

**בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

**בג"ץ 61/80
תאריך: 17.4.80**

בפני: כבוד השופט לנדוי - הנשיא
כבוד השופט אלון
כבוד השופט בכור

העותר: אליקים העצני

נ ג ד

המשיב: 1. מדינת ישראל (שר הביטחון)
2. מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון
3. התובע הצבאי לאיזור יהודה ושומרון
4. בית-המשפט הצבאי, רמאללה

עתירה למתו צו-על-תנאי מיום א באייר תשי'

בשם העותר: עו"ד צ' הניג
עו"ד מ' שרף

בשם המשיבים: עו"ד ד' בייניש, מנהלת מחלקת בג"ץ בפרקליטות
המדינה

החלטה

הנשיא (לנדוי): העותר הועמד לדין בבית-המשפט ברמאללה לפי כתב אישום הכולל אישומים בעבירות על צו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), תש"ל-1970, שהוציא מפקד איזור יהודה ושומרון ביום 20.4.1970 וגם על דברי חקיקה אחרים שחוקק המפקד הצבאי, וכן בעבירות על דבר חקיקה (החוק הפלילי הירדני ו**תקנות ההגנה** לשעת חירום, 1945) שהיו קיימים ביהודה ושומרון בעת כיבושם בידי מדינת ירדן, ומפקד כוחות צה"ל נתן להם תוקף במנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (מנשר מס' 2), שהוציא מיום 7 ביוני 1967, עם כניסת צה"ל ליהודה ושומרון. בתחילת הדיון טען העותר טענה מקדמית שלבית-המשפט הצבאי אין סמכות לדון אותו ומשנדחתה טענתו, פנה לבית-משפט זה בעתירה למתן צו נגד מדינת ישראל(שר הביטחון), מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, התובע הצבאי לאיזור יהודה ושומרון ובית-המשפט הצבאי עצמו – שיימנעו מלדון בכתב האישום שהוגש נגד העותר.

בטענותיהם לפנינו ביקשו הפרקליטים המלומדים מטעם העותר, ה"ה מ' שרף ו-צ' הניג, לערער מן היסוד את תוקפו המשפטי של מנשר מס' 2 הנ"ל, שהוא המהווה את הנורמה הבסיסית לשיטת המשפט שהונהגה על-ידי הממשל הצבאי הישראלי ביהודה ושומרון. התקפתם נערכה במישור המשפט הבינלאומי וכן במישור המשפט המוניציפאלי הישראלי. במישור המשפט הבינלאומי טען מר מ' שרף כי מאחר שהממלכה הירדנית ההאשמית לא זכתה אחרי פלשיתה לאיזור בשנת 1948 להכרה בינלאומית כריבון ביהודה ושומרון, הרי שחוקיה היו נעדרי כל תוקף חוקי, כאין וכאפס, ועל כן לא יכול היה המפקד של כוחות צה"ל לקיימם כפי שקיימם בסעיף 2 של מנשר מס' 2. סעיף זה קבע לאמור:

"המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 ביוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור."

מערכת חוקים שלא היתה קיימת כלל בעיני החוק הבינלאומי, אי אפשר היה לקיים את תוקפה אחרי שהשלטון הכובש הזר הורחק מן האיזור – אומר מר שרף – וגם בתי-המשפט הצבאיים שהוקמו על בסיס אותו מנשר כאילו לא הוקמו כלל. אין מר שרף נרתע מן המסקנה העולה מטענתו שבמשך כל השנים מאז כניסת צה"ל ליהודה ושומרון נתקיים באיזור חלל ריק בהעדר מערכת משפטית תקפה כלשהי, בחינת לית דין ולית דיין.

הטענה נדחתה בצדק על-ידי בית-המשפט הצבאי, כי אין בה ממש. ראשית, ביחס לבתי-המשפט הצבאיים – אלה הוקמו לא על-פי תחיקה ירדנית אלא מכוח סמכותו הישירה של מפקד האיזור. לא שמענו מפי מר שרף שום השגה על סמכות זו שמפקד האיזור נטל לעצמו לפי סעיף 2, **סיפא**, של מנשר מס' 2, בדבר "השינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור". הוא הדין ביחס לתוקף האישומים בהם הואשם העותר בעבירות על התחיקה הצבאית של מפקד האיזור. הטענה מצטמצמת אפוא לאישומים בעבירות על תחיקה ירדנית שהמפקד הצבאי אימץ אותה לפי סעיף 2, **רישא**, של מנשר מס' 2. אך גם ביחס לאלה יש לדחותה.

אכן, כמו שנאמר ב**בג"ץ 390/79 עזת מחמד מוסטפה דויקאת, ו-16 אח' נגד ממשלת ישראל, ו-5 אח'** פ"ד(1) 1, 13, פרשת **אלון מורה, בע' 13**, הטיעון שלירדן לא היו זכויות של ריבון ביהודה ושומרון הוא "טיעון חשוב שישראל משמיעה בזירה הבינלאומית". העולה מטיעון זה הוא שאמנת גינבה

הרביעית אינה חלה על יהודה והשומרון אלא ממשלת ישראל מפעילה מרצונה את הוראותיה ההומניטריות של אמנה זו. מסקנה זו לא עמדה עד כה למבחן בין-משפט זה (וראה בג"ץ 390/79, שם), וגם הפעם אין צורך להידרש לה. נכונה העובדה שירדן לא היתה מעולם הריבון החוקי באיזור יהודה והשומרון, אבל אין ללמוד מזה שמפקד האיזור לא יכול להכריז על מתן תוקף למשפט שהיה קיים באיזור לפני כניסת צה"ל אליו. אין לערער בין בעית הריבונות ביהודה והשומרון לפי המשפט הבינלאומי לבין זכותו וחובתו של המפקד הצבאי לקיים את הסדר הציבורי באיזור, כדי להבטיח את שליטתו באיזור ולהנהיג בו משטר של שלטון החוק לטובת התושבים שבו. זכותו זו וחובה זו, הנובעות מדיני המלחמה המנהגיים, באו לידי ביטוי בסעיף 43 של כללי האג. על נושא זה הרחיב בית-משפט זה את הדיבור בג"ץ 337/71 אלג'מעה אלמסחיה ללאראצ'י אלמקדסה (האגודה הנוצרית למקומות הקדושים) נגד שר הביטחון, ו-4 אח', פ"ד כו(1) 574, 581, שם אמר מ"מ הנשיא (זוסמן) (כתוארו אז),

כי –

"סעיף 43 הנ"ל מחייב את שלטון הכיבוש לכבד את החוק שעמד בתוקף בשטח המוחזק, אלא אם הוא מנוע לחלוטין מלעשות כן." (ע' 581).

פרופסור בלום המבסס את השקפתו, שלמדינת ישראל זכות קנין עדיפה ליהודה והשומרון מזכותה של ירדן, במאמרו הידוע "The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria", Israel Law Review, Vol. 3. p. 279 מסביר (שם, בע' 294):

"... whenever, for one reason or another, there is no concurrence of a normal 'legitimate sovereign' with that of a 'belligerent occupant' of the territory, only that part of the law of occupation applies which is intended to safeguard the humanitarian rights of the population."

ובהערה 59 באותו עמוד הוא מדבר על:

"This severability of the rules of a humanitarian nature from those protecting the ousted sovereign's reversion..."

וכן ראה במאמרו של מאיר שמגר, The Observance of International Law in the Administered Territories, Israel Yearbook on Human Rights, Vol. 1 p. 262. בע' 266 אומר המחבר, בדברו על הצורך לקיים את הסדר הצבאי בשטח שבשליטתו של ממשל צבאי:

"The expression 'restoration and maintenance of public order' – 'la via publique' is, it would seem, a paraphrase of the words 'normalization and rule of law'. Rule of law, in its turn, is based on the defined norms of a given legal system."

ולהלן, בע' 276 ואילך, הוא מתאר את שיטת המשפט שהונהגה במנשר מס' 2 כמגשימה מגמה זו. דברים אלה תואמים את דברי אופנהיים-לאוטרפכט, משפט בינלאומי, מהדורה שביעית, סעיפים 169 ו-172. העולה מהם שמפקד האיזור פעל בגדר סמכויותיו לפי המשפט הבינלאומי בהורותו על רציפותו של המשפט שהיה נוהג בפועל (de facto) באיזור ערב כיבושו על-ידי צה"ל (בנתון לשינויים שהוא מוצא לנחוץ לעשות כדי להבטיח את שליטתו באיזור), בלי שהיה חייב להיכנס בעובי הקורה של שאלת הריבונות באיזור. על כן מדובר במנשר ב"משפט שהיה קיים באזור", גם זאת כקביעת עובדה ולא כמתן אישור לתוקפו מלכתחילה של אותו משפט לפי דיני המשפט הבינלאומי. בעשותו כן אך שמר המפקד על שיטת המשפט שתושבי האיזור הורגלו אליה והקל על עצמו את ניהול

.The Occupation of Enemy, von Glahn Territory, p. 94 ff (ועיין בספרו של
 תחת הכותרת – (Preservation of Laws).

אין אני רואה קשר כלשהו בין השאלה הזאת ובין המובאות הרבות שהביא מר שרף מספרו של
 Recognition in International Law, Cambridge, Lauterpacht University press, 1947, ביחס להכרה במדינות
 לפי המשפט הבינלאומי, כי כל המובאות הללו שייכות ליחסים שבין מדינות ולא לסדרי השלטון
 הפנימיים בתוך שטח שבשליטת מפקד צבאי. אכן, מפקד צבאי לא יקיים תוקפו של משפט המנוגד על-
 פי תוכנו למושגי צדק ומוסר יסודיים, כגון חוקי השלטון הגרמני הנציונל-סוציאליסטי (וראה
 אופנהיים, שם, בע' 446). אבל כזאת אין לומר על כלל המשפט שהיה קיים ביהודה והשומרון ערב
 כניסתו של צה"ל.

ביחס למישור המשפט הישראלי המונציפלי טען מר הניג, שהמפקד הצבאי לא היה מוסמך להוציא
 את מנשר מס' 2, מפני שהמשפט החל ביהודה והשומרון הוא משפט מדינת ישראל, בתוקף דברי
 חקיקה שונים, המאפשרים את החלת המשפט של מדינת ישראל על כל שטח משטחי מדינת ישראל,
 כגון פקודת שטח השפוט והסמכויות, תש"ח-1948, [פקודת שטח נטוש](#), תש"ח-1948, וסעיף 11ב
[לפקודת סדרי השלטון והמשפט](#), תש"ח-1948 (תיקון מס' 11 משנת תשכ"ז). הטענה כבר הושמעה,
 ביחס לפקודת שטח השפוט והסמכויות, בפרשת [אלון מורה](#) והתשובה עליה ניתנה שם בע' 13א,
 במלים אלה:

"עובדה היא ששר הביטחון לא נתן צו על יסוד סמכותו לפי סעיף 1 של אותה
 פקודה ביחס לאיזור יהודה והשומרון (וממשלת ישראל אף לא החילה את
 משט מדינת ישראל על אותו איזור, כדרך שעשתה ביחס למזרח ירושלים, בצו
 על יסוד סעיף 11ב [לפקודת סדרי השלטון והמשפט](#), תש"ח-1948). כאשר
 ביסודות המשפטיים של השלטון הישראלי ביהודה והשומרון אנו עוסקים,
 ענין לנו בנורמות משפטיות הקיימות בפועל ולא רק בכוח, והנורמה הבסיסית
 שעליה הוקם מבנה השלטון הישראלי ביהודה והשומרון בפועל הוא, כאמור,
 עד היום, נורמה של ממשל צבאי, ולא החלת המשפט הישראלי שיש עמו
 ריבונות ישראלית."

כך הוא גם ב**פקודת שטח נטוש**: גם בפקודה זו ניתנה להפעלה רק בדרך מתן הכרזה של הממשלה, לפי
 סעיף 2(ב) ממנה, והכרזה כזאת מעולם לא ניתנה לגבי יהודה והשומרון (ואין תימה שלא ניתנה, כי
 האיזור לא ניטש על-ידי היושבים בו). קיצורו של דבר, לא מה שאפשר היה לעשות ולהכריז הוא
 הקובע, אף מבחינת המשפט המוניציפאלי של המדינה, אלא מה שנעשה ומה שלא נעשה הלכה למעשה
 על-ידי הממשלה והכנסת, המחליטות את החלטותיהן על-פי שיקולי מדיניות.

הוזכר גם [חוק יסוד: הצבא](#), שלפי סעיף 3(ב) שבו, "ראש המטה הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הביטחון", ונטען שמפקד איזור יהודה והשומרון לא היה מוסמך להוציא את המנשר מס' 2 ללא הוראות מאת הממשלה או מאת שר הביטחון. אבל המנשר הוצא לפני חקיקת [חוק יסוד: הצבא](#), ומכל מקום אין לנו שום יסוד להניח שבהוציאו אותו מנשר לא פעל מפקד האיזור בתיאום עם הדרג המדיני שמעליו.

על יסוד האמור יש לדחות את העתירה למתן צו-על-תנאי.

השופט בכור: אני מסכים.

השופט אלון: מסכים אני.

הוחלט לדחות את העתירה למתן צו-על-תנאי.

ניתן היום, א באייר תש"ס (17.4.1980).

לנדוי 54678313-61/80

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה