

# ס פ ר י ם

## משה נגבי: כבלים של צדק\*

מאת

משה דרורי\*\*

הספרות המשפטית הישראלית עוסקת, מטבע הדברים, בעיקר במשפט הישראלי החל במדינת ישראל ומחייב את אזרחיה ותושביה. מאז שנת תשכ"ז מצויים תחת שלטון ישראלי – ובכוונה נקטתי מינות נייטרלי זה – שטחים נוספים ואוכלוסיה רבה יחסית. מאז מלחמת ששת הימים מנוהלים יהודה ושומרון וחבל עזה על ידי ממשל צבאי ישראלי<sup>1</sup>; אזורים אחרים היו תחת ממשל צבאי במשך חלק מתקופה זו: מזרח ירושלים (למשך מספר שבועות, עד החלת המשפט, השיפוט והמינהל הישראלי עליה<sup>2</sup>), רמת הגולן (עד שנת 1982 בה הוחל אף עליה המשפט, השיפוט והמינהל הישראלי<sup>3</sup>) וחצי האי סיני (שהוחזר למצרים בשלבים שסיומם היה באפריל 1982 על פי חוזה השלום הישראלי – מצרי משנת 1978). המשפט החל בשטחים אלה הינו דרשכבתי: המשפט שהיה בחוקף בשטחים אלה לפני 1967 (ירדני או מצרי לפי המקום<sup>4</sup>), ומשפט שנוצר מאז מלחמת ששת הימים ובמיוחד צווי הממשל הצבאי, שהינם בבחינת חקיקה ראשית בשיטת המשפט של השטח המוחזק<sup>5</sup>. שיטות המשפט של השטחים המוחזקים לא זכו לענין מספיק – ואף זו לשון המעטה – בספרות המשפטית הישראלית, אף שבמשך למעלה משבע עשרה השנים האחרונות אוכלוסיית שטחים אלה (שהינה כשליש

- משה נגבי, כבלים של צדק: בג"צ מול הממשל הישראלי בשטחים, הוצאת יבנה ירושלים תשמ"ב, 175 צמודים.
- \*\* עו"ד, מוסמך למשפטים האוניברסיטה העברית, חלמיד מחקר לתואר ד"ר למשפטים, האוניברסיטה העברית.
- 1 לאחרונה הוקם מינהל אזרחי ועליו עיין במאמרו של: F. Singer, "The Establishment of A Civil Administration in the Areas Administered by Israel" *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 12 (1982), p. 259.
- 2 מכח סעיף 11 ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט. תש"ח-1948, כפי שהוסף בחוק לחיקוק פקודת סדרי השלטון והמשפט (מט' 11), תשכ"ז-1967, שהתקבל בכנסת ביום 28.6.67, ס"ח, תשכ"ז, 449, עמ' 74.
- 3 ראה: חוק רמת הגולן, תשמ"ב-1982, ס"ח, תשמ"ב, עמ' 6.
- 4 משפט זה המשיך לעמוד בתוקפו מכח מנשר בדבר הסדרי שלטון ומשפט שנחקק בכל אזור ביום כינון שלטון צה"ל באותו אזור ביום מלחמת ששת הימים. ראה: מ' שמגר, "המשפט בשטחים המוחזקים על ידי צה"ל", הפרקליט, כרך כ"ג (תשכ"ז), עמ' 540. וכן ראה במפורט: מ' דרורי, החקיקה באזור יהודה ושומרון (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשל"ה) במיוחד בעמ' 112-114 (להלן: החקיקה).
- 5 החקיקה, עמ' 38-48.

מאוכלוסיית מדינת ישראל) כפופה למשפט זה, ומשפט זה מחייב למעשה כל ישראלי המצוי או עובר לתומו בשטחים אלה.

ספרו של הנגבי אינו ספר מחקר משפטי על המשפט של השטחים המוחזקים ומבחינה זו אינו מהווה מענה מלא על המחסור בספרות המשפטית שעניינה המשפט בשטחים המוחזקים. ספרו של נגבי עוסק בסוגיה משפטית שלה זיקה הדוקה לשתי שיטות משפט: הישראלית וזו של השטחים, כאשר נקודת המוצא היא השיטה הישראלית; משיטה זו נבחנת הסוגיה המרכזית הנדונה בספר, ואילו ההשפעה שיש לכך על המשפט בשטחים המוחזקים היא בבחינת תוצר לוואי, אף כי חשוב.

מוקד הספר הוא הבג"צ הישראלי והספר מתאר את המגורים השונים בהם הפעיל בג"צ את סמכותו בעתירות שעניינם השטחים המוחזקים כאשר החלוקה אינה לפי העקרונות המשפטיים המופעלים, אלא על פי הסוגיות הציבוריות בהם דן בג"צ (התנחלויות, גירושים, עיתונות וכו'). כותרת המשנה של הספר "בג"צ מול הממשל הישראלי בשטחים" (הדגשה שלי — מ.ד.) היא כבר מעין הערכה ולא תיאור אובייקטיבי. כידוע לכל, בכל עתירה המלה "נגד" חוצצת בין העותר לבין המשיב, כאשר בג"צ כבית משפט אינו "נגד" ואינו "מול", אלא הוא הגורם השלישי אשר מכריע בין העותר לבין המשיב. התיאור בספר, ההולך בעקבות כותרת המשנה, מתאר מעין מאבק סמוי בין בית המשפט העליון לבין המדינה כאשר, כביכול, עניינו של העותר אינו המרכז ואילו המוקד הינו עד כמה יהיה תקיף בג"צ במאבקו או בעמידתו מול הממשל הצבאי, ולמעשה מול הממשלה. לא אחת חש הקורא כי לפניו מעין תיאור אפופיאה של עצמאות הרשות השופטת כנגד הרשות המבצעת.

אינני שלם עם תיאור זה ואני מניח שאף המתבר יודה כי אין זו הדרך היחידה לתיאור תופעת פעולתו של בג"צ ביחס לעתירות שעניינם השטחים המוחזקים. אכן פן אחד ואף לגיטימי של ניתוח משפטי, בכלל, ובתחום משפט מינהלי, בפרט, הוא בבחינת כוחו של בית המשפט ונכונותו להפעיל עוצמתו, מול המגמה הידועה של אי מעורבות בעניינים פוליטיים. ברם, מיקוד כמעט בלעדי על היבט זה של הסוגיה יכול ויצור חשש בלב הקורא כי יש בו כדי לחטוא לאמת האובייקטיבית ולהתעלם מזוויות אחרות, חשובות לא פחות.

## א

המחבר פותח בפרק הראשון בשאלה הבסיסית והיא שאלת הסמכות. בפרק זה מושג הדגש על הסמכות מרצון של היועץ המשפטי לממשלה דאו מאיר שמגר לסמכות בג"צ תוך נסיון לבחון את מניעיו. הניתוח המשפטי הטהור הוא מועט יחסית<sup>6</sup> ומסקנתו של המחבר נוטה לדעה לפיה אין סמכות לבג"צ או כלשונו "היה בכוחם של טענות ותקדימים אלה במשקלם המצטבר כדי לקעקע את סמכותו של בג"צ ולמנוע לחלוטין את פיקוחו על פעולות הממשל בשטחים"<sup>7</sup>. אין בכוונתי ברשימת ביקורת זו להיכנס לויכוח מפליג בסוגיה זו, אך די אם אעיר כי המחבר לא התמודד כלל עם הנימוקים המשפטיים שהועלו

6 עמ' 12-14.

7 שם, בעמ' 14.

בספרות המשפטית אשר תומכים בסמכות בג"צ<sup>8</sup>. המחבר מנסה להציג כעובדה כאילו קיים תקדים משפטי מפורש כנגד התערבותו של בג"צ בשטחים והתקדים המצויין על ידו<sup>9</sup> הוא פסק דינו של בית המשפט לעירעורים ברמאללה<sup>10</sup>. ההתבססות על פסק-דין זה אינה רלוונטית לעינינו, כי כל אשר קבע בית המשפט ברמאללה הוא שבית משפט מקומי אינו רשאי לבדוק אם יש צורך בחקיקה של מפקד האזור. ראשית, אין פסק הדין זן באקטים אחרים פרט לחקיקה. שנית, הוסיף בית המשפט ואמר שאף אם היתה סמכות ביקורת על החקיקה היה מגיע למסקנה שהצו הנדון בפניו — צו שהתיר לעורכי דין ישראליים להופיע בפני בתי המשפט המקומיים באזור יהודה ושומרון — תקף בשל שביחת עורכי הדין המקומיים והצורך לאפשר לתושבים להגות מיעוץ ויצוג משפטי, כך שאותו חלק של פסק הדין הקובע כי אין סמכות ביקורת הינו למעשה בבחינת אמרת אגב<sup>11</sup>. ושלישית, לא הרי בית משפט מקומי המצוי תחת שלטון צבאי כהרי בית משפט של המדינה הכובשת המוסמך לפקח על כל רשויות השלטון של המדינה הכובשת ובכללם צבא המדינה הכובשת ופעולותיו בשטח המוחזק. קיצורו של דבר: אין פסק דין זה של בית המשפט ברמאללה מהווה תקדים הסותר את התיזה כי לבג"צ סמכות ביקורת בשטחים ולצדדי עלי לציין כי בכך טעה המחבר.

המחבר מפריד, ובצדק, בין השאלה הראשונית של עצם הכפיפות של הממשל הצבאי לבג"צ לבין השאלה השנייה של הסכמה להחלת כללי המשפט הבינלאומי ההסכמי דיני המלחמה על השטחים. אשר לכפיפות לבג"צ, הנימוקים המוצגים על ידי המחבר מגוונים: הצורך לשמור על שלטון החוק וזכויות האדם<sup>12</sup>; מתן תחושה פסיכולוגית לתושבי השטחים כי יש להם כתובת משפטית; עצם הידיעה כי קיימת אפשרות פניה לבג"צ תימצע מלכתחילה פעולות פסולות והגברת הירקה הפוליטית של תושבי השטחים

8 ראה: י"א צור, "סמכות הפיקוח של בג"צ לגבי הצווים והמנשרים של המפקד הצבאי בשטחים המוחזקים", הפרקליט: כך ל' (חשל"ו), עמ' 47; החקיקה, עמ' 53 ואילך, במיוחד בעמ' 74-78, וראה לאחרונה במפורט: E. Naton "The Power of Supervision of the High Court of Justice over Military Government in: M. Shamgar (ed.) Military Government in the Territories Administrated by Israel, 1976-1980 Legal Aspects (Hebrew University, Jerusalem, 1982) pp. 109-169

9 עמ' 13.

10 ע"א 34/68 מוחמד אמין אל געברי נ' אחמד יאעקוב עבר אל כרים אל עריי. 24 Int. L.R. pp. 484-487.

11 ראה על פס"ד זה בהרחבה: החקיקה עמ' 59-65. וראה לניתוח שני פסקי הדין של בתי המשפט הנמוכים יותר את מאמרו של Y.Z. Blum, "The Missing Reversioner: Rebleation on the Status של Judea and Samaria," 3 (1968) Is.L.R. 279, at pp. 279-281, 297-301.

12 המחבר אף מעלה השערה של "פסיכולוגים בפרוטה" — כלשונו — כי "נחישותו של שמגר להגן בכל מחיר על זכויות האדם בשטחים ולדאוג לביקורת אורחית צמודה על מעשה השלטון הצבאי נבעה, בין היתר, מנסינו האישי — הוא עצמו נפל קרבן לשרירות ליבו של שלטון זה, כאשר גורש מן הארץ אל מחנה-המעצר של אנשי אצ"ל בקניה" (עמ' 14). לא ברור אם המחבר קיבל על כך רמז ממר שמגר באחד מהראיונות שערך עימו (כמצוין בהערות), או שזו השערה אישית של המחבר. מכל מקום הערה — הארה זו מעניינת ויש בה כדי לאפיין את הספר שאינו ספר משפטי טכני אלא בעל גוון עיתונאי (וראה על כך גם להלן).

לישראל<sup>13</sup>. כן ראויים לאזכור דברי המחבר כי מדיניות זו שגובשה על ידי מ' שמגר — מי שיהיה כיועץ המשפטי לממשלה סמוך לאחר מלחמת ששת הימים (כיום נשיא בית המשפט העליון) — עמדה בתוקפה גם בהתחלף השלטון הפוליטי בישראל וגם כאשר התחלפו פעמיים היועצים המשפטיים לממשלה<sup>14</sup>. חשובים הם דבריו של המחבר ביחס להחלטה השניה הכרוכה במדיניות המשפטית של הממשלה כלפי בג"צ בפעילותו כמבקר סמכויות הממשל הצבאי בשטחים. המחבר מדגיש ובצדק כי "החלטתו של שמגר לציית להוראות המשפט הבינלאומי היתה נועזת, מהפכנית ומפתיעה אף יותר מהחלטתו בענין סמכות בג"צ משום שעמדה לכאורה בסתירה למדיניות הרשמית של ממשלת ישראל"<sup>15</sup>. העיקרון שקבע שמגר עוד בשנת 1971 כי ישראל רואה עצמה כמי שמקיימת את ההוראות ההומניטריות של האמנות הבינלאומיות העוסקות בשטחים המוחזקים — מבלי להודות בתחולת האמנות על הסיטואציה המיוחדת ביהודה ושומרון<sup>16</sup> — הוא שנתן לבית המשפט העליון קריטריון לבחינת חוקיות פעולות הממשל הצבאי בשטחים המוחזקים. אין בג"צ בוחן את פעולות הממשל הצבאי רק על פי עקרונות המשפט המינהלי אלא גם בודק את מידת התאמתן של פעולות אלה לכללי המשפט הבינלאומי ודיני המלחמה העוסקים בשטחים המוחזקים. ראוי להדגיש כי בג"צ בודק את חוקיות פעולות הממשל הצבאי רק לאור כללי המשפט הבינלאומי המנהגי, בעוד שכללי המשפט הבינלאומי ההסכמי אינם מעניקים לעותר עילה לתבוע מכותם או להתבסס עליהם כדי לפסול אקט של הממשל הצבאי הסותר אותם<sup>17</sup>.

## ב

הנושא הראשון שבו עוסק הספר כדוגמא לפעילות בג"צ כמבקר פעולות הממשל הצבאי הוא סוגיות הקרקעות להתנחלויות<sup>18</sup>. בפרק זה מובאים פסקי הדין והדין שקדם להם על הרקע הפוליטי לכל סיטואציה וסיטואציה, כאשר המחבר אינו נשאר נייטרלי ומבין השיטין ניתן להרגיש במתח המביא לפסה"ד של אלון מורה, בו כזכור הפך הצו למחולט ומכח צו בימ"ש פונה הישוב. גם ראשי הפרקים בחלק זה מביאים אותנו בהדרגה לשיא: פיתחת רפיח — החטא הקדמון ועונשו; בית אל — האשליה הגדולה; מתתיהו — "מלחמת הגנרלים"; אלון מורה — המפולת<sup>19</sup>.

13 עמ' 14-17.

14 שם, בעמ' 17.

15 שם, בעמ' 22, ההדגשות במקור.

16 M. Shamgar, "The observance of International Law in the Administered Territories," *Israel Yearbook on Human Rights* Vol. 1 (1979) p. 262, at 266.

17 אכחנה זו מצויה במספר פסקי דין של בית המשפט העליון וביניהם פרשת בית אל ואלון מורה (ראה להלן) והדברים נכתבו לאחרונה וסוכמו בפסק דינו המקיף של מ"מ הנשיא (כתוארו אז) השופט שמגר בפרשת מס ערך מוסף — בג"צ 493/81 69/81 אבו עיטה ואח' נגד מפקד אוור יהודה ושומרון ואח', פ"ד ל"ז 197(2).

18 עמ' 28-77.

19 ואלה רק חלק מרשימת ראשי הפרקים בפרק זה.

בפרק זה הניתוח המשפטי מבוסס ומלא ומוצג בצורה המובנת אף להדיוטות. המחבר מנתח כל פס"ד כולל אימרות האגב שבו הכללים שנקבעו בו שישומו לאחר מכן בפסקי הדין הבאים. בפרק זה מובאות גם התלטות הכיניים, החשובות לצורך תיאור ההליך ורמוזות על תוצאותיו<sup>20</sup>. ברצוני להעיר שתי הערות ביחס לנרמז בסוף הפרק<sup>21</sup> ובמקום אחר בספר<sup>22</sup> כי כביכול לאחר "המפולת" באלן מורה נבחרה הדרך של הכרזה על קרקעות מדינה שהינה התחמקות מביקורת בג"צ על השימוש בקרקע להתנחלויות. ראשית, יש להעיר כי הדרך לבג"צ נותרה פתוחה וסמוך לפרסום הספר הופיע פסק דין מפורט של בית המשפט העליון שנכתב על ידי השופט שמגר (כתוארו אז) — שאליבא דהמחבר אינו חשוד כלל בצמצום סמכות בג"צ — שעניינו ביקורת שיפוטית על הכרזה על קרקע כרכוש ממשלתי<sup>23</sup>. שנית, וזו הערה ביחס לתופעה שכלל לא נכתב עליה בספר. נראה לי כי התוצאה האמיתית של בג"צ אלון מורה אינו צמצום ביקורת בג"צ על התנחלויות<sup>24</sup>, אלא תופעה אחרת לחלוטין: מתן היתר רחב לרכישת קרקעות מאנשים פרטיים ביהודה ושומרון. ישובים אלה הם שעומדים ביסוד התנופה המסיבית של הבניה וההתיישבות ביהודה ושומרון בראשית שנות השמונים הינם תוצאה, אם כי עקיפה, של בג"צ אלון מורה (שניתן בסיום 1979)<sup>25</sup>. אותם קולות בציבוריות הישראלית שראו בבג"צ אלון מורה מכה לתנועת ההתנחלויות וסיימה או גורעתה של תנועה זו — טעו, אכן, כיום השימוש באמצעי של צווי תפיסת מקרקעין מצומצם ביותר בשל החשש כי לא יעמד בקריטריונים שנקבעו בבג"צ אלון מורה (קיום צורך בטחוני ברור כאשר הגורם היחום הוא בטחוני והשיקול הבטחוני הוא השיקול הדומיננטי והמכריע ולא אחד השיקולים בלבד לתפיסת המקרקעין). ברם, רכישת קרקעות לא נאסרה ובניה על קרקע שנרכשה בדין מותרת. יתרה מזו, דומה כי גם ההגבלה שתחילתה בפרשת בית אל וסופה באלון מורה לפיה ההתנחלויות הינן אירעיות, אין לה מקום בשוב שהוקם על קרקע פרטית שנרכשה בדין. עולה, איפוא, כי מעמדם של הישובים המוקמים כיום על קרקעות פרטיות מבוסס יותר, לפחות מהבחינה המשפטית, מהישובים שהוקמו על קרקע שנחפסה לצרכים צבאיים<sup>26</sup>.

## ג

הפרק הבא, הנושא את הכותרת "אדם ומולדתו" מוקדש בעיקרו לביקורת בג"צ על

20 אף שבדרך כלל אין להם ביטוי בפרוטומי פ"ד — ראה לדוגמא עמ' 40-41.

21 עמ' 74-77.

22 עמ' 18.

23 בג"צ 285/81 אל נאור נ' מפקד יהודה ושומרון ואח', פ"ד ל"ו (1) 701.

24 ביקורת כזו, ממשיכה גם ביחס להפקעות לצרכי התנחלויות. ראה לאחרונה בג"צ 202/81 טביב ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לו (2), 622. כמו כן בג"צ גם בביקורת על הפקעה לצרכי ציבור לסלילת כבישים ודרכים. ראה: בג"צ 393/82, גמיעה אסכאן אלמועלמן אלמעוניה אלמחדדה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (פס"ד של השופט ברק מיום 2.12.83; טרם פורסם).

25 בג"צ 390/79 דייקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' פ"ד ל"ד (1), 1.

26 אינני רואה מקום ברשימה זו להגיב על הנתונים של נגבי — שם בעמ' 75 ואילך — על ההכרזות של אדמות מדינה. ככתב עת משפטי די בכך שנוצין כי קיימת סמכות ביקורת שיפוטית גם על אקט כזה כאמור בהערה 23 לעיל.

סמכות הממשל הצבאי לגרש תושבי האזור מהאזור או על זכותם של תושבי האזור או מי שהיו כאלה בעבר לחזור לאזור.

הנושא הראשון מעוגן בחקיקה מנדטורית בת תוקף באזור — תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945<sup>27</sup> — ועיקר הדין בבג"צים השונים היתה כתינה של מידת ההקפדה של רשויות השלטון על קיום תקנות אלה. יוצא דופן הוא פסק הדין השני של מגורשי חברון בו התעוררה מחלוקת בין השופטים האם ניתן על פי המשפט הבינלאומי לגרש את תושבי האזור, כשדעת המיעוט של השופט חיים כהן שללה סמכות זו<sup>28</sup>. הנושא השני, עניינו הפיקוח של בג"צ על סמכות הממשל הצבאי להתיר או למנוע כניסה לאזור. המחבר בחר להביא כדוגמה את פרשת לא פי<sup>29</sup>, אף שעניינו מזרח ירושלים והשאלה שנבחנת שם היא סמכות שר הפנים על פי חוקי הכניסה לישראל. ראוי היה להתבסס בנקודה זו על בג"צ אל-טיין<sup>30</sup>, שקדם לפרשת לא פי, העוסקת בבדיקת חוקיות צווי המושל הצבאי האוסרים כניסה ויציאה לאזור ללא היתר. הפרשה האחרונה המוזכרת בפרק זה — בג"צ סמארדה<sup>31</sup> — חשובה לכשעצמה בהיותה המקרה השני בבג"צים בעניני השטחים שבו ניתן צו מוחלט. כאן לא ניתן היה, עקב התנגדות הממשל הצבאי לבדוק את טיבם ופרטיהם של הקריטריונים לאיחוד משפחות ובג"צ פסק כי אף שכל הקריטריונים האלה לא ידועים לו, די בכך שהמקרה הגדון, על נסיבותיו, אינו כלול בהם כדי שבג"צ יתערב ויהפוך הצו להחלטי<sup>32</sup>.

#### ד

הפרק הרביעי עניינו המשק בשטחים. אף כאן הוסף המימד העובדתי והרקע החורגים מעבר לפרסום בפד"י. הקטע האחרון בפרק הרביעי לא היה יכול להיות כלל ידוע למשפטן האמון רק על קריאת פסקי הדין המפורסמים. המחבר מתאר את השתלשלות העניינים ביחס לעתירה שעניינה שמו של בנק "פלשתין" בעזה. העתירה לבסוף לא נשמעה, כנראה עקב "התקפלות" הממשל הצבאי, כלשונו של המחבר, שהעדיף — על פי עצת פרקליטות המדינה — הענות לעתירה על פני פס"ד עקרוני של בג"צ<sup>33</sup>.

27 עתון רשמי 1945, תוספת 2(ע), 855, הסמכות לגירוש הינה בתקנה 112. בהערה 2 (עמ' 168) בספר נכתב בטעות תקנות 8-12.

28 בג"צ 628/80 קווסמת ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד ל"ה (1) 617.

29 בג"צ 209/73 עדה לאפי נ' שר הפנים, פ"ד כ"ח (1) 13; ראה עמ' 116-118 בספר.

30 בג"צ 500/72 אלטיין נ' שר הבטחון ואח', פ"ד כ"ז (1) 481; וראה דין על פס"ד זה בספרי חקיקה, עמ' 87-86.

31 בג"צ 802/82 סמארה נ' שר הבטחון, פד"י ל"ד (4) 1; ראה עמ' 119-120 בספר.

32 ראוי להדגיש כי במישור המשפט המינהלי הכללי נמתחה ביקורת על פסק דין זה — ופסקי דין נוספים העוסקים בסוגיות אחרות — בגין הרחבת השימוש בעילת אי הסבירות המינהלית והחשש פן יהיה בכך פריצת דרך בסמכויות בג"צ שיהפוך לגוף שיבדוק את שיקולי הרשות המינהלית לגופה תוך שקילתם של אינטרסים, ולא זכויות, כאשר הכסות לכך תהיה העילה הכללית מדי של אי סבירות מינהלית. ראה: מ' שקד "הערות של ביקורת במשפט המינהלי", משפטים כרך י"ב (תשמ"ב), עמ' 102. בג"צ סמרה מובא כאחת הדוגמאות לתיוה של המחברת. ראה: עמ' 104 הערה 4; עמ' 105 הערה 12, ועמ' 106 הערה 15.

33 ניתוח מקיף ביותר על סמכויות הממשל הצבאי בתחום המשק, הכלכלה והמיסוי, מצוי בפסק דין

## ה

הקורא את הפרק האחרון העוסק בחופש העיתונות חש כי מחבר הספר אינו רק משפטן אלא אף עיתונאי שחופש העיתונות יקר לו. הצגת הדברים בפרק זה נאה ואינני רואה כל מקום להעיר ואף לא להאיר על תוכן פרק זה. הפרק המוכתר במלים "מאזן ביניים" אינו מחייב ביקורת, וכי מי יחלוק על הצורך בשלטון החוק ביהודה ושומרון או בחשיבות הרבה של בג"צ כמגן זכויות האדם באותו אזור. הערותי להלן הינם בעיקר ביחס להעדר התייחסות למספר סוגיות והפרופורציה ביניהם.

אף שהספר דן בכמה וכמה פרשיות חשובות שנדונו בפני בג"צ ראוי להדגיש ולציין כי אין לפנינו סקירה של כל פסה"ד שבאו בפני בג"צ ולא של כל פסה"ד החשובים. מספר פסה"ד של בג"צ שפורסמו עד מועד הוצאתו לאור של הספר ואשר עניינם השטחים המחוזקים הגיע לכדי חמישה מניינים של פסקי דין (ומאו יצאו לאור פסקי דין לא מעטים), בעוד שבספרו של נגבי נדונים במפורט 21 פס"ד (מתוכם אחד עוסק בענייני ירושלים). כך למשל, לא מצאנו דיון ואף לא אזכור של פסה"ד בענין ר ו י ד י<sup>34</sup> שמעניין הן מבחינת פיקוח בג"צ על בתי המשפט הצבאיים בשטחים והן בשל העובדה כי עסק ביחס שבין ירושלים המזרחית לבין יהודה ושומרון בקובעו כי ירושלים המזרחית הינה בבחינת חו"ל ביחס ליהודה ושומרון<sup>35</sup>. כן נפקד מקומם של פסקי הדין של בג"צ בהם נבחנה סמכות בתי המשפט הדתיים הכנסיתיים והמוסלמים שמקום מושבם בירושלים להפעיל פסקי דין והחלטות ביחס לאנשים ונכסים המצויים ביהודה ושומרון<sup>36</sup>. אף תחום הפיקוח על פעולות צבאיות של הממשל הצבאי ובמיוחד השימוש בסמכויות הנתונות לו על פי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945<sup>37</sup> לא זכה לניתוח ולאזכור בספר, פרט לסוגיית הגירוש, ואין הרשימה מלאה<sup>38</sup>.

הארון של מ"מ הנשיא (כתוארו אז) השופט שמגר בפרשות מס ערך מוסף שנפסק לאחר כתיבת הספר (ראה הערה 17 לעיל). ניתוח פסק-דין זה חשיבותו כהמרוד דרך ביחס לקונספציה של בג"צ והפקדו בענייני השטחים חורגת ממסגרת רשימה זו. די שנציין כי פסה"ד של השופט ברק בבג"צ 393/82 (הערה 24 לעיל) מבוסס בחלקו של העקרונות שנקבעו בפרשת מס ערך מוסף ובמיוחד על ההסתכלות המיוחדת ביחס לכיבוש הנמשך תקופה ממושכת. על היבט זה של הצורך בכללים מיוחדים או בהגמשת הכללים הקיימים כאשר הכיבוש נמשך זמן רב כבר דנתי בפרק האחרון של ספרי החקיקה, עמ' 209-211.

34 בג"צ 283/69 רידי ואח' נ' בית המשפט הצבאי נפת חברת ואח', פ"ד כ"ד (2) 419.

35 פס"ד זה שימש נקדת המוצא לזיכוח שפורסם מעל דפי "הפרקליט" בין פרוץ י"צ בלום לבין פרוץ י" דונשטיין על מעמד ירושלים המזרחית. ראה: י" דונשטיין "ציון במשפט הבינלאומי חפדה", הפרקליט, כרך כז (תשל"א), עמ' 5; י"צ בלום, "ציון במשפט הבינלאומי נפתחה", שם שם עמ' 315; י" דונשטיין, "חפדה לא נפתחה" או "לא הפגנות אלא מעשים", שם שם עמ' 519; י"צ בלום, "מזרח ירושלים אינה שטח כיבוש", שם כרך כ"ח (תשל"ב), עמ' 183.

36 בג"צ 171/68, האנואליס נ' בית הדין של הכנסיה הפרטריארכית היוונית אורתודוכסית ואח', פ"ד כג (1), 260; בג"צ 94/75 נאסר נ' בית הדין של העדה הגריגוריאנית הארמנית ואח', פ"ד ל(2), 44.

37 בג"צ 22/81 האמד נ' מסקד יהודה ושומרון, פ"ד לה (3) 223; 274/82 האמרה נ' שר הבטחון פ"ד לו (2) 755; בג"צ 361/82 חמרי נ' מסקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לו (3) 439.

38 כדוגמאות נוספות לבג"צים מעניינים מבחינת מיגון פעולות הביקורת של בג"צ והן ביחס למטריה המשפטית שבה עסק בג"צ — נסתפק בשלוש עתירות: אחת שלא פורסמה ושתיים שפורסמו. בעתירה הראשונה — שלבסוף בוטלה — הצליחו העובדים הערבים של הממשל הצבאי (במקרה הנדון — מורים)

חיסרון נוסף הוא ההתעלמות מכך שבג"צ מפעיל סמכותו גם כאשר הממשל הצבאי פוגע ביהודים תושבי האזור או מי שנמצאו באזור באופן חדר-פעמי<sup>39</sup>. הדגש — המוצדק לגופו — של המחבר כי בג"צ מהווה ערכאה שיפוטית המופקדת על זכויות האזרח של התושבים הערבים המצויים תחת ממשל צבאי ישראלי, הינו בבחינת מחצית האמת אם לא מוזכר — ולו ברמז — כי בג"צ דן גם בעתירותיהם של ישראלים הן כנגד פעולות מנהליות של הממשל הצבאי<sup>40</sup> והן כנגד בתי המשפט הצבאיים<sup>41</sup>. לפסקי דין אלה חשיבות רבה לאור העובדה כי האוכלוסייה הישראלית ביהודה ושומרון הולכת וגדלה ואף בפניהם, כמו בפני ישראלים בישראל וערכים תושבי יהודה ושומרון, תהיינה פתוחות דלתות בג"צ.

הספר מצטיין בסגנון רהוט ובכתיבה עיתונאית שוטפת. בחלקים לא מעטים הספר ממש מרתק והוא רחוק מהספרות המשפטית "היבשה" הידועה לנו. יתכן ולמשפטן האמון על ספרות מחקרית כבדה, יראה סגנון זה כחדירת העיתון לספרות המשפטית. ברם, דרך כתיבה זו שכרה בצידה. לא רק המשפטנים הינם הנמענים של ספר זה אלא אף כל משכיל שאינו משפטן יוכל לקרוא ספר זה מהחל עד גמירא מבלי לחוש רגשי נחיתות שמא לא הבין את המינוח המשפטי המקצועי. המחבר משכיל להציג גם נושאים משפטיים מורכבים בצורה בהירה וברורה, דבר המסייע כאמור להרחבת מעגל הקוראים של הספר. אף כי מטרה זו ברורה, אין היא מצדיקה סטייה מנורמות מקובלות של הסתמכות על מקורות וכללי ציטוט<sup>42</sup>. למותר לציין כי אין בהערה זו לפגוע או לפגום בהערכה הכללית על הספר.

פתחנו בציון העובדה כי אין די ספרות משפטית העוסקת בשטחים המוחזקים. ספרו של נגבי, אף שנקודת המוצא שלו הוא המשפט הישראלי העוסק בשטחים המוחזקים,

- להציג מועמדותם לבחירות לעיריות, למרות הספק שהיה בנושא זה בדין המקומי, ראה: M. Drori, "Second Municipal Election in Judea and Samaria under Israeli Administration. Legislative Changes" 12 Is.L.R. (1977) 526, at pp. 531 — 534 בעתירה השניה ניתח בית המשפט העליון את החוק הישראלי — חוק הסתמכות על פסיקה ממדינות ערב וכיניחן מצרים — ביחס לפסלותו של חבר מועצת עירייה להמשיך בכהונתו לאחר שביצע עבירה שיש עמה קלח — בג"צ 428/78, בשארה דאוד ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לב (3), 447. בעתירה השלישית עסק ביהמ"ש העליון בהרחבה בנתח הוראות חוק ירדניות ומסמכים ירדניים ומנדטוריים בענייני תכנון ובניה — בג"צ 145/80 גמיעה אסכאן אלמועלמון אלחעונייה אל מחדרת אלמסאוליה נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לה (2) 285 (גלגולו השני של חיק זה הוא בג"צ 393/82; ראה הערות 24 ו-33 לעיל).
- 39 בג"צ 210/67 לוי נ' הרמטכ"ל, פ"ד כה (2) 165, בג"צ 507/72 ארנון ואח' נ' היועמ"ש לממשלה, פ"ד כז (1) 234; בג"צ 138/75 צענייה נ' שר הבטחון ואח' פ"ד כ"ט (2) 197; בג"צ 128/77 הרב לוינגר נ' בימ"ש צבאי בחברון, פ"ד לא (2) 436; בג"צ 369/79 טבגר נ' מפקד יהודה ושומרון פ"ד לד (1), 145; בג"צ 61/80 העצני נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לד (3) 595; ונוספים זולתם.
- 40 ראה פרשת טבגר הנ"ל (הערה קודמת).
- 41 ראה פרשות לוי, העצני, הרב לוינגר לעיל (הערה 39).
- 42 כך, לא מובן מדוע יש לצטט דיונים בכנסת מהעיתונות במקום מדברי הכנסת, ראה, למשל, עמ' 52 הערה 15; עמ' 150 הערה 4. כן תמוה הדבר מדוע כאשר מצוטטים קטעים מפסק-דין אין מובא האזכור המדויק של העמוד והמחבר מסתפק בציון העמוד הראשון של פסק הדין אף שפסק הדין אינו קצר ואין זה קל לאתר את הציטוט המדויק. ראה, למשל, עמ' 167 הערות 10-6 ועמ' 168 הערות 16, 19.



מהווה תרומה לספרות המשפטית הדלה שעניינה השטחים המחזקים. אליבא דאמת, משפטנים ומי שמתעניינים ברשויות השלטון בישראל שספרו של נגבי יאכלס את מדפי ספרייהם, יצאו נשכרים ויש להניח כי יקראו בו פעם ופעמיים, ככותב שורות אלה, בהנאה רבה.