abyss of racism.¹²³

ובהמשך הוא קובע :

It is essential that there be definite limits to military discretion. Individuals must not be left impoverished of their constitutional rights on a plea of military necessity that has neither substance nor support...The military claim must *subject itself to the judicial process of having its reasonableness determined and its conflicts with other interests reconciled.*¹²⁴
[ההדגשה שלי- ל'ש']

השופט מדגיש את ההגבלות המוטלות על שיקולי מפקד צבאי בתחום שאינו צבאי טהור :

Justification...is sought upon questionable racial and sociological grounds not ordinarily within the realm of expert military judgment, supplemented by certain semi-military conclusions drawn from unwarranted use of circumstantial evidence.¹²⁵

שני שופטים הוסיפו את הסתייגויותיהם. השופט Jackson הסביר, כי הממשל אינו יכול להיבנות מפסק- הדין הקודם בעניין *Hirabayashi*, כי במקרה זה ניסה בית- המשפט דווקא להגביל את תוקפה של החלטתו הקודמת,¹²⁶ ועל רקע זה הוסיף השופט את קולו למיעוט.¹²⁷ שופט אחר, Robert, התייחס במיוחד לחלקו של המפקד Dewitt, וגילה הסתייגות מדרך פעולתו, בקובעו:

General Dewitt's report. . . makes it entirely clear. . . that an Assembly Center was a euphemism for a prison.¹²⁸

לעומת זאת, הרוב במשפט זה נתן אמון מלא בשיקוליו של הדרג הצבאי, אשר פעל, כך סבר הרוב, על-פי סמכות שהוענקה לו ומתוך התחשבות בדחיפות הצבאית של המצב. אולם, למרבה הצער, הוכח לימים מעל לכל ספק, שהרוב טעה והצדק היה דווקא עם המיעוט. מסתבר, שבית-המשפט הולך שולל, ושיקוליו של המפקד Dewitt נחשפו כמתובלים במידה לא מבוטלת של מניעים פסולים, אשר ריח של גזענות נודף מהם.

לאחר מאבק ציבורי ממושך, מונתה בשנות השמונים ועדה ממשלתית לעיון בחומר ארכיוני, ואז, כאשר התברר שהיה ניצול לרעה של שררה, הוחלט לפצות כל אדם שעודנו בחיים על העוול שנגרם בשל החזקתו במחנה סגור.

כמו-כן נקבע, בהליך חריג של משפט חוזר כארבעים שנה לאחר המקרה, כי יש לזכות את שני המערערים, בניגוד להחלטה שהתקבלה במשפטים המקוריים. נכון, שהזיכויים הללו התרחשו לאחר שניתן פסק-הדין בעניין **פתחת-רפיח**, אך אין בכך כדי לשנות את הבחירה האומללה בהם כפסקי-דין האמורים לחזק את ההלכה שנקבעה באותו עניין; אדרבא, יתכן שיש בכך אפילו סמליות מסוימת. מכל מקום, גם בשנות השבעים היה ידוע ברבים שהחלטות במשפטים "האמריקאיים-היפניים" יסודן באי-צדק, והתפרסמו נגדן כמה מאמרי ביקורת חריפים, ולא רק מתוך חוכמה שלאחר מעשה, אלא ממש בתקופת המלחמה.¹²⁹

Irons, אחד מעורכי-הדין שפעלו לתיקון המעוות, סיכם את הנושא בזו הלשון:

Few episodes in American history have been as widely condemned as the wartime expulsion from the West Coast of the entire Japanese American population. Few decisions of the Supreme Court have been denounced as widely and for so long as those in the internment cases. The court's eager deference to the military... earned the enduring scorn of legal scholars.¹³⁰

Irons מגלה, בין היתר, כי היו גם שיבושים ואי-סדרים מכוונים בהכנת החומר שהוגש לבית-המשפט, ובפסק-הדין בדיון החוזר נקבע, כי:

It is now conceded by almost everyone that the internment of Japanese Americans during World War II was simply a tragic mistake for which American society as a whole must accept responsibility.¹³¹

Irons וחבריו למאבק לתיקון העוול כתבו בעתירתם:

The Court upheld the constitutionality of the military order at issue in both *Hirabayashi* and *Korematsu* on findings of facts by General Dewitt. The facts upon which the Court relied, however, were not fact at all. Composed of half-truths and outright lies, the facts presented to the Court resulted from a deliberate and knowing attempt by the highest military and civilian officials in the United States government to destroy, suppress and withhold credible evidence that no such threat from Japanese Americans as posited by Dewitt ever existed; In place of such evidence, these officials factual record composed of other evidence, some of which had been discredited as early as January 1942, and argued that the military orders leading to the incarceration of the Japanese American people were justified by such fabrications.¹³²

אוי לה, למערכת המשפטית, שהולכה שולל, מה עוד, שהיו שופטים בהרכב בדעת-מיעוט, שניסו לתת ביטוי לחששות של אי-צדק, אך טיעוניהם הסדורים נדחו על-ידי הרוב. זאת ועוד: גם ללא חשיפת כל האמת על אודות השיבושים, היה בית-המשפט מסוגל לעמוד בעצמו על טיבן האמיתי של תוכניותיו של המפקד הצבאי: הרי באי הוואי, שם הותקפה ארצות-הברית לראשונה, היה הסיכון של פלישה יפנית אפשרית גדול לאין שיעור, הן מבחינת הקרבה ליפן והן מבחינת המספר הרב של יוצאי יפן, אזרחים ושאינם אזרחים, שחיו באי (כשליש מן האוכלוסיה); אולם, למרות הנתונים הללו, לא ננקטו שם אמצעים דומים לאלה שהונהגו בחוף המערבי. בית-המשפט של אותם ימים היה מסוגל בוודאי לתת את דעתו על הבדל זה ועל המשתמע מכך. מכל מקום, הוועדה הממלכתית, שמונתה בשנות השמונים, התייחסה להבדל זה וראתה בו הוכחה נחרצת לפגמים שהיו בטיפול של הדרג הצבאי בחוף המערבי.¹³³

ראיתי לנכון לדון בפרשה מצערת זו משום ששני פסקי-הדין התקדימיים שבמרכזה צוטטו בעניין **פתחת-רפיח** כתומכים בעמדת בית-המשפט, שלפיה אל לו לעסוק בנושאים מסוג זה, שיש לראותם כבלתי-שפיטים. דומני, כי המסקנה המתבקשת לנוכח ההתפתחויות שתוארו הינה הפוכה.¹³⁴ תפקידו של בית-המשפט אינו להתערב בשיקולים של הדרג הצבאי, אלא לבדוק אם השיקולים אכן הינם בטחוניים באמת.

בשני פסקי-הדין האמריקאיים הנוספים שהוזכרו, היתה החלטת הרוב, אומנם, כי נושא בטחוני מסוים אכן לא יישמע בבית-המשפט העליון, אולם מכאן ועד להסתמכות עליהם נהוכחה לאי-שפיטות בעניין **פתחת-רפיח**

רחוקה הדרך. בשני המשפטים מדובר בניסיון לקרוא תיגר על עצם חוקיותה של מלחמת וייטנאם, והשאלה הספציפית של אי-שפיטות לא נדונה בהם כלל באופן מהותי.

3. *Mora v. McNamara* ¹³⁵

במשפט זה הוגשה עתירה על-ידי שלושה חיילים, שחלקו על סמכות השלטונות לגייס אותם למלחמת וייטנאם. בית-המשפט דחה את העתירה על הסף, היינו, סירב לדון בעתירה. אין זאת אומרת שהנושא אינו שפטי, אלא שאין ברצונו של בית-המשפט לעסוק בתיק; זו זכותו המוחלטת של בית-המשפט העליון, שעל-פי Writ of Certiorari, ברצותו הוא מטפל בעתירה וברצותו הוא מסרב לטפל בה. את הסמכות הזאת מפעיל בית-המשפט כאשר הוא בורר כל עתירה שמוגשת לו, ורק המיעוט שבמיעוט מתקבל לדיון מהותי (פחות מ-5%). אין בין החלטה זו לבין שאלת אי-השפיטות ולא כלום; ממילא, לא היתה כל הנמקה להחלטה.

אולם, המעיין בפסק-הדין ימצא בכל זאת התייחסות מעניינת של שופטי המיעוט, המנצלים את זכותם לפרט מדוע הם חולקים על חבריהם ומדוע רצוי דווקא לדון בתיק. אין הדברים מהווים פסק-דין של ממש, שהרי לא התקיים דיון ענייני בסוגיה, אך ניתן למצוא בהסתייגותם של אותם שופטים חומר למחשבה. השופט Stewart מסכם את הסיבות שבעטין הוא חולק על חבריו ואשר בגינן רצוי, לדעתו, לדון בעתירה לגופו של עניין בזה הלשון:

We cannot make the problem go away simply by refusing to hear the case... ¹³⁶

4. *Commonwealth of Massachusetts v. Laird* ¹³⁷

גם במשפט זה הסתייג מיעוט של שופטים מהחלטת הרוב לא לשמוע עתירה הקשורה לשאלת חוקיותה של מלחמת וייטנאם. הפעם השתייכו לדעת-המיעוט שלושה שופטים (די בארבעה לחייב את בית-המשפט לשמוע את התיק בהרכב מלא). השופט Douglas, בשמו-הוא ובשם שניים מחבריו, Stewart ו-Harlan, גרס:

The question of an unconstitutional war is neither academic nor political. This case has raised the question in an adversary setting. It should be settled here and now. ¹³⁸

5. *Chandler v. Director of Public Prosecution* ¹³⁹

המשפט האנגלי היחיד שהוזכר בעניין פתחת-רפיח תואם רק במקצת את כוונת בית-המשפט' בהפנייתו אליו. בית-המשפט האנגלי דחה ערעור פלילי של מפגינים, שפלשו לשטח צבאי במחאה פוליטית על השימוש בכוח גרעיני, ולא התיר להם להגיש ראיות להצדקת עמדתם ולהעמדתה של מדיניות הממשלה במבחן. שוב נראה הנושא שונה מן הנתונים הספציפיים אשר עמדו להכרעה בעניין פתחת-רפיח, וספק רב אם ניתן להשליך מן ההלכה האנגלית על הדיון בישראל, מה עוד, שבאנגליה היה מדובר במשפט פלילי. מכל מקום, השואף לאקטיביזם שיפוטי בענייני השטחים ימצא בהערות מסוימות של השופט Devlin חומר רב למחשבה. למרות שהשופט הצטרף לדעת חבריו, הוא טרח להבהיר את עמדתו הכללית, שעל-פיה רצוי מאוד לבדוק ביסודיות את מעשיהם של השלטונות. ואלה דבריו:

In a case like the present, it may be presumed that it is contrary to the interests of the Crown to have one of its airfields immobilized, just as it may be presumed that it is contrary to the interests of an industrialist to have his factory immobilized. The thing speaks for itself as the Attorney-General submitted. *But the presumption is not irrefutable Men can exaggerate the extent of their interests and so can the Crown* The

servants of the Crown, like other men animated by the highest motives, are capable of formulating a policy *ad hoc* so as to prevent the citizen from doing something that the Crown does not want him to do. *It is the duty of the Courts to be as alert now as they have always been to prevent abuse of the prerogative.*¹⁴⁰
[ההדגשות שלי- ל' ש']

ז. ושוב הפרשיות הישראליות

דברים אלה, על הצורך בעירנות על-מנת למנוע ניצול לרעה של סמכויות השררה, ראויים לתשומת-לב מירבית; לא ברור אם עירנות כזו מאפיינת את הטיפול של בית-המשפט בעתירות מן השטחים. נשוב עתה לשלושת פסקי-הדין התקדימיים שבהם דנו—עניין **אלון מורה**, עניין **בית-אל** ועניין **פתחת-רפיח**—ונראה, שבכל אחד מהם התגלו אי-סדרים, שהוזכרו על-ידי השופטים עצמם ואשר גילו מעט יותר מטפח, אשר היה חייב להעלות ספק באשר לאמינות הטענות הבטחוניות של המשיבים ולרמוז, כי יתכן שהטענות הבטחוניות אינן אלא כסות למטרות נוספות, שהן אולי אף המטרות העיקריות. יתכן שחקירה מעמיקה יותר של הנתונים בכל אחת מן הפרשיות היתה מגלה מציאות שונה מזו שהוצגה לפני בית-המשפט, אולם אסתפק בדברים שרשמו השופטים עצמם, דברים שמידה של עירנות לגביהם, שעליה דיבר השופט Devlin היתה מסגירה את הכוונות האמיתיות והסמויות בכל אחד מן התיקים הללו.

1. עניין אלון מורה

עוד בפתח פסק-הדין, מתוארת הדרך שבה הוגש לבעלים הצו שקבע את תפיסת השטח, במועד סמוך מאוד לתפיסה עצמה. בית-המשפט חשף מקצת מתחושותיו באומרו:

מתעורר הרושם שהעליה על הקרקע אורגנה כך, כמו מבצע צבאי, תוך ניצול אלמנט ההפתעה וכדי לקדם 'פני סכנת' התערבות בית-המשפט הזה, עקב פניותם של בעלי מקרקעים עוד לפני התחלת העבודה בשטח.¹⁴¹

הואיל ובית-המשפט היה סבור שאין נפקות לאמנת ג'נבה, בהיותה חלק מהמשפט הבינלאומי ההסכמי, ולא המנהגי, הוא בחן את הפעולה בהתאם לכללי תקנות האג, שהינן פחות מפורטות ומחמירות, אך בכל זאת מעמידות תנאי, שעל-פיו חייב הממשל הצבאי בשטח מוחזק לפעול מתוך צורך צבאי. בהקשר זה, אין בית-המשפט מסתפק רק באופן המחשיד שבו נמסר הצו ובוצעה תפיסת השטח, ובפולגת המביכה שהתגלתה בין ראשי מערכת הביטחון במדינה, אלא מוסיף פרט שנראה לכאורה שולי למדי, אך לימים קיבל משנה תוקף. לפני שהוא קובע ברורות, כי נראה שלא תכנון צבאי הוא אשר קבע,¹⁴² מציין בית-המשפט באופן סתמי למדי, כי "ביום 20.9.1973 הגיש אלון פיקוד המרכז דאז, אלון רחבעם זאבי, לרמטכ"ל דאז הצעה מפורטת להתיישבות בשטחים המוחזקים".¹⁴³ מרכיב חשוב, כנראה, של התוכנית הזאת היה (אם להשתמש בניסוח של בית-המשפט) בניית עיר יהודית בסביבות שכם, לא באתר שנבחר עתה להקמת הישוב אלון מורה, אך לא הרחק ממנו.¹⁴⁴

הדברים בקשר לתוכנית נאמרו אגב-אורחא, אולם לאמיתו של דבר, היוו, בשלב מסוים של המשפט, חומר ראיתי חשוב, על-מנת להוכיח, כי השיקול הבטחוני הוא אשר היה המניע העיקרי. הרקע לכך היה הודעתו של הרמטכ"ל לבית-המשפט, כי היוזמה להקמת ההתנחלות יצאה מן הדרג המדיני, והצבא רק אישר זאת לאחר מכן. לאחר הודעה מביכה זאת, מבחינה משפטית, ראתה הפרקליטות לנכון להוכיח, כי עוד זמן רב לפני כן, בשנת 1973, הוכנה תוכנית להקמת עיר באותו מקום. תיאור מפורט יותר מאשר בפסק-הדין עצמו מופיע בספרו של נגבי. הוא מתאר את התרחשות העניינים במהלך המשפט בזו הלשון:

שלא כדרכו נתן השופט לנדוי ביטוי גלוי להלכי-רוחם של השופטים, כאשר העיר בישיבתו האחרונה של בית-המשפט: "אני חייב לשקול אפשרות שהחלטה על ההפקעה התבססה בעיקר על צרכים פוליטיים, והצבא אישר אחר-כך שהחלטה זו מתישבת גם עם צרכיו". בכל-זאת עושה פרקליט המדינה בישיבה אחרונה זו עוד ניסיון נואש להציל את ספינת ההתנחלות השוקעת. מר בך הציג לשופטים מסמך, שהכין אלון פיקוד-המרכז, האלון רחבעם זאבי (נגדי) בספטמבר 1973, ובו המלצה להקים עיר יהודית ליד שכם, שתוקף בהתנחלויות נוספות. מר בך טען, שמשמך זה מוכיח כי כבר בתחילת שנות ה-70 בטרם החלו לחצו של גוש אמונים- גרס

צה"ל שיש צורך בטחוני להתנחל ליד שכס. 'היוזמה הישירה להפקעה אמנם באה מוועדת-השרים', סיכם פרקליט המדינה, 'אולם שיקולי הבטחון תפסו משקל נכבד גם בדיוניה, וחבריה היו מודעים לקונצפציה הצה"לית באשר לחשיבות הישובים במסגרת ההגנה-המרחבית'.¹⁴⁵

הדברים התמימים הללו, המיועדים להוכיח, כביכול, את הרקע הבטחוני להתנחלות אלון מורה, מקבלים כיום, דומני, משמעות אחרת, ומוכיחים, אולי, כיצד היה ניתן להוליך שולל את הנציגים המשפטיים של הממשלה, אם לא את בית-המשפט עצמו. ספק רב אם ל"עיר יהודית ליד שכס" יש יתרון בטחוני כלשהו, אולם אין ספק שתוכנית כזאת משתלבת יפה עם רעיון הטרנספר, אשר נודע לימים ברבים כחלק אינטגרלי מהשקפת העולם של אלוף (מיל') זאבי. לכן, אין מנוס מלהציג את הקושיה, באיזו מידה השפיעה השקפת עולם זו על שיקוליו, שעה שתכנן נקודות התנחלות, וכן על יורשיו בתפקיד כעבור שנים מספר. בעניין השקפתו, יש להביא בחשבון שתי אפשרויות: או שפעל כדי לממש את רעיונותיו (שאגב, הוא עצמו טוען שלמד אותם עוד לפני 1967, ולכן החזיק בהם יש להניח, בטרם נכנס לפוליטיקה¹⁴⁶), או, אם פעל באופן תמים לחלוטין, השפיעה השקפה זו בעקיפין ובתת-הכרה על תפישת הביטחון שלו. אין ספק שהיה מותר לו לפעול בהתאם לתפישת הבטחונית שניזונה מהשקפת עולמו, אף אם השקפה זו חריגה למדי, אולם השאלה המשפטית הינה, אם יש בכך התאמה לדרישות של המשפט הבינלאומי—לא רק הדרישות שבאמנת ג'נבה, אלא גם אלה שבתקנות האג, כולל הדרישה של צורך צבאי. את הבחינה הזו היה על בית-המשפט לעשות, כי הוא, ולא אלופי צה"ל, מופקד על שמירת המשפט, כולל המשפט הבינלאומי; עליו לפקח על פעולותיה של מדינה המחזיקה בכוח צבאי שטח כבוש, ועליו לשמור על זכויות האוכלוסייה, כפי שהן קבועות במשפט הבינלאומי.

לא ברור מה היה משקלם של אותם נסיבות ונתונים שהזכרתי בהחלטתו של בית-המשפט בעניין **אלון מורה**, כי ממילא היו גורמים נוספים שהובילו למסקנה כי אין לקבל את השיקול הבטחוני. המבחן האמיתי של השפעת הנתונים שהוזכרו בדרך-אגב בעניין **אלון מורה** נמצא בתיקים אחרים. רצוי לברר, למשל, כמה התנחלויות אחרות נקבעו על-פי אותה תוכנית של התיישבות, שבה נכללה גם עיר "בסמוך לשכס, קרוב לאלון מורה". כמה עוד ערים תוכננו, שראשיתן בהתנחלות וסופן אולי בעיר שתוכננה סמוך לעיר קיימת, אשר תושביה, לפי תכנון של טרנספר, נועדים אולי להיעלם? האם יש, למשל, תוכנית לעיר גם "סמוך לרמאללה וקרוב לבית-אל?" (אין זכר לכך בפסק-הדין בעניין **בית-אל**, אולם ישנם איזכורים אחרים של פעולות חריגות ותמוהות, שהתלוו להקמת התנחלות זו, העולות במידה מסוימת על אלה שהתגלו בעניין **אלון מורה** (למשל, מסירת הצו ברגע האחרון לתושבים הפלשתינים). האם שאלות כגון אלה הינן עניין לעסוק בו אך ורק להיסטוריונים לעתיד או לפוליטיקאים המתגוששים כבר עתה, והאם אין שופטי ישראל חייבים להיות מודעים לכך, שעה שהם נדרשים לבחון תוכניות ופעולות של הדרג הבטחוני? למעשה, נראה, שיש רק גוף אחד היכול למנוע איש בכיר בדרג הבטחוני מלנצל את מעמדו וסמכותו כדי להשיג הישגים פוליטיים, וזהו בית-המשפט, ובמיוחד בית-המשפט הגבוה לצדק.

2. עניין בית-אל

בפסק-הדין סקר בית-המשפט פעולות שונות שנעשו בבית-אל לקראת הקמת ההתנחלות, וכל זאת ממש בתקופה שבה התקיים הברור המשפטי:

נתן בית משפט זה ביום 17.9.78 צו ביניים למניעת ביצוען של עבודות חפירה ובנייה במקרקעין נשוא העתירה. למרות הצו נעשו עבודות חפירה ובנייה שונות על ידי המתיישבים בשטח (שאינם בעלי-הדין בהליכים אלה). משום כך ביקש מר חורי [בא-כוח העותרים - ל' ש'] בהמרצה 790/78 לכוף על המתיישבים את קיום צו הביניים ובעתירה עצמה טען כי בשל בזיון בית-המשפט הכרוך בהמרת צו הביניים לא יוכלו המתיישבים להשיג טענותיהם בעתירה זו.¹⁴⁷

הערה זו מתפרשת כאילו מדובר באי-נקיון-כפיים, אך היא היתה צריכה להיות מופנית כלפי עצם הכנות והאמיתות אשר בטיעון היסודי של המשיבים (על-פי הדרישה של תקנות האג, שהן, כזכור, חלק מן המשפט המנהגי), שלפיו, תפיסת השטח נעשתה לא למטרה אידיאולוגית, אלא מתוך שיקולים בטחוניים. בית-המשפט הדגיש, כי המתיישבים אינם צד להתדיינות, בעוד שהמשיבים עשו כל אשר ביכולתם להפסיק את הפעולות שעשו המתיישבים בניגוד לצו, כאשר הדבר הובא לידיעתם.¹⁴⁸ נרמז, שבעצם הקיום של שלטון החוק על-ידי המשיבים יש כדי להעניק להם זכויות-יתר בשיקולי בית-המשפט; אולם, להיטותם של המתיישבים לקיים את "מצוות הביטחון" מרמזת על שיקולים שבהחלט אינם צבאיים, ומהיבט זה התעלם בית-המשפט כמעט לחלוטין. בסוגיה

זו רק השופטת בן-פורת, מבין חמשת השופטים שישבו בדין, נתנה ביטוי, חלקי ומוצנע, לחששות באשר לייעוד האמיתי של ההתנחלות בבית-אל ובבקעות, וזאת, שוב תוך הסתמכות על תקנות האג, שלפיהן צריכות הפעולות להיות ארעיות, כי הרי מדובר בשטח כבוש הנתון באופן זמני בשליטה צבאית. לכן היא מספרת, כי

הטרידה אותי השאלה שמא מלמד הכינוי "ישוב קבע" על כוונה לשלול את המקרקעין עולמית, אך הגעתי למסקנה שיש להתייחס אל התואר קבע כאל מושג יחסי גרידא. אין מדובר בעוברי אורח הנוטים ללון, או באורחים הבאים לביקור ארעי למספר שבועות או חודשים, כי אם באנשים שיראו במקום זה את ביתם.¹⁴⁹

והכל עד להסדרים חדשים, שיעשו בבוא השלום, עת יתקבל הסכם סופי וקבוע. (יתכן שדווקא הדברים הללו בעניין **בית-אל** הם אשר המריצו את המתנחלים בעניין **אלון מורה** לדאוג לכך שעמדתם תוצג ללא כחל ושרק: יישוב קבע, אליבא דמתיישבים, כשמו כן הוא—לנצח וללא התחשבות בתנאים שייקבעו בהסדרי שלום עתידיים או במשפט הבינלאומי).

יתרה מזאת, אם באמת קיים צורך צבאי לא רק לתפוס שטח, אלא גם להושיב ישראלים באותו מקום, הרי שקיים פתרון ישראלי ייחודי, העונה גם על הדרישות של המשפט הבינלאומי, וזאת במסגרת של נח"ל, המאפשרת נוכחות התיישבותית במסגרת צבאית, ללא קשר קבוע בין הנמצאים במקום (חיילים בשירות חובה) לבין המקום עצמו.

בית-המשפט, המודע לקיום מסגרת צבאית כזו, היה יכול לברר מדוע לא נבחרה דרך זו. דומני, שהתשובה לכך היתה מובנת מאליה, קרי, שהמטרה העיקרית והאמיתית היתה התיישבותית, ולא בטחונית. מבחינת הביטחון באיזור, רצוי להוסיף, כי שטח המריבה בתיק **הבקעות** נתפס כשנתיים לפני-כן, עובדה שצויינה בפסק-הדין בהקשר לכך, שבעת התפיסה, כלל לא הוגשה עתירה; בעלי הקרקע ביקשו סעד מבית-המשפט הגבוה לצדק רק כאשר נודע להם על הקמת יישוב יהודי במקום.¹⁵⁰ נראה שהם הבינו היטב את הכוונות בהקמת יישוב-קבע, ואולי גם את המשמעות של המשפט הבינלאומי, המתיר תפיסת שטח למטרות בטחוניות (ולכן לא היה טעם בהגשת עתירה מוקדם יותר), אך אוסר על הקמת יישובי-קבע אזרחיים.

3. עניין פתחת-רפיח

משמעות המעמד של יישוב-קבע בתנאים של הסכם שלום והסדרים קבועים באה לידי ביטוי בפניני פתחת-רפיח. המתיישבים שם נאלצו לפנות את בתיהם על רקע של מתיחות רוויה בסכנה של התדרדרות לאלימות. עניין **פתחת-רפיח** עצמו עסק, כאמור, אך ורק בהעברת הבדווים מאדמתם לצורכי ביטחון. הוזכרה אומנם האפשרות של הקמת יישובי-קבע יהודיים במקום, אך בית-המשפט העדיף להתעלם מכך כמעט לחלוטין. באחד המאמרים הראשונים שמתחו ביקורת על ההחלטה, טען דינשטיין, כי היה רצוי לבחון היבט זה כמרכיב עיקרי של נושא הדיון.¹⁵¹ הבירור המשפטי לא נעשה, אך לימים, נהפך האיזור מאיזור חיץ, כפי שתואר בפסק-הדין, לאיזור של התיישבות רבתי. האם היה בית-המשפט יכול לחזות את הנולד? והאם להיבט זה לא היתה צריכה להיות השפעה על החלטתו?

אף כאן התרחשו דברים סביב תיק זה, שבית-המשפט היה מודע להם, ושהיו צריכים לעורר סימני-שאלה באשר לאמינות של שיקולי הביטחון. באי-הכוח של העותרים אף הפנו לכך את תשומת-ליבו של בית-המשפט—אך לשוא. אולם, השאלה שאין להתחמק ממנה הינה, אם המטרה האמיתית של פינוי הבדווים מבתיהם ומאדמתם והעברתם למרחק של כשלושה קילומטרים לא היתה המטרה של הקמת התיישבות יהודית במקום. הפגמים הכרוכים בפרשה זו תוארו בפסק-הדין כדלקמן:

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 לנוזף בקשר לכך בקצין בכיר של צה"ל ולהעביר קצין אחר ופקיד אזרחי בכיר מתפקידהם. לא ראינו את דין-וחשבון הוועדה הזאת ולא ראינו צורך לדרוש את הגשתו, כי הסעדים שהעותרים מבקשים בעתירותיהם מבית-משפט זה אינם נוגעים לדרכי הביצוע אלא לסמכות המשיבים להרחיק את העותרים ולטעמים שבהם מבקשים המשיבים להצדיק את סירובם להרשות לעותרים לשוב למקומותיהם הקודמים.¹⁵²

הדברים התמימים האלה של בית-המשפט תמוהים, כי מתוך דרך הביצוע ניתן אולי ללמוד על כוונותיהם של המבצעים, בחזקת סוף מעשה פסול במחשבה פגומה תחילה (באי-כוח העותרים אכן ניסו לטעון טענה של חוסר טוהר-מידות בטיפול בנושא, ובית-המשפט אף ציין זאת – "העותרים התקיפו בדברי הסיכום שלהם את הסבריו של אלוף טל וביקשו להפריכם" ¹⁵³). יתכן מאוד שבתוך דו"ח הוועדה חבוייה האמת לאמיתה על השיקולים שהניעו, לא את האלוף טל, כראש אגף המטה הכללי, אלא את אלוף פיקוד הדרום, אריק שרון, שהוא האיש שתכנן ופעל בעניין פניוים של הבדווים, שהוא הקצין הבכיר שהוועדה המליצה לנזוף בו, והוא המשיב השני בשמו המפורש בתיק (ולא הרמטכ"ל או ראש לשכתו, אלוף טל), יחד עם ממשלת ישראל. מותר להרהר, מדוע לא הוזכרו כלל תצהיריו של אלוף פיקוד הדרום דאז בפסק-הדין, ודווקא תצהיריו של אלוף טל היו ל"תצהירי התשובה העיקריים" ¹⁵⁴ בתיק.

באי-כוח העותרים הטילו בפירוש ספק באמינות הדברים, ולכן—כך אנו לומדים מפסק-הדין—ביקשו "לחקור את המצהירים מטעם המשיבים על תצהיריהם בשבועה" ¹⁵⁵. אך בית-המשפט לא ראה שום צורך בכך, כי הרי, על-פי תפישתו של השופט ויתקון, הנושא ממילא אינו שפיט. למעשה, אנו למדים מתוך התייחסותו לסוגיה זו, כי המשפט התנהל רק על-מנת "לעשות טובה" לעותרים, ובניסוח של השופט ויתקון: "במקרה דן סברתי עוד בטרם נכנסנו בעובי הקורה כי חוסר השפיטות גלוי על פניו, ועל כן אף לא ראיתי טעם להרשות" ¹⁵⁶ את החקירה הישירה שהתבקשה.

אם-כן, מדוע בכלל לקיים את הדיון ולא לדחות את העתירה על הסף? התשובה היא, כנראה, כדי שהצדק ייראה, אף אם אינו בדיוק נעשה, וכך בהמשך:

קראנו את התצהירים ושמענו טיעונים ואולי רצוי היה לעשות כן, ולו אך כדי להפיס את דעת העותרים ולמנוע את הרושם שכאילו אין לנו הבנה למצבם (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. ¹⁵⁷

משמע, מראש לא היה כל סיכוי להצליח בעתירה (כי היא בלתי-שפיטה), אולם רצוי לתת למפונים להזדעק בהיכל-הצדק הישראלי, לבל יחשבו שאין צדק בישראל ושאלו מתעלמים מן הפגיעה של זרועות הביטחון. יתרה מזאת, אם ימשיכו העותרים לקרוא בפסק-הדין, הם יבינו, כי "חריגה מן הסמכות המוקנית למשיבים לפי צווי המפקדים לא היתה כאן, והשיקולים היו בטחוניים כנים" ¹⁵⁸ וכל זאת גם כאשר היה צריך להיות ידוע לשופטים, כי סילוקם של הבדווים הוא צעד מוקדם הכרחי להתיישבות יהודית ¹⁵⁹ (שכבר אז התבטאה בשני יישובים); ובהמשך נאמר שוב, בניסוח המשפטי היבש והמרגיע, המיועד להוכיח את כנות השיקולים: "גם אם ניקח בחשבון את העובדה הבלתי מוכחשת כי התיישבות יהודית כרוכה בפעולות הנקוטות לשם הבטחת בטחון השטחים והמדינה" ¹⁶⁰. זאת אומרת, הדרך להתיישבות יהודית עוברת דרך פינוי הבדווים (שהצבא אמד את מספרם בחמשת אלפים והבדווים עצמם בעשרים אלף ¹⁶¹). נעשו אומנם פעולות הרגעה הומניטריות אחרות כגון מתן פיצוי כספי, מתן היתר להיכנס לאיזור החיץ בשעות היום, מתן אפשרות בעתיד לעבד את אדמותיהם של הבעלים החדשים בהתיישבות היהודית שקמה במקום, ותוכנית שיקום, שתוכננה למפונים "בשולי האיזור", בין במסגרת עירובית ובין בדרך הקצאת קרקע להקמת משק-עזר חקלאי. ¹⁶²

על עניין הכנות שבפעולות הממשל הצבאי יש להרהר הרהור כפול—הן באשר לנתונים שהיו קיימים בעת ההתדיינות המשפטית והן בחוכמה שלאחר מעשה. באשר לנתונים שהיו קיימים אז, החליט בית-המשפט להתעלם מחלק מהם ולא לעיין בדו"ח הוועדה הצבאית; אולם מקצת מן הפגמים הובאו לידיעתו, כי היו קשורים בתוקפם של הצווים. וכך תואר בפתח פסק-הדין:

צווי התפיסה והסגירה הראשונים, שכללו רק חלק מן השטחים, ניתנו עוד ביוני 1969... ביום 13.3.72, אחרי שהפנינו כבר בוצע הוציא מפקד אזור סיני צו-תפיסה-וסגירה נוסף, הפעם על האיזורים הנדונים בשמותם. בצו זה... נאמר כי המפקד סבור שנתנתו דרושה לצרכים צבאיים, לפי 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 1 הזכור. ¹⁶³ [ההדגשה שלי- ל' ש.].

הוא שאמרנו בהזדמנות אחרת: יש הבדל בין שלטון-החוק, קרי, ניסיון להקפיד בהוצאת הצו הנחוץ, אפילו באיחור, לבין מרות המשפט, הפונה גם לעשיית צדק. ¹⁶⁴ גם אם נסתמך על הטקסט ולא נפשפש בדו"ח הצבאי

שנוף בקצין בכיר, ברור, כי אם הצווים הם אכן של המפקד הידיים שניסחו אותם הם ידי היועץ המשפטי, שניסה לחפות על המחדל של פינוי הבדווים מאדמתם ללא אסמכתא רשמית לכך, וזאת לנוכח הצעדים הנמרצים שנעשו להפוך את איזור החיץ הזה לגשר ממשי עם מדינת ישראל, באמצעות התיישבות רצופה. יכול להיות שגם כאן מדובר בתפיסה בטחונית הקשורה, כמובן, בהשקפת עולם; אך לא כך הוצגו הדברים לבית-המשפט, וספק רב אם יש בכך התאמה לדרישות שבתקנות האג (השייכות למשפט המנהגי). השאלה המעניינת והחשובה ביותר היא, אם היו כבר אז תוכניות להתיישבות רבת, ובמיוחד תוכנית מגירה להקמת עיר, היא ימית; ואם כן, היכן הכנות של המשיבים, שהוזכרה בפסק-הדין, והאם, כמו שקרה במקרה של העברת האוכלוסיה בארצות-הברית, הולך בית-המשפט שולל? ומדוע לא הצליח בית-המשפט לגלות זאת? למה לא הבין, שאולי יש "מטרות נוספות", מעבר לאלה שמופיעות בתצהירים, ומדוע לא ניתן יתר משקל לטיעוני העותרים לפיהם בשיקולים של הדרג הבטחוני מסתתרות כוונות לא-טהורות? האמת על אודות המקרה אכן לא התגלתה בין כותלי בית-המשפט, כפי שמתברר מתיאורו של נגבי:

בחשאי והרחק מאור הזרקורים, שקד אותה שעה צוות קטן של מומחים על תכנונה של עיר גדולה, שתקום בלב הפיתחה—העיר ימית. על פעולתו של הצוות—ברחוב הארבעה בתל-אביב—הוטל איפול כבד, וכאשר פורסמה חוברת ובה פרטי התוכנית, מיהרו שלטונות הבטחון לגנוז את כל עותקה.¹⁶⁵

אני ער לעובדה שבהעלאת הקושיות הללו יש חריג מסוים מן הדיון המקובל במאמרים משפטיים. אולם, כפי ש-Noonan מסביר,¹⁶⁶ אין עשיית צדק ללא גילוי האמת; אין הבנה של המקרה בלי חדירה למניעים—אחרת ייעשו פלסטר הן הדיון המשפטי בין כותלי בית-המשפט והן הדיון במסגרת הספרות המשפטית, מתוך התעלמות מן המציאות. התעלמות מגורמים אלה לא תתרום להבנה של החומר שבתיק, לא תוסיף כבוד למערכת המשפטית ולא תעשה צדק עם המתדיינים.

בהקשר הזה רצוי אולי לפנות שוב לניסיון של ארצות-הברית, לאו דווקא למערכת המשפטית, אלא לביקורת שנמתחה עליה. כיום שוב מועלית הטענה, כמו במקרה של האמריקאים-היפניים, שאנשי שלטון מנצלים את סמכותם ופוגעים בקבוצות פגיעות וגם בלתי-אהודות, והפעם מדובר בפליטים המציפים את ארצות-הברית בחיפוש אחר מקלט מרדיפה פוליטית או אחר רווחה כלכלית. לראשונים מותר לשהות במדינה, לאחרונים אין זכות מוקנית לכך, ועל מנגנון הפיקוח הממשלתי לערוך הבחנה בין שני הסוגים של פליטים. על חלק מן ההחלטות נמתחה ביקורת קשה, ביחס להחזרת פליטים לגיטימיים למולדתם, שממנה נמלטו ואשר בה הם צפויים לענישה חמורה, ואפילו להוצאה להורג. Johnson מתפלמס עם גישתם של שופטי בית-המשפט העליון האמריקאי, ומציע להם לטפל בתיקים האלה מתוך hard look, בחינה חודרת, מעין כבדה וחשדה, וכל זאת מתוך הכרה, שרק בית-המשפט יכול למנוע את העוול שעושים לפעמים אנשי שררה לקבוצות שוליות. בסיכום המאמר הוא כותב:

Hard look review is particularly necessary because the Executive Branch's impermissible foreign policy bias ordinarily is unexpressed. Such review may serve to eliminate subtle, though improper, political influence on asylum determinations. The judiciary as a constitutional matter must check the unstated political excesses of the Executive Branch... Put simply, if the Courts do not act it seems unlikely that any other institution... will.¹⁶⁷

ח. בין "סיפוח" להעברת אוכלוסיה

אמרנו קודם לכן, שהמבחן האמיתי של עניין **אלון מורה**, כמקרה תקדימי, הינו בעיקר גורלם של תיקים אחרים. למן עניין **אלון מורה** לא היה תיק נוסף שבו בוטלה תוכנית להתיישבות (בעת כתיבת שורות אלה, מתנהל בירור משפטי בעתירה שהגישה תנועת שלום עכשיו, מופנית כלפי מבצע ההתנחלות בכללותו), שכן, לאחר ההחלטה בעניין **אלון מורה**, דאגו השלטונות להציב התנחלות כמעט אך ורק בשטחים שאינם בבעלות פרטית, ובכך הבטיחו

שלא יהיה אדם ספציפי שייפגע ויגיש עתירה. מנחם הופנונג¹⁶⁸ מתאר באופן תמציתי וענייני את השתלשלות העניינים לאחר קבלת ההחלטה בעניין **אלון מורה**, פסק-דין שהוא מגדיר כאחד מפסקי-הדין החוקתיים החשובים ביותר שניתנו בבית-המשפט העליון. בפסק-הדין נחשף שימוש ציני בנימוקי בטחון להגשמת תכליות אידיאולוגיות-פוליטיות. בבטלו את צו התפיסה הבהיר בג"צ, כי אף אם אין משפט מדינת ישראל חל בשטחים, אין רשויות השלטון הישראלי יכולות לפעול בשטחים מבלי לכבד את כללי המשפט הישראלי וביניהם כללי המשפט הבינלאומי המינהגי. בשבועות הראשונים לאחר פסק-דין אלון-מורה דומה היה שהחלטת בית-משפט העליון תרמה לביצור שלטון החוק בשטחים המוחזקים.¹⁶⁹

אולם, אז חלה תפנית, והופנונג ממשיך: "במבט לאחור היו לפרשת אלון מורה השלכות שלא כולן חיובית מבחינת שלטון החוק".¹⁷⁰ על רקע המצב של דיני הקניין בשטחים, שהיו מושתתים על החוק הירדני, הונהג טיפול שונה, אשר עקף את המתחייב מעניין **אלון מורה**:

כאשר הוחלט לתפוס קרקע בלתי-רשומה ובלתי-מעובדת לא הוצא לגביה צו תפיסה, אלא היא הוכרזה באורח חד-צדדי כאדמת מדינה. לנפגעים אפשריים ניתנה הודעה באמצעות מוכתרי הכפרים על ההכרזה, גבולותיה והזכות להגיש עליה ערר לוועדת-ערר צבאית, "ובהליך זה" על התושבים מוטלת הראיה להוכיח את תביעתם על הקרקע. ההליך החדש היה מעוגן בחקיקת בטחון והעניק לכאורה סעד משפטי לנפגעים. קיומו של *טריבונל מעין-משפטי נועד למנוע פניות לבג"צ*, שכן סמכות בג"צ לתת צווים כנגד רשויות מותנית בהעדר סעד חילופי—קיומו של סעד חילופי אינו שולל לחלוטין את סמכות בג"צ, אך הוא מקטין באופן ניכר את נכונותו להתערב.¹⁷¹ [ההדגשה שלי- ל' ש.].

בהמשך טוען הופנונג, כי ההסדר החדש פטר מן הצורך לנמק את התוכנית להקמת התנחלות מטעמים בטחוניים, כי אף אם יש כאן הפרה של מחויבותה של ישראל בזירה הבינלאומית, "במצב המשפטי הקיים בישראל אין איש היכול לבקש סעד מבג"צ כנגד הקמת הישובים החדשים. מאחר שהאדמות הן להלכה אדמות מדינה, אין לאף עותר זכות עמידה בבג"צ כנגד הקמת יישובי קבע, כיוון שאין אף עותר היכול להוכיח פגיעה ישירה ואישית בו עצמו", וכך הוכרזו מאות-אלפי דונם של אדמה כאדמות-מדינה, "על-פי המדיניות החדשה".¹⁷²

תיאור זה מבהיר מדוע לא היה המשך ההחלטה שהתקבלה בעניין **אלון מורה**: אולם יש בו טעות אחת, והיא הקביעה בפתח הציטוט בדבר חשיבותו של משפט זה, שעל-פיה מדובר באחד מפסקי-הדין החוקתיים החשובים ביותר של הפסיקה הישראלית. כשלעצמי, טענתי, כי פסק-דין זה אינו אלא יישום מתבקש מאליה של ההלכה שהתקבלה בעניין **בית-אל**, וכי לפי המרכיבים המיוחדים שבו, לא היתה לבית-המשפט ברירה, אלא להכריע כפי שהכריע. לכן, אין כאן, במשפט זה, לא הלכה חדשנית, לא ערך תקדימי, לא אומץ-לב של שופטים ולא אקטיביזם שיפוטי.

אולם, היה אפשר למצוא פתרון אחר, נחרץ יותר, תקיף יותר ומשמעותי יותר—ואולי "חוקי" ואמיתי יותר. עיון ענייני באמנת ג'נבה, נכונות לאקטיביזם שיפוטי, ורגש של חיפוש אחר צדק ו"מרות המשפט" היו מפנים את בית-המשפט לסיפא של סעיף 49 לאמנת ג'נבה, ואף בלי לקבוע מסמרות לגבי האמנה כולה, היו מולידים פתרון שאינו קשור בצורך צבאי, אלא באיסור מוחלט על העברת אוכלוסיה אזרחית אל תוך שטח מוחזק, כי הדברים שם הם ברורים וחד-משמעיים. בסיפא של הסעיף, העומד בזכות עצמו, נאמר:

The Occupying Power shall not deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies. [ההדגשות שלי- ל' ש.].

אכן, חד וחלק. נכון שסעיף זה אינו מהווה אחת ההפרות החמורות המפורטות בסעיף 49 לאמנה, כפי שכבר הוסבר,¹⁷³ אולם ישנן סיבות אחרות, בלתי-אמצעיות, המסבירות מדוע רצוי שפסוק זה ייחשב למחייב, קרי, לחלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי.

בפרשנות של הצלב האדום, המופקד על האמנה מטעם הקהילייה הבינלאומית, הוסבר:

This clause... is intended to prevent a practice adopted during the Second World War by certain Powers, which transferred portions of their own population to occupied territory for political and racial reasons or in order, as they claimed, to colonize those territories.¹⁷⁴

ואלה דברי Oppenheim, שעל-פיהם מדובר ב:

A prohibition intended to cover cases of the occupant bringing in its nationals for the purpose of displacing the occupied territory.¹⁷⁵

בעניין זה, נעלה מכל ספק שישראל מפירה את אמנת ג'נבה, אמנה שעליה היא חתומה ובמסגרתה קיבלה על עצמה מחויבות כלפי הקהילה הבינלאומית. לכן, אין היא יכולה להלין על מדינות בקהילה הזאת, המוחות על פעולות ההתנחלות. השאלות הללו הן אכן שאלות פוליטיות, השייכות לתחום הדיפלומטי, אולם בית-המשפט אינו מתבקש לעסוק בפוליטיקה, אלא אך ורק לקבוע אם למחויבות הזאת כלפי חוץ יש גם נפקות כלפי פנים.

מן הראוי להודות, כי יש בעייתיות מסוימת לגבי תת-סעיף זה באמנת ג'נבה, מפני שאין הוא עוסק בשמירה על "אנשים מוגנים" (Protected Persons), שהיא היעד של האמנה. נראה שהיו ספקות בקרב מנסחי האמנה, אם רצוי לשבץ את אותו תת-סעיף בסעיף שכל יתר חלקיו עוסקים באיסור גירוש או העברה של תושבי השטחים המוחזקים (בניגוד להעברה של אזרחי המעצמה המחזיקה), והיו הצעות לנסח סעיף מיוחד בנושא. אך דווקא במלאכותיות הזאת יש כדי להצביע על רצון עז לקבוע את האיסור הזה, ויהי מה. על רקע מה שהתרחש במלחמת העולם השנייה, ניתן ללמוד, שמדובר בניסיון לעקור תופעה בעודה באיבה ובטרם תתפשט ותשתרש כתופעה נפוצה.

היו אומנם בעבר דוגמאות רבות של מדינות שניצלו את הנצחונות הצבאיים שלהן לסיפוח שטחים או להפיכתם למושבות ולהעברת אוכלוסיה לתוכם; אולם נראה שהתופעה של העברת אוכלוסיה בתוך שטח שמעמדו טרם נקבע סופית לא היתה ידועה, ולכן, כנראה, לא היתה באותה תקופה התייחסות ספציפית לבעיה בספרות המשפט הבינלאומי ובאמנות בינלאומיות. הדוגמאות השונות של העברת אוכלוסיה לאחר 194, כמו הדוגמא של סין, אשר סיפחה את טיבט לאחר כיבושה, בטרם העבירה לשם מבני עמה,¹⁷⁶ הן כולן ממשטרים רודניים, אולם, כפי שכבר הוסבר, אין הרבה דוגמאות של מדינות דמוקרטיות המחזיקות תקופה ארוכה בשטח כבוש; וממילא, גם משטרים רודניים יוצרים את המנהגים המחייבים של העמים, לפחות במעשים של מנהיגיהם.

מסתבר, אם-כן, שהנוהג הינו לספח בטרם ניתן להעביר אוכלוסיה מאדמתה של המעצמה המחזיקה אל תוך השטח המוחזק. נוהג זה הינו בלתי-חוקי, אולם משקלו פחות, כנראה, מן המשקל שמיוחס לאיסור על העברת אוכלוסיה לתוך שטח מוחזק; יתרה מזאת, הואיל והאיסור על העברת אוכלוסיה לשטח המוחזק הופר כנראה במהלך מלחמת העולם השנייה, צורפה התייחסות לנושא, באופן מלאכותי, לסעיף 49 של אמנת ג'נבה. עד אז היה המצב ברור, כנראה, ולא הצריך התייחסות מיוחדת, ולכן אין איסור על כך בתקנות האג.

ובכן, גם ללא קשר למעמד של אמנת ג'נבה בכללותה או לגורלם של חלק מסעיפיה, מתברר, שתת-הסעיף המיוחד והחריג מעט בסיפא של סעיף 49 הינו חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי. לפחות בנושא ספציפי זה נראה כי מדובר בהצהרה על כלל קיים (Declaratory), שהוא חלק מהמשפט המנהגי. דרוש אם כן בית-משפט כלשהו שייתן גושפנקא למצב משפטי זה, וזה יכול להיות בית-המשפט הגבוה לצדק הישראלי. גושפנקא זו לא ניתנה בעניין אלון מורה, כי היו נימוקים אחרים להחלטת בית-המשפט; אולם, כפי שראינו, המצב המציאותי והמשפטי שונה עתה, כי ברור שיש מצב של העברת אוכלוסיה ללא שום קשר לשיקולי ביטחון. רצוי אם-כן, שגישתו של בית-המשפט הגבוה לצדק תשתנה; בוודאי שבאקטיביזם שיפוטי טמון הפתרון לשאלת ההתנחלות. הפתרון כבר קיים באופן תיאורטי, ורק בית-המשפט יכול לקבוע רשמית את המצב המשפטי שעל-פיו הכלל, האוסר על העברת אוכלוסיה לשטח מוחזק, הינו למעשה חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי, שהשלטון הצבאי בשטחים חייב, לכל הדעות, לסור למרותו, ואשר לבית-המשפט מותר לאוכפו.

תת-סעיף זה של איסור על העברת אוכלוסיה יובן טוב יותר בהקשר של סעיף 47 לאמנת ג'נבה, העוסק בנושא אחר: סיפוח שטח בעקבות כיבוש, למרות שעל-פי כללי המשפט הבינלאומי, חל איסור על סיפוח חד-צדדי. השאלה המתעוררת הינה: מה הניע את מנסחי האמנה להתייחס למצב של סיפוח חד-צדדי, שהוא בלתי-חוקי, לאזכר אותו נמצב אפשרי ולהתייחס אליו ולהשלכותיו? הסיבה לכך פשוטה ומובנת: אם תחליט מעצמה מחזיקה לספח על אף האיסור, אזי רצוי להבטיח שזכויות-היסוד של תושבי השטח המקומיים לא ייפגעו. סעיף 47 קובע:

Protected Persons who are in occupied territory shall not be deprived, in any case or in any manner whatsoever, of the benefits of the present Convention by any change introduced, as the result of the occupation of a territory, into the institutions or government of the said territory... Nor by any annexation by the latter of the whole or part of the occupied territory.

בפרשנות של Pictet מטעם הצלב האדום הבינלאומי, יש התייחסות לאמביוולנטיות שבבחירת הניסוח: הרי על פני השטח נראה כאילו יש הכרה ברעיון של סיפוח. בפרשנות הובהר אומנם כי סיפוח ניתן להשיג רק במסגרת של הסכם שלום, אך הכלל הזה, שהוא כה ברור, הופר במהלך מלחמת העולם השנייה. כתוצאה מכך, הוחלט להביא בחשבון הישנות של אפשרות כזאת, ובלבד שיובהר באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי גם מדינה שמבצעת סיפוח באופן בלתי חוקי חייבת להמשיך להקפיד על מלוא השמירה על התושבים המקומיים המוגנים (Protected Persons) באיזור שסופח באופן בלתי חוקי. כנראה שהיגעו למסקנה כי עדיף להכיר במציאות עגומה של סיפוח בלתי חוקי, ובלבד שידוגש, שכללי ההגנה על אותם התושבים ממשיכים לחול. לכן הובהר:

It will be well to note that the reference to annexation in this Article cannot be considered as implying recognition of the manner of acquiring sovereignty. The preliminary work on the subject confirms this. In order to bring out more clearly the unlawfulness of annexation in wartime, the government experts of 1947 proposed adding the adjective alleged before the word annexation. Several delegates... went as far as to propose cutting out the reference to a hypothetical annexation in this Article. The Conference eventually decided to keep it because they... felt it was wiser to mention such a situation in the text of the Article, in order to be better armed to meet it.

A fundamental principle emerges from the foregoing considerations; an Occupying Power continues to be bound to apply the Convention as a whole even when, in disregard of the rule of international law, it claims during a conflict to have annexed all or part of an occupied territory.¹⁷⁷

ניתן אם-כן לקשור בין שני הסעיפים, 47 ו-49. האמנה, שאמורה להגן על אוכלוסיה בשטח מוחזק, מנסה להבטיח, שגם אם תפר מדינה כלשהי את איסור על סיפוח, היא תהיה חייבת, על-פי סעיף 47, להמשיך להעניק לאוכלוסיה של אותו שטח את מלוא הזכויות המפורטות באמנה, כאילו לא חל שום שינוי לגבי אותם תושבים. אולם, הואיל וההגנה מופעלת לטובת האוכלוסיה המקורית, דואג סעיף 47 רק להזכיר זכויות של אנשים מוגנים (Protected Persons). מבחינה זאת, מבטיח הסעיף את שמירת זכויותיהם גם אם המעצמה המחזיקה מבצעת את הפעולה הבלתי-חוקית של סיפוח. אך הגנה זו אינה קשורה לפעולות הנוגעות לאזרחיה של המעצמה המחזיקה. אם היא כבר עשתה את הפעולה הבלתי-חוקית של סיפוח—סיפוח כביכול (Alleged Annexation)—אזי אין בכוחו של המשפט הבינלאומי למנוע אותה מלעשות עם האוכלוסיה שלה כאוות נפשה כפוף רק לכלל שלא תפגע באוכלוסיה המקומית של אנשים מוגנים. לכן, אחרי סיפוח, אף אם הוא בלתי-חוקי, היא יכולה להעביר את נתיניה לשטח ש"סופח". לעומת זאת, בסעיף 49, אין שום ויתור המאפשר העברת אזרחים אל תוך שטח מוחזק; לא נאמר שם באילו תנאים "בלתי חוקיים" ניתן לעשות זאת; האיסור הינו מוחלט.

סיכומו של דבר: מדינה השואפת להעביר את תושביה שלה אל תוך השטח המוחזק נחשמת על-ידי המשפט הבינלאומי. היא תוכל לממש את תוכניתה רק על-ידי הפרה של אחד מכללי המשפט הבינלאומי: או להעביר את האוכלוסיה לתוך השטח המוחזק, קרי, הפרה של סעיף 49, או לספח את השטח באופן בלתי-חוקי ובניגוד לסעיף 47, ובמקרה אחרון זה תוכל כנראה להעביר את אוכלוסיה אל תוך השטח ש"סופח" כל עוד אין בכך כדי לפגוע בזכויות-היסוד המוגנות של התושבים המקומיים, הממשיכים ליהנות, על אף השינוי, מכלליה של אמנת ג'נבה. הברירה אינה נוחה, והשיקול איזו הפרה להעדיף הינו בוודאי שאלה פוליטית מובהקת. ההיבט המשפטי מתבטא בכך, שבעוד בית-המשפט אינו יכול למנוע את ההפרה השנייה—של הכרזה על סיפוח, אפילו אם הוא בלתי-חוקי—כי הנושא, על-אף אי-חוקיותו אינו שפוט בהיותו Act of State, הרי לגבי ההפרה הראשונה—של העברת אזרחים לתוך שטח מוחזק, שאינה משנה את המעמד של השטח המוחזק—על בית-המשפט ליישם את עקרונותיו של המשפט הבינלאומי, הקובע איסור על העברת נתינים של המעצמה המחזיקה אל תוך השטח המוחזק, איסור אשר מהווה חלק מהמשפט המנהגי.

למיטב הבנתי, ישנן רק שתי מדינות שבהן קיים המצב שתואר (דהיינו, מדינה המחזיקה תקופה ארוכה בשטח שכבשה בלוחמה ולא סיפחה אותו, לא באופן חוקי ולא באופן בלתי-חוקי). המדינות הינן ישראל וטורקיה. אולם, בטורקיה אין אפשרות לבחון את תחולתה של האמנה באופן מוסמך ומסודר, הואיל ושם, בניגוד לישראל, לא איפשר בית-המשפט לאוכלוסיה של צפון קפריסין, הנמצאת תחת השלטון הצבאי הטורקי, להגיש עתירות לבית-המשפט הטורקי (כאשר ממילא יתכן שאין להם טענות הנובעות מהפרת אמנת ג'נבה, כי רבים תומכים בנוכחות הטורקית); משמע, רק בישראל ניתנת האפשרות לתת תוקף של ממש לאמנת ג'נבה.

באופן מעשי, מאפשרים בתי-המשפט בישראל לאוכלוסיה המקומית בשטח מוחזק להגיש עתירות לבית-המשפט הגבוה לצדק. רצוי עד מאוד שהטיפול המשפטי יהיה מושלם; שתהיה קביעה פסקנית ועצמאית של בית-המשפט, שתעוגן בתפישה משפטית איתנה, קביעה, שלפחות חלק מאמנת ג'נבה כבר נהפך למשפט בינלאומי מנהגי; והמדובר בשני מצבים—של הפרות חמורות לפי סעיף 47, ושל העברת אוכלוסיה של המעצמה המחזיקה אל תוך השטח המוחזק בניגוד לסיפא של סעיף 49. יהיה בכך ביטוי לאקטיביזם שיפוטי של ממש; תהיה בכך, לעניות דעתי, גם תרומה משמעותית לחיזוק זכויות-האדם בעולם.

הערות:

1. ראה, למשל, בג"צ 337/71 **האגודה הנוצרית למקומות הקדושים נ' שר הבטחון**, פ"ד כו (1) 574; בג"צ 256/72 **חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הבטחון**, פ"ד כו (1) 124.
2. 2. כ"א 1, בע' 559 (להלן: אמנת ג'נבה).
3. ראה מ' נגבי, **כבלים של צדק – בג"צ מול הממשל הישראלי בשטחים** (תשמ"ב), 12-18.
4. בג"צ 302/72 **חילו נ' ממשלת ישראל**, פ"ד כו (2) 169, 181 (להלן: עניין **פתחת-רפיח**).
5. ראה, לעניין השפיטות, את דברי השופט ויתקון בעניין **פתחת-רפיח**: "ואף כאן צריך לומר, דבר שאינו שפיט, גם הסכמת הצדדים אין בכוחה לעשותו שפיט" (שם, ע' 181).
6. על שיקולי השופטים כותב נגבי:
מתברר כי החלטתם של השופטים, שלא לעורר ביוזמתם את בעית הסמכות, לא נתקבלה בהיסח-הדעת, אלא לאחר התלבטות קשה... השיקולים שעמדו ביסוד גישתם של השופטים היו... דומים להפליא לשיקוליו של היועץ המשפטי, מאיר שמגר, בעת שהחליט לוותר על טענת חוסר הסמכות. השופטים, ובעיקר השופט לנדוי, חששו מן המצב שבו לא תהיה לתושבי השטחים שום כתובת משפטית יעילה לקובלותיהם נגד המימשל הצבאי. מסתבר איפוא, שדווקא הפיקפוקים והספקות החמורים לגבי קיומה של הסמכות, הם שהרתיעו את השופטים מלהעלות שאלה זו מיוזמתם, משום שחששו שההכרעה בה—דהיינו, הקביעה שאין להם סמכות—תיצור בשטחים אוררה של לית דין ולית דיין. השקפתו העקרונית של השופט לנדוי היתה, כי סגירת שערי הבג"צ בפני תושבי השטחים היתה בבחינת הפקרה של... תושבים אלה לשרירות ליבו של השלטון, משום שפעולות הצבא לא היו כפופות כלל לביקורת שיפוטית מוסמכת (נגבי, לעיל הערה 3, ע' 21).
- איני בטוח שנגבי צודק בטענתו, אולם אם אכן יש בה אמת, אזי ניתן להבין גם את הזהירות היתרה של בית-המשפט בעוסקו בנושאים הקשורים בשטחים: ברור שגוף המפקפק בעצם זכותו לעסוק בנושא—ובמיוחד כאשר גוף זה הינו גוף משפטי—יפעל במשנה זהירות, בטרם יחליט להתערב ולבטל החלטה של השלטונות. לכן, דווקא על-מנת להבטיח את מלוא הפיקוח, היה על בית-המשפט הגבוה לצדק לבחון ביסודיות את שאלת הסמכות.
7. עניין **פתחת-רפיח**, לעיל הערה 4, בע' 180. בסוגיה זו, אם כי בהקשר אחר, ראה ע' מעוז "סמכות התלויה בספק" עיני משפט ד (תשל"ה) 598; ולעמדה מקורית בנושא השפיטות ראה: E.T.Lee, Deconstitutionalizing justiciability: the example of mootness *Harv. L. Rev.* 105(1992), 603.

8. בסוגיה זו של סמכות בית-המשפט בשטחים, כותב רובינשטיין: "במשך השנים הלכה סמכותו של בית-המשפט והתבססה—בדומה לסמכותו לפסול חוק של הכנסת הנוגד סעיף משורין בחוק יסוד – עד שאין עליה עוררין עוד. יתר-על-כן, ככל שהתאריך מצב זה, שהיה אמור להיות קצר-ימים, כן הורחבו גם עליות הביקורת השיפוטית". א' רובינשטיין, *המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת-ישראל* (מהדורה רביעית, תשנ"א, כרך א), 94.
9. ראה: A.Ehrlich, *Bagatzim—petitions to the High Court—a statistical portrait, Israeli Democracy* 1 (1987) 33.
10. ע"ר תוס' 2(ע) 855, (א) 1055 (להלן: תקנות ההגנה).
11. כללית ראה י' קלינגהופר, "על תקנות שעת חירום בישראל", *ספר יובל לפנחס רוזן* (תשכ"ב) 86.
12. M. Saltman, The use of mandatory emergency laws by the Israeli government *Intl. J. L.* 10 (1982) 385.
13. R.Shehadeh & J. Kuttat, *The West Bank And the Rule of Law* (Geneva, 1980) 24- 25.
14. ראה מנשר בדברי סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), תשכ"ז-1967, קמצי"מ 1, ע' 3 ; א' רובינשטיין, "מעמדם המשתנה של השטחים: מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי, "עיוני משפט" יא (תשמ"ו) 439.
15. בג"צ 97/79 *אבו עוואד נ' מפקד איזור יהודה ושומרון*, פ"ד לג (3) 309. בגוף פסק- הדין יש רק איזכור של המצב המשפטי, ללא כל ניסיון להסביר את משמעותו, והכוונה לסעיף 9 (ו) לחוקה הממלכה הירדנית (1.1.1952), הקובע: "לא יוגלה ירדני משטח הממלכה", שנטען כי ביטל את סמכות הגירוש על-פי תקנות ההגנה. דומני, כי במהלך ההנמקה לעצם קיום הגירוש, לא מסר בית-המשפט שום מענה לקביעה ברורה ופשוטה זו—שאזרח ירדני לא יגורש.
16. דוגמאות של פסקי-דין שמבהירים מצב משפטי זה, ראה בג"צ 698/80 *קוואסמה נ' שר הביטחון*, פ"ד לה (1) 617 ; בג"צ 393/82 *ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון*, פ"ד לו (4) 785 ; ולאחרונה—בג"צ 591/88 *טאהה נ' שר הביטחון*, פ"ד מה (2) 45. באשר לצורך בבירור הנושא, שטרם נעשה במלואו, ראוי לציין את דבריו של השופט ברק: "נוכל להשאיר בצריך עיון את השאלה היפה, אם חלקיה ההומניטאריים של אמנת ג'נבה הרביעית, שלגביהם החליטה ממשלת ישראל כי תנהג על-פיהם... אין בהם כדי להוות נורמות מחייבות ולו באופן חלקי—מכח היותם חלק מהנחיות פנימיות מטעם ממשלת ישראל כלפי המפקד הצבאי ומכח היותם הנחיות עצמיות של המפקד הצבאי עצמו". בג"צ 393/82 *ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון*, שם, בע' 794-793.
17. לניתוח השוואתי מעניין בנושא האקטיביזם השיפוטי, ראה: *Judicial Activism in Comparative Perspective* (New York, ed. by K.M.Holland, 1991). בקובץ מאמרים זה נסקר המצב באחת-עשרה מדינות, חמש המסווגות כשייכות למשפט המקובל, כולל ישראל, ושש מדינות נוספות. מעניין לציין, כי ישראל ממוקמת, מבחינת דרגת האקטיביזם, באמצע הרצף.
18. סעיף 6 לאמנת ג'נבה קובע: "בשטח כבוש תיפסק תחולת האמנה הזאת שנה לאחר סיומן הכללי של הפעולות הצבאיות". אולם, לגבי סעיפים מסוימים, שהסעיף מונה אותם, וביניהם הסעיפים הרלוונטיים לנושא המאמר הזה (במיוחד סעיף 49, שבו נדון בהמשך), חלה האמנה עד סוף ההחזקה בשטח.
19. י' בלום "ציון במשפט הבינלאומי נפדתה" *הפרקליט* כז (תשל"א) 315.
20. רובינשטיין, לעיל הערה 14; מ' דרורי, *החקיקה באיזור יהודה ושומרון* (תשל"ה) 38, 39.
21. לתיאור כללי של המצב, ראה: A. Gerson, *Israel, The West Bank and International Law* (London, 1987).
22. ראה, כדוגמא, חוק לתיקון דיני העונשין (עבירות חוץ) תשט"ז-1955, ס"ח 7.
23. למשל, במקרה שאירע בבית-סחור, היתה התארגנות לאי-תשלום מסים, ועל רקע זה עוקל רכוש והועבר לישראל למטרת מכירה (בהתאם לנוהל הטיפול ברכוש מוחזר). היתה אפשרות להגיש עתירה, אולם היא ירדה מן הפרק, כי פנייה לבית-המשפט הגבוה לצדק היתה מערערת את הסרבנות שנועדה להכחיש את הלגיטימיות של השלטון הצבאי. לעצם העניין, דומני, כי יתכן שהיתה עילה סבירה לעתירה, שעניינה החרמת הרכוש על בסיס חיקוק מקומי ומכירתו בתחומי הקו הירוק, בהתבסס על חיקוק ישראלי.
24. R. Shamir, *Litigation as consummatory action: the instrumental paradigm* *Stud. In L. & Soc.* (1991) 41. R. Shamir, *Landmark cases and the reproduction of legitimacy: the case of Israel's High Court of Justice*, 24 *L. & Soc. Rev.* (1990).

25. באחרונה דווח בתקשורת, כי הוצע לאחד-עשר מגורשים, שהגישו עתירה נגד גירושם (לאחר רציחתם של שלושה חיילים במאהל, בעת שנתם), להסכים ליציאה לחו"ל מרצון לתקופה של שלוש שנים תמורת ביטול צווי-הגירוש, וכל זאת כחצי שנה לאחר שהוצאו הצווים והוגשו העתירות. זאת אומרת, שבמקרה זה נגרמה סחבת בעטייה של העתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק, אשר הולידה הצעת-פשרה, שלפחות חלק מן המגורשים נטו לקבל. יודגש, כי הדיווח בתקשורת מקורו בעורך-דינם, ולא בגורמים מוסמכים. מאוחר יותר, לאחר המהפך השלטוני, דווח כי השלטונות שוקלים לבטל את צווי-הגירוש. יש להוסיף, כי ידוע על הסכמים כגון אלה (של גירוש מרצון לתקופה מוגבלת), שנעשו עם עשרות ואולי מאות פלשתינאים, וביניהם כאלה המוגדרים כמבוקשים.

26. אין לשכוח שאין דוגמאות של מדינות אחרות המפעילות את האמנה, אם כי אין גם דוגמאות רבות של מעצמות מחזיקות, ועל כך ראה להלן, בהערות 76-77 וטקסט להן, ובהערה 176 וטקסט לה.

27. י' זמיר, "זכויות האדם ובטחון המדינה", *משפטים* יט (תשמ"ט) 17.

28. בג"צ 680/88 **שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי**, פ"ד מב (4) 617. לפחות מקרה אחד שונה, בולט לעין, והוא המקרה שבו חייב בית-המשפט את מערכת הביטחון לדאוג מיידית להספקת מסכות-גז לתושבי השטחים: בג"צ 168/91 **מורכוס נ' שר הבטחון**, פ"ד מה (1) 467. העתירה התבררה כיממה לפני המועד שבו היה אמור לפג האולטימטום שהוצג לעיראק, דהיינו, קרוב מאוד למועד שבו היה ניתן להניח שתפרוץ מלחמה. הנסיבות הללו היו מיוחדות במינן, ולכן, אין לראות בפסק-דין זה אלא חריג מתבקש לנוכח הנסיבות, ויחד לנוכח העובדה, כי העתירה הוגשה על-ידי תושבת בית-לחם, הנמצאת ממש סמוך לירושלים, אף קרוב יותר מאשר מעלה-אדומים, שם כבר חולקו מסכות. למרות הדברים הנחרצים של בית-המשפט והדרישה לפעולה נמרצת לתיקון המצב, כלל לא ברור אם היו תוצאות דומות לו הי מדובר, למשל, בעתירה של תושב השטחים המתגורר במקום מרוחק יותר מן הבירה ומן הסכנה המשותפת לעיר ירושלים ולעיר בית לחם.

29. ראה, למשל, י' דינשטיין, "אחד משפחות בשטחים מוחזקים", *עיני משפט* (תשמ"ח) 221; י' דינשטיין, "גירוש משטחים מוחזקים", *עיני משפט* יג (תשמ"ח) 403. 30. י' דינשטיין, "התנחלויות וגירושים בשטחים המוחזקים", *עיני משפט* ז (תשל"ט) 188, 194.

30. Hague Regulations to Convention No. IV: Respecting the Laws and Customs of War, in *Land Documents on the Laws of War* (Oxford, 2nd ed. by A. Roberts & R. Guelff, 1989) 48 (להלן: תקנות האג).

31. ב' רובין "אימוץ אמנות בינלאומית למשפט הארץ בידי בתי המשפט", *משפטים* יג (תשמ"ד) 210.

32. בעניין זה מפנה רובין לספר: L. McNair & A. Watts, *The Legal Effects of War* 4th ed., London (1966) שבו נקבע שיש להחשיב גם סעיפים שלא נכללו בחקיקה כחלק מן המשפט המדינתי בבריטניה (*ibid.*, p. 371). לציין, שרובין מזכיר את ה-Geneva Convention, Act, 1957, 5 & 6 Eliz. 2, Ch. 52, אך ורק בענישת העוברים על כללי אמנת ג'נבה, ואז הוא מוסיף: "אף-על-פי-כן קבעו מחברים שגם הסעיפים האחרים של האמנות הם חלק ממשפט הארץ". דומני, כי התוספת "אף-על-פי-כן" מיותרת, כי סיבת החקיקה היתה לאפשר ענישה, וזהו תחום שבו אין אמנת ג'נבה עוסקת, אלא, אדרבא, היא מחייבת, בסעיף 146, את החותמים עליה לטפל בעצמם בהיבט העונשי (רובין, שם, ע' 214).

33. רובין, לעיל הערה 32, ע' 227. הסעיף באמנת ג'נבה הדין בענישה, כפי שהוסבר בהערה הקודמת, הינו דוגמא לסעיף שהוא Non-Self-Executing.

34. ראה להלן טקסט להערות 71-72.

35. א' בנבנישתי, "השלכות שיקולי בטחון וקשרי חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ", *משפטים* כא (תשנ"ב) 221.

36. רובינשטיין, לעיל, הערה 14.

37. שם, בע' 446.

38. הטיוטה להצעת חוק אמנות ג'נבה, תש"ן, קובעת בסעיף 2: "לאמנות ג'נבה יהיה תוקף של חוק". רוב הסעיפים האחרים עוסקים בענישה למפירי האמנה בדומה ל-Geneva Convention Act, 1957, supra note 33. וראה ד"כ (תש"ן) 4870.

39. ה' סומר "ואף-על-פי-כן חול תחול-לתחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן המלחמה, 1949, בדין הישראלי", *עיני משפט* יא (תשמ"ו) 263.

40. שם, ע' 268.

41. שם, שם.

42. שם, ע' 279.

43. שם, שם.
44. שם, שם.
45. שם, שם.
46. L. Oppenheim, *International Law: A Treatise- Disputes, War and Neutrality* (London, 7th ed. by H. Lauterpacht, 1952, Vol. II)
47. *Ibid.*, p. 226. וכך כתוב: "Isolated milder practices by and by become usages, so called *usus in bello*, manner of warfare. These usages through custom and treaties became legal rules."
48. *Ibid.*, p. 227
49. *Ibid.*, p. 228
50. *Ibid.*, pp. 228- 229
51. *Ibid.*, at p. 229, note 3
52. *Ibid.*, *ibid.*
53. *Ibid.*, p. 234
54. *Ibid.*, *ibid.*, note 1
55. *Ibid.*, *ibid.*, note 2
56. Judgment of the Nuremberg International Military Tribunal (1946) Cmd. 6964, p. 64 (להלן: משפטי נירנברג), כמובא אצל: Oppenheim, *supra*, note 47, p. 234
57. Oppenheim, *ibid.*, p. 513
58. M. Kaskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Helsinki, 1989)
59. *Ibid.*, p. 399
60. *Ibid.*, p. 399
61. *Ibid.*, pp. 402- 403
62. כמה סתירות שהיו קיימות בעבר יושבו, למשל, ביטול האפשרות של גירוש מן הארץ.
63. "Protocol Additional to the Geneva Convention of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) 1977," *Documents on the Laws of War*, *supra*, note 31, pp. 389, 430; 1977 Geneva Protocol II Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non- International Armed Conflicts, *Documents on the Laws of War*, *ibid.*, p. 446
64. האמנה אושררה בבריטניה ב- 23.9.57. היו בעצם כתשע מדינות שהקדימו את ישראל, ביניהן ירדן, אשר אושררה אותה ב- 29.5.51, קצת למעלה מחודש לפני ישראל, שאישררה אותה ב- 6.7.51
65. ראה לעיל תת-פרק ד.2. (א).
66. A. D'Amato, *International Law: Process and Prospect* (New York, 1987)
66. *Ibid.*, p. 128. ולטעון מפורט יותר, ראה: A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Oxford, 1971)
67. ע"פ 336/61 **אייכמן נ' הי"מ**, טז (3) 2033.
67. M. Akehurst, Custom as a source of international law *Brit. Y. B. Intl. L.* (1974- 1975) 1*ibid.*, 15
68. Universal Declaration of Human Rights, 1948 *A. J. I. L.* 43 (1949) supp. 127 p. 15
68. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950

European Conventions and Agreements 1 (Strasbourg, 1971) 21, 27 (להלן: האמנה האירופאית לזכויות-האדם).

69. ראה ח' שחור-לנדא, "בית הדין של הקהילות האירופאיות וסמכויותיו", עיוני משפט ט (תשמ"ג) 159, 172: "המדינות החברות נאלצו להרכין ראש בפני החלטות בית הדין ולקבל את הגבלת הריבונות שלהן."

70. Y. Dinstein, Report on the application of customary international law concerning armed conflicts in the national legal order, *National Implementation of International Humanitarian Law, Proceedings of an International Colloquium at Bad Homburg June 17- 19, 1988* (Dordrecht, ed. by M. Bothe, 1990)

71. יצוין, כי דינשטיין מתייחס לאותה רשימה של Grave Breaches בהקשר אחר, אם כי בהחלט דומה. לדיון, מהוות אותן הפרות חמורות של הסכמי ג'נבה דוגמאות של "עבירות בינלאומיות", וכך הוא מבהיר בספרו *המשפט הבינלאומי האל-מדינתי* (תש"ס): "למעשה, ההפרות החמורות הללו מהוות פשעי מלחמה או פשעים נגד האנושות. ארבעת הסכמי ג'נבה מחייבים את כל המדינות המתקשרות לחפש אחר מבצעי הפרות חמורות ולהעמיד אותם לדין בלי להתחשב באזרחות... מכאן שמוטלת חובה אף על מדינות ניטרליות... להעמיד לדין עבריינים במלחמות שבהן הן אינן צדדים לוחמים. בעצם נקבעת בהסכמים סמכות שיפוט אוניברסלית על הפרות חמורות שלהם" (שם, ע' 94-95). באשר לסוגיה הספציפית של סיווג למשפט מנהגי, מבהיר דינשטיין באופן כללי, כי "שורשיו של המשפט הבינלאומי נעוצים בכללי המשפט הבינלאומי המנהגי, אשר אסרו מימים ימימה פראטיות ופשעי מלחמה. בסוף המאה ה-19 ובראשית המאה ה-20 החלו להתווסף לרשימה עבירות בינלאומיות (*delicta juris gentium*) אחרות, אשר הוגדרו באמנות בינלאומיות, וקצב החקיקה הבינלאומי בנדון הואץ ביותר מאז מלחמת העולם השנייה. כיום ניתן לדבר כבר על שורה ארוכה למדי של עבירות בינלאומיות" (שם, ע' 87).

יוצא מכך, כי יתכן שמעשים הנחשבים לעבירות בינלאומיות על-פי אמנה בינלאומית אינם מהווים חלק מן המשפט המנהגי, אולם כך נוצר מצב מוזר, שכן, בעוד שניתן להעמיד לדין פלילי בגין המעשים הללו (כולל במדינות ניטרליות), אין אפשרות למנוע את המעשה במסגרת של משפט אדמיניסטרטיבי, אם אכן אין ההפרות נחשבות למשפט מנהגי. דומני, כי המוצא היחיד מסבך משפטי כזה הינו הכרה באותן עבירות בינלאומיות—זאת אומרת, באותן "הפרות חמורות"—כחלק מן המשפט המנהגי.

72. ל' שלף "מישלטון החוק" ל'מרות המשפט": הרהורים וערעורים על מושג-יסודי "עיוני משפט טז (תשנ"ב) 559.

73. המצב בארץ שונה ממצבים אלימים אחרים: הבעיות הבטחוניות בבריטניה קשורות לחלק ריבוני של המדינה, חבל ארץ שסופח אליה לפני כמאתיים שנה צרפת התייחסה לאלג'יריה כחלק בלתי-נפרד של המולדת, אף שהוא מצוי מעבר לים; בפורטוגל היה עדיין משטר רודני כאשר ניסתה להתמיד בשליטתה במוזמביק ובאנגולה, וממילא ראתה בהן חלק מן המולדת; ארצות-הברית לא שלטה בלעדית בשום איזור של וייטנאם, אלא, כך לפחות טענה, רק הושיטה עזרה לבעלי-בריתה הדרום-וייטנאמים, שהיו אחראים לשליטה באוכלוסיה האזרחית. על הבעיות הבטחוניות במאבק נגד מעשי טרור, ראה:

J. W. Bishop, Law in the control of terrorism and insurrection: The British laboratory experience, 42 *L. and Contemp. Probl.* (1978) 166;

C. Walker, *The Prevention of Terrorism in British Law* (Manchester, 1986).

74. לרקע להתערבות של טורקיה בצפון קפריסין ולרצונה להעניק הגנה למיעוט הטורקי שם ראה, G. Harris, *Turkey: Coping with Crisis* (London, 1985), 192-193: "The Turks...had followed a military plan clearly drawn up for the defense of a beleaguered Turkish community...Turkey resumed military action in an effort to extend protection to most of the Turkish population remaining outside its sector of occupation."

75. ראה: *on Human Rights 6950/75 Cyprus v. Turkey* 18 *Yearbook of the European Convention* 82; A.Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law: A Comparative Study* (Oxford, 1983).

76. 79 ראה, למשל, בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, לעיל הערה 29.

77. פ"ד לד (1) 1.

78. פ"ד לג (2) 113.

79. עניין אלון מורה, לעיל הערה 80, ע' 24.

80. באשר לדיון בקרב חברי הממשלה והעמדות השונות שננקטו, ראה נגבי, לעיל הערה 3, ע' 51-54. כאשר הנושא הובא למליאת הממשלה, התקבלה החלטה חיובית לגבי מיקומה של התנחלות אלון-מורה, ברוב של שמונה נגד חמישה, עם שני נמנעים; יצוין, כי אחד הקולות בעד, זה של ראש הממשלה, מנחם בגין, נמסר בהיעדרו, הואיל והוא לא השתתף ממש באותו דיון. משמע, מתוך אלה שהשתתפו בדיון, לא היה רוב של ממש להקמת ההתנחלות באלון-מורה.
81. עניין **אלון מורה**, לעיל הערה 80, ע' 8.
82. שם, ע' 10.
83. עניין **בית-אל**, לעיל הערה 81, ע' 116.
84. שם, ע' 118.
85. לתיאור הרקע הפוליטי לעצם הקמת ההתנחלות, כולל השפעת המשא-ומתן לשלום עם מצרים והסכמי קמפ-דייוויד, ראה נגבי, לעיל הערה 3, ע' 50-77.
86. לביקורת על השיטה האדוורסרית, ראה מ' קרמניצר, "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" *משפטים* יז (תשמ"ח) 475.
87. J. T. Noonan, *Persons and Masks of the Law* (New York, 1976).
88. עניין **בית-אל**, לעיל הערה 81, ע' 116. התיק השני הינו בג"צ 610/78, שבספרות מתייחסים אליו גם בשם **הגרעין או הבקעות**.
89. עניין **בית-אל**, לעיל הערה 81, ע' 116.
90. שם, שם.
91. עניין **אלון מורה**, לעיל הערה 80, ע' 5-6.
92. ראה צ' רענן, *גוש אמונים* (תשמ"א).
- 96א. עניין **בית-אל**, לעיל הערה 81, ע' 116.
93. שם, ע' 116-117.
94. על הבעיות הנוגעות לחוסר רצונו של בית-המשפט לבחון טענות של אנשי ביטחון, ראה: S. Levin, *The deference to the military, 35 deference that is due: rethinking the jurisprudence of judicial Villanova L. Rev.* (1990) 1009.
95. עניין **בית-אל**, לעיל הערה 81, ע' 118-119.
96. שם, ע' 119.
97. אכן, היו מקרים שבהם נטענה הטענה, שנוכחות של מתנחלים מפריעה לפעולות הצבא. כך, למשל, בפרוץ מלחמת יום-הכיפורים, נוצר הצורך לפנות מתנחלים מן הגולן, ומשאבים רבים (בני-אדם, כלי-רכב, ציוד) הוקצו למטרה זו, דבר שבוודאי לא הקל על פעולות צבאיות בשעות הגורליות הללו בתחילת המלחמה.
98. עניין **פתחת-רפיח**, לעיל הערה 4, ע' 174, 182.
99. ראה ד' רובינשטיין, *מי לה' אלי—גוש אמונים* (תשמ"ב).
100. עניין **פתחת-רפיח**, לעיל הערה 4, ע' 175-176.
101. שם, ע' 175.
102. שם, ע' 174.
103. שם, ע' 175.
104. שם, ע' 175-176. ההדגשות בציטוט נעשו כדי להדגיש את נושא הדיון, הוא סילוק הבדווים, ולא הקמת התנחלות, כפי שהעמיד זאת השופט ויתקון באותו עניין, כשהדבר שימש אותו אף לחיזוק עמדתו בעניין **בית-אל**.
105. שם, ע' 178.
106. שם, שם.

- Commentary on 4th Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Geneva, ed. by J.S. Pictet, 1985) .107
108. עניין פתחת-רפיח, לעיל הערה 4, ע' 175.
109. שם, ע' 179-182.
110. שם, ע' 181-182.
111. 320 U.S. 81 (1943) (להלן: עניין *Hirabayashi*).
112. *Hirabayashi* *ibid.*, p. 86.
113. *ibid.*, p. 102.
114. *ibid.*, p. 111.
115. *ibid.*, p. 113.
116. *ibid.*, *ibid.*.
117. *ibid.*, p. 114.
118. 322 U.S. 214 (1994) (להלן: עניין *Korematsu*).
119. *Korematsu*, *ibid.*, p. 233.
120. *ibid.*, p. 234.
121. *ibid.*, pp. 236-237.
122. *ibid.*, pp. 246-247.
123. *ibid.*, pp. 247-248.
124. *ibid.*, p. 230.
125. ראה, למשל: 54 *Yale L. J.* (1954) 489; N. Dembitz, Racial discrimination and the military judgement: the Supreme Court's *Korematsu* and *Endo* decisions, 45 *Colum. L. Rev.* (1945) 175.
126. *Justice Delayed: The Record of the Japanese American Internment Cases* (ed. by P. Irons, Middletown CT, 1989), iv.
127. *ibid.*, p. 384; from *Memorandum Opinion of the U.S. District Court for the Western District of Washington* (1986).
128. *ibid.*, p. 137; from *Petition for Writ of Error, Korematsu v. U.S.* (1983).
129. *ibid.*, pp. 103, 118, 119; *Summary of Report of the Commission on Wartime Relocation and Internment of Civilians* (Washington D.C., 1982).
130. בבג"צ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, לעיל הערה 29, בע' 471, אומר השופט ברק, בחיבו את צה"ל לספק מסכות גז לחלק מאוכלוסיית הגדה המערבית, סמוך לפרוץ מלחמת המפרץ, את הדברים הבאים:
 "בא כוח המשיבים חזר וטען לפנינו, כי דין העתירה להידחות, שכן היא כרוכה בשיקולים בטחוניים, צבאיים ומדיניים, שאינם שפטים. טענה זו עלינו לדחות. טענת הפליה היא תמיד שפיטה... ואין כל צורך במומחיות מיוחדת כדי לדעת, כי הכל שווים בפני החוק."
 ובבג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 492, אומר ברק:
 "גם כאשר בית-המשפט עוסק בעניינים פוליטיים, אין הוא בוחן אותם באמות מידה פוליטיות. בית-המשפט בודק את החוקיות של ההכרעה הפוליטית."
131. 389 U.S. 934 (1967).
132. *ibid.*, p. 935.
133. 400 U.S. 886 (1970).
134. *ibid.*, p. 900.

135. 3 All E.R. 142 [1962]

136. Ibid., p. 159

137. עניין אלון מורה, לעיל הערה 80, ע' 5.

138. שם, ע' 19.

139. שם, ע' 18.

140. שם, ע' 19.

141. נגבי, לעיל הערה 3, ע' 67.

142. רחבעם זאבי סיפר בהזדמנויות שונות, כי דעותיו עוצבו לפני זמן רב. לעיון בהשקפת העולם של חבר-הכנסת רחבעם זאבי, ראה, למשל, מאמרה של ח' קים, "מבצע מטאטא, מהדורה חוזרת", *חדשות* 25.4.92. נמאמר זה נסקר, בין השאר, מצעה של תנועת "מולדת" לקראת הבחירות של 1992. על רקע השקפת העולם של זאבי. במיוחד מוסבר כיצד דגלו מנהיגים בולטים של הציונות, לטענת זאבי, ברעיון הטרנספר; וכך צוטט מקלטת-תעמולה של "מולדת" בקשר לנושא הטרנספר: "אותי לימדו מוריני ורבינו בתנועה הציונית— נחמן סירקין, ברל כצנלסון, דוד בן-גוריון, חיים ויצמן, מנחם אוסישקין, תיאודור הרצל, ארתור רופין, יוסף וייץ ועוד שורה ארוכה של מנהיגים בתנועה הציונית שהטיפו לזה. . . " משמע, רעיון הטרנספר אינו חדש, לפי גישתו של זאבי, והוא עצמו למד עליו יחד עם רעיון הציונות עצמה, ומכאן, כמובן, שהאמין בכך גם בהיותו קצין בכיר בצה"ל, כולל בתפקיד אלון פיקוד המרכז. איני רוצה לגעת בהיבט הפוליטי של רעיון הטרנספר, אולם דומני שהלקח ממעשיו של גנרל Dewitt בארצות-הברית חייב לשמש אזהרה לדרך שבה מסוגלים אנשי ביטחון לנצל את סמכותם ואת האמון שניתן בהם כדי לקדם את השקפתם הפוליטית, במיוחד כשמדובר בדעות שאינן מקובלות. נגד מגמה זו אין מתרס טוב יותר מאשר הבקרה המתמדת והקפדנית של בית-המשפט.

143. עניין בית-אל, לעיל הערה 81, ע' 132.

144. שם, שם.

145. שם, בע' 134.

146. שם, בע' 116.

147. י' דינשטיין, "פסק-הדין בעניין פתחת רפיח" *עיוני משפט* ג (תשל"ג) 934.

148. עניין פתחת-רפיח, לעיל הערה 4, ע' 173.

149. שם, ע' 175.

150. שם, ע' 174.

151. שם, ע' 182.

152. שם, שם.

153. שם, שם.

154. 8 שם, שם.

155. ראה לעיל, טקסט להערה 107.

156. עניין פתחת-רפיח, לעיל הערה 4, ע' 182.

157. שם, ע' 173.

158. שם, שם.

159. שם, ע' 174.

160. שלף, לעיל, הערה 75.

161. נגבי, לעיל הערה 3, ע' 32.

Noonan, *supra*, note 90 .162

K.R. Johnson, A hard look at the executive branch's asylum decisions 279 Utah.L.Rev. .163
(1991) 359- 360

.164 מ' הופנונג, ישראל- בטחון המדינה מול שלטון 1971-1948 (תשנ"א). ראה גם ג' ברזילי, דמוקרטיה במלחמה (1992).

.165 .169 שם, ע' 307.

.166 שם, שם.

.167 שם, ע' 308.

.168 שם, ע' 309.

.169 ראה לעיל, הערה 74 וטקסט לה.

Pictet, *supra*, note 111, p. 283 .170

Oppenheim, *supra*, note 47, p. 452 .171

.172 דוגמאות נוספות: ברית- המועצות לא העבירה את אוכלוסייתה אל תוך אפגניסטן בשבע השנים שבהן החזיקה בה צבא כובש, וזאת בניגוד מוחלט למדיניות הפנימית שלה, שלפיה דאגה להעביר רוסים בהמוניהם לכמעט כל אחת מארבע-עשרה הרפובליקות האחרות שהרכיבו אותה; היא אף לא שלחה את אזרחיה למדינות במזרח אירופה, שהיו תחת השפעתה, ורק החזיקה צבא בחלק מהן; ארגנטינה לא העבירה אוכלוסיה אזרחית לאיי פוקלנד במשך אותם השבועות שבהם שלטה באי, עד אף טענותיה לזכות של ריבונות; אינדונסיה סיפחה את מזרח טימור בטרם החלה להעביר לשם את נתיניה; סוריה, השולטת ביד רמה בלבנון זה יותר מעשור, אינה מעבירה את אוכלוסיתה אל תוך מדינת החסות שלה על אף הקרבה האתנית; אפילו עיראק דאגה לספח את כוויית קודם לשליחת בניה אליה, למרות שהימנעות מהכרזה על סיפוח היתה אולי מונעת את מלחמת המפרץ.

Pictet, *supra*, note 111, p. 276 .173