

תחולתם של דיני המלחמה על השטחים המוחזקים (תגובה להרצאתה של פרופסור לפידות)

מאת

נסים בר-יעקב*

א. עמדתה של ממשלת ישראל. ב. עמדתו של בית-המשפט העליון.
ג. הערות-סיכום.

במאמרה המאלף פרופ' לפידות דנה, בין היתר, בתחולתם של דיני-המלחמה על השטחים המוחזקים. ברצוני להעיר הערות מספר בסוגיא זו, תוך הסכמה עם פרופ' לפידות שמבחינה משפטית המצב טעון שיפור. ארחיב את הדיבור בשתי שאלות: (1) מה עמדתה של ממשלת ישראל בדבר תחולתן של תקנות האג מ-1907 בדבר דיני-המלחמה ביבשה¹ על יהודה ושומרון ורצועת-עזה וכן של אמנת-ג'נבה הרביעית מ-1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה²; (2) מה עמדתו של בית-המשפט העליון לגבי תחולתן של התקנות ושל האמנה על השטחים האלה.

א. עמדתה של ממשלת ישראל

בשאלה זו יש להפריד בין גישתה של ממשלת ישראל לגבי תחולתה של אמנת-ג'נבה על השטחים, מחד גיסא, ובין תחולתן של תקנות האג, מאידך גיסא. לגבי אמנת-ג'נבה, עמדת הממשלה התאפיינה במידה מסוימת של הססנות ובהבעת דעות בעלות גוונים שונים, ולעתים מנוגדים. הבדיקה דלהלן מצביעה על שתי גרסאות עיקריות של עמדת הממשלה בעניין תחולתה של אמנת-ג'נבה: (א) הבעת ספק אם האמנה חלה על השטחים; (ב) קביעה חד-משמעית כי האמנה אינה חלה על השטחים.

* פרופסור מן המניין, החוג ליחסים בינלאומיים, האוניברסיטה העברית בירושלים. מאמר זה מוקדש, בהוקרה רבה, לד"ר שבתאי רוזן.

1 ראה הנוסח הצרפתי, האנגלי והעברי של אמנת-האג מ-1907 בדבר הדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה, שאליה נספחות התקנות בדבר הדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה, בפרסומים הבאים, בהתאמה: C. Parry, 205 *The Consolidated Treaty Series* (1980) no. 1907, p. 277; Schindler and Toman (eds.), *The Laws of Armed Conflicts — A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents* (2nd ed., 1981) 63; and ב' פיינשטיין (עורך), *מקורות במשפט בינלאומי פומבי* (אקדמון, תשמ"ג) א' 271 (קובץ זה כולל גם את הנוסח האנגלי, עמ' 286).

2 UNTS vol. 75 (1950) no. 973, p. 287 — נוסח אנגלי וצרפתי; כתבי אמנה מס' 30, כרך I 559 — נוסח אנגלי, צרפתי ועברי.

לגבי תחולתן של תקנות האג לא הביעה הממשלה — לפי מיטב ידיעתי — עמדה חד-משמעית. ניתוח גישתה העקרונית של הממשלה בדבר החלתם של דיני הכיבוש על השטחים מביא לידי המסקנה, שעמדת הממשלה לגבי תחולתן של תקנות האג הגיונית שתהא זהה לעמדתה לגבי תחולתה של אמנת-ג'נבה.

כידוע, הכריזה הממשלה בהודמנויות שונות, שללא קשר עם עמדתה העקרונית לגבי תחולתה של אמנת-ג'נבה על השטחים היא מיישמת בפועל ותמשיך ליישם את הוראותיה ההומניטריות של האמנה. נראה שזאת גם עמדתה לגבי הוראותיה ההומניטריות של תקנות האג.

לבירור הסוגיא אביא את דבריהם של נציגי הממשלה ושל פרשנים מוסמכים. במאמרו "The Observance of International Law in the Administered Territories", שפורסם ב-1971³, הביע מאיר שמגר — אז היועץ המשפטי לממשלה וכיום נשיא בית-המשפט העליון — את הדעה, כי אין כלל של המשפט הבינלאומי הקובע שאמנת-ג'נבה הרביעית חלה בכל סכסוך מזוין — יהיה מעמדם של הצדדים לסכסוך אשר יהיה — ולא בכל מקרה שטח שנכבש הופך לשטח כבוש (occupied territory) שעליו חלים הכללים של האמנה הרביעית. לגבי תחולתה של אמנת-ג'נבה על השטחים, כתב המחבר:

In my view, *de lege lata*, the automatic applicability of the Fourth Convention to the territories administered by Israel is at least extremely doubtful, to use an understatement, and automatic application would raise complicated juridical and political problems...⁴

מאיר שמגר הצביע בהמשך על העדר ריבונות ירדנית ומצרית ביהודה ושומרון וברצועת-עזה וקבע שלאור מעמד ה-*sui generis* של השטחים האלה, ניסתה ממשלת ישראל להבחין בין הבעיות התיאורטיות המשפטיות והפוליטיות, מחד גיסא, לבין היישום למעשה של ההוראות ההומניטריות של אמנת-ג'נבה הרביעית, מאידך גיסא, והחליטה לפעול *de facto* בהתאם להוראות ההומניטריות של האמנה. תוך כדי הצגת עמדה זו של ממשלת ישראל, הביע היועץ המשפטי לממשלה דאז את דעתו, ש"כאמור" אמנת-ג'נבה אינה חלה על השטחים.⁵

בכך, למעשה, סטה מאיר שמגר מקביעתו הקודמת שלפיה יש לו ספק רב ביותר בדבר תחולתה של האמנה, וקבע עמדה חד-משמעית שהאמנה אינה חלה על השטחים. בהתייחסו לתקנות האג, כתב המחבר בזמנו, ש"אנחנו החלטנו" כי שלטון החוק בשטחים, פירושו, בין היתר,

de facto observance of the humanitarian rules of the Hague Rules and of the Fourth Geneva Convention⁶.

3 Israel Yearbook on Human Rights I (1971) 262

4 שם, בעמ' 263.

5 שם, בעמ' 266.

6 שם. מאיר שמגר חזר והסביר את תפישתה של ממשלת ישראל לאחר-מכן בהיותו שופט בית-המשפט העליון — במאמרו "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military

עמדתו של מאיר שמגר, השוללת את תחולתה הפורמלית של אמנת-ג'נבה הרביעית על השטחים, אומצה במפורש על-ידי ממשלת ישראל כעמדתה הרשמית לפחות בתקופה שבין 1967 ליולי 1985. על כך ניתן ללמוד מהודעת הממשלה מיולי 1985 לוועד הבינלאומי של הצלב האדום, כי עמדת ישראל בשאלת תחולתה של אמנת-ג'נבה הרביעית היא החל מ-1967, כפי שהוגדרה על-ידי היועץ המשפטי דאז, מאיר שמגר, במאמרו הנ"ל, כלהלן:

...The territorial position is thus *sui generis*, and the Israeli government tried therefore to distinguish between theoretical juridical and political problems on the one hand, and the observance of the humanitarian provisions of the Fourth Geneva Convention on the other hand. Accordingly, the Government of Israel distinguished between the legal problem of the applicability of the Fourth Geneva Convention to the territories under consideration which, as stated, does not in my opinion apply to these territories, and decided to act *de facto*, in accordance with the humanitarian provisions of the Convention (Israel Yearbook on Human Rights, Vol. 1 (1971) p. 266)⁷.

עמדתה השלילית של ישראל לגבי תחולתה *de jure* של אמנת-ג'נבה על השטחים מצאה ביטוי גם בנאומים של נציגי ישראל באו"ם. כך הכריז שר-החוץ דאז, משה דיין, בפני עצרת-האו"ם ב-10 באוקטובר 1977:

In view of this [Jordan's] illegal annexation of the West Bank, the Fourth Geneva Convention is not applicable⁸.

דברו בפני העצרת ב-26 באוקטובר באותה שנה על שאלת ההתנחלויות, אמר נציג ישראל חיים הרצוג, כיום נשיא-המדינה:

Since Jordan never was a 'legitimate sovereign' in Judea and Samaria, the provisions of the Fourth Geneva Convention — including those of its article 49, which were intended to protect the rights of the 'legitimate sovereign' — do not apply in respect of Jordan. Therefore, Israel is not affected by these provisions, and need not consider itself

Government — The Initial Stage", in: (M. Shamgar ed.), *Military Government in the Territories Administered by Israel, 1967–1980*, vol. I: *The Legal Aspects* (1982) 13 כי "... the non-admission of the applicability of the Fourth Convention expressed one of the fundamental standpoints of the Israeli authorities. ..." (p. 33) לתחולה האוטומטית של האמנה הרביעית עלולה לגרום ללא כל כוונה לשינוי בסטטוס-קוו הפוליטי על-ידי הענקת למצרים ולירדן מעמד של ריבון שאת זכויותיו (reversionary rights) ישראל חייבת לכבד (עמ' 37). גישה זו התבססה על הוראותיו של סעיף 2 לאמנת-ג'נבה, הקובע בין היתר: "כן תחול האמנה על כל מקרה של כיבוש חלקי או שלם של ארצו של אחד מבעלי האמנה..." (הדגשה שלי — ג' ב' י'). ישראל, ירדן ומצרים הן צדדים לאמנה.

7 אני מודה ללשכת היועץ המשפטי של משרד-החוץ על המידע הנ"ל.

8 A/32/PV 27, 10 October 1977.

restricted by them. In other words, Israel cannot be considered an 'occupying power', within the meaning of the Convention, in any part of the former Palestine Mandate, including Judea and Samaria... Israel's position is that the Fourth Geneva Convention is not applicable to the Territories. The Fourth Geneva Convention, where it applied — and to our knowledge it has never formally been applied anywhere in the world — is intended for short-term military occupation and is not relevant to the *sui generis* situation in this area. Moreover, even were the laws of belligerent occupancy applicable, these rules, including the 1907 Hague Regulations, contain no restriction on the freedom of persons to take up residence in the areas involved⁹.

יושם לב לכך, שנציג ישראל לא הבהין בין מעמדן המשפטי של תקנות האג לבין מעמדה המשפטי של ארצות-ג'נבה מבחינת תחולתן בשטחים. גישתה של ישראל בדבר תחולתה של ארצות-ג'נבה על השטחים הוגדרה פעם נוספת בנואמו של נציגה, פרופ' בלום, ביום 19 במרץ 1979, בפני מועצת-הביטחון:

Suffice it for me to say here that the terms 'occupying power' and 'occupied territory', in fact have a well-defined meaning in international law and refer to the seizure by one Power of territory under the sovereignty of another Power. Since ... Jordan in no way constituted a legitimate sovereign in Judea and Samaria, the Fourth Geneva Convention cannot be said to apply to Israel's present administration of Judea, Samaria and the Gaza District¹⁰.

לדברי פרופ' בלום, ישראל לא רק מיישמת את עקרונות ארצות-ג'נבה, אלא פועלת במידה ניכרת אף מעבר להם. לדוגמא: ישראל לא הפעילה את עונש-המוות בשטחים, למרות פשעים אכזריים שבוצעו שם. נוסף על כך, ישראל מאפשרת לתושבי השטחים לעתור לבתי-המשפט הישראליים נגד ממשלת ישראל או כל אחד מעובדיה, לרבות קציניה וחיליה בשטחים¹¹.

שינוי מסוים בעמדה של ישראל מסתמן החל בשנת 1986. שינוי זה השתקף בנואם של נציג ישראל, אל"מ יואל זינגר, אז ראש ענף הדין הבינלאומי במפקדת פרקליט צבאי ראשי, בוועידה ה-25 של הצלב האדום שנתקיימה באוקטובר 1986 בג'נבה. בדבריו בפני הוועדה הראשונה של הוועידה ביום 28 באוקטובר, אמר הנציג:

Unfortunately much undue emphasis has been put on that part of Israel's position regarding the applicability of the Fourth Geneva Convention which was only meant to reserve its position concerning

A/32/PV 47, 26 October 1977 9

S.C.O.R., 34th year, 2131st mtg, 19 March 1979 10

שם. 11

the final political status of the areas. Thus, the whole Israeli attitude on this question has been completely distorted. Israel has stated that in view of the *sui generis* circumstances of the conflict, the *de jure* applicability of the Fourth Convention is doubtful. This position is based on the legal aspects of the history of the Arab-Israeli conflict, the details of which are well known and have been stated by us on numerous occasions, including in previous Red Cross Conferences. But, as I have said before, until the status of the areas is settled through direct negotiations, Israel applies on a *de facto* basis the Fourth Geneva Convention¹².

בניגוד להצהרות רשמיות קודמות, שעל-פיהן ישראל שוללת את תחולתה של אמנת-גינבה הרביעית, ההצהרה הנ"ל קובעת שתחולתה של האמנה מוטלת בספק. הצהרה זו מזכירה לנו את הקביעה במאמרו של מאיר שמגר משנת 1971, שעל-פיה התחולה האוטומטית של האמנה היא extremely doubtful. לפי כל הסימנים, קביעה מעין זו לא נכללה בעמדה הרשמית של ישראל כפי שבאה לידי ביטוי עד יולי 1985. הנאום של אל"מ זינגר שיקף כנראה התלבטויות ישנות בדבר שלילה חד-משמעית של תחולת האמנה. יושם גם לב לכך, שאל"מ זינגר לא הגביל את היישום *de facto* להוראותיה ההומניטריות של אמנת-גינבה¹³.

כדי למנוע ספקות בנדון, גובשה ב-1987, תוך התייעצות בין כל הגורמים הממשלתיים הנוגעים בדבר, נוסחה חדשה שהוכאה לירידת הוועד הבינלאומי של הצלב האדום, במכתב מיום 13 ביולי 1987, מאת אל"מ זינגר אל מר מיכאל אמיגט (M. Amiguet), הנציג הכללי של הצלב האדום למזרח-התיכון ולצפון-אפריקה¹⁴. אל"מ זינגר כותב כלהלן:

...I should like to restate the official Israeli position on the applicability of the Fourth Geneva Convention in the areas administered by Israel since 1967, as follows:

"Israel maintains that in view of the *sui generis* status of Judea, Samaria and the Gaza District, the *de jure* applicability of the Fourth Geneva Convention to these areas is doubtful. Israel prefers to leave aside the legal question of the status of these areas and has decided, since 1967, to act *de facto* in accordance with the humanitarian provisions of that Convention".

12 הנאום לעיל לא פורסם בדין-יחשבון של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום על הוועידה ה-25. אני מודה ללשכת היועץ המשפטי של משרד-החץ שסיפקה לי את נוסח הנאום.

13 עמדתה של ישראל – כפי שהוגדרה בנאומו לעיל של אל"מ זינגר – השתקפה בדין-יחשבון השנתי ל-1986 של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום, שבו נאמר:

The Israeli authorities ... consider that the *de jure* applicability of the Fourth Convention presents difficulties, but state that they apply its provisions *de facto* in the Gaza Strip and on the West Bank (International Committee of the Red Cross, *Annual Report* (1986) 71).

14 תודיתי נתונה ללשכת היועץ המשפטי של משרד-החץ שסיפקה לי את תוכן המכתב.

נוסחה זו חוזרת אפוא על שני מרכיבי היסוד של מדיניות הממשלה: הספק בדבר תחולת האמנה הרביעית והחלטה ליישם *de facto* את ההוראות ההומניטריות של האמנה¹⁵.

כידוע, עמדתה של מדינת ישראל בדבר תחולתה של אמנת ג'נבה על השטחים איננה מקובלת על האו"ם ועל הוועד הבינלאומי של הצלב האדום. שני המוסדות סבורים, ללא סייג, שהאמנה חלה על השטחים¹⁶.

מהי עמדתה של ממשלת ישראל בעניין תחולתן של תקנות האג על השטחים? אמנם, אין אנו עדים להתבטאויות מפורשות של הממשלה בנושא, אך גישתה הכללית לגבי יישומם של דיני הכיבוש על השטחים מביאה בהכרח לידי המסקנה – כנאמר לעיל – כי עמדתה לגבי תחולתן של תקנות האג זהה לעמדתה לגבי תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית. בהקשר זה נזכיר את ההתייחסויות לתקנות האג במאמרו של מאיר שמגר מ-1971 ובנאומו של חיים הרצוג בעצרת האו"ם ב-1977.

נדגיש גם, שהנימוק המרכזי לסירובה של ישראל להכיר בתחולתה של אמנת ג'נבה הוא החשש שמא הכרה כזאת תתפרש כהכרה בריבונותן הפורמלית של ירדן ומצרים בשטחים. אותו נימוק תקף לגבי תקנות האג. גם הן נועדו לחול על שטח ריבוני של מדינה אחת שנכבש על-ידי מדינה אחרת והכרה בתחולתן בשטחים עלולה להתפרש כהכרה בכפיפותם של השטחים לריבונות זוהי. ההוראות הרלבנטיות של תקנות האג

15 בביקורו הרשמי בישראל כחודש יוני השנה, הדגיש הנשיא של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום, קורנליו סומארוגה (Cornelio Sommaruga), בפני מארחיו את הצורך בכיפוף מלא של אמנת ג'נבה הרביעית. את תגובת ממשלת ישראל הגדיר הנשיא במלים אלו:

...the Israeli government was again not prepared to do so in legal terms. I did, nevertheless, receive assurances from all the ministers I met that they would apply *de facto* all the provisions of the Convention in the occupied territories (163 I.C.R.C. Bulletin (August 1989)).

16 ראה, לדוגמא, החלטת עצרת האו"ם 43/58 מיום 6 בספטמבר 1988, חלק B. ראה גם, United Nations, *The Question of the Observance of the Fourth Geneva Convention of 1949 in Gaza and the West Bank, including Jerusalem, Occupied by Israel in June 1967* (1979) 3–14 עמדתו של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום, ראה הפרסום הנ"ל, עמ' 11; וכן, לדוגמא, 83 I.C.R.C., *Annual Report* (1987).

...In the conflict between Israel and the Arab countries, the ICRC considers that the conditions for application of the Fourth Convention are fulfilled in all of the occupied territories, namely the West Bank, the Gaza Strip, Golan and East Jerusalem, whatever status the Israeli authorities ascribe to those territories...

בחוות-דעת מיום 21.4.1978, בעניין חוקיות הקמתם של יישובים ישראליים בשטחים, קבע היועץ המשפטי של משרד-החיר של ארצות-הברית דאז, הרבט הנסל (Herbert J. Hansel), כי אמנת ג'נבה הרביעית חלה על השטחים על-פי הסעיפים 1, 2 ו-4 שבה. לדבריו,

The Fourth Geneva Convention, to which Israel, Egypt and Jordan are parties, binds signatories with respect to their territories and the territory of other contracting parties, and "in all circumstances" (Article 1), in "all cases" of armed conflict among them (Article 2) and with respect to all persons who "in any manner whatsoever" find themselves under the control of a party of which they are not nationals (Article 4) 72 *American Journal of International Law* (1978) 911

השווה 1 *שורה*, "The Applicability of International Law to the Occupied Territories" S.M. Boyd, *Israel Yearbook on Human Rights* (1971), 258–261.

כלולות בסעיפים 42–56, תחת הכותרת Section III — De l'Autorité Militaire sur le Territoire de l'État Ennemi¹⁷, כלומר: דיני המלחמה המוגדרים בתקנות האג חלים בפירוש על שטח השייך למדינת־אויב. בהתאם לכך, מתייחסות התקנות, מצד אחד, ל־Etat occupant, ומהצד השני — ל־pouvoir légal (סעיף 43), Gouvernement légal (סעיף 48) ו־État ennemi (סעיף 55)¹⁸.

הבדיקה דלעיל של עמדתה של ממשלת ישראל מביאה למסקנה, שכאשר הממשלה שוללת את תחולתן של תקנות האג ואמנת־ג'נבה או מטילה ספק בתחולתן, אין היא מבחינה בין כללים מנהגיים לבין כללים ממקור אחר המוצאים ביטוי בשני המסמכים. כלומר: לדעתה של הממשלה, גם הכללים המנהגיים שבתקנות האג ובאמנת־ג'נבה אינם חלים או ספק חלים בשטחים.

באשר להתחייבותה של מדינת ישראל לקיים למעשה את הוראותיה ההומניטריות של אמנת־ג'נבה הרביעית — התחייבות שעליה חזרו נציגי המדינה בפני בית־המשפט העליון — אין זה ברור מהו המעמד המשפטי של ההתחייבות הזאת. מספיק להפנות לדעותיהם של השופטים לנדוי וכך בנדרן, כפי שהובאו על־ידי פרופ' לפידות. נוסף על כך, אין זה ברור מהן ההוראות ההומניטריות שאליהן ממשלת ישראל מתכוונת. באמנת־ג'נבה הרביעית יש 159 סעיפים וכתובים סעיפים ארוכים הכוללים הוראות שונות, כמו, למשל, סעיף 49 הידוע, הדן גם בגירוש מהשטח הכבוש וגם בהעברת האוכלוסייה של המדינה הכובשת לתוך השטח הכבוש. מן הראוי שממשלת ישראל תבדיר מהן ההוראות ההומניטריות שאת יישומן היא קיבלה על עצמה.

המשימה אינה קלה, כי האמנה הרביעית הינה בכללותה בעלת אופי הומניטרי. אולי יותר יעיל יהיה לבודד את אותן ההוראות ה"פוליטיות" המכוונות — לדעתה של ממשלת ישראל — לשמור על זכויותיהן של מדינות ששטחן נכבש. על־כל־פנים, הן המקמשל הצבאי והן תושבי השטחים זכאים לדעת בבירור מהם הדינים שישראל התחייבה לקיים.

על החשיבות שבהגדרת ההוראות ההומניטריות של האמנה הרביעית עמד, אם כי לא במפורש, השופט ויתקון, כאשר כתב בפסק־דינו בפרשת אלון מורה¹⁹:

17 הדגשה שלי — ג' ב' י'.

18 יחסה הזהה של הממשלה לגבי תחולתה של אמנת־ג'נבה ולגבי תחולתן של תקנות האג מצטייר באורח ברור בפרשנות שנתן שופט בית־המשפט העליון לשעבר, חיים כהן, לעמדת הממשלה. במבוא לחוברת (1981) *The Rule of Law in the Areas Administered by Israel*, בהוצאת הסקציה הישראלית של ועדת־המשפטים הבינלאומית, השופט כהן כותב (בעמ' VII):

[The question as to the status under international law of the administered areas...] centres on the applicability in and to these areas of the international conventions relating to the belligerent occupation of enemy territory as a result of war; and the Israeli official position has always been that the areas in issue here have never been "enemy territory" in the sense that they were never lawfully under the sovereignty of the Hashemite Kingdom of Jordan. But be that as it may, and whether or not those international conventions are binding on the State of Israel in respect of its administration of such territories, it has from the very first been the declared policy of the State of Israel that its military and civil organs abide by the humanitarian provisions of the Hague Regulations and the Fourth Geneva Convention of 1949 as if they were binding and applicable (הדגשה שלי — ג' ב' י').

19 בג"צ 390/79 דויקאט ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד (לד) 29.

...לא הייתי אומר כי ההוראות "ההומניטריות" שבאמנה זו מתכוונות אך ורק להגנה על חיי אדם, בריאותו, חירותו או כבודו, ולא להגנה על רכוש. מי כמוני יודע ערכה של נחלה....

מאוחר יותר, הבחין השופט כץ, בפסק-דינו בבג"צ 253/88 בשג"צ 323/88 סג"דיה ואח' נ' שר הבטחון²⁰, בין הוראות של אמנת-גינבה שבהן הגורם ההומניטרי איננו דומיננטי, לבין הוראות בעלות אופי הומניטרי מובהק²¹. דיוננו על ההוראות ההומניטריות של אמנת-גינבה רלבנטי גם לגבי הוראות ההומניטריות של תקנות האג. גישתה העקרונית של ממשלת ישראל בדבר תחולתם של דיני-הכיבוש על השטחים מביאה לידי המסקנה, שהממשלה התחייבה ליישם *de facto* את הוראותיהן ההומניטריות של תקנות האג²². אי לכך, יהיה זה רצוי שהממשלה תבהיר מהן ההוראות ההומניטריות של התקנות שאת יישומן היא קיבלה על עצמה.

ב. עמדתו של בית-המשפט העליון

באשר לעמדתו של בית-המשפט העליון בשאלת תחולתן של תקנות האג ואמנת-גינבה הרביעית, כתבה הפרופ' לפידות כי הדינים העיקריים שבית-המשפט מחיל הם הכללים שבתקנות האג, משום שאמנת-האג מ-1907 שאלה מצורפות התקנות נחשבת אמנה דקלרטיבית. לעומת זאת, אין בית-המשפט רואה את עצמו רשאי להסתמך על אמנת-גינבה משום שלא זכתה לטרנספורמציה. במקרים שבהם הסתמך בית-המשפט על האמנה הרביעית, עשה זאת בהסכמת נציגי המדינה. פירוש הדבר, שלדעת בית-המשפט, תקנות האג הן חלק של המשפט הישראלי ולכן ניתן לדון ולפסוק על-פיהן, בעוד שכללי אמנת-גינבה אינם חלק מהמשפט הישראלי ולא ניתן להחיל אותם²³. נראה שזאת עמדתו העצמאית של בית-המשפט, ללא קשר להסכמה או לאי-ההסכמה של נציגי המדינה בדבר הסתמכות על תקנות האג או על אמנת-גינבה בפרשיות קונקרטיות²⁴.

20 פ"ד מב(3) 801.

21 ראה לפידות, לעיל.

22 ראה דברי השופט חיים כהן (לעיל, הערה 18).

23 ראה, למשל, פרשת בית אל, בג"צ 606/78, 610/78 איוב ואח' נ' שר הבטחון ואח'; מטאוע ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לג(2) 113, 119-122, 128-129; פרשת אלון מורה (לעיל, הערה 19), 29; בג"צ 351/80 חברת החשמל מחוז ירושלים נ' שר האנרגיה והתשתית ואח', פ"ד לה(2) 673, 688; בג"צ 785/87, 845/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד מב(2) 4, 47; בג"צ 253/88 בשג"צ 323/88 סג"דיה ואח' נ' שר הבטחון, פ"ד מב(3) 801, 829.

24 כפי שמר רובין מסביר, גישתו של בית-המשפט העליון מנוגדת לדוקטרינה האנגלית, שעל-פיה הסכמים הנעשים במסגרת הפרווגטיבה של הכתר לנהל מלחמה הופכים לחלק של המשפט הפנימי גם ללא חקיקה מיוחדת של הפרלמנט. ב' רובין, "אימץ אמנות בינלאומיות למשפט הארץ ביד בתי המשפט" משפטים יג (תשמ"ג) 214, 238, 240. בנתחו את פרשת *Porter v. [1915] 1 K.B. 857* *Freudenberg Mann*, מגיע למסקנה, כי בהיעדרה של כל הגבלה רלבנטית מצד הפרלמנט על הפרווגטיבה של הכתר בזמן מלחמה, הכתר רשאי לשנות את המשפט המקובל באמצעות אמנה. F.A. Mann, "The Enforcement of Treaties by English Courts", in: *The Grotius Society, Transactions for the Year 1958 and (1959)* 38 A. McNair, "When ראה גם

אם נעמיד זו מול זו את העמדות העקרוניות של ממשלת ישראל — כפי שהוגדרו לעיל — ושל בית-המשפט העליון, ניוכח שיש הבדל ניכר: בעוד שהממשלה אינה מכירה, או מטילה ספק, בתחולתן של התקנות על השטחים, בית-המשפט מכיר גם מכיר בתחולתן. נראה לי שההנמקה של בית-המשפט לעמדתו טעונה בירור. עצם הכללתן של תקנות האג במשפט הפנימי של ישראל איננו מחייב את החלתן על השטחים, כפי שקליטה אפשרית של אמנת-ג'נבה במשפט הפנימי של ישראל אין פירושה תחולתה האוטומטית בשטחים²⁵. לגבי שני המסמכים צריך לבדוק אם התנאים לתחולתה של האמנה הנדונה — כפי שנוסחו באמנה עצמה — תואמים את מעמד המשפט של השטחים. לפי מיטב ידיעתי, נמנע בית-המשפט העליון מלערוך בדיקה כזאת לגבי תקנות האג. הוא גם נמנע מלהתמודד עם השקפתה העקרונית ונימוקה של הממשלה נגד תחולתן הפורמלית של התקנות בשטחים. ייתכן שבדיקת הסוגיא היתה מביאה את בית-המשפט למסקנה שעל-פי אמנת-האג תקנות האג חלות רק על Territoire de l'État Ennemi ולפיכך אין להחיל אותן בשטחים המוחזקים. אילו הגיע למסקנה זו, בית-המשפט היה יכול להחיל את התקנות רק על בסיס ההסכמה של נציגי המדינה. היבט נוסף בגישתו של בית-המשפט העליון המעורר שאלות היא הקביעה הגורפת, שאמנת-האג היא אמנה דקלרטיבית, בעוד שאמנת-ג'נבה הרביעית היא אמנה קונסטיטוטיובית. לקביעה כוללת זאת אין יסוד במציאות. הרבה אמנות מכילות הוראות דקלרטיביות וקונסטיטוטיוביות גם יחד²⁶. הדבר בולט במיוחד בדיני-המלחמה, המתפתחים על-ידי הליך מתמשך של אישור והרחבה של נורמות קיימות וניסוח של נורמות חדשות.

do British Treaties Involve Legislation" *The British Year Book of International Law*, (1928)

59. המחבר מציין שבהרבה פרשיות גם אזרחי אויב וגם אזרחים ניטריים הורשו להגיש תביעות בפניו. בית-המשפט בריטיים בהסתמך על אמנות האג מ-1899 ו-1907 שנעשו על-ידי הכתר ולא אושרו על-ידי חוק של הפרלמנט.

25. ראה בהקשר זה מאמרו של ח"כ פרופ' אמונן רובינשטיין, "מעמד המשטנה של השטחים" — מפקדון מוחזק ליצור כלאים משפטי עיוני משפט יא (תשמ"ו-מ"ז) 439. קשה להבין — המחבר כותב — "כיצד היתה הכנסת יכולה, אפילו רצתה בכך, לחוקק את האמנה [הרביעית] שכן הכנסת מפעילה סמכותה, מעצם מהותה, לגבי האנשים והשטחים המצויים בתחום סמכותה". מבחינה עקרונית — המחבר קובע — כי הכלל המקובל לגבי הצורך ב"קליטה" (רצפציה) של אמנה נקבע בכל הנוגע לאמנות האמורות לחול בתחום המשפט הפנימי ולא לגבי אמנה 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..." (עמ' 446). הדגשה במקור. למעשה, חלק מהוראותיה של אמנת-ג'נבה הרביעית דן במעמד של "מוגנים" הנמצאים בשטח שיפוט של המדינה — לדוגמא: סעיפים 35-36. זאת ועוד: על-פי סעיף 146 של האמנה, הצדדים חייבים לחוקק חוקים לענישת אנשים האחראים להפרות חמורות של האמנה.

תפישתו הנ"ל של פרופ' רובינשטיין לא מנעה ממנו להניח, ביום 1.8.1961, על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית חחת הכותרת "חוק אמנות ג'נבה, התשמ"ט-1989. על-פי ההצעה, לארכע אמנות ג'נבה מ-1949 "יהיה תוקף של חוק". המניע העיקרי של פרופ' רובינשטיין היה לאפשר ביקורת שיפוטית של בית-המשפט העליון על-סמך האמנה הרביעית (ראה דברי ההסבר להצעת החוק). 26. בהתייחס לקביעה שעל-פיה בחי-המשפט הישראליים מבחינים בין אמנות דקלרטיביות לאמנות קונסטיטוטיוביות, ד"ר שבתאי רוזן כותב, כי אין הוא יכול להבין מדוע ניתן לאמנת-האג מ-1907 סיווג אחד, ולאמנת-ג'נבה הרביעית מ-1949 סיווג אחר. המחבר מציין, כי הוועדה למשפט

נשים לב לכך, שהוועידה שניסחה בשנים 77–1974 את שני הפרוטוקולים המשלימים את אמנות ג'נבה מ-1949, נקראה Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts²⁷.

ואמנם, במיוחד פרוטוקול I, העוסק בסכסוכים מזוינים בעלי אופי בינלאומי, מכיל הן כללים מנהגיים והן כללים קונסטיטוטיוביים²⁸. באשר לאופיה של אמנת ג'נבה הרביעית, לא כל הוראותיה מהוות כללים הסכמיים חדשים. לדוגמא: ההוראה בסעיף 51, שעל-פיה "אין להכריח מוגנים לקבל על עצמם שום עבודה הגוררת התחייבות ליטול חלק בפעולות הצבא", חוזרת למעשה על הכלל המנהגי שגובש בסעיף 52 של תקנות האג הקובע, לפי התרגום האנגלי:

Requisitions in kind and services shall be of such a nature as not to involve the inhabitants in the obligation of taking part in military operations against their own country.

לדעתו של סר הרש לאוטרפכט, סעיפים 47–78 של האמנה הדינים במעמדם של אנשים מוגנים בשטחים כבושים, "... are to a large extent declaratory of existing International Law — though in some ways they go beyond the provisions of the Hague Regulations and supersede them as between the Contracting Parties"²⁹.

ההשקפה הגורסת, שאמנת ג'נבה הרביעית כוללת גם כללים מנהגיים, מוצאת ביטוי גם במאמרו של השופט שמגר "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government — The Initial Stage"³⁰. המחבר מציין³¹, כי הסעיפים 47–78 של אמנת ג'נבה הרביעית מכילים גם משפט בינלאומי הסכמי וגם משפט בינלאומי מנהגי³².

בינלאומי של האו"ם נוהגת לכלול בטימות האמנה שהיא מכינה הצהרה, כי עבודתה בנושא מטוים מהווה גם קודיפיקציה וגם פיתוח של המשפט הבינלאומי. לדעתו, קשה לקבוע בביטחון, שאמנה כלשהי מחייבת מדינה שאיננה צד מפני שאותה אמנה "בכללותה" ("as a whole") מהווה כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי. S. Rosenne, "A Communication to the Editor 15 Israel Law Review (1980) 463–465; ראה גם E. Nathan, "The Power of Supervision of the High Court of Justice over the Military Government", in: Shamgar (ed.), (*supra*, note 6), 137–141.

27 הדגשה שלי — נ' ב' י'.

28 ראה, לדוגמא, הכלל המנהגי בדבר האיסור להשתמש בכלי-נשק, בקליעים ובחומר העלולים לגרום לפצע מיותר או לסבל בלתי-הכרחי (סעיף 235), לעומת הכלל החדש בדבר החלתן של אמנות ג'נבה והפרוטוקול על סכסוכים מזוינים שבהם לוחמים עמים נגד שלטון קולוניאלי, כיבוש זר או משטרים גזעניים, תוך מימוש זכותם להגדרה עצמית (סעיף 1 (3) (4)).

29 Oppenheim — Lauterpacht, *International Law* (7th ed, 1952) II 451. במספור הסעיפים חלה טעות דפוס: 47–48 במקום 47–78.

30 לעיל, הערה 6.

31 בעמ' 32.

32 Th. Meron, "The Geneva Conventions as Customary Law" 81 *American Journal of International Law* (1987), 348–370. במיוחד עמ' 364.

רלבנטיים לנושא זה הינם דברי השופט חיים כהן בבג"צ 698/80 קוואסמה ואח' נ' שר הבטחון ואח' ³³. בהתייחסו למשפט הראשון בסעיף 49 של אמנת-ג'נבה הדין בגירושם והעברות-כפייה משטח כבוש, אמר השופט:

לדעתי יש להסתכל בכל הוראה והוראה של האמנה לחוד ולברקה אם חוזרת היא על הוראת משפט-עמים מנהגי ידועה ומקובלת, או שמא מחדשת היא משפט-עמים שלא היה ידוע ולא היה נהוג בעמים קודם לכן... הדברים אמורים לא רק בחלקיה ובסעיפיה השונים של האמנה, כי אם גם בהוראות שונות שבסעיף אחד או — כמו במקרה שלפנינו — במשפט אחד שבאותו סעיף.

בנוקטו בשיטת הבדיקה הנ"ל הגיע השופט כהן למסקנה כי לעניין איסור העברות-כפייה, ההוראה שבמשפט הראשון היא קונסטיטוטית; ולעניין איסור הגירושם של אזרחי המדינה יש בהוראה משום חזרה על משפט-העמים המנהגי; ואילו האיסור לגרש זרים הוא חידוש של משפט-העמים החזוי ³⁴.

לאופיין הדקלרטיבי או הקונסטיטוטיו של ההוראות השונות באותו סעיף נדרש גם פרופ' י' דינשטיין והוא הגיע למסקנה שההוראה בדבר איסור העברות-כפייה היא מנהגית בעוד שבהוראה בדבר איסור גירושם הן של אזרחים והן של זרים יש משום חידוש, כי היא מתייחסת לא רק לגירושם המוניים אלא גם לגירושם אינדיבידואליים. לכן, ההוראה האוסרת "מכאן ואילך" כל גירוש של אנשים מוגנים משטחים כבושים היא קונסטיטוטית ולא דקלרטיבית באופיה ³⁵.

מסתבר אפוא שיש בידנו מספיק חומר מתוך אמנות, פסיקה וספרות משפטית כדי להיווכח שאין יסוד לקביעה שאמנת-ג'נבה הרביעית, בכללותה, היא אמנה קונסטיטוטית.

כאשר דנה פרופ' לפידות בהיזקקותו של בית-המשפט העליון לאמנות שלא זכו לטרנספורמציה, היא ציינה שבמקרים שבהם הסתמך בית-המשפט על האמנה הרביעית, על-אף העדר קליטה, למעשה עשה זאת בהסכמת נציגי המדינה. כמו-כן העירה פרופ' לפידות, שכנראה נציגי המדינה לא נתנו את הסכמתם בעתירות שבהן נדונה חוקיות ההתנחלויות. מהניסוח הזהיר של המחברת ניתן להסיק, שיש מידה מסוימת של אמביבלנטיות בהיזקקותו של בית-המשפט לאמנת-ג'נבה. אמביבלנטיות זאת נובעת ללא ספק מסירובה של הממשלה להכיר בתחולתה של אמנת-ג'נבה על השטחים ומגישתה הוולונטרית לגבי יישום הוראותיה ההומניטריות של האמנה. התוצאה היא, שבמקרים מסוימים בית-המשפט מסרב להיזקק לאמנה; במקרים אחרים בית-המשפט מביע את דעתו בדבר פירוש האמנה באורח כללי ביותר; בעוד שבעתירות מסוימות הדיון באמנה רחב, מעמיק ומנומק. החסרון בגישה הרב-גונית הזאת הוא בכך, שלעיתים בית-המשפט איננו מתמודד עם סוגיות מרכזיות הנוגעות לסמכויות הקמשל הצבאי. בעיה זו ניכרת, למשל, בבג"צ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז ואח' ³⁶. בפרשה זאת הוגשה עתירה נגד כוונתו של מפקד כוחות-צה"ל ביהודה ושומרון להוציא צו

33 פ"ד לה (1) 617, 638.

34 שם, עמ' 638-647.

35 י' דינשטיין, "גירושם משטחים מוחזקים" עיוני משפט יג (תשמ"ח) 409.

36 פ"ד מא (2) 522.

מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, להרוס חדר בביתו של העותר ולאטום קומה אחת באותו בית. מטעם העותר נטען, בין היתר, כי התקנה נוגדת את אמנת ג'נבה הרביעית ובהקשר זה הביא פרקליטו של העותר חוות דעת של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום בדבר הפירושו של סעיף 53 של האמנה. בית המשפט קבע, כי השאלה שעומדת לפני בג"צ אינה פירושו של סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית: תקנה 119 היא חלק מן המשפט שהיה חל ביהודה ושומרון ערב כינונו של שלטון צה"ל, ובהתאם למשפט הבינלאומי הושאר החוק המקומי בתוקפו.

במקרה זה לא מצא בית המשפט לנכון לציין את תוכנו של סעיף 53 של אמנת ג'נבה הרביעית ולהתמודד עם הפרשנות של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום.³⁷ סעיף 53 קובע: "אסור למעצמה הכובשת להחריב נכסי מקרקעים או להשמיד נכסי מטלטלים השייכים ליחיד או לרבים או למדינה או לרשויות ציבוריות אחרות, או לארגונים חברתיים או שיתופיים, אלא אם כן פגולות צבאיות היו מחייבות לחלוטין את ההחרבה וההשמדה האלה".³⁸

בפסק-דין קודם, בג"צ 434/79 סחוויל ואח' נ' מפקד איזור יהודה ושומרון,³⁹ הדן אף הוא בהריסת בתים ובאטימתם, קבע בית המשפט כי אין צורך לדון בשאלה האם מפקד איזור יהודה ושומרון חייב לנהוג לפי הוראות אמנת ג'נבה; שכן, אפילו אם כך הוא הדבר אין למצוא כל סתירה בין הוראות אותה אמנה, שעליהן הסתמכה באת-כוח העותרות, ובין השימוש שנעשה על-ידי המשיב בסמכותו על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 — חיקוק שחל ביהודה ושומרון. בית המשפט לא ציין על אילו הוראות של אמנת ג'נבה הסתמכה באת-כוח העותרות. כמובן לא נימק בית המשפט מדוע אין סתירה בין ההוראות הרלבנטיות של אמנת ג'נבה לבין פעולותיו של מפקד האיזור. אין ספק, שאילו לדעת בית המשפט חלה אמנת ג'נבה על השטחים, פסק-הדין היה מפורט ומנומק בשאלה זו.

בבג"צ 698/85 דג'לס ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון⁴⁰ העלתה באת-כוח העותרים, בין היתר, את הטענה, כי הריסת בתים נוגדת את סעיף 50 של תקנות האג מ-1907 וכן את סעיף 33 של אמנת ג'נבה הרביעית. סעיף 50 של תקנות האג מורה: "אין להטיל על האוכלוסייה עונש קיבוצי, כספי או אחר, בשל מעשיהם של יחידים, כשאין לראותה כנושאת באחריות משותפת למעשים אלה". סעיף 33 של האמנה הרביעית קובע בין היתר: "שום מוגן לא ייענש על עבירה שלא עבר אותה בעצמו. עונשים קיבוציים וכן כל אמצעי הפחדה או אימתנות אסורים".

בית המשפט העליון דחה את הטענה של ענישה קולקטיבית באומרו, "שאין בין המושג של 'ענישה קולקטיבית' לבין הסנקציה של הריסתו של בית ולא כלום: במקרה

37 לדעת הוועד הבינלאומי של הצלב האדום, הריסה או אטימת בתים מנוגדת לסעיף 53 של האמנה הרביעית. ראה — *International Review of the Red Cross* Jan.-Feb. 1987) 69.

38 במאמרו "The Observance of International Law in the Administered Territories" (לעיל, הערה 6), מאיר שמגר מקדיש חלק מיוחד לשאלה של הריסת בתים. הוא מנתח את סעיף 53 של אמנת ג'נבה הרביעית ומגיע למסקנה שאפילו אם תקנה 119 איננה בתוקף, ניחן, בתנאים נאותים, לבסס הריסת בתים על הוראותיו של סעיף 53. ראה גם את הקטע על הריסת בתים ואטימתם ב-*The Rule of Law in the Areas Administered by Israel*, 69-71 (לעיל, הערה 18).

39 פ"ד (1) 464.

40 פ"ד (2) 42.

שלפנינו ברי הדבר, שהמחבלים יצאו מבתיים מסויימים, ובתים אלה — ולא אחרים — עומדים להריסה. ממילא אין 'העונש' מוטל על בתים אחרים, של אנשים זרים לעניין, וקשה לראות, מנין צמחה ועלתה הטענה שבעונש קולקטיבי עסקינן בתיק זה".

בית-המשפט לא ראה צורך להתייחס לפירושו של הרישא של סעיף 33 לאמנה הרביעית, שהוא רלבנטי במיוחד לגורלן של המשפחות הגרות בבתיים המיועדים להריסה. כאמור, הרישא קובע כי שום מוגן לא ייענש על עבירה שלא עבר אותה בעצמו. בעניין גורל המשפחות הצטמצם בית-המשפט בפירוש תקנה 119, המבוסס על תוכנה ומטרתה, להוציא היבטים של המשפט הבינלאומי. בית-המשפט ציין, שמטרתה של התקנה היא "...להשיג את האפקט ההרתעת" וכי אפקט כזה, "מטבע ברייתו, צריך לחול לא רק על המחבל עצמו אלא גם על הסובבים אותו, בוודאי על בני-משפחתו הגרים עמו...". על המחבל היה לדעת, "כי אף בני-משפחתו יאלצו לשאת ולסבול מתוצאות מעשיו"⁴¹.

הקשיים העקרוניים והמעשיים הנובעים מאי-החלטה של אמנת-ג'נבה באו לידי ביטוי בולט בבג"צ 785/87, 845/87, 27/88 ע"פ ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' ⁴². בג"צ זה, שפרופ' לפידות התייחסה אליו, דן, כזכור, בחוקיותם של צווי-גירוש שהוצאו על-פי תקנה 112 של תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945. בפסק-הדין התרכזו הנשיא שמגר, שהביע את דעת הרוב, והשופט כץ, שהיה במיעוט, בשאלת הפירוש הנכון של סעיף 49 לאמנת-ג'נבה הרביעית. ההוראה הרלבנטית של סעיף זה קובעת: "העברת-כפייה של מוגנים, יחידים או המונים וכן גירושם של מוגנים, משטח נכבש לשטחה של המעצמה הכובשת או לשטחה של כל ארץ אחרת — בין שטח נכבש ובין שטח בלתי-נכבש — אסורים ויהי המניע מה שיהיה".

הנשיא שמגר הגיע למסקנה, כי "המטרה, שעמדה נגד עיניהם של מנסחי האמנה הייתה הגנתה של האוכלוסיה האזרחית, שהפכה לקורבן מרכזי של המלחמה המודרנית, ואימוצם של כללים שיבטיחו, כי האוכלוסיה לא תשמש מטרה למעשי שרירות ולניצול בלתי-אנושי; לעיני מעצבי האמנה עמדו גירושם המוניים להשמדה, תזוזות אוכלוסיה המונית מסיבות מדיניות או אתניות לשם העברה לעבודת כפיה"⁴³. מבחינה זאת — ציין הנשיא — אין הסעיף חל על גירושם מן השטחים, שהרקע להם שונה לגמרי. לעומת זאת, הגיע השופט כץ למסקנה כי לשונו של סעיף 49 היא חד-משמעית וברורה: "...השילוב של המלים 'העברת כפיה של יחידים או המונים וכן גירושם...' ('individual or mass forcible transfers, as well as deportations') עם הביטוי 'יהי המניע מה שיהיה' ('regardless of their motive') ... אינו מותיר, לדעתי, כל מקום

41 מפסק-הדין הנ"ל עולה (עמ' 44), כי הטענות של העותרים, לרבות אלו המסתמכות על המשפט הבינלאומי הועלו כבר בבג"צים קודמים, הדנים בהריסת בתים או באטימתם: בג"צ 22/81 חאמד ואח' נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לה (3) 223; בג"צ 274/82 חמארה נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לו (2) 755; ובג"צ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו (3) 439. אך בפסק-הדין בפרשיות אלו אין שום התייחסות לטענות או טענות-נגד המסתמכות על המשפט הבינלאומי. כמור כן, אין התייחסות למשפט הבינלאומי בפסק-הדין הבאים הדנים בהריסת בתים או באטימתם: בג"צ 572/82 מוצלח נ' שר הבטחון, פ"ד לו (4) 610; בג"צ 126/83 אבו עלאן ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לו (2) 169.

42 לעיל, הערה 23.

43 שם, עמ' 28.

לספק, כי הסעיף חל לא רק על גירוש המוני אלא גם על גירושם של יחידים, ושהאיסור מכונן להיות טוטאלי, גורף וללא סייג — "יהי המניע מה שיהיה"⁴⁴. למרות גישתו זאת, הצטרף השופט כך לדעתם של הנשיא ושאר השופטים שיש לדחות את העתירות. השופט כך נימק את הצטרפותו בכך שהוא לא מצא עילה "כדי לסטות מההלכה, שנקבעה ואושרה במספר ניכר של פסקי-דין ואשר לפיה המדובר בסעיף 49 לאמנה הוא בהוראה של המשפט הבינלאומי ההסכמי בלבד, להבדיל מהוראה של המשפט הבינלאומי המנהגי, והוראה כזו אינה מהווה חוק מחייב ואינה יכולה לשמש בסיס לעתירת אזהר פרטי לערכאות המשפט"⁴⁵. מלומר; גם לו הגיעו רוב השופטים שישבו בדין למסקנתו של השופט כך כי ישראל מנועה על-פי אמנת-ג'נבה מלגרש תושב השטחים מתוך לתחומיהם, הגירוש היה מתבצע בגלל אופיה ההסכמי של ההוראה הרלבנטית.

ג. הגנה היסודית

מהם הפתרונות האפשריים לשיפור השיטה הגהוגה כיום? נראה שניתן להצביע לפחות על שלושה פתרונות אלטרנטיביים:

(1) קליטתה של אמנת-ג'נבה הרביעית במשפט הפנימי של ישראל באמצעות חוק מפורש של הכנסת. הואיל וישראל כבר אשררה את האמנה, לא ניתן להסתפק במעורבותה של הכנסת באמצעות ההליכים שנקבעו ב-1984, שפרופ' לפידות התייחסה אליהם.

מכיוון שבאורח עקרוני מערכת המשפט הישראלית אינה חלה בשטחים, רצוי שנוסף על קליטתה על-ידי הכנסת, תוכנס אמנת-ג'נבה הרביעית למערכת המשפטית של השטחים באמצעות צווים של מפקדי כוחות-צה"ל באיזור יהודה ושומרון ובאיזור חבל-עזה. הדבר רצוי גם כדי למנוע טענה אפשרית שאמנם ישראל חייבת לבצע את האמנה גם על-פי משפטה הפנימי, אך אין היא חייבת לנהוג על-פיה בשטחים כי הם אינם "שטחים כבושים" כמובנה של האמנה. רצוי גם לקבוע בדרך מתאימה שאין בהחלתה של אמנת-ג'נבה בשטחים משום הכרה בריבונותה של מדינה כלשהי בשטחים⁴⁶.

(2) אפשרות אחרת היא לקלוט את אמנת-ג'נבה הרביעית במשפט הפנימי של ישראל באמצעות חוק של הכנסת ונוסף על כך, לכלול במערכת המשפטית של השטחים — באמצעות צווים של מפקדי השטחים — רק את ההוראות ההומניטריות של האמנה. פתרון זה מכונן למנוע טענה שישראל מכירה בריבונות זרה בשטחים.

(3) האפשרות השלישית היא זאת שהועלתה על-ידי השופט כך ושפרופ' לפידות התייחסה אליה: בהצהרתה של ממשלת ישראל לקיים למעשה את ההוראות ההומניטריות של אמנת-ג'נבה הרביעית לראות משום הצהרת מדיניות המחייבת את

44 שם, עמ' 70.

45 שם, עמ' 76.

46 בעניין הצעת החוק בנדרון של פרופסור רובינשטיין (לעיל, הערה 25), על-פי סעיף 7 של הצעת החוק, "שום דבר האמור בחוק זה לא יתפרש כהכרה בריבונות של מדינה אחרת ביהודה ושומרון".

הממשלה, ובית המשפט העליון יראה את עצמו מוסמך לאלץ במקרים מסוימים את הממשלה לכבד מדיניות זו.⁴⁷

נראה לי כי מכל הפתרונות האפשריים הנ"ל, הראשון הוא הרדיקלי והעדיף. הוא ישים קץ לאי-הבהירות וחוסר-העקיבות המאפיינים את המצב המשפטי כיום. פתרון זה ישתית את הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון על קרקע מוצקה. ארשה לעצמי, בהקשר זה, לצטט את דברי השופט ברק בבג"צ 393/82 אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת איזור יהודה ושומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון⁴⁸:

הביקורת השיפוטית של בית משפט זה משתרעת הן לעניין בדיקת קיומו של מקור פורמאלי לסמכותו של הממשל הצבאי (אם כדין המקומי ואם בחקיקת הבטחון) והן לעניין אופן השימוש בסמכות זו. בדיקה אחרונה זו נעשית הן לאור כללי המשפט הבינלאומי המנהגי והן לאור כללי המשפט המנהלי הישראלי. מבחינה זו ניתן לומר, כי כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי, שענינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המנהלי הישראלי.⁴⁹

נראה לי, שהסיפוק המשתמע מהקביעה הנ"ל יהיה עוד יותר גדול אם החייל הישראלי ישא בתרמילו גם את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי ההסכמי שענינם דיני-המלחמה, ובייחוד כללי אמנת-ג'נבה הרביעית, שיהיו חלק מהמערכת התחקיקתית של השטחים⁵⁰. בטוחני שהחייל הישראלי מסוגל לשאת את ה"נטל" הנוסף הזה. החלטה של אמנת-ג'נבה בשטחים והביקורת השיפוטית המושתתת על החלה כזו יגבירו את חוסנו המוסרי של צה"ל, יתרמו להגנת זכויותיה של אוכלוסיית השטחים וירימו את קרנה של ישראל בתור מדינה הדואגת לקיים על הצד הטוב ביותר את התחייבויותיה הבינלאומיות.

47 על מדיניות המשפטית של ממשלת ישראל בנדון הסתמכו העותרים בבג"צ L.S.M. Law 270/88 *in the Service of Man* ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד מב(3) 260. העתירה דנה בצו שבו הגביל המשיב, מכוז הסמכות הנתונה לו בתקנה 130 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, מתן שירותי טלפון לתקשורת בינלאומית באיזור יהודה ושומרון. בין היתר נטען, כי הצו הוא בגדר ענישה קולקטיבית, שהיא אסורה לפי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, וכן שיש בצעד המשיב "הפרה של ההחלטה של הממשלה לקיים, הלכה למעשה, את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, החלטה שהיא בגדר הצהרת מדיניות מחייבת אשר את קיומה מוסמך בית המשפט לכפות על הרשות המבצעת" (עמ' 262-263).

48 בפסק-הדין, שניתן על-ידי הנשיא שמגר, בהסכמתם של השופטים אלון ובך, צוין שאין ממש בטענה, כי ההגבלה בשימוש בשירותי הטלפון היא ביטוי לנהגים שאינם מקובלים במשפט הבינלאומי הפומבי. בית המשפט הפנה בנדון למלומדים Von Glahn ו-Greenspan וכן למדריכים הצבאיים של בריטניה ושל ארצות-הברית.

49 פ"ד לז(4) 793.

50 שם, עמ' 810.

החלטה של אמנת-ג'נבה בשטחים חשמש בסיס נאות לפקודת מטכ"ל 33.0133 מ-20 ביולי 1982.

המחייבת את חיילי צה"ל לנהוג בהתאם להוראות הכלולות בארבע אמנות-ג'נבה מ-1949.

