

אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה IV – דרכו של בית-המשפט העליון*

מאת

דוד קרצמר**

בעתירות הנוגעות לפעולות צה"ל בשטחים המוחזקים מועלית לעתים טענה הנשענת על אמנת ג'נבה כדבר הגנת אורחים בימי מלחמה (אמנת ג'נבה IV). המאמר מנתח את גישתו של בית-המשפט לשני היבטים של טענה מסוג זה: אכיפת הוראות האמנה בבית-משפט פנימי ושיטת הפרשנות של הוראות האמנה. בחלק הראשון נטען, שלא היה מקום להחלטה העיוורת של הלכת סמרה – שלפיה בית-משפט פנימי אינו אוכף משפט בינלאומי הסכמי שלא עבר אימון פרלמנטרי – בעתירות הנוגעות לשטחים. הטעם מאחורי הלכת סמרה – שאכיפת הסכמים בינלאומיים אשר אושרו על-ידי הרשות המבצעת היתה פוגעת בסמכות החקיקה של הכנסת – אינו תקף כאשר מדובר בשטחים מוחזקים שכל סמכויות השלטון בהם, כולל סמכויות החקיקה, מרוכזות בידי הרשות המבצעת. יש גם תימוכין חזקים בספרות האנגלית לכך שהכלל, אשר לפיו משפט בינלאומי הסכמי לא ייאכף ללא אימון פרלמנטרי, אינו חל על אמנות, דוגמת אמנות העוסקות בדיני-מלחמה, שאינן משנות את זכויות הפרט באנגליה ואינן מצריכות שינוי במשפט המקומי. בחלק השני המחבר מנתח את הדרך שבית-המשפט העליון מפרש בה את אמנת ג'נבה. הוא מראה שלעתים בית-המשפט דוגל בגישה לשונית צרה, ולעתים – בגישה הזונחת את הפירוש המילולי הפשוט לטובת פירוש הנשען על התכלית המשווערת של האמנה. בכל המקרים הפירוש שהרוב בבית-המשפט בוחר בו הוא הפירוש המצדיק את עמדת הרשויות. עמדת בית-המשפט בעניין זה מתיישבת היטב עם נטייה כללית של בתי-משפט שלא לאכוף נורמות של המשפט הבינלאומי על הרשות המבצעת.

* מאמר זה הוא חלק מתוך מחקר מקיף על פסיקת בג"צ הנוגעת לשטחים, שמומן על-ידי קרן פורד.

** פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

א. מבוא. ב. אכיפת משפט בינלאומי הסכמי. 1. הבסיס להלכת סמרה; 2. היקף ההלכה האנגלית שאומצה בפסק-דין סמרה; 3. תחולת ההלכה האנגלית בישראל; 4. אמנות שאינן ניתנות לאכיפה אוטומטית (non self-executing); ג. פרשנות אמנת ג'נבה. 1. גירוש וסעיף 94 לאמנה; (א) פסק-דין עוואד; (ב) פסק-דין קוואסמה; (ג) פסק-דין נזאל; (ד) פסק-דין עפו; 2. החזקת עצירים מנהליים מחוץ לשטח המוחזק; 3. תחולת האמנה; 4. אמנת ג'נבה — איזו גישה פרשנית? ד. סיכום ומסקנות.

א. מבוא

הסכמי אוסלו וקהיר עשויים להביא לידי סיום פרק חשוב בתולדותיו של בית-המשפט העליון: ביקורתו כבג"צ על פעולות צה"ל בשטחים המוחזקים. עם השינוי במעמדם הפוליטי של השטחים יחול שינוי גם במעמדם המשפטי, וחלק מפסיקתו של בית-המשפט העליון הנוגעת לשטחים עלול לאבד את חשיבותו הישומית. אולם גם אם ביקורת כבג"צ על פעולות הרשויות בשטחים תיחשב כבוא היום כאפיזודה חולפת, יש עניין רב בניתוח העמדות שנקט בית-המשפט בהפעלת ביקורת זו. מטרת מאמרי זה היא לנתח את עמדתו של כבג"צ בסוגיות הקשורות לאמנת ג'נבה IV.

ניסיון של עותר מן השטחים לבסס טענה בעתירתו לבג"צ על אמנת ג'נבה IV מעלה שלוש בעיות נפרדות¹:

(1) בעיית התחולה: האם אמנת ג'נבה חלה על פעולותיה של ישראל בגדה המערבית ובחבל-עזה? שאלה זו מתעוררת, מכיוון שממשלת ישראל העלתה את הטענה כי לאור ניסוחו של סעיף 2 לאמנה אין היא חלה על שטחים שלא היו בריבונותן של ירדן ושל מצרים בשעה שנתפשו על-ידי צה"ל בשנת 1967². העמדה הרשמית של

1 אינני דן כאן בבעיות כלליות המעוררות עתירות של תושבי השטחים, כגון שאלות סמכותו של בית-המשפט ומעמדו של העותר. לדין בבעיות אלה ראה: E. Nathan "The Power of Supervision of the High Court of Justice over Military Government" *Military Government in the Territories Administered by Israel 1967–1980 — The Legal Aspects* (M. Shamgar ed., 1982) 109 להלן: *Military Government*.

2 ראה — M. Shamgar "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government — The Initial Stage", *Military Government* 13, 31–43.

הממשלה במשך תקופה ארוכה היתה, שהגם שהאמנה איננה חלה, תכבד מדינת ישראל את הוראותיה ההומניטריות.³

(2) בעיית האכיפה הפנימית: בהנחה שאמנת ג'נבה אכן חלה על פעולות צה"ל בשטחים, האם ניתנות הוראותיה לאכיפה בבית-משפט פנימי של מדינת ישראל? שאלה זו מתעוררת מכיוון ששיטת המשפט בישראל איננה מכירה בקליטה ישירה של המשפט הבינלאומי ההסכמי לתוך משפט המדינה; בעוד שכללי המשפט הבינלאומי המנהגי נחשבים כחלק מן המשפט הפנימי המחייב כל עוד איננו עומד בסתירה לחקיקה, כללים שמקורם בהסכמים בינלאומיים — דהיינו: כללי המשפט הבינלאומי ההסכמי — אינם נקלטים בשיטת המשפט, אלא אם עברו אימוץ פרלמנטרי.⁴

(3) פרשנות האמנה: מהי משמעות ההוראה שהעותר מבקש להישען עליה, והאם היא אוסרת את הפעולה שהוא תוקף? ברור, שאין חובה על בית-המשפט להכריע בשאלה זו אלא אם ניתנות תשובות חיוביות לשתי השאלות הראשונות. עם זאת, בית-המשפט נזקק לא פעם לשאלת הפרשנות, הגם שקבע כי האמנה איננה אכיפה בכתב-משפט פנימיים.

שתי השאלות הראשונות נדונו בהרחבה בספרות המשפטית.⁵ השאלה הראשונה — שאלת התחולה — מעולם לא הוכרעה בפסיקה, אם כי יש כמה אמרות-אגב המתייחסות אליה.⁶ המצב שונה לגבי השאלה השנייה, שאלת האכיפה הפנימית, שלגביה נקט בית-המשפט העליון עמדה ברורה. נקבע לא-אחת, שהוראותיה של

3 ראה M. Shamgar "The Observance of International Law in the Administered Territories", 1 *Israel Yearbook of Human Rights* (1971) 262; נ' בר-יעקב "תחולתם של דיני המלחמה על השטחים המוחזקים" משפטים יט (תש"ן) 831.

4 לדיון מפורט בעמדת המשפט הישראלי כלפי המשפט הבינלאומי ראה י' דינשטיין המשפט הבינלאומי והמדינה (תשל"א) 143-148; ר' לפידות "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" משפטים יט (תש"ן) 807.

5 בשאלת התחולה ראה שמגר, לעיל הערה 2; Y. Dinstein "The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights" 8 *Israel Yearbook of Human Rights* (1978) 104; A. Roberts "Prolonged Military Occupation — The Israeli-Occupied Territories since 1967" 84 *Am. J. of Int. Law* (1990) 44, 62-66; T. Meron "West Bank and Gaza — Human Rights and Humanitarian Law in the Period of Transition" 9 *Israel Yearbook of Human Rights* (1979) 106; Boyd "The Applicability of International Law to the Occupied Territories" 1 *Israel Yearbook of Human Rights* (1971) 258. בשאלת האכיפה ראה ב' רובין "אימוץ אמנות בינלאומיות למשפט הארץ בידי בתי המשפט" משפטים יג (תשמ"ד) 210; ה' סומר "ואף-על-פי-כן חול תחול — לתחולת אמנת ג'נבה הרביעית בדין הישראלי" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 263.

6 ראה את הערתו של השופט ריסקין בבג"צ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לר(1) 1.

אמנת ג'נבה – או ליתר דיוק: אותן הוראות באמנה שנדונו – אינן משקפות את המשפט הבינלאומי המנהגי, ולכן היות שהאמנה לא עברה אימוץ פרלמנטרי אין היא אכיפה בבתי המשפט, גם אם היא חלה בשטחים ומחייבת את מדינת ישראל במישור הבינלאומי.⁷ תיזות שלפיהן ניתן לראות באמנת ג'נבה אמנה המבטאת היום את המשפט הבינלאומי המנהגי או שיש לאוכפה גם אם היא נשארת בגדר משפט בינלאומי הסכמי, נדחו על-ידי בית המשפט.⁸

מכיוון שנקודת הכובד של מאמר זה היא פסיקת בג"צ, ולא המשפט הבינלאומי, ומכיוון שבג"צ מעולם לא התיימר לפסוק סופית בשאלת התחולה – לא אעסוק בשאלה זו כשאלה נפרדת, אך אתייחס אליה בפרק שעניינו פרשנות האמנה. את הפרק הראשון אקדיש להנחת היסוד העומדת מאחורי גישת בית המשפט בשאלת האכיפה והיא, שההלכה הכללית המחייבת הבחנה בין משפט בינלאומי מנהגי לבין משפט בינלאומי הסכמי תקפה כאשר מדובר בשטחים הנתונים למשטר של תפישה לוחמתית. בפרק השני אנתח את הפסיקה המפרשת את אמנת ג'נבה, כאשר מטרי היא למצוא את שיטת הפרשנות שבית המשפט נזקק לה. הפרק השלישי, והאחרון, יוקדש לדיון במסקנות העולות מן הפרקים הראשונים.

ב. אכיפת משפט בינלאומי הסכמי

שאלות הנוגעות למשפט הבינלאומי ומידת אכיפתו בבתי המשפט פנימיים במדינת ישראל נדונו בבית המשפט העליון עוד לפני מלחמת ששת הימים, שבמהלכה תפש צה"ל שליטה בשטחים המוחזקים. בשני פסקי-דין מרכזיים ביסס בית המשפט את עמדתו כלפי המשפט הבינלאומי על הגישה שגובשה בבתי המשפט באנגליה. בפסק-דין שטמפפר הכיר בית המשפט במשפט הבינלאומי המנהגי כחלק משיטת המשפט שייאכף על-ידי בתי המשפט פנימיים, כל עוד אינו עומד בסתירה לדבר

29; ראת הערתו של הנשיא שמגר בבג"צ 13/86 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מא(1) 197, 207-209.

7 ראה, למשל, פסק-דין דויקאט, לעיל הערה 6; בג"צ 698/80 קוואסמה נ' שר הבטחון, פ"ד לה(1) 617; בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לו(4) 785; בג"צ 785, 845/88 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מב(2) 4; בג"צ 792/88 מטור נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מג(3) 542; בג"צ 253/88 סג'דיה נ' שר הבטחון, פ"ד מב(3) 801; בג"צ 2977/91 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מו(5) 467.

8 ראה פסקי-הדין קוואסמה, עפו וסג'דיה, לעיל הערה 7.

חקיקה⁹. בפסק־דין סמרה¹⁰ סירב בית־המשפט לאכוף הסכם בינלאומי שמדינת ישראל היתה צד לו, מכיוון שאותו הסכם לא עבר אימוץ תחיקתי.

כאשר הגיעו לבית־המשפט העתירות הראשונות הנוגעות לפעולות צה"ל בשטחים, ובהן טענות המתבססות על המשפט הבינלאומי, הניח בית־המשפט בדבר מובן מאליו כי הלכת סמרה, שנקבעה במסגרת הליך אשר נדון על־פי כללי המשפט הישראלי הפנימי, תקפה גם בהליכים הנוגעים לשטחים¹¹. לא נבדק כלל אם יש מקום לתחולת הלכה זו כאשר ההליך נוגע לשטחים שאינם חלק משטח המדינה, שדיני מדינת ישראל לא חלים בהם והנתונים למשטר של תפישה לוחמתית. בשל היצמדותו להלכת סמרה פקפק בית־המשפט העליון בסמכותו לאכוף לא רק את אמנת ג'נבה, אלא גם את כללי האג, מכיוון שהניח כי כללים אלה, שהובאו כנספח לאמנת האג בדבר הדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה משנת 1907, הם חלק מן המשפט ההסכמי¹². ואולם אחרי פרסום מאמר של פרופסור דינשטיין¹³, שבו הסביר כי כללי האג הפכו לחלק מן המשפט המנהגי, חזר בו בית־המשפט מעמדתו זו¹⁴. מאז מקובל, שכתור משפט מנהגי כללי האג ייאכפו על־ידי בתי משפט פנימיים, בעוד שאמנת ג'נבה IV, המשקפת משפט הסכמי, לא תיאכף¹⁵.

בספרות המשפטית נעשו כמה ניסיונות לבסס את החיזה שאמנת ג'נבה IV אכן מחייבת בבתי־המשפט בישראל¹⁶. כל הניסיונות הללו נדחו על־ידי בית־המשפט העליון. בפסק־דין עפו¹⁷, שבו נתגלעו חילוקי־דעות באשר לפרשנות סעיף 49 לאמנת ג'נבה, הצטרפו כל חמשת השופטים לדעתו של הנשיא שמגר כי אין לסטות מן ההלכה שלפיה האמנה איננה אכיפה בבית־המשפט. בית־המשפט חזר על עמדתו

9 ע"פ 174/54 שטמפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 5. וראה גם בג"צ 103/67 "דה אמריקן ארופין בית אל מישן" נ' שר הסעד ואח', פ"ד כא(2) 325, 333-334, שבו הביע השופט חיים כהן את דעתו כי חקיקת־משנה הסותרת את המשפט הבינלאומי המנהגי איננה תקפה.

10 ע"א 25/55, 145, 148 האפוטרופוס על נכסי נפקדים נ' סמרה, פ"ד י 1825.

11 ראה בג"צ 337/71 אלג'מעה אלמסיחיה נ' שר הבטחון, פ"ד כו(1) 574, 580; בג"צ 306/72, 320 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169, 177, 180; בג"צ 606/78 אריב נ' שר הבטחון, פ"ד לג(2) 113, 119-120.

12 ראה פסקי־הדין אלג'מעה ואבו חילו, לעיל הערה 11.

13 ראה י' דינשטיין "פסקי־הדין בענין פיתחת רפיח" עיוני משפט ג (תשל"ד) 934.

14 ראה פסקי־דין אריב, לעיל הערה 11.

15 לסיכום עמדתו של בית־המשפט ראה פסקי־דין ג'מעית אסכאן, לעיל הערה 7. בעמ' 792-793.

16 ראה רובין, לעיל הערה 5; סומר, לעיל הערה 5; א' רובינשטיין "מעמדם המשחנה של השטחים המוחזקים – מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 439, וראה גם T. Meron *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (1989) 25-37.

17 פסקי־דין עפו, לעיל הערה 7, בעמ' 4.

זו בפסק-דין בעניין מחנה-המעצר בקציעות¹⁸. ברשימה ביקורתית ביותר על אותו חלק מפסק-הדין בעניין עפו הנוגע לסעיף 49, הביע גם פרופסור יורם דינשטיין את דעתו, כי הטענה שלפיה אמנת ג'נבה היא אכיפה ללא אימוץ של הכנסת אין לה "על מה שתסמוך"¹⁹.

אין בכוונתי במאמרי זה לחלוק על פסק-דין סמרה, שבית-המשפט אימץ בו את התפישה האנגלית אשר לפיה אין אוכפים אמנה בינלאומית שלא עברה אימוץ פרלמנטרי בתביעה המתנהלת על-פי כללי המשפט הפנימי. מה שברצוני להראות הוא, שלא היה מקום לתחולה עיוורת של הלכה זו בעתירות הנוגעות לשטחים. ההיפך הוא נכון: להנחה העומדת מאחורי ההלכה האנגלית שאומצה בפסק-דין סמרה אין תוקף כאשר מדובר בפעולות הרשות המבצעת בשטחים המוחזקים.

1. הבסיס להלכת סמרה

השאלה שהתעוררה בפסק-דין סמרה נגעה לסתירה נטענת בין הוראה בחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950, לסעיף בהסכם רודוס בין מדינת ישראל ובין ממלכת ירדן. הטענה היתה, כי מדינת ישראל התחייבה בהסכם רודוס לכבד את הזכויות במקרקעין של תושבים בכפרי "המשולש" שסופחו לישראל, בעוד שעל-פי חוק נכסי נפקדים נחשבו הקרקעות שהיו בישראל ערב הסיפוח כנכסי נפקדים. בהסתמכו על שורה של אסמכתאות אנגליות קבע בית-המשפט העליון, ש"אין לנו חוק הנותן [להסכם רודוס – ד"ק] תוקף ועושה אותו, או חלק ממנו, חלק של משפט המדינה, ועל כן אי-אפשר בכלל להסתמך עליו בבתי המשפט כמקור לזכויות הפרט או לחובות המדינה, או רשות מרשויותיה, כלפיו"²⁰.

בבואנו לדון בפסק-דין סמרה, חשוב לזכור שהמשפט בין סמרה לבין האפטרופוס לנכסי נפקדים התנהל בבית-משפט בישראל על-פי כללי המשפט הישראלי. הטענה היתה, שאין לאכוף חוק של הכנסת מכיוון שהוא סותר הוראה בהסכם בינלאומי. בדחיית טענה זו קבע בית-המשפט שאין להסתמך על אמנה בינלאומית שלא אומצה בחקיקה של הכנסת. אמנם, בכמה מאמרותיו הרחיב בית-המשפט את היריעה במקצת²¹, אך ברור שכל מה שאמר בית-המשפט מעבר להקשר הספציפי של המקרה שנדון לפניו היה בבחינת "אמרת-אגב". כך אין להסיק

18 בג"צ סג'דיה, לעיל הערה 7, בעמ' 801.

19 ראה י' דינשטיין "גירוש משטחים מוחזקים" עיוני משפט יג (תשמ"ח) 403, 405.

20 פסק-דין סמרה, לעיל הערה 10, בעמ' 1831.

21 כך, למשל, בית-המשפט הצהיר:

יהא כוחו ותקפו של חוזה [בין מדינות] מבחינת המשפט הבינלאומי אשר יהיה, אין הוא בבחינת חוק שבתי-משפט שלנו יודקו לו או יתנו לו תוקף כל שהוא. הזכויות שהוא מעניק והחובות שהוא מטיל הן זכויות וחובות של המדינות אשר כרתו את

מפסק-דין סמרה, למשל, שאם הליך איננו מוכרע על-פי כללי המשפט הפנימי של מדינת ישראל אין בית-המשפט יכול להסתמך על אמנה בינלאומית. פסק-דין סמרה מבוסס על ההלכה המקובלת באנגליה ובארצות הברית-העמים הבריטי. טעמה של ההלכה האנגלית נעוץ במבנה החוקתי של אנגליה ושל מדינות בעלות משטר דומה. על-פי הדפוסים החוקתיים שהתפתחו באנגליה במאה הי"ז הועברה סמכות החקיקה לפרלמנט, בעוד שניהול ענייני החוץ של המדינה נשאר בתחום הפררוגטיבה של הכתר. כחלק מפררוגטיבה זו נכלל הכוח לכוות אמנות בינלאומיות בשם המדינה. אי-תחולתה במשפט הפנימי של אמנה שנכרתה על-ידי הכתר נחשבה כפונקציה של הכלל החוקתי שאין לכתר כוח לחוקק חוקים: הפיכת אמנה שנכרתה על-ידי הכתר לחלק ממשפט המדינה היתה מפקידה בידי הכתר כוח חקיקה. וכך מוסבר העניין על-ידי המלומד אוקונל:

The rule that treaties do not directly affect the Crown's subjects goes back to the seventeenth century, and has an historical and not an ideological explanation. Matters of State connected with foreign policy were within the province of the Council, not of Parliament, and the asserted incapacity of the Executive to legislate for its subjects by treaty was a manifestation of the constitutional struggle concerning the prerogative. The outcome of the struggle led to a partition of jurisdiction in the spheres of customary and conventional international law²².

רעיון זה הוסבר היטב על-ידי פרופסור הירש לאוטרפכט בהרצאה שנשא בשנת 1939, שבה דן בשאלה, אם המשפט הבינלאומי הוא חלק מן המשפט של אנגליה²³. בהרצאה זו סקר לאוטרפכט את הדוקטרינה, שלפיה המשפט הבינלאומי הוא חלק מן המשפט המקובל האנגלי, ואת החריג לדוקטרינה זו, שלפיו אמנה טעונה אימוץ בפרלמנט. בדברו על ההלכה בדבר הצורך באימוץ פרלמנטרי אמר לאוטרפכט:

The rule is obviously in the nature of an exception to the principle of incorporation. But the reasons for it lie not in any subtle intention of English Courts to take away with one hand what they grant

ההסכם ומימושו הוא אך ורק בידיהן בדרכים המיוחדות להשגת ביצועם של חוים בינלאומיים (שם, 1829).

22 ראה D. P. O'Connell *International Law* (2nd ed., 1970) 58-59.

23 ראה H. Lauterpacht "Is International Law Part of the Law of England?" 25 *Transactions of the Grotius Society* (1939) 51.

with the other, but only and exclusively in the exigencies of British constitutional law and the division of powers within the State. It is a rule of British constitutional law that the conclusion and ratification of treaties are a prerogative of the executive. In other countries, such as the United States, the concurrence of the Legislature, or a part thereof is necessary for the valid ratification of a treaty. This is not the case in Great Britain. A treaty becomes binding in this country as soon as it has been finally ratified by the Crown. This being so, it might be possible for the Crown to impose burdens upon the subject, and to legislate for him, indirectly, without the concurrence of Parliament, by means of concluding a treaty. The existing rule which requires in such cases an enabling act of Parliament removes that possibility²⁴.

עינינו הראות: הרציונל מאחורי ההלכה האנגלית שאין לאכוף אמנה בינלאומית בבית-משפט פנימי טמון בעיקרון החוקתי, שלפיו כריתת אמנות היא בידי הרשות המבצעת, בעוד שסמכות החקיקה היא בידי הרשות המחוקקת. מתן תוקף לאמנה ללא אימוץ פרלמנטרי היה פוגע בחלוקת סמכויות זו. כך נוצר החריג לכלל הרגיל, שלפיו כללי המשפט הבינלאומי הם חלק מן המשפט המקובל: כלל זה אינו חל על אמנות בינלאומיות שלא אומצו בחקיקה של הפרלמנט.

2. היקף ההלכה האנגלית שאומצה בפסק-דין סמרה

ההלכה, שלפיה אמנה בינלאומית אינה נקלטת במשפט הפנימי ללא אימוץ פרלמנטרי, נחשבת כחריג להלכה הרגילה, שכללי המשפט הבינלאומי הם חלק מן המשפט המקובל²⁵. היקפה של הלכה חריגה זו הוא פונקציה של הרציונל העומד מאחוריה: למנוע עקיפת סמכותו של הפרלמנט לחוקק חוקים²⁶. מכאן, שאין להלכה זו תחולה בתחומים הנוגעים לפררוגטיבה של הכתר. אמנם, אין לתת בידי הרשות המבצעת כוח לחוקק בתחומים השמורים לפרלמנט, אך אין מניעה חוקתית שיינתן לה כוח לפעול בתחומי הפררוגטיבה שלה. כדי להראות שגישה זו יש ויש לה על מה שתסמוך, אעמוד בפרטרוט על האסמכתאות התומכות בה.

24 שם, בעמ' 74.

25 ראה Mann "The Enforcement of Treaties by English Courts" 44 *Transactions of the Grotius Society* (1958-1959) 29, 32.

26 כעניין זה ראה את דבריו של הנשיא שמגר בפסק-דין עפו, לעיל הערה 7, בעמ' 39-40.

אתחיל בספרו המונומנטלי של אופנהיים על המשפט הבינלאומי²⁷. בדיון במעמדו של המשפט הבינלאומי כמשפט המוניציפלי מוזכר הכלל שהמשפט הבינלאומי המנהגי הוא, *per se*, חלק מן המשפט המוניציפלי²⁸. באשר למעמדן של אמנות בינלאומיות נכתבו הדברים הבאים:

Where a treaty affects private rights or, generally, requires for the implementation of its obligations a modification of existing law, the necessary changes in the law must be the subject of action by or under the authority of an Act of Parliament before an English court can give effect to the changes in the law called for by the treaty... To that extent therefore treaties which are binding on the United Kingdom in international law do not as such affect or form part of the law of the land...

That departure from the traditional common law rule is largely because according to British constitutional law, the conclusion and ratification of treaties are within the prerogative of the Crown, which would otherwise be in a position to legislate for the subject without obtaining parliamentary assent²⁹.

מדברים אלה ברור אפוא, שלפי ספרו של אופנהיים, הדרישה לאימוץ פרלמנטרי של אמנות מוגבלת לאותן אמנות הנוגעות לזכויות פרטיות הזקוקות, לשם אכיפתן בבית-משפט, לשינוי במשפט המקובל או בחיקוק. נראה שניתן לקשור דרישה זו לאימוץ פרלמנטרי לרעיון שאין כוח בידי הרשות המבצעת לפגוע בחירויות הפרט, אלא על-פי הסמכה ברורה בחקיקה של הפרלמנט.

הניסוח של אופנהיים הוא צר: אין התייחסות מפורשת לאותן אמנות שאינן משנות את המשפט הפנימי, אבל מן הדברים שצוטטו, ובמיוחד מן השימוש במלים "to that extent", ניתן ללמוד, כי אמנות שאינן פוגעות בזכויות הפרט או שאינן מתיימרות לשנות את החוק הפנימי הן חלק מן המשפט הפנימי גם אם לא עברו אימוץ פרלמנטרי. אמנם אופנהיים אינו כותב זאת במפורש, אך מחברים אחרים הבהירו, כי בית-משפט אנגלי יאכוף אמנה בינלאומית שאינה משנה את המשפט המקובל או חיקוק, גם ללא אימוץ פרלמנטרי. והדוגמא הניתנת על-ידי מחברים רבים היא הדוגמא של אמנה הנוגעת לדיני-מלחמה.

27 ראה L. Oppenheim's *International Law* (edited by R. Jennings and A. Watts, 9th ed., 1992).

28 שם, בעמ' 56-57.

29 שם, בעמ' 58-60.

בספרו על עקרונות המשפט הבינלאומי חוזר בראונלי על ניסוח הכלל של אופנהיים לגבי תחולת אמנות כמשפט הפנימי, אך הוא מוסיף:

The rule does not apply to treaties relating to the conduct of war or treaties of cession³⁰.

אוקונול, בסקירת הכלל המחייב אימוץ פרלמנטרי, כותב:

...The only treaties which bind English courts are those which fix the boundaries of executive action. For example, if the Crown modifies by treaty its belligerent rights in regard to maritime warfare, or possibly its duties in the matter of diplomatic immunity, the treaty will be acted on by the courts³¹.

בספרו על דיני-אמנות עוסק גם הלורד מקנייר בקליטת אמנות כמשפט הפנימי באנגליה. הוא דן בצורך באימוץ פרלמנטרי, אך עומד על יוצא-מן-הכלל הנוגע לאמנות בדבר זכויות מלחמה:

Exception in the case of treaties affecting belligerent rights.
The Crown wages war under the prerogative, and the British Government has been advised to the effect that any rules to which the Crown assents for the purpose of guiding its officers in the exercise of this prerogative are independent of Parliamentary sanction. If it chooses to tie its hands as a belligerent by entering into treaties with regard to the conduct of war, it is at liberty to do so and no statute is required to give such treaties the effect of law in any British Prize Court, nor, it is submitted, in any other British court in which they may come into question, although the law there administered is added to or modified by those treaties. Thus the Declaration of Paris of 1856 and the Hague Conventions of 1899 and 1907 did not require Parliamentary sanction³².

התפישה, שלפיה דרישת האימוץ הפרלמנטרי מוגבלת לאמנות המחוללות שינוי כמשפט הפנימי של המדינה או פוגעות בזכויותיהם של אזרחי אנגליה, איננה נחלתם של מומחים למשפט בינלאומי בלבד. היא באה לידי ביטוי גם בספרים

30 ראה 48 I. Brownlie *Principles of Public International Law* (4th ed., 1990).

31 ראה אוקונול, לעיל הערה 22, בעמ' 59.

32 ראה 89 McNair *The Law of Treaties* (1961).

הדנים במשפט החוקתי האנגלי. בספרם על משפט חוקתי דנים וייד ופיליפס בסמכותו של הכתר לכרות אמנות בינלאומיות. בעוברם לניתוח מעמדה של אמנות, המחברים המלומדים דנים בדרישת האימוץ הפרלמנטרי – דרישה המוגבלת, לדעתם, למקרים שבהם אכיפת האמנה ותחולתה בבריטניה מחייבות שינוי בחוק הקיים ותוספת סמכויות לכתר. הם מבהירים שאמנות הנוגעות לזכויות מלחמה פטורות מן הצורך באימוץ פרלמנטרי, ומוסיפים:

Thus the Hague Conventions which modify the rights of the Crown when engaged in maritime warfare and also the law administered in British Prize Courts, are recognised by the courts without legislation³³.

גם הוד פיליפס מקבל את העיקרון, שרק אמנה הנוגעת לזכויותיהם של אזרחים בריטיים אין לה תחולה ללא אימוץ פרלמנטרי³⁴.
בהלסבורי מנוסח העיקרון בדרך הבאה:

Since in the United Kingdom the power to make and ratify treaties belongs to the Crown, any treaty which requires a change in English law in order to make that law conform with the provisions of the treaty, and thus ensure that those provisions are cognisable and enforceable in the English courts, requires that the necessary legislation be enacted³⁵.

ומה לגבי הפסיקה? נראה שפסק-דין מרכזי תומך בעמדה, שלפיה אין צורך באימוץ פרלמנטרי של אמנות הנוגעות לדיני-מלחמה. המדובר בפסק-דין בעניין *Porter v. Freudenberg*³⁶, הדן בכוחו של נתין מדינת אויב לתבוע ולהיתבע בבית-משפט אנגלי. לאחר סקירת המשפט המקובל בנקודה זו עבר בית-המשפט לערעורים לדון בשאלה אם אמנת האג מ-1907 שינתה את התמונה. בית-המשפט ניתח את ההוראה הרלבנטית באמנה והגיע למסקנה שהתשובה שלילית. לענייננו, הנקודה החשובה

33 ראה E.C.S. Wade and G. Godfrey Phillips *Constitutional Law* (ed. by E.C.S. Wade & A.W. Bradley, 8th ed., 1970) 277–278. המחברים מוסיפים, שלפי הנוהג, שהפך ככל הנראה לנוהג מחייב, אמנות הנוגעות לווייתור על שטח טעונות גם הן אישור הפרלמנט באמצעות חקיקה.

34 ראה O. Hood Phillips' *Constitutional & Administrative Law* By O. Hood Phillips & P. Jackson (7th ed., 1987) 285–287.

35 ראה Halsbury's *Laws of England* (4th ed.) XVIII para.1405.

36 [1915] 1 K.B. 857.

איננה הפירוש שניתן לאמנת האג, כי אם נכונותו של בית-המשפט להיזקק לאמנה הגם שלא עברה אימוץ תחיקתי. בית-המשפט לא הביע פקפוק קל בדבר תחולתה של האמנה. ואין להתפלא על כך: בטענותיו לא העלה היועץ המשפטי לממשלה כל הסתייגות מן ההיזקקות לאמנת האג: הוא התרכז בפירוש האמנה ולא בשאלת אכיפתה בבית-המשפט³⁷.

תיטען כמובן הטענה שאין ללמוד דבר מהיזקקותו של בית-משפט אנגלי לאמנת האג, שהרי הלכה פסוקה בבית-המשפט העליון היא, כי הכללים שעוגנו באמנה זו משקפים את המשפט הבינלאומי המנהגי, שהוא חלק מן המשפט המקובל. התשובה לטענה זו ברורה: בזמן מתן פסק-הדין בעניין פורטר עדיין לא הפכו הכללים שעוגנו באמנת האג לחלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי. כפי שציין בית-הדין הבינלאומי בנירנברג, בקטע מפסק-דין שצוטט מתוך הסכמה בפסק-דינו של הנשיא שמגר בפרשת עפו³⁸, בזמן כריתתה שיקפה אמנת האג ניסיון לעדכן את דיני-המלחמה, אך במשך השנים הוכרו הכללים שעוגנו בה על-ידי כל האומות המתורכחות והפכו לחלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי.

תמיכה בהשקפה בדבר אפשרות אכיפתה בבית-משפט אנגלי של אמנה הנוגעת למלחמה מוצאים מחברים אחדים³⁹ בפסק-הדין *Porter v. Freudenberg*. מעניינת במיוחד בעניין זה גישתו של מן⁴⁰. לפי דעתו, יש לכתר סמכות פרדוגטיבית לשנות את המשפט המקובל הנוגע לזכויות מלחמה. פסק-הדין *Porter v. Freudenberg* מיישם את הכלל הזה. כפי שכותב מן, בדונו בעמדתם של בית-המשפט ושל היועץ המשפטי לממשלה, שלפיה היה בכוחה של אמנת האג לשנות את המשפט המקובל:

The explanation can only be found in the view that, in the absence of any relevant restriction by Parliament of the Crown's prerogative in war-time, the Crown could by treaty alter the common law⁴¹.

העמדה של לאוטרפכט הוצגה ברוח דומה, אם כי פחות פסקנית. בסיכום עמדתו הוא כתב:

...it appears that...in certain matters, not clearly defined, ratified treaties are binding upon the Courts and subjects without an enabling Act having been passed. Thus, probably, treaties modifying

37 שם, בעמ' 865-866.

38 ראה פסק-דין עפו, לעיל הערה 7, בעמ' 47.

39 ראה אוקונל, לעיל הערה 22, בעמ' 59 הערה 78; מן, לעיל הערה 25.

40 שם.

41 שם, בעמ' 38.

belligerent rights of the Crown with regard to maritime warfare, or possibly, treaties of peace or those akin to treaties of peace, or treaties conferring diplomatic or consular immunities, will be acted upon by the British Courts without legislation. In the case of *Porter v. Freudenberg* decided during the World War, it apparently assumed that article 23 (1) of the Hague Convention No. IV respecting the Law and Customs of War on Land was enforceable by British Courts although that Convention had never received express legislative assent⁴².

מצאתי בספרות המשפטית האנגלית מומחית אחת המסתייגת מן העמדה שהוצגה לעיל. במאמר על מעמדן של אמנות במשפט האנגלי מזכירה פרופסור רוזלין היגינס את העמדה האמורה ומציינת, כי למרות שעמדה זו היתה פעם העמדה הרווחת, דומה שאין היא תקפה כיום⁴³; ואולם פרופסור היגינס איננה מביאה אסמכתא כלשהי לעמדתה המסתייגת ואינה מסבירה את הבסיס להסתייגותה. גם אם אנו חייבים, בעקבות מאמרה של פרופסור היגינס, להכיר בכך שיש עמדות אחרות, ברור שהקו העיקרי המוצג בספרות האנגלית הוא שאין מקום לתחולת ההבחנה בין משפט מנהגי ובין משפט הסכמי כאשר מדובר במשפט הבינלאומי הנוגע לדיני-מלחמה, ובכלל אלה הדינים הנוגעים לחפישה לוחמתית. הטעם העומד מאחורי אותה הבחנה – כיבוד סמכות החקיקה של הפרלמנט – איננו תקף בתחום הנמצא כל-כולו במסגרת סמכויותיו הפרלוגטיביות של הכתר. בתחום זה לא מדובר בשינוי כללי המשפט הפנימי – החייב להיעשות באמצעות חקיקה – אלא ברסנים שהרשות המבצעת מקבלת על עצמה. במתן תוקף לאמנה הנוגעת לדיני-מלחמה לא יפגע בית-המשפט בחלוקת הסמכויות בין הרשות המחוקקת ובין הרשות המבצעת, אלא דווקא יכבד חלוקה זו.

3. תחולת ההלכה האנגלית בישראל

המבנה התוקף של ישראל דומה למבנה האנגלי. הסמכות לנהל מדיניות חוץ וביטחון היא בידי הרשות המבצעת ולא בידי הרשות המחוקקת⁴⁴. הסמכות לכרות אמנות בינלאומיות בשם המדינה גם היא מצויה בידי הרשות המבצעת, ללא צורך

42 ראה לאוטרפכט, לעיל הערה 23, בעמ' 75.

43 ראה R. Higgins "United Kingdom" in *The Effect of Treaties in Domestic Law* (F. G. Jacobs & S. Roberts ed., 1987) 123, 126.

44 לפסק-דין שניתן לאחרונה, שבו דן בית-המשפט בסמכותה של הרשות המבצעת בניהול קשרי-החוץ של המדינה ראה בג"צ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה (טרם פורסם).

באישור פרלמנטרי⁴⁵. נראה אפוא, שכל חלקי ההלכה האנגלית משתלבים יפה במבנה החוקתי של המדינה. מצד אחד, כדי למנוע פגיעה בסמכותה התחקיקתית של הכנסת אין לאכוף אמנה המשנה את כללי המשפט הפנימי של המדינה, אלא אם עברה אימוץ פרלמנטרי. מצד אחר, באותם תחומים, כגון ניהול קשרי-חוץ, הנמצאים בתוך סמכותה הכלתית-מעוררת של הרשות המבצעת, אין מניעה לאכיפת התחייבויות באמנה שעניינן שימוש (או אי-שימוש) בסמכויותיה של הרשות המבצעת.

באימוץ הגישה האנגלית, על כל חלקיה, אין משום שינוי במעמדו של המשפט הבינלאומי כשיטת המשפט הפנימית. גם אין בו משום פגיעה במעמדה של הכנסת. הכלל החל לגבי משפט בינלאומי מנהגי, שלפיו הוא נסוג במקרה של התנגשות עם הוראת חוק מפורשת, יחול גם כאן. במלים אחרות: מבחינתו של בית-משפט פנימי, חוק של הכנסת, העומד בכל הדרישות החוקתיות הפנימיות (כגון דרישותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) גובר על כלל המעוגן במשפט הבינלאומי, המנהגי או ההסכמי. יש לזכור, כי הכלל שלפיו אמנה הנוגעת לדיני-מלחמה תיאכף גם ללא אימוץ פרלמנטרי, אינו חל על הוראה באותה אמנה המתיימרת לשנות את המשפט הפנימי של המדינה. כך, למשל, אין באמנה כזאת כדי ליצור עבירה שאינה מוכרת בחוק הפנימי או לתת לבתי-המשפט סמכות שיפוט שאין להם עלי-פי כללי המשפט הפנימי.

אמנת ג'נבה IV היא אמנה הנוגעת לדיני-מלחמה בכלל, ולדיני תפיסה לוחמתית, בפרט. עלי-פי הדין האנגלי, שסיפק את הבסיס להלכת סמרה, לא היה מקום לקבוע שאמנת ג'נבה IV איננה אכיפה בעתירות הנוגעות לשטחים. הרציונל העומד מאחורי הלכת סמרה, הרצון למנוע הסגת גבולה התחקיקתי של הרשות המחוקקת עלי-די הרשות המבצעת, איננו תקף כאשר מדובר בשטחים מוחזקים. מפקד צבאי איננו יונק את סמכויותיו כלפי האוכלוסייה המקומית בשטחים מוחזקים מחוקים של הכנסת, אלא מן המשפט המקומי החל באותם שטחים, מן המשפט הבינלאומי או מתחקיקת ביטחון שלו-עצמו⁴⁶. קשה להבין אפוא כיצד אכיפת ההגבלות שאמנת

45 ראה ע"פ 131/67 קמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85. עם זאת יש לציין, כי מזה כמה שנים נוהגת הממשלה להניח כל אמנה על שולחנה של הכנסת. אם ברצונה של הכנסת למנוע את השפעותיה הפנימיות של האמנה או למנוע פעולה של הממשלה המתחייבת עלי-פי האמנה, היא יכולה להעביר חקיקה מתאימה. כפי שהוסבר לעיל, הגישה האנגלית המכירה בתחולה ישירה של אמנות מסוימות יוצאת מתוך ההנחה שחקיקת של הפרלמנט גובר על כל הוראה באמנה, גם אם המסקנה המתבקשת היא שכריטניה מפרה את המשפט הבינלאומי.

46 ראה פסק-הדין של השופט ברק בעניין ג'מעית אסכאן, לעיל הערה 7, בעמ' 793: "מבחינה משפטית המקור לסמכותו וכוותו של המפקד הצבאי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית הוא בכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה לוחמתית..."

ג'נבה מטילה על פעולות הרשויות בשטחים מוחזקים היתה פוגעת במעמדה של הכנסת כרשות המחוקקת של המדינה⁴⁷.

ניתן להוסיף, שאכיפתה של אמנת ג'נבה בבתי-משפט פנימיים היתה מתיישבת לא רק עם ההלכה האנגלית ועם המבנה החוקתי של מדינת ישראל, אלא גם עם עקרון יסוד של המשפט הציבורי בישראל, שלפיו יש תוקף משפטי מחייב להבטחות של אנשי-השלטון, גם כשעניינן שימוש (או אי-שימוש) עתידי בסמכויותיהם השלטוניות. עקרון-יסוד זה מיושם בהלכה הנוגעת להבטחה המנהלית המחייבת, גם ללא הסתמכות של הפרט⁴⁸, ובהלכה שלפיה להתחייבויות הניתנות במסגרת הסכמים פוליטיים תוקף משפטי מחייב על-פי המשפט הציבורי⁴⁹.

אין בכוונתי לדון בפרוטרוט בהלכת ההבטחה המנהלית ובהלכת התוקף המשפטי המחייב של הסכם פוליטי⁵⁰. לא הפרטים של הלכות אלה הם המעניינים אותי בהקשר הנוכחי, אלא התפישה העומדת ביסודן. תפישה זו היא, שהבטחות יש לכבד וכי אם לא יינתן להבטחות גיבוי משפטי ושיפוטי, לא תהיה דרך להבטיח את כיבודן⁵¹. שתי ההלכות גם מבוססות על ההנחה שאין פסול בכך כי רשות שלטונית תתחייב להשתמש, או להימנע מלהשתמש, בסמכות שלטונית מסוימת, אם כי לעולם לא תיחשב התחייבות זו כהתחייבות מוחלטת שתעמוד גם אם טובת הכלל מחייבת את הפרתה⁵².

הקשר בין אכיפת אמנת ג'נבה ובין הלכות כלליות של המשפט המנהלי, ובפרט הלכת ההבטחה המנהלית, זכה להתייחסות מסוימת בפסיקה. חלק מן השופטים עמדו על כך, כי הצהרת הממשלה שמדינת ישראל תכבד את הוראותיה ההומניטריות

- 47 השווה דבריו של הנשיא שמגר בפסק-דין עפו, לעיל הערה 7, בעמ' 34.
- 48 הבסיס להלכה זו הוא פסק-הדין בבג"צ 135/57, סאייטקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673. לניתוח ההלכה ראה א' שטיין "הבטחה מינהלית" משפטים יד (תשמ"ד) 255. וראה גם בג"צ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מ(2) 393; בג"צ 142/86 דישון נ' שר החקלאות, פ"ד מ(4) 523.
- 49 ראה בג"צ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73; בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749; בג"צ 2285/93 נחום נ' לב (טרם פורסם).
- 50 במקום אחר הסברתי את הסתייגותי מן ההלכה הרואה בהסכם קואליציוני הסכם המחייב במישור המשפטי. ראה D. Kretzmer "Political Agreements — A Critical Introduction" 407 Isr. L. Rev. (1992) 26. ואולם תהיה דעתי על גישת הפסיקה אשר תהיה — גישה זו נשארת בעינה. לדעה שיפוטית חריגה ראה פסק-דינו של השופט חשין בבג"צ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית (טרם פורסם).
- 51 ראה דבריו של השופט ברק בפסק-דין רובין, לעיל הערה 49, בעמ' 78; ובפסק-דין ז'רז'בסקי, לעיל הערה 49, בעמ' 840-841.
- 52 ראה פסק-דין ז'רז'בסקי, לעיל הערה 49, בעמ' 844-845.

של אמנת ג'נבה עשויה לחייב את רשויות השלטון כהנחיה פנימית מחייבת או כהבטחה מנהלית⁵³.

בפסק-הדין ג'מעית אסכאן⁵⁴ השאיר השופט ברק 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 – מכוח היותם חלק מהנחיות פנימיות מטעם ממשלת ישראל כלפי המפקד הצבאי ומכוח היותם הנחיות עצמיות של המפקד הצבאי עצמו"⁵⁵. בחוות-דעתו בפרשת עפו עסק גם השופט כץ בהצהרת המדיניות של ממשלת ישראל ואמר:

הצהרת מדיניות מחייבת ככלל את הממשלה, וייתכנו מקרים שבהם, במסגרת של כללי המשפט המינהלי, נורה לממשלה לכבד את התחייבותה זו⁵⁶.

בעקבות הערתו זו מצא השופט כץ לנכון, בפסק-דין שניתן בשלב מאוחר יותר לחייב את הממשלה לכבד הוראה באמנת ג'נבה. בפרשת סג'דיה⁵⁷ נגעה הסוגיה הספציפית לצפיפות בתנאי המגורים בכלא קציעות, שבו הוחזקו אלפי אנשים במעצר מנהלי. השופט כץ קבע, שהתנאים אינם מתיישבים עם סעיף 85 לאמנת ג'נבה, אשר, בתור הוראה הומניטרית, מחייב את הממשלה⁵⁸.

אנו רואים אפוא, שהשופטים ברק וכץ העמידו את השאלה כשאלה בדבר תוקפה המשפטי של הצהרת הממשלה כי תכבד את הוראותיה ההומניטריות של האמנה. אולם נראה לי שהצהרה זו איננה קשורה כלל לשאלה בדבר חובתה של הרשות לקיים את האמנה, שהרי בחתימתה על האמנה בשם המדינה ובאשרורה בוודאי הביעה הממשלה את דעתה בדבר חובתן של כל רשויות-המדינה לכבד את הוראותיה. הצהרת המדיניות באה בשל עמדתה של ממשלת ישראל, כי אמנת ג'נבה איננה חלה על החזקת השטחים, או לפחות שיש ספק בדבר תחולתה. לפי עמדה זו, ראתה הממשלה לנכון להצהיר בפני הקהילה הבינלאומית, כי הגם

53 אולם השווה דבריו של הנשיא לנרדי בפסק-דין קוואסמה, לעיל הערה 7, בעמ' 617, 627-628. "ההחלטה של ממשלת ישראל לקיים למעשה את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית... היא החלטה מדינית, שאינה נוגעת למישור המשפטי, שבו על בית-משפט זה לעסוק".

54 פסק-דין ג'מעית אסכאן, לעיל הערה 7.

55 שם, בעמ' 794.

56 פסק-דין עפו, לעיל הערה 7, בעמ' 78.

57 פסק-דין סג'דיה, לעיל הערה 7.

58 שם, בעמ' 832.

שהיא סבורה כי יש ספק בדבר תחולת האמנה, תכבד מדינת ישראל את הוראותיה ההומניטריות⁵⁹.

התוקף המשפטי המחייב של הוראות אמנת ג'נבה כמשפט הבינלאומי נובע מאשרור האמנה על-ידי הממשלה בשם המדינה. ניתן לטעון כמובן, שהאשרור ניתן כלפי חוץ מבלי שהיתה כוונה שהאמנה תחייב את הרשויות גם על-פי המשפט הפנימי של המדינה⁶⁰. הבעיה בטיעון זה בהקשר הנוכחי היא, שגם הצהרת הממשלה על כיבוד הוראותיה ההומניטריות של האמנה ניתנה כלפי חוץ, ולא לשם חיזוק מעמדה של האמנה על-פי המשפט המקומי⁶¹. אם ניתן לחייב את הממשלה לקיים הצהרת כוונות "חלשה" שניתנה כלפי חוץ, למה אין לחייב אותה לקיים התחייבויותיה הבינלאומיות ה"חזקות"?

ביסוס תוקפה המשפטי המחייב של אמנת ג'נבה על תורת ההבטחה השלטונית המחייבת איננו מעניק לאמנה גיבוי משפטי מלא, שהרי תורה זו גורסת כי הבטחה מחייבת אם אין צידוק שלא לקיימה; והלכת ההשתחררות מהתחייבויות שלטוניות קובעת, שיש צידוק שלא לקיים התחייבות אם טובת הכלל מחייבת שלא לקיימה. המסקנה היא, כי אם מאמצים את גישת ההבטחה המחייבת – לעומת גישה הנשענת על קליטה אוטומטית של אמנה הנוגעת לשטחים מוחזקים – יכול השלטון לטעון שבמקרה ספציפי יש צידוק לסטייה מאמנת ג'נבה; אך יהיה עליו לשכנע את בית-המשפט בכך. עצם רצונו לבצע מעשה העומד בניגוד לאמנה אין בו כדי להרים נטל זה.

לסיכום: הדוקטרינה האנגלית, שלפיה אמנות הדנות במלחמה ובכיבוש מחייבות את הרשות המבצעת ללא כל צורך באימוץ פרלמנטרי, משתלכת במבנה החוקתי של מדינת ישראל. היא גם מתיישבת עם העקרונות שנקבעו במשפט המנהלי בדבר הבטחות ושרשויות מנהליות נוטלות על עצמן.

59 ראה ברייזקב, לעיל הערה 3.

60 טענה זו היא כמובן דרך אחרת להציג את הטענה נגד אכיפה ישירה של הסכמים בינלאומיים שדנתי בה לעיל. טענה זו היתה משכנעת יותר לו הגישה הכללית של שיטת-המשפט היתה שאין קליטה ישירה של המשפט הבינלאומי, דהיינו: גישה הנשענת על תפישה דואלית בשאלת היחס בין משפט פנימי ובין משפט בינלאומי; אך השיטה שלנו גורסת קליטה ישירה של המשפט המנהגי. ההבחנה בין משפט מנהגי לבין משפט הסכמי איננה מבוססת על ההבדל בבעלי הזכויות וחובות בשני ענפי המשפט, אלא במבנה החוקתי שעסקתי בו לעיל. זאת ועוד: ההשקפה שלפיה המשפט הבינלאומי הנוגע לזכויות אדם אינו מקנה זכויות לפרטים, אלא למדינות בלבד, היא גישה שאבד עליה הכלח. ראה L. Henkin "Introduction", *The International Bill of Rights* (L. Henkin ed., 1981) 1; P. Sieghart *The International Law of Human Rights* (1983) 21.

61 ראה את הניתוח המפורט במאמרו של ברייזקב, לעיל הערה 3.

4. אמנות שאינן ניתנות לאכיפה אוטומטית (non self-executing)

בפסקי-הדין שלו בפרשות עפו וסג'דיה דן הנשיא שמגר בטענת העותרים שיש לאכוף את אמנת ג'נבה גם אם היא משקפת משפט בינלאומי הסכמי. לפני שאסיים את הדיון בפרק זה, עלי להעיר כמה הערות על נימוקיו של הנשיא שמגר לדחיית הטענה.

בפסק-דין עפו הציג הנשיא שמגר את הטענה, בעקבות מאמרו של ב' רובין⁶², כטענה הנשענת על ההבחנה בין אמנת-חוק ובין אמנת-הסכם. הוא דחה הבחנה זו ככל שהיא נוגעת לעניין אכיפת אמנה שלא עברה אימוץ פרלמנטרי, מכיוון שסבר כי אכיפת אמנה שלא עברה אימוץ פרלמנטרי היתה פוגעת בסמכותה התחקית של הכנסת⁶³. נראה לי, שגם אם הנשיא שמגר צדק בדחיית הטענה שאמנת-חוק איננה טעונה אימוץ פרלמנטרי לשם אכיפתה על-ידי בית-משפט פנימי, אין להסיק שאמנת ג'נבה IV איננה ניתנת לאכיפה. כפי שהוסבר לעיל, הטענה בדבר אכיפת אמנת ג'נבה על פעולות הרשויות בשטחים איננה נשענת על היותה אמנת-חוק, אלא על התפישה האנגלית שלפיה ההלכה שאין תחולה ישירה למשפט הסכמי איננה תקפה כאשר מדובר בהתחייבויות של הרשות המבצעת הנוגעות לשימוש בסמכויות הפררוגטיביות, במיוחד כאשר אלה מופעלות בשטח שמשפט המדינה לא חל עליו. מתן תוקף לאמנת ג'נבה לא היה פוגע בסמכות החקיקה של הכנסת, מכיוון שכל סמכויות החקיקה בשטחים מרוכזות ממילא בידי הרשות המבצעת. בפסק-דין עפו ציין הנשיא שמגר שאין הצדקה לסטות מהלכת סמרה⁶⁴. הקושי הוא, שמעולם לא נבחן אם הלכה זו מתאימה למצבים של תפישה לוחמתית, שבהם כל סמכויות השלטון מרוכזות בידי זרוע של הרשות המבצעת, שאת סמכויותיה לפעול בשטח המוחזק איננה שואבת מחוקים של הכנסת. השאלה איננה אפוא אם יש מקום לסטות מהלכת סמרה, אלא אם היה בכלל מקום לתחולתה של אותה הלכה במצב של תפישה לוחמתית. לשאלה זו לא היתה התייחסות עניינית בפסק-דין עפו. בפסק-הדין סג'דיה הביא הנשיא שמגר נימוק נוסף לחיזוק העמדה, שאל-לו לבית-משפט פנימי של המדינה לאכוף את אמנת ג'נבה IV. הוא הפנה להבחנה

62 ראה רובין, לעיל הערה 5. הלה מציג טענה דומה לזו שהוצגה לעיל, ואולם הוא מבקש להיבנות מן ההבחנה בין אמנת-חוק ובין אמנת-הסכם וטוען, שאמנת-חוק "המתבצעת מכוחה" דומה במעמדה למשפט המנהגי ויש לאוכפה גם בלי אימוץ פרלמנטרי.

63 ראה דבריו של הנשיא שמגר בפסק-דין עפו, לעיל הערה 7, בעמ' 40: "השיטה המוצעת ע"י העותרים הייתה מעניקה לרשות המבצעת סמכות להורות הנוראות דין מחייבות לתוך משפטנו, בלי להיזקק למחוקק".

64 שם, בעמ' 34 ו-48.

האמריקנית בין אמנות הניתנות לאכיפה אוטומטית (self-executing) ובין אמנות שאינן ניתנות לאכיפה אוטומטית (non self-executing) ולשני פסקי-דין אמריקניים שבהם נקבע כי אמנת ג'נבה IV איננה ניתנת לאכיפה אוטומטית⁶⁵. הנשיא שמגר הסביר כי אם במדינה כמו ארצות-הברית, שבה קובעת החוקה במפורש כי אמנות הן חלק ממשפט המדינה, אין אוכפים את אמנת ג'נבה מכיוון שלא נתקבל חוק המסדיר את ביצועה, על-אחת-כמה-יוכמה שאין לאוכפה במדינה כמו מדינת ישראל, שבה אין הוראה הדומה להוראת החוקה האמריקנית, במיוחד במקרה שבו יש חיקוק פנימי הסותר את האמנה⁶⁶.

ספק בעיני אם פסקי-הדין האמריקניים מועילים בניתוח מעמדה של אמנת ג'נבה בעתירות הנוגעות לשטחים.

התפישה שלפיה אמנת ג'נבה היא אכיפה בבתי-משפט פנימיים איננה גורסת בהכרח, כי כל הוראותיה של האמנה ניתנות לאכיפה ללא אימוץ פרלמנטרי. ברור לחלוטין, למשל, שבהיעדר חוק פנימי הקובע את העבירה ועונשה אין להעמיד אנשים לדין פלילי בפני בית-משפט פנימי של מדינת ישראל בשל הפרת הוראותיה של האמנה. דין זה היה ברור גם לנסחי אמנת ג'נבה. בסעיף 146 לאמנה מתחייבים בעלי האמנה:

לחוקק כל חוק שיהא צורך בו, כדי לקבוע עונשים יעילים לאנשים המבצעים, או מצווים לבצע את אחת ההפרות החמורות של האמנה הזאת המוגדרות בסעיף הבא.

אין הוראה אחרת באמנה המתייחסת לצורך בחקיקה פנימית ליישום האמנה⁶⁷. יוצא

65 פסק-דין סג'דיה, לעיל הערה 7, בעמ' 812-815. פסקי-הדין שהנשיא שמגר הפנה אליהם הם *Tel Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774 (1984) and *Handel v. Artukovic*, 601 F.Supp. 1421 (1985). בעניין זה יש לציין שבפסקי-דין קנדי הוכרה אמנת ג'נבה, 1929, כאמנה שנאכפה ישירות על-ידי בית-משפט. ראה *Rex v. Rachler* [1945] 3 D.L.R. 272, 277 cited in R. St. J. MacDonald "The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada" *Canadian Perspectives in International Law and Organization* (1974) 88, 122-123.

66 פסק-דין סג'דיה, לעיל הערה 7, בעמ' 814. במקרה זה נקבע, שחוק של הכנסת התיר את הפעולה, שעל-פי הטענה נאסרה באמנת ג'נבה (החזקת עצירים מנהליים מן השטחים בתוך שטח מדינת ישראל).

67 קשה אפוא לקבל את העמדה שהובעה בשני פסקי-הדין האמריקניים אשר צוטטו על-ידי הנשיא שמגר, כי האמנה קובעת את הצורך בחקיקה ליישומה, ומכאן שלא היתה כוונה שתהיה אכיפה ללא אימוץ פרלמנטרי. ההיפך הוא הנכון: מן הקביעה שיהיה צורך בחקיקה מיוחדת כדי לאפשר הפעלת הסעיפים הנוגעים לאחריות פלילית בשל הפרות חמורות יש להבין, שלא יהיה צורך בחקיקה ביחס לסעיפים האחרים של האמנה.

אפוא, שנסחי האמנה היו מודעים לכך שבשיטות־משפט מסוימות הטלת עונשים פליליים על אנשים ספציפיים תהיה אפשרית רק מכוח חקיקה פנימית. מנגד הניחו, שבכל הנוגע להתחייבויות האחרות של המדינות לפעול, או להימנע מלפעול, תהיה האמנה אכיפה גם ללא חקיקה פנימית⁶⁸.

התפישה האנגלית שעסקתי בה לעיל היא, שרק אותן הוראות המופנות לרשות המבצעת עצמה והדורשות ממנה לפעול או להימנע מפעולה, הן אכיפות ללא אימוץ תחיקתי. הסברתי לעיל, שהשקפה זו מתיישבת עם עקרונות המשפט הציבורי שלפיהם יש בכוחה של הרשות המבצעת ליטול על עצמה הבטחות מחייבות לבצע או שלא לבצע פעולה, בתנאי שבביצוע הפעולה (או באי־ביצועה) לא תחרוג מסמכותה.

השאלה איננה אפוא, אם כל הוראותיה של אמנת ג'נבה ניתנות לאכיפה אוטומטית, אלא אם ההוראות שעניינן הגבלות על פעולה שלטונית הן אכיפות בלי חקיקה מאמצת.

הלשון שבה השתמשו חלק מן השופטים בפסק־הדין אשר צוטטו על־ידי הנשיא שמגר היא רחבה. בלשון זו יש ללא ספק תמיכה לגישה הגורסת שאמנות ג'נבה השונות (בבתי־המשפט נדונו האמנה השלישית והרביעית) הן בכללותן non self-executing; ואולם בכל המקרים נקבע דין זה באשר לתביעה אזרחית, שבה נעשה ניסיון לבסס עילת תביעה אזרחית בפני בית־משפט אמריקני על הוראות האמנה.

*Huynh Thi Anh v. Levi*⁶⁹ הוגשה תביעה בארצות־הברית לקבלת החזקה בילדים שהיו בווייטנאם. בדונו בטענה שלפיה ניתן לבסס את זכות התובעים להחזקה בילדים על אמנת ג'נבה קבע בית־המשפט שלא היתה ראייה:

That any of the general language relied on by the plaintiffs was intended to be self-executing or to create private rights of action in domestic courts of the signatory countries⁷⁰.

בפרשת *Tel Oren*⁷¹ ניסו בני־משפחתם של קורבנות התקפת המחבלים על כלי־רכב בכביש חיפה-תל־אביב בשנת 1978 להגיש תביעת נזיקין בארצות־הברית נגד לוב,

68 ראה סעיף 1 לאמנה הקובע: "בעלי האמנה מתחייבים לכבד אמנה זו ולדאוג לכיבודה בכל הנסיבות". לפי דרישתו של סעיף 146 לאמנה נחקק באנגליה, עובר לאשרור האמנה על־ידי הכתר, ה־Geneva Conventions Act, 1957 שמטרתו לאפשר שפיטחם והענשתם באנגליה של אנשים המבצעים הפרות תמורות של האמנה.

69 586 F2d 625 (1978).

70 שם, בעמ' 629.

71 לעיל הערה 65.

אש"ף וכמה גופים ערביים אחרים. הקושי שלהם היה שלמעשה הטידור לא היה קשר לארצות-הברית ולכן לא היה בסיס לסמכותו של בית-המשפט האמריקני. כדי להתגבר על קושי זה ניסו התובעים לבסס את עילת התביעה שלהם על אמנת ג'נבה, שארצות-הברית היא צד לה. השאלה הייתה אפוא אם ניתן לבסס עילת תביעה בנוזקין בפני בית-משפט אמריקני על הוראות אמנת ג'נבה. בנמקו את דעתו שאין להכיר בעילת תביעה כזו ללא הוראה חקוקה נזקק השופט בורק לרעיון, שאמנת ג'נבה אינה self-executing⁷². גם בפרשת *Handel v. Artukovic*⁷³ נדחתה תביעת נזיקין שנתבססה על כמה אמנות, וביניהן אמנת ג'נבה. בית-המשפט הדגיש, כי:

Neither of the treaties relied upon by the plaintiffs gives them a private right of action "arising under the treaties" within the meaning of section 1331⁷⁴.

סעיף 6(2) לחוקה האמריקנית מונה אמנות בין מקורות המשפט שייאכפו על-ידי בתי-המשפט. ההבחנה בין self-executing treaties ובין non self-executing treaties פותחה בארצות-הברית כדי לספק לבתי-המשפט כלי להתחמק מאכיפתן של כל האמנות שהמדינה חתומה עליהן⁷⁵. הבחנה זו נדונה בהרחבה בספרות המשפטית, כאשר המחברים מסכימים כי אין אחידות בפסיקה וקשה לעמוד על הקריטריונים להבחנה בין שני סוגי האמנות⁷⁶. לי נראה, שהנקודה המרכזית היא, כי הוראה באמנה לא תיחשב כ-"non self-executing" אם היא מתייחסת להתחייבות לפעולה או להימנעות מפעולה מצד הרשות המבצעת שהיתה מחייבת לו ניתנה שלא במסגרת אמנה⁷⁷. גישה זו מתיישבת עם ההלכה שנקבעה בבתי-המשפט בארצות-הברית שלפיה הנשיא מוסמך, ללא אישור הסנאט, לכרות אמנות בינלאומיות הנוגעות

72 הניתוח של השופט בורק וזה לביקורת חריפה. ראה A. D'Amato "What does Tel-Oren Tell Lawyers?" 79 *Am. J. of Int. Law* (1985) 92.

73 לעיל הערה 65.

74 שם, בעמ' 1426. סעיף 1331 ל-U.S.C.A., קובע את סמכותו של בית-המשפט לדון בעילת תביעה "arising under a treaty".

75 ראה J. L. Paust "Self-Executing Treaties" 82 *Am. J. of Int. Law* (1988) 760.

76 ראה פאוסט, לעיל הערה 75; Y. Iwasawa "The Doctrine of Self-Executing Treaties in the U.S. — A Critical Analysis" 26 *Va. J. of Int. Law* (1985-1986) 627; A. E. Evans "Self-Executing Treaties in the U.S.A." 30 *British Yearbook of Int. Law* (1953) 178; J. H. Jackson, "The United States", F. G. Jacobs and S. Roberts (eds.) *The Effect of Treaties in Domestic Law* (Vol. 1, 1987) 141.

77 לרעיון בכיוון זה ראה ג'קסון, לעיל הערה 75, בעמ' 151. וראה גם ההערות ב-"*Restatement of the Law, Third — The Foreign Relations Law of the United States* (Vol. I, 1987) 54: "In general, agreements that can be readily given effect by executive or judicial

לתחום סמכויותיו, למרות הקביעה בסעיף II(2) לחוקה שסמכותו לכרות אמנות תופעל תוך התייעצות עם הסינט והסכמתו⁷⁸.

גם אמנות אלה נחשבות כחלק מן המשפט הפנימי⁷⁹.

באמנה אחת יכול שתהיינה הוראות שהן self-executing והוראות שאינן self-executing⁸⁰. כאמור לעיל, זאת היתה ההשקפה מאחורי אמנת ג'נבה. לשם הטלת עונשים פליליים על אנשים המבצעים הפרות חמורות של האמנה יש צורך בחקיקה פנימית. דין זהה צריך שיחול לגבי אחריות בנוזיקין: אחריות זו היא פונקציה של המשפט הפנימי, וללא הוראה מתאימה במשפט זה לא תקום אחריות בנוזיקין; ואולם הדבר שונה כאשר מדובר בהגבלות על כוח השלטון: אלה אינן טעונות הוראה בחוק הפנימי. הרשות המבצעת יכולה לקבל על עצמה התחייבות שלא להשתמש בסמכויות שונות.

לסיכום: הטענה בדבר אכיפתה של אמנת ג'נבה ללא צורך באימוץ פרלמנטרי מתבססת על עיקרון חוקתי המכיר בכוחה של הרשות המבצעת לקבל על עצמה הגבלות ללא צורך בחקיקה פרלמנטרית. בנסיבות שבהן ההוראות באמנה עניינן הגבלות על כוח השלטון אין מקום להיזקק להבחנה בין אמנות שהן self-executing ובין אמנות שהן non self-executing.

ג. פרשנות אמנת ג'נבה

לפי גישתו בשאלת האכיפה ניתן היה לחשוב, שבית המשפט יימנע מהתייחסות למשמעותן המהותית של הוראות אמנת ג'נבה. ואמנם, בסוגיית ההתנחלויות, משקבעו כי האמנה איננה אכיפה, סירבו השופטים לנדוי וויתקן לדון בשאלה אם הקמת התנחלויות עומדת בניגוד לסעיף 49(6), על-אף בקשת הרשויות שיחוו את דעתם בשאלה⁸¹; אך גישה זו לא נתקבלה במקרים אחרים, ובית המשפט דן לא

bodies, federal or state, without further legislation, are deemed self-executing, unless a contrary intention is manifest"

78 ראה §303, at note 77, *Restatement, supra*.

79 שם, בעמ' 162.

80 ראה הערות על ה-*Restatement*, שם, בעמ' 47:

Some provisions of an international agreement may be self-executing and others non self-executing.

81 ראה פסק-דין אויב, לעיל הערה 11, בעמ' 113, 122, 129-127 (פרשת בית-אל); פסק-דין דויקאט, לעיל הערה 6, בעמ' 1 ו-29 (פרשת אלון מורה).

פעם במשמעותן המהותית של הוראות באמנה שעל-פי תפישתו-הוא אין הוא רשאי לאכוף. בחלק מפסקי-הדין הראשונים הלך בית-המשפט בדרך זו לאחר שבא-כוח המפקד הצבאי הביע את נכונותו לכך⁸², אך מאוחר יותר, גם כאשר קיבל את טענתן המפורשת של הרשויות שאין לאכוף הוראה באמנה, נכנס בית-המשפט לפירוש אותה הוראה והביע עמדה בנושא.

בחלק זה אעמוד על שיטת הפרשנות שבית-המשפט אימץ בפירוש הוראות באמנה.

1. גירוש וסעיף 49 לאמנה

הסוגיא העיקרית שבה נטענה בבית-המשפט העליון טענה הנשענת על הוראה מהותית באמנת ג'נבה היא סוגיית הגירוש מן השטחים. כללי האג, שבית-המשפט מכיר בהם כחלק מן המשפט המנהגי, אינם עוסקים בשאלת הגירוש. לעומת זאת, באמנת ג'נבה יש הוראה מפורשת האוסרת גירוש משטחים הנתונים למשטר של תפישה לוחמתית. מובן אפוא למה ניסו עותרים בעתירות הנוגעות לגירוש לשכנע את בית-המשפט שיש לאכוף את ההוראה באמנה ג'נבה.

בית-המשפט סירב לא-פעם לקבל את הטענה, שהאיסור הכללי על גירוש הוא חלק מן המשפט המנהגי, או שניתן לאכוף איסור זה על-פי תיאוריות שונות הנוגעות לאכיפת המשפט הבינלאומי בבתי-משפט פנימיים⁸³. אך עמדה זו לא מנעה מבית-המשפט לדון בהרחבה בטענה שגירושם מן הסוג שבוצע על-ידי שלטונות צה"ל אסורים על-פי אמנת ג'נבה, ולדחותה.

סעיף 49 לאמנה קובע:

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.

אף-על-פי-כן, רשאית המעצמה הכובשת לקבל על עצמה את פיגור השלם או החלקי של איזור מסוים, אם בטחון האוכלוסייה או שיקולי הכרח צבאיים ידרשו זאת. פיגור כזה אסור לו שיגדור את עקירתם של מוגנים מעבר לגבולות השטח הנכבש, אלא-אס-כן אי-אפשר, מסיבות של ממש, למנוע את עקירתם. האגשים שפוגו כך יוחזרו לבתיהם מיד עם תום פעולות האיבה באותו שטח.

82 ראה פסקי-הדין אלג'מעיה אלמסיחיה ואבו חילו, לעיל הערה 11.

83 ראה פסקי-הדין קוואסמה, מטור ועפר, לעיל הערה 7.

Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive.

Nevertheless, the Occupying Power may undertake total or partial evacuation of a given area if the security of the population or imperative military reasons so demand. Such evacuations may not involve the displacement of protected persons outside the bounds of the occupied territory except when for material reasons it is impossible to avoid such displacement. Persons thus evacuated shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased.

לשון הוראה זו ברורה: ההוראה דנה הן בהעברות שבכפייה, אינדיבידואליות או המוניות, הן בגירוש של מוגנים. האיסור מנוסח כאיסור מוחלט שאין לו חריגים. לפי המלים "יהי המניע מה שיהיה" נראה שהאיסור חל גם על גירוש מטעמי ביטחון. האופי הבלתי-מסויג של האיסור משמעותו שהוא חל בין אם נתלווה לגירוש הליך הוגן בין אם לאו. אין תימה בכך אפוא, שהדעה הכמעט-אוניברסלית של מומחים למשפט בינלאומי היא, שסעיף 49 לאמנת ג'נבה מטיל איסור מוחלט על גירוש תושבים משטחים מוחזקים⁸⁴. דעה זו הוצגה בקומנטר הרשמי על אמנת ג'נבה IV בעריכת ז'אן פיקטה, שפורסם על-ידי הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום לפני שמדינת ישראל תפשה את השליטה בגדה המערבית ובחבל-עזה⁸⁵. הרוב בבית-המשפט העליון סירב לפרש את סעיף 49 לפי משמעותו הרגילה והמקובלת. הוא קבע, שסעיף 49 אינו חל על גירוש מן הסוג שרשויות צה"ל מבצעות בשטחים, דהיינו: גירוש אנשים ספציפיים מטעמי ביטחון. להלן אסקור את הפסיקה שבה נדונה סוגיית זו.

84 ראה " דינשטיין דיני מלחמה (תשמ"ג) 225 ; G. von Glahn *Law Among Nations* (6th ed., 1992) 782; E. R. Cohen *Human Rights in the Israeli-Occupied Territories, 1967-1982* (1985) 110; T. Meron *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (1989) 48 n. 131; G. Greenwood "The Administration of Occupied Territory in International Law" *International Law and the Administration of the Occupied Territories* (E. Playfair ed., 1992) 241, 294 n. 29.

85 ראה I.C.R.C. *Commentary on IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (general editor J. S. Pictet, 1958) 279.

(א) פסק-דין עוואד⁸⁶

הטענה שגירוש מטעמי ביטחון אסור על-פי סעיף 49 נדונה לראשונה בבית-המשפט העליון בפסק-דין עוואד. מטעמים השמורים עמו לא עסק הנשיא זוסמן בשאלת תחולתה של אמנת ג'נבה או אכיפתה בבית-משפט פנימי, אלא בחר לדון בטענה לגופה⁸⁷. הוא הצהיר:

אף לא מצאתי ממש בטענה, כי השימוש בתקנה 112... עומד בסתירה לסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית מאוגוסט 1949 בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה. אמנה זו באה כמו שמבאר Dr. Pictet בקומנטר אשר כתב אל (כך:!) האמנה (בעמ' 10) כדי להגן על האזרח בפני מעשה שרירותי (arbitrary action) של הצבא המתזקק, ומטרתו של סעיף 49 הנ"ל היא למנוע מעשים, כדוגמת מעשי הזוועה, שנעשו על-ידי הגרמנים במלחמת העולם השנייה שבמשכה גורשו מליונים של אזרחים מבתייהם למטרות שונות, בדרך כלל לגרמניה כדי להעבירם בעבודת כפייה עבור האויב, וכן גורשו יהודים ואחרים למחנות ריכוז לצורך עינויים והשמדה⁸⁸.

מכיוון שאין בפסק-הדין התייחסות לטענתם המפורטת של העותרים, אין אנו יודעים מפסק-הדין עצמו אם הובאו אסמכתאות כלשהן לתמיכה בטענה שהאיסור על גירוש בסעיף 49 הוא כללי ובלתי-מסויג; ואולם גם אם מניחים שהעותרים הסתפקו בהפניה ללשון סעיף 49 בלבד, ברור שתשובתו של הנשיא זוסמן לטענה לוקה בחסר. ראשית, הנשיא זוסמן עצמו מפנה לקומנטר הרשמי על אמנת ג'נבה בעריכתו של פיקטה כאסמכתא לעמדתו, שמטרת האמנה היתה לאסור פעולות שרירותיות מצד שלטונות-הכיבוש; אבל הוא מתעלם מכך שבאותו קומנטר עצמו נאמר במפורש כי האיסור על גירוש בסעיף 49 הוא איסור מוחלט⁸⁹. שנית, גם אם מניחים שהמטרה של אמנת ג'נבה היתה המטרה שהנשיא זוסמן דן בה, האם המסקנה היא שיש להתעלם מלשונה המפורשת של ההוראה באמנה? הכלל בפירוש אמנות הוא, שיש לתת למלים את משמעותן הרגילה וכי ניתן להיזקק לנסיבות כריתת האמנה ככלי פרשנות נוסף רק אם המשמעות הרגילה הינה מעורפלת או

86 בג"צ 97/79 אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד (לג) 309.

87 ואולם השופט שמגר, שהצטרף לפסק-דינו של הנשיא זוסמן, ראה לנכון להוסיף את ההערה הבאה: "לשם הסרת ספק אוסיף, כי אין לראות בהתייחסותנו לסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית משום נקיטת עמדה בשאלת תחולתה של האמנה בשטח שעליו מדובר, מאחר שנושא זה לא נדון לפנינו" (שם, בעמ' 317).

88 שם, בעמ' 316.

89 ראה לעיל הערה 85.

דו-משמעית או אם היא מובילה לתוצאה מגוחכת או בלתי-סבירה⁹⁰. זאת ועוד: לו המטרה היחידה היתה לאסור פעולות שרירותיות, המנסחים היו מסתפקים בהוראה כללית האוסרת פעולה שרירותית. למה ראו לנכון לכלול איסור ספציפי על גירוש? ולבסוף, אין כל סתירה בין המטרה המשווערת של האמנה – מגיעת פעולות שרירותיות – ובין הוראה האוסרת כל גירוש והעברה שבכפייה "יהי המניע מה שיהיה"; שהרי ניתן לשער כי מאחורי איסור גורף עמד חשש שכל חריג ינוצל לרעה. קל יותר לאכוף איסור כללי מאשר איסור הכפוף לחריגים⁹¹.

הנשיא זוסמן לא גילה על מה ביסס את הנחתו, שמטרתו היחידה של סעיף 49 היתה למנוע גירושים מן הסוג שביצעו הנאצים⁹²; ואולם כפי שהשופט בן ציין בשלב מאוחר יותר בפסק-דינו בפרשת עפו, גם אם מניחים כי הגירושים שביצעו הנאצים הם שהניעו את נסחי האמנה לכלול בה איסור על גירוש, אין מקום להסיק שיש לצמצם את תחולת סעיף 49 לגירושים מסוג זה בלבד. היקף האיסור הוא פונקציה של לשון ההוראה ולא של הגורם שהניע את הנסחים לכלול אותה באמנה. בניסיונו לחזק את דעתו, שסעיף 49 איננו אוסר גירוש מטעמי ביטחון, הוסיף הנשיא זוסמן נימוק נוסף: סעיף 49 איננו גורע מחובתה של המדינה הכובשת לנקוט צעדים להגן על בטחונה⁹³. בהבאת נימוק זה התעלם הנשיא זוסמן לחלוטין מסעיף 78 לאמנה⁹⁴, שכל מטרתו להגביל את הצעדים אשר המעצמה הכובשת

90 נקודה זו תנוחת להלן בדיון בפסק-דין עפו.

91 ראה בעניין זה את הערתו של הנשיא שמגר בפסק-דין עפו, לעיל הערה 7, בעמ' 23. באותו מקרה קבע הנשיא שמגר, שסעיף 49 חל רק על גירוש המוני. בדונו בביטוי "יהי המניע מה שיהיה" הוא אמר: "ההתייחסות למניע אפשרי כלשהו באה רק כדי לחסום את הדרך בפני העלאת טענות ותירושים, הקושרים את הגירוש ההמוני במניע לגיטימי כביכול".

92 היות שהפנה לקומנטר בעריכת פיקטה ניתן להגיה שהמקור – לפי הנחתו – היה קטע בקומנטר, שבו יש התייחסות לגירושים שביצעו הנאצים:

The thought of the physical and mental suffering endured by these "displaced persons," among whom there were a great many women, children, old people and sick, can only lead to thankfulness for the prohibition embodied in this paragraph, which is intended to forbid such hateful practices for all time.

(קומנטר, לעיל הערה 85, בעמ' 279).

מן הלשון של הקומנטר אין שום אפשרות להסיק, שאיסור גירושים דוגמת אלה שברצו על-ידי הנאצים היה המטרה היחידה של ההוראה. וראה מרון, לעיל הערה 16, בעמ' 48 הערה 131.

93 פסק-דין עוואד, לעיל הערה 86, בעמ' 316.

94 סעיף 78 לאמנה קובע:

היתה המעצמה הכובשת סבורה שיש צורך, מטעמי הכרח של בטחון, לנקוט אמצעי בטחון כלפי מוגנים, רשאית היא, לכל היותר, לייחד להם מקום מגורים או לעצורם...

רשאית לנקוט לצורכי ביטחון. עוד יש לזכור, כי האפשרות שהעברת אנשים תהיה נחוצה מטעמי ביטחון זכתה להכרה בסעיף 49 עצמו. הפסקה השנייה בסעיף מתירה בהיתר מפורש "את פיגועי השלם או החלקי של אזור מסויים, אם בטחון האוכלוסיה או שיקולי הכרת צבאיים ידרשו זאת". אם מאמצים את הפירוש של הנשיא זוסמן לסעיף 49, פסקה זו היא מיותרת⁹⁵.

(ב) פסק-דין קוואסמה⁹⁶

בפרשת קוואסמה נעשה ניסיון נוסף לשכנע את בית-המשפט, שהמשפט הבינלאומי אוסר גירוש תושבים משטחים מוחזקים. השאלה העיקרית שנדונה בפסק-הדין, היתה אם יש איסור כללי במשפט הבינלאומי המנהגי על גירוש אזרחים ממדינתם⁹⁷. עם זאת, הנשיא לנדוי התייחס גם לסעיף 49 לאמנת ג'נבה, כאשר הוא מביא הן את עמדתו של השופט זוסמן הן את טענת העותרים שהשופט זוסמן התעלם מן העמדה של הקומנטר על האמנה, מן ההבחנה בין הפסקה הראשונה ובין הפסקה השנייה של סעיף 49 ומהשלכותיו של סעיף 78 לאמנה. הנשיא לנדוי גם הזכיר את טענת העותרים, שיש להבחין בין המניע להכללת האיסור על גירוש בתוך האמנה ובין הלשון הברורה של סעיף 49, שעניינו לא רק גירושים המוניים אלא גם גירושים אינדיבידואליים.

כתשובה לטענת העותרים אמר הנשיא לנדוי:

כנגד זה ניתן לומר, שגם גירוש של יחידים ברצע מדי פעם תחת שלטונו של היתלר, להגשמת אותה מדיניות, שגרמה לגירושים המוניים, ועל-כן אינו חל סעיף 49 על כל פסקאותיו, מעיקרו של דבר, על גירוש של אנשים המסכנים את שלום הציבור – כמו שפסק בית-המשפט זה כבג"צ 97/79 (פסק-דין עוואד – ד"ק). כדברי J. Stone בהרצאתו *No Peace — No War in the Middle East* (Sydney, 1969)⁹⁸:

95 השווה דבריו של הנשיא שמגר בפסק-דין עפו, לעיל הערה 7, בעמ' 28, שבו הוא רואה את ה"פיגוע", אשר הפסקה השנייה בסעיף 49 דנה בו כיוצא-מן-הכלל לגבי ה"גירוש", המלמד גם על משמעות המושג "גירוש".

96 פסק-דין קוואסמה, לעיל הערה 7.

97 בשאלה זו נתגלעו חילוקי-דעות בין השופטים. לניתוח עמדותיהם השופטים ראה י' דינשטיין "גירוש ראשי הערים מיהודה" עיוני משפט ח (תשמ"א-תשמ"ב) 158.

98 J. Stone *No Peace — No War in the Middle East — Legal Problems of the First Year* (1969) 17 (Lecture Delivered on Nov. 22, 1968).

...it seems reasonable to limit the sweeping literal words of Article 49 to situations at least remotely similar to those contemplated by the draftsman, namely the Nazi War II practices of large-scale transfers of populations, whether by mass transfer or transfer of many individuals, to more hostile or dangerous environments, for torture, extermination or slave labour.

ברם, יהיה הפירוש הנכון של הפסקה הראשונה לסעיף 49 אשר יהיה, מכל-מקום גם היא, כמו סעיף 49 כולו, אינה מהווה חלק של המשפט הבינלאומי המנהגי...⁹⁹.

עיינו הראות, שהבסיס לעמדתו של הנשיא לנדרי במתן תשובתו לטענת העותרים היה חוות-הדעת של השופט זוסמן, הנשענת, כמוסבר לעיל, על יסודות רעועים. הנשיא לנדרי ניסה, עם זאת, לחזק את גישתו של השופט זוסמן על-ידי הבאת חלק מציטטה מהרצאה של ג'וליוס סטון שבה דן סטון ב"מצבים... שעליהם חשבו הנסחים". אחזור לעמדתו של סטון בדיון להלן בפסק-דין עפו. בשלב זה חשוב להדגיש, שהנשיא לנדרי לא התיימר לתת פירוש מחייב לסעיף 49. הוא ביקש רק להראות שגישת העותרים בשאלה זו איננה הגישה האפשרית היחידה. הנשיא לנדרי לא רצה להחליט אם יש להעדיף את גישת העותרים או את גישתו של השופט זוסמן, מכיוון שפסק כי "יהיה הפירוש הנכון של הפסקה הראשונה לסעיף 49 אשר יהיה", אמנת ג'נבה איננה חלק מן המשפט הפנימי של מדינת ישראל ולא ניתן להישען עליה לפני בית-משפט פנימי. הוא ראה לנכון להוסיף:

לפיכך אנהג גם הפעם, כמו שנהגנו בפרשת בית-אל... באשר לפסקה (6) של סעיף 49, ..., ואמנע מהכרעה בשאלת חוקיותם של צווי הגירוש לפי סעיף 49(1) של אמנת ג'נבה, שהנו לעת עתה בבחינת הוראה של המשפט הבינלאומי ההסכמי בלבד, שעליו היחיד אינו יכול לבסס את עתירתו בבית-משפט הדן עפ"י הדין הפוזיטיבי של מדינת הדיון.¹⁰⁰

הערתו של הנשיא לנדרי לגבי פירוש סעיף 49 היו, אפוא בבחינת *obiter dictum* בלבד.

99 פסק-דין קוואסמה, לעיל הערה 7, בעמ' 627.

100 שם.

(ג) פסק-דין נזאל¹⁰¹

פסק-דין נזאל דן בעתירה נוספת נגד גירוש מטעמי ביטחון של תושב השטחים. בתשובה לטענה שגירוש עומד בניגוד לסעיף 49 לאמנת ג'נבה הפנה הנשיא שמגר לפסקי-הדין עוואד ו-קוואסמה והביע את הסכמתו לנאמר בהם¹⁰². אך הנשיא שמגר הוסיף טענה שהעלה קודם-לכן במאמר שכתב בתקופת כהונתו כיועץ המשפטי לממשלה, והיא שסעיף 49 איננו חל על גירוש אזרח ירדני לירדן¹⁰³. סעיף 49 עניינו הגירוש:

from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not...

גישתו של הנשיא שמגר היא, שכאשר מגרשים אזרח ירדני לירדן לא מגרשים אותו ל"מדינה אחרת"¹⁰⁴.

העלאת טענה זו מעוררת תמיהה מסוימת, שהרי בשעה שדן בתחולתה של אמנת ג'נבה בגדה המערבית הביע הנשיא שמגר את הדעה שסיפוח שטח זה על-ידי ירדן לא זכה להכרה בינלאומית ולכן לא ניתן היה לראות אותו כשטח של צד לאמנת ג'נבה כאשר נתפש על-ידי ישראל בשנת 1967¹⁰⁵. נראה אפוא, שלצורך תחולתה של האמנה – הגדה המערבית וירדן אינן אותה מדינה, אך לצורך גירוש תושבים מן הגדה לירדן – ירדן אינה נחשבת כמדינה אחרת! ושלא ייטען כי אין העניין אם מדובר במדינה אחרת, מבחינתה של המעצמה המגרשת, אלא מבחינתו של המגורש, ומכאן שניתן לגרשו למדינת אזרחותו¹⁰⁶, יש לציין שאין זכר ליסוד

101 כג"צ 513, 514/85 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לט(3) 645.

102 שם, בעמ' 654.

103 ראה שמגר, לעיל הערה 3, בעמ' 274. למרבה הפליאה דעה זו זכתה לתמיכתו של דינשטיין, לעיל הערה 97, בעמ' 170-171.

104 פסק-דין נזאל, לעיל הערה 101, בעמ' 654: "סעיף 49 אינו חל מכל מקום – אף לפי פירושו המילולי הפשטני של הסעיף שאינו מקובל עלי – על גירוש של אזרח ירדני לממלכת ירדן".

105 ראה שמגר, לעיל הערות 2-3.

106 דינשטיין, לעיל הערה 97, כותב כי "את המלה 'אחרת' יש לפרש כמדינה שאינה מדינת האזרחות של המגורשים". לגישה דומה ראה D. Shefi "The Reports of the U.N. Special Committees on Israeli Practices in the Territories – A Survey and Evaluation" *Military Government*, *supra* note 1, at pp. 285, 306.

It cannot be argued that deportation of agitators to the east bank of the Jordan constitutes deportation to "any other country" within the meaning of art. 49, for from the point of view of those who absorb the deportees on the east bank, the place from which they were deported is not a different country.

האזרחות בסעיף 49. אך העיקר הוא שהפירוש המוצע איננו מתיישב עם לשונו של הסעיף. הגם שגישתו של הנשיא שמגר זכתה לתמיכה מצדו של פרופסור דינשטיין, קריאת המלים "from the occupied territory to the territory of the Occupying Power, or to that of any of country" מראה בבירור שהמלה "other" נאמרת ביחס למעצמה הכובשת. במלים אחרות: משמעות הסעיף היא שאסור לגרש תושב שטח מוחזק לתוך שטחה של המדינה הכובשת או לשטחה של מדינה אחרת, דהיינו: למדינה שאיננה המדינה הכובשת. פירוש אחר לא רק שאיננו מתיישב עם לשונו של סעיף 49, אלא שהוא מביא לתוצאה בלתי-מתקבלת על הדעת; שהרי אם מקבלים את הפירוש שהוצע על-ידי הנשיא שמגר, המסקנה המתבקשת היא שכאשר מדינה כובשת חלק משטחה של מדינה אחרת, מותר לה לגרש את כל אזרחי אותה מדינה הגרים בחלק שנכבש לתוך החלק שלא נכבש. פירוש המביא לתוצאה בלתי-סבירה זו חייב להידחות.

(ד) פסק-דין עפ"י 107

פסק-הדין העיקרי שבו נדונה משמעותו של סעיף 49 על-ידי בית-המשפט העליון הוא פסק-הדין בפרשת עפו. בשל חשיבות השאלות שהוצגו לפניו ישב בית-המשפט בהרכב מורחב של חמישה שופטים בראשותו של הנשיא, השופט שמגר. בית-המשפט דחה פה אחד את הטענה שניתן לאכוף את אמנת ג'נבה בבית-משפט פנימי. ניתן היה להימנע אפוא מדיון בטענה המהותית שסעיף 49 אוסר גירוש מטעמי ביטחון; אך בית-המשפט לא עשה כן, אלא דן בטענה בפרוטרוט, כאשר מתגלעים חילוקי-דעות בין הרוב, שקיבל את גישתו של השופט זוסמן, ובין שופט-המיעוט, השופט בך, שתמך בעמדה הגורסת שיש לכבד את לשונו של סעיף 49, שעל-פיה ברור כי האיסור על גירוש הוא מוחלט.

הנשיא שמגר, שכתב את פסק-הדין של הרוב, פתח את פסק-דינו בהערה כי "עמדתו של בית המשפט לגבי הטענה [שסעיף 49 מטיל איסור גורף על גירוש — ד"ק] הוצגה, לפרטיה וביסודיות, בפסקי-הדין שניתנו בבית-משפט זה בכג"צ 97/79 [פ"ד עוואד — ד"ק] ובכג"צ 698/80 [פ"ד קוואסמה — ד"ק]"¹⁰⁸. לפיכך — הסביר הנשיא שמגר — היה נמנע מדיון בטענה אלמלא קרא את פסק-דינו של השופט בך, שסירב לאמץ את העמדה אשר הובעה באותם פסקי-דין.

קשה לקבל את דעתו של הנשיא שמגר שהטענה המהותית הנוגעת לפירוש סעיף 49, להבדיל מן השאלה אם איסור על גירוש הוא חלק מן המשפט המנהגי,

107 פסק-דין עפו, לעיל הערה 7, בעמ' 4. המחבר רואה לנכון לציין, שבמקרה זה הוא שימש בא-כוחה של האגודה לזכויות האזרח בישראל, שהיתה אחד מן העותרים.

108 שם, בעמ' 12.

אכן נדונה "לפרטיה וביסודיות" בפסקי-הדין הקודמים. כפי שראינו, בפסק-דינו בפרשת עוואד לא הביא השופט זוסמן אפילו אסמכתא אחת לתמיכה בעמדתו שאין לפרש את סעיף 49 לפי משמעותו הפשוטה. הוא התעלם מעמדתו של הקומנטר בעניין זה ולא התייחס כלל לסעיף 78 לאמנה, המחזק את העמדה שגירוש מטעמי ביטחון הוא אסור. אמנם, בפסק-דין קוואסמה ציטט השופט לנדוי את הרצאתו של פרופסור סטון, התומכת לכאורה בגישתו של השופט זוסמן; ואולם השופט לנדוי אמר במפורש, שאין כוונתו לפסוק אם יש לקבל את גישתו של השופט זוסמן או את גישת העותרים. הוא נמנע מלפסוק בשאלה, מכיוון שהיה ברעה שבכל מקרה איסור מוחלט על גירוש איננו חלק מן המשפט המנהגי הנאכף בבתי-משפט פנימיים. ברור אפוא, שבהערות-האגב של השופט לנדוי אין לראות "עמדתו של בית-משפט זה".

את הדין בפרשנות סעיף 49 פתח הנשיא שמגר במעין הצגת "אני מאמין" בעקרונות הפרשנות המקובלת במשפטנו והפרשנות במשפט הבינלאומי. במרכז "אני מאמין" זה עומדת התפישה שאין להיצמד לסמנטיקה, אלא יש לפרש טקסט משפטי על מנת ליישם את תכליתו וליצור עקביות בין הוראותיו השונות. כן הזכיר הנשיא שמגר בחלק זה של פסק-הדין כלל שבפירוש אמנות בינלאומיות יש להעדיף את הפירוש המגביל בצורה מועטת ביותר את ריבונותה של המדינה, שהיא צד לאמנה¹⁰⁹.

בעקבות דיון מקדמי זה בעקרונות הפרשנות, ניגש הנשיא שמגר לפרש את סעיף 49, כאשר התייזה שלו בפרשנות הסעיף נשענת על שתי הנחות: הראשונה היא, שאין לקבל את הפירוש הפשוט והברור של הוראה באמנה, גם אם פירוש זה מוביל לתוצאה מובנת וישימה, הגם שאיננה נוחה לרשויות. על בית-המשפט למצוא את תכליתה של ההוראה, שהינה פונקציה של הרעה שנסחי האמנה ביקשו למנוע. ההנחה השנייה היא, שהרעה היחידה אשר נסחי סעיף 49 ביקשו למנוע הייתה גירושים מן הסוג שבוצעו על-ידי הנאצים במלחמת-העולם השנייה. שתי הנחות אלה הן בעייתיות.

הבעייתיות של ההנחה הראשונה נחשפה הן בפסק-הדין של שופט המיעוט, השופט בך, הן במאמר ביקורתי ביותר שנכתב על-ידי פרופסור דינשטיין כתגובה לפסק-הדין¹¹⁰. כפי שמראים השופט בך ופרופסור דינשטיין, העיקרון בפירוש אמנות בינלאומיות, כפי שבא לידי ביטוי באמנת וינה¹¹¹, הוא שיש לפרש הוראה באמנה לפי המשמעות הרגילה שיש לתת למונחים בה, בהקשרם ולפי נושאה

109 ראה פסק-דין עפו, לעיל הערה 7, בעמ' 13, 18.

110 ראה י' דינשטיין, לעיל הערה 19, בעמ' 403. וראה גם מרון, לעיל הערה 84.

111 ראה אמנת וינה מיום 23 במאי 1969 בדבר דיני אמנות (אמנת האמנות), סעיף 31.

ומטרתה של האמנה. ניתן להזדקק לנסיבות של כריתת האמנה כדי לתמוך במשמעות שונה מן המשמעות הרגילה של הוראה, רק אם המשמעות הרגילה היא דר-משמעית או מעורפלת או אם היא מובילה לתוצאה שהיא בבירור חסרת-שחר או בלתי-סבירה¹¹².

הנשיא שמגר היה ער לקשיים הנובעים מכללי הפרשנות במשפט הבינלאומי, כפי שאלה באים לידי ביטוי באמנת וינה. כדי להצדיק את הסטייה מן הפירוש הפשוט של סעיף 49 הוא טען, שהטלת איסור מוחלט על גירוש היתה מובילה למסקנה שלא ניתן לגרש מחבלים או מרגלים המסתגנים לשטח כבוש¹¹³. מכיוון שתוצאה זו היא בלתי-סבירה, יש צורך לסטות מן הפירוש המילולי ולצמצם את תחולת סעיף 49 לגירושים מן הסוג שביצעו הנאצים. התשובה לטענה זו ניתנה על-ידי שופט-המיעוט, השופט בך, ועל-ידי פרופסור דינשטיין¹¹⁴. סעיף 49 מטיל איסור מוחלט רק על גירוש "מוגנים". אמנם יוצא, שלא ניתן לגרש תושב שטח כבוש שהורשע בחבלה או בריגול – תוצאה שקשה לתארה כבלתי-סבירה בבירור; ואולם באשר למסתגנים, אלה אינם "מוגנים" ולפיכך איסור הגירוש בסעיף 49 איננו חל עליהם¹¹⁵.

112 שם, סעיף 32.

113 השופט שמגר התעלם מכך שבפסק-דין קודם, שבו נדון גירושם של מסתגנים לאיזור אחרי שחרורם ממאסר, הוא דחה את הטענה כי גירוש זה אסור על-פי סעיף 49 לאמנת ג'נבה במלים אלה:

תהא פרשנותו של סעיף 49 אשר תהיה, לא הועלתה מעולם התיזה, כי הוא בא ליצור חסינות מפני הוצאתו מתוך האזור של מי שנכנס לתוכו שלא כרין אחרי תחילת השלטון הצבאי; אין רמז לכך בפרשנותו המשפטית המקובלת של הסעיף, ואין גם הגיון בכך מעיקרו (ראה בג"צ 456/85, 454 כסראווי נ' שר הבטחון, פ"ד לט(3) 401, (410).

גם בטיעונים של העותרים בפרשת עפו לא הועלתה תיזה זו. עמדתם, שנתקבלה על-ידי השופט בך, היתה שמסתגנים אינם מוגנים ולכן האיסור בסעיף 49 אינו חל עליהם.

114 ראה דינשטיין, לעיל הערה 110.

115 הנשיא שמגר דן גם בגירושם של פושעים שהוכרוזו כבני-הסגרה. פושעים אלה עשויים להיות "מוגנים" ולכן הנשיא שמגר צדק לכאורה כאשר אמר, שפירוש מילולי של סעיף 49 משמעותו כי אין אפשרות להסגירם. גם בהנחה שלא ניתן להסגיר מוגנים משטח הנתון לתפישה לוחמתית, קשה לקבל את הדעה שתוצאה זו היא "manifestly absurd or unreasonable", כך שיש לסטות ממשמעותה הרגילה של לשון סעיף 49. בעניין זה ראה גם דבריו של שופט-המיעוט, השופט בך, בעמ' 76:

השאלה, באיזו מידה הסכם הסגרה בין מדינות הינו בריביוע ביחס לאנשים המצויים בשטחי כיבוש של המדינות השותפות להסכם, הינה סבוכה ומורכבת כשלעצמה, ותהא התשובה עליה אשר תהא, אין בה כדי להשליך על הפרשנות של סעיף 49.

המונח "מוגנים" מוגדר בסעיף 4 לאמנה¹¹⁶. לפי פירושו של הנשיא שמגר, כל אדם (מלבד אזרח המדינה הכובשת) הנמצא בזמן כלשהו בשטח מוחזק, נכלל במסגרת הגדרה זו. כנראה נעלם מן הנשיא שמגר, שפירוש זה איננו מתיישב עם פסק-דין קודם של בית-המשפט העליון עצמו, שבו הובע ספק אם תושב קודם של האזור שחזר אליו על-פי אשרת מבקר יכול להיחשב כ"מוגן"¹¹⁷. אך מעבר לכך, פירושו של הנשיא שמגר למונח "מוגנים" איננו מתחייב מנוסח ההגדרה בסעיף 4. הגדרה זו מדברת על "אלה המוצאים את עצמם — באיזה זמן שהוא ובאיזה דרך שהיא — בשעת סכסוך או כיבוש — בידי אחד מבעלי הסכסוך או בידי אחת המעצמות הכובשות..." אמנם ייתכן, שזרים הנמצאים בשטח בשעת כיבוש נכנסים למסגרת זו, אך לגבי אלה המסתגנים לשטח אחרי כיבוש קשה לראות אותם כאנשים המוצאים את עצמם בשטח. שיטת הפרשנות המופעלת כאן היא מעניינת אפוא. ההצדקה הניתנת לסטייה ממשמעותה הרגילה של הוראה הנראית כברורה וחד-משמעית, סעיף 49, היא שלפי הוראה אחרת באמנה, סעיף 4, התוצאות הנובעות מאימוץ פירוש הנשען על המשמעות הרגילה יהיו בלתי-סבירות; ואולם הפירוש להוראה האחרת איננו הפירוש לפי משמעותה הרגילה, או לפחות איננו הפירוש היחיד המתיישב עם משמעותה הרגילה. הנשיא שמגר איננו עושה ניסיון להפעיל על סעיף 4 את כללי הפרשנות המופעלים לגבי סעיף 49, דהיינו: כללים החותרים למצוא את משמעותה לפי תכליתה.

לסיכום: הקושי שהעלה הנשיא שמגר — תחולתו של סעיף 49 על מסתגנים — כדי להצדיק צמצום תחולתו של הסעיף רק לגירושים שביצעו הנאצים, איננו קושי אמיתי. על-פי לשונו המפורשת של הסעיף, איסור הגירוש חל רק על "מוגנים", ומסתגנים אינם נהנים ממעמד זה.

הציטטה מהרצאתו של פרופסור ג'וליוס סטון, שהובאה על-ידי השופט לנדוי בפרשת קוואסמה, מובאת שוב בפסק-דינו של הנשיא שמגר¹¹⁸. הנשיא שמגר כתב, שלא הוסבר לבית-המשפט למה יש להעדיף את דעתו של פיקטה (בקומנטר על אמנת גינבה) על-פני דעתו של סטון.

קיימות כמה סיבות מדוע היה מקום להעדיף את דעתו של פיקטה על זו של סטון. ראשית, כפי שהנשיא שמגר עצמו טרח להדגיש בפסק-דינו בפרשת

116 סעיף 4 קובע:

מוגנים על ידי אמנה זו הם אלה המוצאים את עצמם — באיזה זמן שהוא ובאיזה דרך שהיא — בשעת סכסוך או כיבוש — בידי אחד מבעלי הסכסוך או בידי אחת המעצמות הכובשות, והם אינם אזרחיו של אותו בעל סכסוך או אזרחיה של אותה מעצמה כובשת.

117 ראה בג"צ 500/72 אל-טיין נ' שר הבטחון, פ"ד כז(1) 481, 485.

118 ראה פסק-דין עפו, לעיל הערה 7, בעמ' 27-22.

ארג'וב¹¹⁹, שבו קיבל את פירושו של פיקטה לסעיף אחר באמנה, הקומנטר בעריכת פיקטה הוא הפירוש הרשמי לאמנה מטעם הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום. קומנטר זה נכתב לפני 1967 ללא קשר לסכסוך ספציפי, והוא מציג ללא ספק גישה אובייקטיבית ומאוזנת, שאיננה מושפעת מן הרצון לתת לגיטימציה למעשה של מדינה זו או אחרת. לעומת זאת, הדעה של סטון הובעה כשנה ומחצה לאחר מלחמת ששת הימים בהרצאה שבה ניסה סטון לשמש סניגור של מדינת ישראל, יותר מאשר כפרשן אובייקטיבי של אמנת ג'נבה¹²⁰. שנית, סטון לא הציג פירוש כללי לסעיף 49. הוא קישר את הפירוש לסעיף 49 לפירוש שהציע לסעיף 78 לאמנה, שלפיו מותר לגרש אזרחים ירדנים לירדן במקום להחזיק אותם במעצר מנהלי. ולבסוף, גם סטון ביסס את דעתו על ההנחה המוטעית שהסיטואציות היחידות שעליהן חשבו נסחי סעיף 49 היו "the Nazi War II practices of large-scale transfers of population".

אדון בקצרה בשני הנושאים האחרונים:

בהרצאתו דן סטון בחוקיות הגירושים לירדן שבוצעו סמוך לסיום מלחמת ששת הימים, ועד למתן הרצאתו בנובמבר 1968. סטון היה מודע לכך כי כל סטייה מפירושו המילולי של סעיף 49 נתקלת במחסום אחר הנמצא בסעיף 78 לאמנה. סעיף אחרון זה קובע, שאם המעצמה הכובשת "סבורה שיש צורך, מטעמי הכרח של ביטחון, לנקוט אמצעי-ביטחון (safety measures) כלפי 'מוגנים', רשאים היא, לכל היותר, ליחד להם מקום מגורים או לעוצרם". משתמע מכך, שאפילו מטעמי הכרח של ביטחון אין לגרש אדם מוגן משטח כבוש. סטון ניסה לעקוף קושי זה בטיעון הבא:

Common sense suggests that in most of the cases deportation to Jordan would be a less severe measure than internment within the license of article 78. For the hostile activities in question have invariably been on behalf of Jordan, to which they were deported, and where they might expect to be welcome and even rewarded, sometimes by high public office¹²¹.

לפי טענתו זו, שעניינה חומרתם היחסית של מעצר מנהלי וגירוש בהקשר פוליטי נתון — כפי שהוא הבין אותו — המשיך סטון ואמר:

Insofar as Article 49 conflicts with this meaning of Article 78 it

119 ראה בג"צ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל פ"ד מב(1) 353, 366, 368.

120 ראה דינשטיין, לעיל הערה 110, בעמ' 410.

121 ראה לעיל הערה 98, בעמ' 16-17.

seems reasonable to limit the sweeping literal words of Article 49¹²²...

(ההדגשה אינה במקור – ד"ק).

הבאת דבריו המלאים מבהירה, שלפי תפישתו הכוללת של סטון כלפי אמנת ג'נבה, המקרים היחידים שבהם גירוש מוגן לא ייחשב כבלתי-חוקי הם מקרים שבהם הגירוש יכול להיחשב כאמצעי פחות חמור ממעצר מנהלי. סטון הביע את דעתו, כי "רוב המקרים" שבהם בוצע גירוש בתקופה הנדונה (הוא בחן 23 מקרים) נכללים בקטיגוריה זו. לפי פירושו של סטון, במקרים שבהם הגירוש הוא ללא ספק אמצעי יותר חמור ממעצר מנהלי, צירוף סעיפים 49 ו-78 היה מוביל למסקנה שהגירוש הוא בלתי-חוקי.

אין בכוונתי כאן להיכנס לדיון מפורט בגישתו של סטון, שהרי מה שעומד במרכז מאמרי זה הוא דרכו של בית-המשפט העליון, ולא דעתו של מלומד זה או אחר. ברור שניתן לחלוק על דעתו של סטון, כי גירוש הוא אמצעי פחות חמור ממעצר מנהלי (אלא אם ניתן למועמד לבחור בין שני האמצעים – אפשרות שסטון עצמו מעלה). אחרי פרסום הרצאתו של סטון טענו כמה מועמדים לגירוש שיש לעצורם במקום לגרשם, וטענתם נדחתה¹²³. לענייננו הנקודה החשובה היא, כי בלהיטותו לחזק את הפירוש שלפיו אין איסור כללי באמנת ג'נבה על גירוש נעזר בית-המשפט בציטוט חלק מדבריו של סטון, מבלי שטרח להזכיר את הסייג של סטון עצמו. המלים "Insofar as Article 49 conflicts with this meaning of Article 78" הושמטו מן הקטע בדבריו של סטון שצוטטו הן על-ידי הנשיא לנדוי בפסק-דין קוואסמה הן על-ידי הנשיא שמגר בפסק-דין עפו. כאמור לעיל, סטון טען רק שגירושם של "סוכנים" ירדנים לירדן איננו בלתי-חוקי, אך הגירוש שנדונו בפסקי-הדין שבהם צוטטו דבריו היו גירושם ללבנון. בית-המשפט לא בדק אם גישתו של סטון יכולה לעמוד בנסיבות אלה.

צוין לעיל, שהשופט בך הסתייג מעמדת הרוב כלפי סעיף 49. הוא היה בדעה, שגם אם הניסיון עם הגירוש שביצעו הנאצים הוא שהוביל להכללת איסור על גירוש בסעיף 49, האופי המוחלט של האיסור אינו מוטל בספק ומתיישב לחלוטין עם סעיף 78 לאמנה. לא היתה אפוא כל הצדקה לסטות ממשמעותו הברורה של סעיף 49. השופט בך ציין, כי פירוש שלפיו סעיף 49 מטיל איסור מוחלט על גירוש

122 שם, בעמ' 17.

123 ראה פסק-דין עפו, לעיל הערה 7, בעמ' 53. וראה גם בג"צ 672/88 לבדי נ' מפקד כוחות צה"ל פ"ד מג(2) 227, 237.

אין משמעותו שלא ניתן לגרש מסתננים. אלה אינם מוגנים, ואיסור הגירוש איננו חל עליהם¹²⁴.

ההנחה השנייה שהנשיא שמגר מבסס עליה את הפירוש המצמצם של סעיף 49 ושנתקבלה הן בפסקי-הדין הקודמים הן בהרצאתו של סטון, היא כי מה שדרכן את נסחי האמנה לכלול בה איסור על גירוש היה הניסיון הנאצי. נכון הוא – כפי שהנשיא שמגר מראה בפסק-דינו¹²⁵, כי הגירושים שבוצעו על-ידי הנאצים השאירו רושם עמוק הן על משתתפי הוועידה שאימצה את אמנת ג'נבה הן על מחברי הקומנטר על האמנה; ואולם המסקנה שהאיסור על גירוש בסעיף 49 הוכנס לאמנה כדי למנוע גירושים מסוג זה בלבד היא מוטעית.

על-פי הצירטר של בית-הדין הבינלאומי בנירנברג, הגירושים שביצעו הנאצים היו הפרה של המשפט הבינלאומי המנהגי¹²⁶. לא היה כל צורך אפוא בהוראה מיוחדת כדי להפוך גירושים מסוג זה לאסורים על-פי המשפט הבינלאומי. אך נוסף על כך, וזה העיקר, בדיקת הרקע החקיקתי לאמנת ג'נבה מפריכה לחלוטין את ההנחה שאיסור על גירוש הוכנס לאמנה בעקבות נסיון מלחמת-העולם השנייה¹²⁷. בתקופת מלחמת-העולם הראשונה לא היתה קיימת אמנה בינלאומית העוסקת בהגנת אזרחים בשעת מלחמה. עם סיום המלחמה החלה הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום בניסוח הצעה לאמנה בנושא חשוב זה. בשנת 1921 היא הציעה, שהנושא יידון בוועידה שנתכנסה לידן מחדש באמנה בדבר שבויי-מלחמה. מתוך תקווה שתקבל תמיכתן של המדינות אשר ישתתפו בוועידה הוכנה טיוטה ראשונית ובין הוראותיה של טיוטה זו נכלל איסור על גירוש אזרחים משטח מוחזק. עבודת הוועדה הבינלאומית לא נשאה פרי, והוועידה שנתכנסה בשנת 1929 דנה באמנות

124 ראה פסק-דין עפו, לעיל הערה 7, בעמ' 70-76.

125 שם, בעמ' 24-28.

126 לפי סעיף 6 לצירטר של בית-הדין בנירנברג, פשעי-מלחמה כוללים deportations to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory נגד האנושות כוללים deportation or other inhumane acts committed against any civilian population before or during the war. ראה Office of US Chief Counsel for Prosecution, *of Axis Criminality Nazi Conspiring and Aggression* (Vol. I, 1946) 5.

127 להיסטוריה החקיקתית של אמנת ג'נבה IV ראה Commentary, *supra* note 85, at pp. 3-9; *The Laws of Armed Conflicts – A Collection of Conventions Resolutions and Other Documents* (edited by D. Schindler and J. Toman, 1973) 417; I.C.R.C. *Report on the Work of the Preliminary Conference of National Red Cross Societies for the Study of the Conventions and of various Problems relative to the Red Cross* (Geneva, July 26–August 3, 1946); I.C.R.C. *Report on the Work of the Conference of Government Experts for the Study of the Conventions for the Protection of War Victims* (Geneva, April 14–26, 1947).

שעניין כוחות מזוינים בלבד. עם זאת, הוועידה המליצה ששאלת האזרחים תיבדק והטילה על הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום להכין טיוטה של אמנה בנושא. הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום הקימה ועדה מיוחדת וקבעה שיהיו לה שני תפקידים:

- (1) להגדיר את זכויותיהם של אזרחי מדינת ארוב הנמצאים במדינה לוחמת;
- (2) להגביר את ההגנה הניתנת בדין הקיים לאוכלוסייה אזרחית בשטח הנתון לתפישת לוחמתית.

טיוטת האמנה שהוכנה על-ידי ועדה זו הוגשה לוועידה הדיפלומטית ה-15 של הצלב האדום, שנתכנסה בטוקיו בשנת 1934.¹²⁸ הוועידה החליטה לאמץ את הטיוטה כבסיס למר"מ דיפלומטי ומאז זכתה טיוטה זו בכינוי "טיוטת טוקיו". המר"מ על אימוץ טיוטת טוקיו, שהחל אחרי הוועידה, הופסק עם תחילת מלחמת-העולם השנייה, אך טיוטת טוקיו לא נשכחה. כאשר חודשו המאמצים לאימוץ אמנה בדבר הגנת אזרחים בשעת מלחמה, אחרי סיום מלחמת-העולם השנייה, שימשה טיוטת טוקיו בסיס להצעת אמנת ג'נבה IV שהוכנה על-ידי ועדה של מומחים ממשלתיים לקראת הוועידה הדיפלומטית של הצלב האדום שנתכנסה בשנת 1949.¹²⁹

טיוטת טוקיו כוללת הוראה מפורשת האוסרת גירוש. הוראה זו, המופיעה בסעיף 19(ב) לטיוטה, קובעת:

Deportations outside the territory of the occupied state are forbidden, unless they are evacuations intended, on account of the extension of military operations, to ensure the security of the inhabitants.

ועדת המומחים הממשלתיים עסקה בהוראה זו, וכדו"ח שלה הסבירה:

The Commission thought that a clearer distinction should be drawn (than in the Tokyo draft), between deportations and evacuations (removals)¹³⁰.

לכן ועדת-המומחים ניסתה מחדש את ההוראה האוסרת גירוש, והנוסח שהציעה היה הבסיס לסעיף 49, שנכלל בנוסח הסופי של האמנה.¹³¹ המסקנה המתבקשת מהשתלשלות העניינים שתוארה ברורה לחלוטין: סעיף 49

128 ראה *Quizieme Conference Internationale de la Croix-Rouge (Tenue a Tokio, Du 20 Au 29 Auctobre 1934)* 262.

129 ראה *I.C.R.C., supra note 127*.

130 שם, בעמ' 289.

131 סעיף 47 לטיוטה שהוכנה על-ידי הוועדה קובע:

Individual or collective deportations or transfers, carried out under physical or

לאמנת ג'נבה IV מבוסס על הצעה האוסרת גירוש משטח כבוש, שנוסחה זמן-מה לפני מלחמת-העולם השנייה. האיסור על גירוש לא נכלל באמנה בעקבות הניסיון עם הנאצים. הניסיון עם הגירושים שביצעו הנאצים השפיע כנראה על הנוסח הסופי שנתקבל, המדבר לא רק על גירוש, אלא גם על "העברה שבכפייה של יחידים או המונים" וקובע שהאיסור על העברה שבכפייה וגירוש חל – "יהי המניע מה שיהיה". תוספות אלה אינן מצביעות על כוונה לצמצם את תחולתה של ההוראה. ולבסוף יש להזכיר נקודה נוספת המשפיעה על דרך פירושו של סעיף 49. בדיון בעקרונות של פרשנות אמנות אומר הנשיא שמגר, כי "יש להעניק לאמנות פרשנות, אשר לפיה מוערפת משמעותם הסבירה של המלים ופסוקים ואשר בה מוענקת פרשנות עקבית לחלקיה השונים של האמנה"¹³². לפי עיקרון זה היינו מצפים למצוא התייחסות לקשר בין הפירוש המצמצם לסעיף 49, המאפשר גירוש יחידים מטעמי ביטחון, ובין סעיף 78, המגביל את אמצעי-הביטחון הלגיטימיים, כאשר האמצעי החריף ביותר הוא מעצר מנהלי. ראינו לעיל, שקשר זה הטריד את סטון. הוא נדון גם בפסק-הדין של השופט כץ. הנשיא שמגר איננו מסביר איך הפירוש של סעיף 49 שהוא דוגל בו מתיישב עם סעיף 78.

על עמדת הרוב בפסק-דין עפו נמתחה ביקורת חריפה ביותר על-ידי פרופסור דינשטיין¹³³. בעקבות ביקורת זו נעשו כמה ניסיונות לשכנע את בית-המשפט לעיין מחדש בעמדתו¹³⁴, אך בית-המשפט סירב לעשות כן. אפילו השופט כץ, שהיה במיעוט בפרשת עפו, פסק שאין טעם לדון מחדש בעמדת הרוב באותה פרשה, משום שאיסור מוחלט על גירוש איננו חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי; ומכיוון שכך, לא ניתן לאוכפו בבית-משפט פנימי¹³⁵.

moral constraint, to places outside the occupied territories, and for whatever motives, are prohibited.

132 ראה פסק-דין עפו, לעיל הערה 7, בעמ' 18.

133 ראה דינשטיין, לעיל הערה 19.

134 ראה בג"צ 765/88 שכשיר נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מג(2) 242; בג"צ 814/88 נסראללה נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מג(2) 265; פסק-דין מטור, לעיל הערה 7, בעמ' 542.

135 ראה פסק-דין נסראללה, שם, בעמ' 269. השופט כץ הרגיש שלו התקבלה עמדתו לגבי סעיף 49, אותו חלק של סעיף 49 הדן בגירוש יחידים לא ייחשב חלק מן המשפט המנהגי, ולכן הוא לא יאכף על-ידי בית-המשפט. מנגד, אם מתקבלת דעת הרוב שלפיה סעיף 49 עוסק רק בגירושים מן הסוג שהנאצים ביצעו, גירושי יחידים מסיבות בטחוניות לא יהיו אסורים לפי האמנה. ראה גם פסק-דין מטור, לעיל הערה 7, בעמ' 545.

2. החזקת עצירים מנהליים מחוץ לשטח המוחזק

זמן קצר לאחר שניתן פסק-הדין בפרשת עפו התעוררה שוב בבית-המשפט שאלת פירוש סעיף 136⁴⁹. בעתירה שנגעה לתנאי המעצר בקציעות, מתקן-כליאה בתוך שטחה של מדינת ישראל שהוקם אחרי תחילת האינתיפדה, טענו העותרים בין השאר כי על-פי אמנת ג'נבה אסור להחזיק עצירים מנהליים מחוץ לשטח המוחזק. בתשובה העלו הרשויות כמה טענות, וביניהן הטענה שאין לאכוף את הוראות אמנת ג'נבה לפני בתי-משפט פנימיים. הרשויות דחו את הטענה שאמנת ג'נבה אוסרת החזקת עצירים מנהליים מחוץ לאיזור המוחזק, אך הוסיפו שגם אם קיים איסור בזה, חיקוק ישראלי קובע אחרת וכי יש להעדיף הוראה בחיקוק על-פני הוראה באמנה¹³⁷.

טענת העותרים נשענה על שתי הוראות באמנה: סעיף 49, האוסר העברה שבכפייה וגירוש מן השטח המוחזק; וסעיף 67, הקובע:

Protected persons accused of offences shall be detained in the occupied territory and if convicted they shall serve their sentences therein.

(מוגנים שנאשמו בעבירות ייעצרו בארץ הנכבשת; ואם נתחייבו בדין, ירצו את עונשם שם).

הנשיא שמגר קיבל את עמדת הרשויות שבתור משפט בינלאומי הסכמי, ובמיוחד בשל ההוראה הנוגדת בחיקוק, לא היה מקום לאכיפת הוראות האמנה גם לו טענת העותרים היתה מבוססת. במשמעותה המהותית של האמנה דן רק בהערת-אגב¹³⁸. עם זאת, הפירוש שהוא דגל בו בהערה זו מעניין, מכיוון שהוא משלב את הגישה האנטי-טקסטואלית שאימץ בפסק-דין עפו עם גישה לשונית-טקסטואלית פורמליסטית.

לפי תפישתו של הנשיא שמגר, סעיף 76 חל אך ורק על הקטיגוריות של עצירים ואסירים המוזכרים בו במפורש, דהיינו: אנשים המואשמים בעבירות ואנשים שכבר הורשעו. באמנה יש הוראות מפורטות הנוגעות ליחס כלפי עצירים מנהליים. סעיף

136 ראה פסק-דין סג'דיה, לעיל הערה 7, בעמ' 801.

137 ההוראה בחיקוק נמצאת בחוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשל"ח-1977.

138 בקבלת הטיעון חזר הנשיא שמגר על עמדת בית-המשפט שבתור משפט הסכמי אמנת ג'נבה איננה אכיפה בבתי-המשפט בישראל. הוא הוסיף, שאפילו משפט מנהגי אינו אכיף כאשר הוא מתנגש עם חיקוק מקומי. ברור אפוא, שההוראה בחיקוק גוברת על סעיפי האמנה כגון סעיף 49, שלהם אין אפילו מעמד של משפט מנהגי.

79, הדן במעצרים מנהליים, מחיל על עצירים מסוג זה הוראות מסוימות של האמנה, אך סעיף 76 אינו נמנה עם הוראות אלה:

ניתן היה איפוא לטעון, עפ"י סעיף 79, כי האמנה איננה רואה באמור ברישא לסעיף 76 חלק מן העקרונות החלים על העצירים המנהליים, היינו, כי העדר האיזכור של סעיף 76 בתוך שורת הסעיפים המנויים בסעיף 79 מורה על הלאו של התחולה¹³⁹.

הנשיא שמגר הוסיף, שלא נעלם ממנו כי בקומנטר על האמנה בעריכת פיקטה נאמר שקריאת סעיף 78, המתיר מעצרים מנהליים, בכפיפות לסעיף 49, מובילה למסקנה שאסור להחזיק עצירים מנהליים מחוץ לאיזור המוחזק. הנשיא שמגר נימק את עמדתו כלפי גישת הקומנטר כך:

אך מסקנתו של Pictet איננה מעוגנת בנוסחו המפורש של 78, אלא בקונסטרוקציה פרשנית פרי הגותו, אשר, עם כל הכבוד, איננה מקובלת עלי¹⁴⁰.

כאשר מחברים את פירוש הרוב בבית-המשפט העליון לסעיף 49 ולסעיפים 76 ו-78, מצטיירת התמונה הבאה: אין לפרש את סעיף 49 לפי הכתוב בו ולכן על-אף לשונו הבלתי-מסויגת של הסעיף אין הוא חל על כל סוגי הגירוש. יש לפרש את סעיפים 76 ו-78 לפי לשונם. אם נאמר בסעיף 76 "אנשים שנאשמו או שנתחייבו בדין", יש להגביל את תחולתו לאנשים הנכללים בקטיגוריות צרות אלה בלבד ואין להחיל את הסעיף על עצירים מנהליים שלא נאשמים פורמלית ולא נתחייבו בדין. אם סעיף 78 איננו מזכיר את כפיפותו להגבלות בסעיף 49 אין לפרשו ככפוף להן. העובדה שהתוצאה היא א-נומלית איננה נלקחת בחשבון. גם לא נעשה שום ניסיון לעמוד על תכלית האיסור בסעיף 76 כדי לבחון אם לא היה מקום לכלול גם עצירים מנהליים בין "אנשים נאשמים".

גם במקרה זה נקט השופט כן עמדה שונה מזו של הנשיא שמגר. בפסק-דין עפו הביע השופט כן את דעתו, שסעיף 49 מטיל איסור מוחלט על גירוש מוגנים. אם סבר שאיסור זה חל במקרה "שבו המדובר היה בגירושם של שלושה עותרים בלבד, הרי דבק אני בדעה זו, בבחינת קל וחומר, כאשר בהעברתם של אלפי אנשים עסקינן"¹⁴¹. השופט כן קיבל את עמדת הקומנטר על האמנה שלפיה צירוף סעיפים 49 ו-76 מוביל למסקנה שניתן להחזיק עצירים מנהליים בשטח המוחזק בלבד. לפי תפישתו של השופט כן, גישתו הפרשנית של הנשיא שמגר בנקודה זו

139 פסק-דין סג"דיה, לעיל הערה 7, בעמ' 812.

140 שם.

141 שם, בעמ' 827.

היא פורמליסטית מדי. אם האמנה אוסרת הוצאה מן האויזור המוחזק של "אדם המואשם בעבירה פלילית, ואף אם הוא נידון על עבירה זו למאסר, הרי ההיגיון מחייב שדברים אלה חייבים לחול, על אחת כמה וכמה, על אדם המוחזק במעצר, אך שאינו מואשם בעבירה ספציפית כלשהי לפני בית-משפט מוסמך"¹⁴².

3. תחולת האמנה

פרשנות הוראותיה של אמנת ג'נבה התעוררה גם בנוגע לשאלה שבית-המשפט מעולם לא הכריע בה סופית, אם כי עסק בה בכמה אמרות-אגב, והיא שאלת תחולתה של האמנה בגדה המערבית. בהיותו היועץ המשפטי לממשלה¹⁴³, ולאחר-מכן – הן במאמר מפורט¹⁴⁴ הן באחד מפסקי-הדין שלו¹⁴⁵, דן השופט שמגר בשאלה זו, תוך שהוא מציג את הטיעון נגד תחולת האמנה. טיעון זה נשען על גישה פרשנית מילולית המתעלמת מרקעה החקיקתי של האמנה.

שאלת תחולתה של האמנה נחתכת לפי האמור בסעיף 2. סעיף זה קובע:

In addition to the provisions which shall be implemented in peacetime, the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them.

The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance.

הטיעון שלפיו אמנת ג'נבה איננה חלה בגדה המערבית נשען על שתי הנחות: (1) הפסקה השנייה בסעיף 2 רלבנטית גם כאשר שטחים נתפשים תוך כדי מלחמה או סכסוך מזוין שעליהם חלה הפסקה הראשונה; (2) המבחן בבדיקת השאלה אם שטח שנתפש הוא High Contracting territory Party הוא מבחן הריבונות, להבדיל ממבחן השליטה בפועל.

142 שם, בעמ' 829.

143 ראה שמגר, לעיל הערה 3.

144 ראה שמגר, לעיל הערה 2.

145 ראה פסק-דין שאהין, לעיל הערה 6, בעמ' 197.

לעניינו נתרכז בהנחה הראשונה, למרות שגם ההנחה השנייה נשענת על גישה לשונית צרה הנצמדת למלים של הטקסט, ולא למטרת האמנה¹⁴⁶.

בדיקת הרקע החקיקתי לסעיף 2 מחייבת את המסקנה, שהפסקה השנייה של סעיף 2 איננה רלבנטית כאשר מדובר בשטח שנתפש תוך כדי מלחמה בין מדינות שהן צדדים לאמנה. ועדת המומחים הממשלתיים, שהכינה את הטיוטות של אמנות ג'נבה לקראת הוועידה הדיפלומטית, המליצה לקבוע כי האמנות יחולו בכל "armed conflict, whether the latter is or is not recognized by the parties concerned" וגם "to cases of occupation of territories in the absence of any state of war"¹⁴⁷.

המלצה זו נתקבלה, והפסקה השנייה שובצה בסעיף 2 כדי להחיל את האמנה במקרים של כיבוש שלא נולד בסכסוך מזוין. אין צורך בפסקה זו כאשר שטח נכבש תוך כדי מלחמה, שהרי לפי הפסקה הראשונה האמנה חלה ממילא במקרה כזה ואין מקום להחילה על כל היבטי אותה מלחמה, למעט תפישת שטחים. עניין זה הוסבר בקומנטר על אמנת ג'נבה, בעריכת פיקטה, בדרך הבאה:

Paragraph 2 does not refer to cases in which the territory is occupied during hostilities; in such cases the Convention will have been in force since the outbreak of hostilities or since the time war was declared. The paragraph only refers to cases where the occupation has taken place without a declaration of war and without hostilities, and makes provision for the entry into force of the Convention in those particular circumstances. The wording of the paragraph is not very clear, the text adopted by the Government Experts being more explicit. Nevertheless, a simultaneous examination of paragraphs 1 and 2 leaves no doubt as to the latter's sense; it was intended to fill the gap left by paragraph 1¹⁴⁸.

על אף דברים ברורים אלה, כאשר דן בפירוש סעיף 2, שלא במסגרת תפקידו השיפוטי, הסביר השופט שמגר את עמדת הרשויות בישראל, שנקבעה עוד בהיותו היועץ המשפטי לממשלה, בדרך הבאה:

According to the view taken by the Israeli authorities the wording of the paragraph does not support this restrictive interpretation,

146 לעניין זה ראה מרון, לעיל הערה 5; 55 A. Roberts "What is a Military Occupation?" *British Yearbook of Int. Law* (1984) 249, 282.

147 ראה קומנטר על אמנת ג'נבה ה-IV, לעיל הערה 85, בעמ' 18.

148 שם, בעמ' 21.

*whatever the primary intention of those who drafted the text. On the contrary, the general context, the syntax of the sentence and the use of the word "even" in the last clause of the second paragraph contradict the argument that the second paragraph adds to the article only the specific situation mentioned in the last clause (starting with the word "even"). Would the paragraph refer only to the situation where the occupation is not met with resistance, the word "even" would have been entirely superfluous. In other words, the text adopted accords a more general meaning to the second paragraph than the one connected with its final clause only, whatever the meaning intended to be conferred on it by its draftsmen*¹⁴⁹.

ניתן אולי לטעון, שאין להשליך מדברים ששופט כותב שלא במסגרת תפקידו השיפוטי על עמדותיו השיפוטיות. אולי כוונתו של השופט שמגר בקטע הנ"ל היתה להציג את עמדת הרשויות, בלי לומר שהיה בהכרח מאמץ גישה זו לו נקרא לפסוק בעניין; ואולם בפסק-דין אחד עסק השופט שמגר בנשיא התחולה של האמנה, תוך שהוא מתייחס לטיעון שיש לפרש את סעיף 2 לפי תכליתו. וזאת תשובתו של הנשיא שמגר לטיעון זה:

אף אם מוכנים לצאת מן ההנחה מרחיקת הלכת, שאכן הייתה כוונה של הרחבה כאמור, עדיין נותרה השאלה, אם ניתן ביטוי מספיק לכוונה זו בנוסח האמנה¹⁵⁰.

עינינו הרואות: התפישה הפרשנית המאומצת כאן גורסת, שאין להיזקק למטרתה של ההוראה שלא קיבלה ביטוי בלשונה, אפילו במקרה שבו לשון הוראה היא דו-משמעית וניתן לפרשה בשתי דרכים שונות.

4. אמנת ג'נבה – איזו גישה פרשנית?

כאשר ניגש הנשיא שמגר לפרש את סעיף 49 לאמנה, לא הטרידה אותו השאלה אם ניתן ביטוי כלשהו לכוונתם המשוערת של נסחי האמנה. הפירוש שאומץ מבוסס אך ורק על כוונה משוערת זו, הגם שנוסח הסעיף ברור לחלוטין, ולא ניתן ביטוי כלשהו למגמה לצמצם את תחולתו לגירושים נאציים בלבד. כאשר ניגש לפרש את סעיף 2, ההסבר שהקומנטר נותן להכללת פסקה 2 בסעיף נדחה, הגם שפירוש המתחשב בהסבר זה עולה בקנה אחד עם נוסחו המילולי של הסעיף. בפירוש סעיף

149 ראה שמגר, לעיל הערה 2, בעמ' 39 (ההדגשות אינן במקור – ד"ק).

150 ראה פסק-דין שאהין, לעיל הערה 6, בעמ' 208.

49 מנצלים את הערותיו של פיקטה על הרצון למנוע גירושים נאציים בעתיד כדי להצדיק סטייה בוטה מנוסחה הברור של ההוראה, למרות שפיקטה עצמו תומך בפירוש המילולי של ההוראה. אך בפירוש סעיף 2, שמבחינה מילולית ניתן לפרשו בשתי דרכים שונות, מתעלמים מהסברו של פיקטה על הכוונה שעמדה מאחורי הסעיף.

ברור ששתי שיטות פרשנות שונות ובלתי־מתיישבות זו עם זו אומצו לפירוש הוראות שונות באותה אמנה עצמה. השיטה האחת היא שיטה פורמליסטית־טקסטואלית המתחשבת בנוסחה המילולי של ההוראה בלבד ומסרבת להיעזר ברקעה החקיקתי ובמדיניות העומדת מאחוריה כדי להשיג את תכליתה. השיטה השנייה היא אנטי־פורמליסטית, המתעלמת מנוסחה הברור של ההוראה ומבקשת להחילה רק על מצבים שמניחים כי נסחיה רצו למנוע. השאלה החשובה לענייננו איננה אם יש להעדיף את השיטה הראשונה או השנייה, או אולי אם יש לדחות את שתיהן לטובת גישה הנשענת בראש־ובראשונה על לשון הטקסט, אך נעזרת בתכלית כאשר התוצאות המתקבלות הן דר־משמעות או בלתי־סבירות בעליל. לענייננו הנקודה החשובה היא, ששתי שיטות אלה הן שיטות נוגדות שאינן יכולות לגור בכפיפה אחת. עם זאת ברור, שהפסיקה היתה עקיבה לחלוטין בבחירת שיטת־הפרשנות שיושמה בכל מקרה ומקרה. השיטה היתה תמיד השיטה שהצדיקה את עמדתן של הרשויות.

שמה תועלה הטענה שיש מקום לשתי שיטות פרשנות — אחת להוראות מהותיות (כגון סעיף 49) והאחרת לשאלות תחולה (כגון סעיף 2) — יש להזכיר כי בפרשת קציעות¹⁵¹ הופעלה השיטה הפורמליסטית, הגם שהיה מדובר בהוראה מהותית. גם במקרה זה הצדיק הפירוש שאומץ את עמדת הרשויות.

ד. סיכום ומסקנות

(א) בגישתו לאכיפת אמנת ג'נבה על־ידי בתי־המשפט הפנימיים של מדינת ישראל, אימץ בית־המשפט העליון הלכה שצמצמה את כפיפותן של הרשויות לאכיפה אפקטיבית של כללי המשפט הבינלאומי. לאור הגישה שבית־המשפט נקט בפרשנות הוראותיה של האמנה הפכה הלכה זו לבעלת משמעות תיאורטית בלבד, שהרי לפי שיטת־הפרשנות שאומצה — בחירת אותו פירוש שיצדיק את פעולותיהן של הרשויות — לא נשאר מה לאכוף. גם לו קיבל בית־המשפט את העמדה שהצגתי לעיל, שלפיה יש לאכוף את ההגבלות המוטלות על השימוש בכוח

151 ראה פסק־דין סג'דיה, לעיל הערה 7, בעמ' 801.

שלטוני באמנת ג'נבה, לא היה חל שינוי בתוצאת פסקי-הדין שבהם נשענה טענת העותר על הוראה באמנה.

(ב) במאמר קודם על פסיקת בג"צ בנושא הקשור לשטחים עמדתי על הגורמים המשפיעים על פסיקה זו. אין בכוונתי לחזור כאן על כל הנקודות שעליהן עמדתי שם¹⁵². ואולם נראה לי שנושא אחד אשר עמד במרכז הניתוח שלי ראוי להדגשה חוזרת, בשל הרלבנטיות שלו במציאת הסבר לפסיקת בית-המשפט בשאלת פרשנותה של האמנה שנדרשה לעיל.

על-פי העיקרון של עצמאות הרשות השופטת, בית-משפט במדינה דימוקרטית איננו תלוי ברשויות האחרות. עיקרון זה נחשב כאחד מיסודות משטרנו החוקתי. ואולם כל בית-משפט פנימי הוא מוסד ממוסדות השלטון במדינה. איתלותו ברשויות האחרות איננה הופכת אותו לגוף נייטרלי המנותק מן המציאות הפוליטית במדינת-הוא. חוסר-הנייטרליות מורגש היטב בפסיקת בית-המשפט העליון, הדנה בפרשנות אמנת ג'נבה. נראה לי שההסבר לכך טמון בשני גורמים: אופיים של העותרים ואופיה של השאלה המהותית עצמה.

תושבי השטחים העותרים לבג"צ אינם אזרחי מדינת ישראל, אלא בני קבוצה לאומית הנמצאת בעימות חריף עם המדינה. במיוחד במקרים שבהם ננקטים נגדם אמצעי-ביטחון, כגון גירוש, הסכסוך שהם מבקשים מבית-המשפט להכריע בו עלול להתפתח לא כסכסוך בין הפרט לבין רשות מרשויות-השלטון, אלא כסכסוך בין אויב חיצוני לבין המדינה. במצב זה גוברת הנטייה של בית-המשפט לתת גיבוי לרשויות של המדינה המנהלות את הסכסוך עם האויב.

(ג) נטייתו של בית-המשפט להתייבב לצד הזרועות האחרות בשעה שהמדינה מותקפת מבחוץ מתחזקת כאשר הנורמות על-פיהן הוא מתבקש להכריע הן נורמות "חיצוניות". פירוש שיטתי של אמנת ג'נבה לטובת המדינה הוא ביטוי מובהק לנטייה זו, שקיבל הכשר מפורש בפסקי-הדין של הנשיא שמגר בפרשת עפו. בהסתמכו על ספרו של שטרק, אימץ הנשיא את הגישה שלפיה "יש להעניק להוראות שהן דר-משמעות אותה פרשנות, שהיא בעלת התוצאות המגבילות המועטות ביותר על ריבונותו של הצד לאמנה, או אשר מטילה אותן התחייבויות שהן הפחות מכבידות"¹⁵³. גישה זו בפרשנות אמנות, שאין לה זכר באמנת האמנות, אין לה מקום כאשר מדובר באמנה הדנה בזכויות האדם¹⁵⁴, ובכלל זה זכויות

152 ראה ד' קרצמר "ביקורת בג"צ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 305.

153 ראה פסק-דין עפו, לעיל הערה 7, בעמ' 18.

154 הגישה נדחתה במפורש על-ידי בית-הדין האירופאי לזכויות אדם. ראה *Golder v. U.K.* (1975) 1 E.H.R.R. 524; J. G. Merrills *Development of International Law by the European*

הומניטריות¹⁵⁵. היא גם עומדת בניגוד גמור לעיקרון המופעל על-ידי בית-המשפט העליון בפרשנות הוראות חוק הנוגעות לזכויות-יסוד¹⁵⁶.

(ד) הנטייה המתוארת של בית-המשפט העליון בישראל לפרש את אמנת ג'נבה בהתאם לפירוש הנוח ביותר לרשות המבצעת, איננה חריגה. ההיפך הוא הנכון; היא מתיישבת היטב עם תופעה כללית הנוגעת לאכיפת המשפט הבינלאומי בבתי-משפט פנימיים – נטייתם של אותם בתי-משפט למצוא דרכים שונות כדי להתחמק מאכיפת נורמות של המשפט הבינלאומי, בשל התנגדות הרשות המבצעת להחלתן¹⁵⁷. בשתי הסוגיות שבהן דנתי – אכיפת אמנת ג'נבה ופרשנותה – משתלבת גישתו של בית-המשפט העליון עם מגמה אוניברסלית זו.

(ה) ביקורת בג"צ על חוקיות פעולותיהן של הרשויות בשטחים היא תופעה מיוחדת במינה. מבחינה פורמלית היא מיוחדת, מכיוון שאין תקדים אחר בעולם לפריסת הביקורת של בית-משפט פנימי על פעולותיהן של הרשויות הצבאיות בשטח הנתון לתפישת לוחמתית. מבחינה פוליטית היא מיוחדת לא רק בגלל חילוקי-הדעות הקיימים בציבור הישראלי לגבי עצם מעמדם של השטחים, אלא מכיוון שבית-המשפט נקרא לא-פעם לבחון פעולות שעוררו ביקורת קשה גם בקהילה הבינלאומית, אפילו מצד ממשלות של מדינות ידידותיות. פעולותיהן של הרשויות זוכות לעתים קרובות לגינוי בינלאומי החורג מכל פרופורציה בהשוואה ליחס של הקהילה הבינלאומית לזוועות של ממש המבצעות בחלקים אחרים של העולם. תפקידו של בית-משפט הנקרא לדון בחוקיותן של אותן פעולות על-פי אמות-המידה המוצהרות של אותה קהילה בינלאומית עצמה איננו קל. הקושי הקיים באכיפת נורמות של הקהילה הבינלאומית הנתפשת כצבועה מתחזק כאשר

70-71 (1988) *Court of Human Rights*; וראה גם L. Henkin, *supra* note 60. בדונו בשאלת

פירוש האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות הנקין כותב:

Rights are to be read broadly, and limitations on rights should be read narrowly, to accord with that design (*ibid.*, at pp. 24).

155 למעמדן של זכויות הומניטריות כזכריות אדם ראה Y. Dinstein "Human Rights in Armed Conflict: International Humanitarian Law" *Human Rights in International Law* (T. Meron ed., II, 1984) II 345.

156 ראה, למשל, בג"צ 75/76 הילרון בע"מ נ' המועצה ליצור פירות ושיווקם, פ"ד (3) 645, 651; ד"נ 9/77 חברת החשמל נ' הארץ, פ"ד (3) 337, 359.

157 תופעה זו מתוארת היטב בשני מאמרים של ד"ר אייל בנבנשתי. ראה א' בנבנשתי "השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ" משפטים כא (תשנ"ב) 221; E. Benvenisti "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law — An Analysis of Attitudes of National Courts" 4 *European Journal of International Law* (1993) 159.

מדובר בנורמות המעוגנות באמנת ג'נבה IV, שהרי גם מומחים המוצאים לנכון לבקר את צמדותיה של ישראל כלפי האמנה מודים שמדינת ישראל היא המדינה היחידה שלפחות מתייחסת לדרישותיה של האמנה¹⁵⁸.

(ו) בהערכת התפקיד שממלאת הביקורת השיפוטית על פעולותיהן של הרשויות בשטחים יש שתי תפישות נוגדות. התפישה הראשונה, שדוגלים בה המסד המשפטי בישראל וחלק ניכר מן הממסד הפוליטי, רואה בביקורת של בג"צ על פעולותיהם של השלטונות בשטחים את גולת-הכותרת של המשטר הצבאי הקיים שם מאז מלחמת ששת הימים¹⁵⁹. לפי תפישה זו, הביקורת של בג"צ הבטיחה במשך השנים את שלטון החוק בשטחים. לפי תפישה אחרת, שהוצגה על-ידי אנשי אקדמיה, תפקידה העיקרי של הביקורת השיפוטית על פעולות צה"ל בשטחים הוא להגביר את הלגיטימציה של פעולות אלה, אם לא בעיני תושבי השטחים עצמם, לפחות בעיני הציבור בישראל וגורמים האוהדים את ישראל בקהילייה הבינלאומית¹⁶⁰. קיומן של שתי תפישות אלה איננו מפתיע, שהרי זה כבר מקובל לחשוב כי לביקורת שיפוטית על פעולות שלטוניות שני תפקידים עיקריים:

that of imprinting governmental action with the stamp of legitimacy,
and that of checking the political branches of government¹⁶¹.

השאלה איננה אפוא אם הביקורת השיפוטית ממלאת את התפקיד הראשון או השני. היא ממלאת את שניהם. השאלה היא איזה תפקיד הוא דומיננטי. ספק בעיני אם ניתן לתת תשובה כללית לשאלה זו, אבל נראה לי שניתן לבחון אותה במקור מוגדר, שהוא רק חלק מן התמונה הכללית. במאמר קודם התרכזתי בפסיקה של בית-המשפט

158 ראה 63 Roberts, *supra* note 5, at pp.

Israel deserves credit for acknowledging openly, albeit inadequately, the relevance of international legal standards. Its position contrasts with those of the many occupying powers in the past 40 years that have avoided expressing any view on the applicability of international agreements...Israel also deserves credit for co-operating with the International Committee of the Red Cross, which has played an important role in the occupied territories...

159 להצגה "קלסית" של תפישה זו ראה ספר שפורסם לאחרונה על-ידי הפרקליטות הצבאית: Israel — the "Intifada" and the Rule of Law (Israel Ministry of Defence Publications, 1993) 17–18.

160 ראה ב' קימלינג "על בג"צ לסגת מן השטחים הכבושים" הארץ (29.1.93), ב3; R. Shamir "Landmark Cases and the Reproduction of Legitimacy — The Case of Israel's High Court of Justice" 24 *Law and Society Review* (1990) 781.

161 ראה C. Black *The People and the Court* (1990) 223; A. Bickel *The Least Dangerous Branch* (1962) 30; T. L. Becker *Comparative Judicial Politics* (1970) 238–246.

הדנה בהריסתם ובאטימתם של בתים. מסקנתי היתה, כי היסודות הבולטים בפסיקה זו הם "חוסר-נכונותו של בית-המשפט לקבל על עצמו אחריות להתערבות באמצעי שמפקדי צה"ל דוגלים בו כאמצעי-בטחון, ורצונו לתת לגיטימציה הן לשימוש באמצעי כה חריף והן לסירובו להתערב בשימוש בו"¹⁶². במאמרי הנוכחי עסקתי בפסיקה המפרשת את אמנת ג'נבה. קשה להתחמק מו המסקנה, כי גם בסוגיא זו התפקיד העיקרי שבית-המשפט ממלא הוא במתן לגיטימציה לפעולותיהן של הרשויות.

162 ראה קרצמר, לעיל הערה 152, בעמ' 357.