

ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעתאונה אלמחדודה אלמסאוליה,  
אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה והשומרון

נגד

1. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון
2. מועצת התכנון העליונה באזור יהודה והשומרון

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[28.12.83, 25.7.82]

לפני השופטים א' ברק, יהודה כהן, ח' אבנור

יו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967, ק"ת 2690, סעיף 1 - אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, כ"א 1 559 - חוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, ס"ח 148, סעיף 7.

העתירה נסבה על החלטת המשיבים להפקיע חלק ממקרקעי העותרת, תוך תשלום פיצויים, לשם סלילת כבישים. על-פי תכנית דרכים - שאושרה על-ידי המשיבה 2 - עתידים להיסלל ביהודה ושומרון שני כבישים מהירים מטרופוליטניים, המיועדים לחבר ערים בתחום יהודה ושומרון עם ישראל. בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. (1) המקור לסמכותו ולכוחו של המפקד הצבאי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית הוא בכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה לוחמתית והמהווים חלק מדיני המלחמה.
- (2) מבחינת חובותיה של המדינה המחזיקה כלפי הקהילה הבינלאומית, מצויים כללים אלה הן במשפט הבינלאומי המנהגי והן במשפט הבינלאומי ההסכמי, שהמדינה צד להם והחלים על הנושא. מבחינת זכותו של תושב אזור הנתון לממשל צבאי כלפי המפקד הצבאי, מעוגנים כללי התפיסה הלוחמתית במשפט הבינלאומי המנהגי ובמשפט הבינלאומי ההסכמי, עד כמה שהוא הוזרם למשפט הפנימי של המדינה המחזיקה על-ידי מעשה חקיקה פנימי בר-תוקף.
- (3) מבחינת תפיסתה הלוחמתית של ישראל, ובהעדר חקיקה מזרימה, הנורמות העיקריות של דיני המלחמה, שעניינם תפיסה לוחמתית, הן אלה הכלולות בתקנות בדבר דינה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות להסכם האג הרביעי מ-1907 (תקנות האג), שהן דקלרטיביות באופיין ומשקפות משפט בינלאומי מנהגי החל בישראל גם בלא מעשה חקיקה ישראלי.
- (4) אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, אפילו היא חלה על תפיסתה הלוחמתית של ישראל ביהודה ושומרון - ושאלה זו נתונה למחלוקת - הרי היא בעיקרה קונסטיטובית, היוצרת נורמות חדשות, אשר לשם תחולתן בישראל יש צורך במעשה חקיקה.

= 786 =

- ב. (1) תקנות האג סובבות סביב שני צירים מרכזיים: האחד - הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית; האחר - הבטחת צרכיה של האוכלוסיה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית.
- (2) בשני העניינים גם יחד - הן הצורך ה"צבאי" והן הצורך "האזרחי" - נקודת המוצא העקרונית היא, שהמפקד הצבאי אינו יורש את זכויותיו ומעמדו של השלטון שניגף. סמכויותיו של השלטון שניגף מושעות, ואילו בידי המפקד הצבאי נתונה סמכות הממשל והמינהל העליונה באזור.
- (3) מבחינה משפטית סמכויות המפקד הצבאי הן זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטבעה.
- ג. (1) שיקוליו של המפקד הצבאי מכוונים כלפי האזור; אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו כאזור או על האינטרס של האוכלוסיה המקומית.
- (2) על-כן, אין הממשל הצבאי רשאי לתכנן ולבצע מערכת כבישים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית, אם מטרתו של תכנון זה ואם מטרתו של ביצוע זה הן אך להוות "דרך שירות" למדינתו שלו.
- ד. הכלל הקבוע בסיפא של תקנה 43 לתקנות האג הוא, שאת החוקים הקיימים באזור יש לכבד, ואין לשנותם, אלא אם כן לשם הגשמת סמכויות הממשל הצבאי נחוץ שינוי בחקיקה, וכדי צורך זה.
- ה. (1) הרישא של תקנה 43 לתקנות האג מעניק לממשל הצבאי סמכות ומטיל עליו חובה להחזיר

ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים.

- (2) אין התקנה מגבילה עצמה להיבט מיוחד של הסדר והחיים הציבוריים. על-כן חלה הסמכות - בצד ענייני ביטחון וצבא - גם על נסיבות "אזרחיות" רב-גוניות, כגון נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם.
- (3) היקף סמכותו של הממשל הצבאי - בצד השיקולים הביטחוניים והצבאיים - מתוחם על-ידי שני פאראמטרים עיקריים: האחד, עניינו חובתו של הממשל הצבאי לפעול כשלטון מתוקן הדואג לאוכלוסיה המקומית בכל שטחי החיים; האחר, עניינו מגבלותיו של הממשל הצבאי שאינו ממשל קבע אלא ממשל זמני, שאינו ריבון אלא שליט מכוח דיני המלחמה.
- (4) בקביעת היקף סמכויותיו של הממשל הצבאי על-פי הנוסחה בדבר "הסדר והחיים הציבוריים" מן הראוי להתחשב בהבחנה בין ממשל צבאי קצר מועד לבין ממשל צבאי ארוך מועד.
- (5) לעתים אין להבטיח צמיחה והתפתחות במסגרתו של ממשל צבאי ארוך מועד בלא להשקיע השקעות יסוד, אשר יניבו פירות בעתיד.
- השקעות יסוד, שיש בהן להביא לשינוי של קבע, העשוי להימשך גם לאחר סיום הממשל הצבאי, מותרות הן, אם הן נחוצות באופן סביר לצורכי האוכלוסיה המקומית, ובלבד שאין בהן כדי להביא לשינוי מהותי במוסדות היסוד של האזור.

= 787 =

- (6) השקעות יסוד, המתכננות לטובתה של האוכלוסיה המקומית, עשויות לחייב תכנון ושיתוף פעולה עם גורמים, המצויים מחוץ לאזור. גורמים אלה עשויים להיות מדינה שכנה או מדינתו של הממשל הצבאי עצמו. טבעי הוא לממשל תקין, שהוא משתף פעולה עם זולתו להגשמת מטרותיו שלו, וקשר עם גורמים שמחוץ לאזור - ובוודאי קשר כזה עם מדינתו של הממשל הצבאי - ין בו מעשה ריבונות, שאינו בסמכותו של ממשל צבאי.

ו. (1) הדין המקומי, המאפשר הפקעה או תפיסה לצורכי ציבור, ממשיך להתקיים - כל עוד לא בוטל או שונה כדין - גם בתקופת התפיסה הלוחמתית.

(2) מכוח דיני המלחמה מוחזקת סמכות ההפקעה בידי הממשל הצבאי. זה ראוי לעשות בה שימוש, ובלבד שנתקיימו שלושה תנאים מצטברים: ראשית, מפעיל הסמכות פועל על-פי הדרישות הקבועות בחוק המקומי; שנית, הפעלת הסמכות הינה לטובת האוכלוסיה המקומית, כנדרש על-פי תקנה 43 לתקנות האג; שלישית, בעל הסמכות מפעיל את הסמכות על פי כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי.

ז. (1) בג"צ מוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית על פעולות הממשל הצבאי ביהודה, שומרון וחבל עזה. סמכות זו משתרעת הן לעניין בדיקת קיומו של מקור פורמאלי לסמכות של הממשל הצבאי (אם בדין המקומי ואם בחקיקת הביטחון) והן לעניין אופן השימוש בסמכות זו. בדיקה אחרונה זו נעשית הן לאור כללי המשפט הבינלאומי המינהלי והן לאור כללי המשפט המינהלי הישראלי.

(2) בענייני ביטחון לא יחליף בית המשפט את שיקולי הביטחון של המפקד הצבאי בשיקולי הביטחון הנראים לבית המשפט עצמו. גישה זו אינה מיוחדת לממשל הצבאי אלא כללית היא. בתחומי המשפט המינהלי כולו אין בית המשפט עושה עצמו עובד-ציבור-על, אלא אך בוחן, אם עובד ציבור סביר והוגן יכול היה לקבל החלטה, כפי שזו נתקבלה בפועל.

(3) בית המשפט מוכן להעמיד את המפקד הצבאי כמי שטעמיו נכונים, ודרושות ראיות משכנעות מאוד כדי לסתור חזקה זו.

(4) חזקה זו מצומצמת לעניין שיקולים צבאיים מיוחדים. אין לה תחולה לעניין סמכותו "האזרחית" של הממשל הצבאי בכל הנוגע להבטחת הסדר והחיים הציבוריים, ובוודאי לא במקום בו מדובר בממשל צבאי ארוך מועד, שלגביו אין כל סיבה, מדוע לא יפעיל בית המשפט אותן "חזקות" לעניין המפקד הצבאי כמו לעניין כל עובד ציבור, המפעיל סמכות כדין.

ח. משבחר הממשל הצבאי להכין תכנית כבישים מקיפה, אין לראות כל פגם משפטי בכך, ובלבד שנחה דעת בית המשפט, כי הדבר נעשה לטובתה של האוכלוסיה המקומית.

פסק-דין של בית המשפט העליון שאזכרו:

- [1] בג"צ 390/79 דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד(1) 1.
- [2] בג"צ 61/80 העצני נ' מדינת ישראל (שר הביטחון) ואח', פ"ד לד(3) 595.
- [3] בג"צ 619/78 "אל טליעה" שבועון ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לג(3) 505.

= 788 =

[4] בג"צ 351/80 (המ' 764/80) חברת החשמל מחוז ירושלים בע"מ נ' שר האנרגיה והתשתית ואח', פ"ד לה(2) 673.

- [5] [בג"צ 69/81](#), 493 אבו עיטה ואח' נ' מפקד אזור יהודה ושומרון ואח'; קנזיל ואח' נ' הממונה על המכס, מפקדת אזור חבל עזה ואח', [פ"ד לז\(2\) 197](#).
- [6] [בג"צ 606/78](#), 610 אויב ואח' נ' שר הבטחון ואח'; מטאווע ואח' נ' שר הבטחון ואח', [פ"ד לג\(2\) 113](#).
- [7] [בג"צ 698/80](#) קוואסמה ואח' נ' שר הביטחון ואח', [פ"ד לה\(1\) 617](#).
- [8] [בג"צ 256/72](#) חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הבטחון ואח', [פ"ד כז\(1\) 124](#).
- [9] [בג"צ 202/81](#) טביב ואח' נ' שר הביטחון ואח', [פ"ד לו\(2\) 622](#).
- [10] [בג"צ 97/79](#) אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, [פ"ד לג\(3\) 309](#).
- [11] [בג"צ 500/72](#) אל-טין נ' שר הבטחון ואח', [פ"ד כז\(1\) 481](#).
- [12] [בג"צ 337/71](#) אלמקדסה נ' שר הבטחון ואח', [פ"ד כז\(1\) 574](#).
- [13] [בג"צ 302/72](#), 306 חילו ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', [פ"ד כז\(2\) 169](#).
- [14] [בג"צ 802/79](#) סמרה ואח' נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, [פ"ד לד\(4\) 1](#).
- [15] [בג"צ 258/79](#) עמירה ואח' נ' שר הבטחון ואח', [פ"ד לד\(1\) 90](#).
- [16] [בג"צ 629/82](#) ו' מוסטפא ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, [פ"ד לז\(1\) 158](#).

הערות:

לתקנה 43 לתקנות האג ראה: 'דינשטיין, "מס ערך מוסף בשטחים המוחזקים", עיוני משפט י (תשמ"ד-מ"ה) 159.

התנגדות לצו-על-תנאי מיום 25.7.82. העתירה נדחתה. הצו-על-תנאי בוטל.

**ש' תוסיה-כהן - בשם העותרת;**

**ר' יאראק, מנהל מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה - בשם המשיבים.**

פסק-דין

השופט א' ברק: 1. העותרת היא אגודה שיתופית. מטרתה הקמת שיכון למורים חברי האגודה, תושבי יהודה ושומרון. לשם כך רכשה האגודה מקרקעין ביהודה ושומרון, בקרבת אזור התעשייה של עטרות. חברי האגודה פנו, כיחידים, בבקשה לקבל רישיון בנייה, כל אחד לביתו שלו. הם לא ציינו בפנייתם את האגודה ולא הזכירו. כי מטרתם

= 789 =

היא להקים שכונת מגורים לחברי האגודה. הבקשות נענו בחיוב. הפונים קיבלו היתרי בנייה על-פי חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים, הוא החוק הירדני החל בעניין (להלן - חוק תכנון ערים). בעת מתן הרישיונות, ובשל אופן הגשת הבקשות, לא ניתנה הדעת על כך, כי המדובר הוא בתכנונה של שכונה שלמה. משנתקבלו רישיונות הבנייה, התקשרו חברי האגודה עם קבלת בנייה, אשר ניגש לתחילת הבנייה. בשלב זה הופנתה תשומת לבן של רשויות התכנון למציאות המתהווה, ואלה החליטו על הקפאתם של רישיונות הבנייה.

לאחר זמן (ביום 24.7.79) החליטה מועצת התכנון העליונה (להלן - המועצה), הפועלת מכוח חוק תכנון ערים, לבטל את רישיונות הבנייה שהוצאו ליחיד העותרת. אותה עת הוגשה למועצה תכנית מפורטת, שהוכנה על-ידי האגודה, ושעניינה בניית השיכון למורים. הטיפול בתכנית זו השתנה, שכן אותה שעה החלו בדיקות ודיונים אצל המועצה בדבר תכנית דרכים, אשר אמורה להסדיר דרכים חדשות בקרבת מקום. במהלכם של דיונים אלה (ביום 8.5.80) החליטה המועצה לדחות את התכנית המפורטת, וזאת משני טעמים עיקריים: האחד, צמידותה של השכונה המתוכננת לאזור התעשייה בישראל ולמפעלים ביטחוניים ביהודה ושומרון; האחר, מיקומה של השכונה בתוך תחום שטח, אשר בחלקו יופקע ובחלקו תיאסר עליו בנייה, וזאת לשם בנייתו של מחלף בין כבישים מהירים, המתוכננים בקרבת מקום. אותה עת טרם אושרה תכנית הכבישים, אך יסודותיה הוצגו לפני המועצה.

[בג"צ 145/80](#)\* הלינו האגודה ושלושה מחבריה על הקפאתם וביטולם של רישיונות הבנייה מזה ועל דחייתה של התכנית המפורטת מזה. בית המשפט העליון פסק, כי הענקת הרישיונות נגדה את חוק תכנון ערים, שכן הרישיונות ניתנו ללא תכנית חלוקה וללא תכנית מפורטת. על-כן הקפאת הרישיונות וביטולם נעשו כדין. אשר לדחייתה של התכנית המפורטת נפסק, כי שיקולה של המועצה הם שיקולים תכנוניים רלוואנטיים, לא הוכחו כל שיקולים זרים, ועל-כן החלטת הדחייה כדין יסודה.

2. תכנית הדרכים, אשר שימשה יסוד לסירובה של הוועדה (ביום 8.5.80) לאשר את התכנית המפורטת, טרם אושרה אותה עת. האגודה הגישה התנגדות לתכנית הדרכים המוצעת. ביום 24.7.80 קיימה המועצה דיון בתכנית הדרכים והחליטה על הפקדתה מחדש, וזאת לאור מספר שינויים שהוכנסו בה. העותרת הגישה התנגדות גם לתכנית הדרכים החדשה. התנגדות זו הושמעה לפני ועדת משנה להתנגדויות (ביום 29.1.81) ולפני מליאת המועצה (ביום 25.11.81). בגמר דיוניה החליטה המועצה לאשר את תכנית הדרכים. כנגד אישור זה וכנגד הפקעת חלק ממקרקעיה של העותרת כמתבקש מהתכנית - תוך תשלום פיצויים - מכוונת העתירה שלפנינו.

3. תכנית הדרכים, אשר אושרה על-ידי המועצה - בכל הנוגע לעתירה שלפנינו - עניינה מחלף בין שני כבישים מהירים, העתידים להיסלל ביהודה ובשומרון. הכביש

= 790 =

האחד הוא כביש בן-שמן-עטרות. חלקו האחד של כביש זה עובר בישראל וחלקו האחר ביהודה ושומרון. הכביש השני הוא כביש האמור לחבר את רמאללה, ירושלים ובית-לחם (כביש מס' 4). עיקרו של כביש זה ביהודה ושומרון. הם מתוכננים קטע קטן ממנו - ליד ירושלים - הוא בתחום ישראל. שני כבישים אלה אמורים להיות כבישים מטרופוליטניים. הם מתוכננים - עם השלמתם - להיסלל על גבי ארבעה מסלולים: מסלול דו-נתיבי בכל כיוון וכן מסלול שירות בכל כיוון, וזאת לשם נגישותם של גורמים קרובים. במקום ההצטלבות של שני הכבישים מתוכנן מחלף, המצריך הקמתם של שלושה מפלסים: מפלס תחתון, המקשה את כביש בן-שמן-עטרות עם כביש מס' 4 לכיוון ירושלים; מפלס אמצעי, הממשיך את כביש בן-שמן-עטרות לכיוון מעלה האדומים; מפלס עליון, המחבר את דרכי השירות מן המחלף לכביש מס' 4. תכנית המחלף האמורה משקפת את התכנון הסופי, אשר יוגשם כדרך של תהליך רב-שלבי, כאשר השלב הראשון מצוי בתכנון ממשי ומתקדם.

4. במקום הרחב ביותר ישתרע המחלף על-פני כשלוש-מאות מטרים.

רצועה זו תכלול את ששת נתיבי הנסיעה, כולל שתי דרכי השירות ושני מסלולי הכביש הדו-נתיבי. המרחקים נובעים מהצורך בעקמומות שלא תהיינה חדות מדיי ביחס לכביש זה, מהפרשי גובה וטופוגרפיה של השטח, מהצורך בסוללות עפר לתמיכה בנתיבים, ומנימוקים תכנוניים אחרים הלוקחים בחשבון רזרבה קרקעית. מרקיעיה של העותרת נמצאים בתחום המחלף, חלקם נועד להפקעה ועל חלקם האחר נאסרה בנייה בשל הקרבה לכבישים.

#### עמדת המשיבים

5. מבחינה עובדתית, טוענים המשיבים, כי מטרתה של תכנית הדרכים היא לשרת את צורכי האזור. היא תאפשר קשר מהיר בין יישובי יהודה ושומרון לבין עצמם. היא תשרת את האוכלוסיה המקומית של רמאללה, ביר-נבאללה, ג'דירה, נבי-סמואל, בית-אכסא, בית-חנינה, בידו, ראפאת ובית-לחם. במיוחד הצביעו המשיבים על כך, כי כביש רמאללה-ירושלים הופך לדרך עירונית, והאולטרנטיבה לכך תהיה בעתיד במערכת הכבישים המתוכננת. המשיבים הדגישו, כי מערכת הדרכים ביהודה ובשומרון היא מיושנת, ואין היא יכולה לשאת עוד את הכמות הרבה של מכוניות הנעות עליה. כך, למשל, ב-1970 היו באזור 5,000 מכוניות ו-7,000 נהגים, ואילו ב-1983 יש באזור 30,000 מכוניות ו-35,000 נהגים. גידול זה מצריך, לדעת המשיבים, תכנון וביצוע של מערכת כבישים חדשה. אף שבמרכזה של תכנית הדרכים עומד פיתוח האזור לטובת האוכלוסיה שבו, אין המשיבים מתעלמים מכך, כי תכנית זו קשורה בתכנון בישראל, היא מתחשבת בו, ומהווה פרויקט משותף לישראל ולאזור. היא תשרת לא רק את תושבי האזור אלא גם את תושבי ישראל ואת התנועה בין יהודה ושומרון לבין ישראל. בהקשר זה צוין,

= 791 =

כי מדי יום ביומו עוברים לעבודה בישראל וחזרה ממנה פועלים רבים - אשר מספרם גדל מ-14,700 בשנת 1970 ל-44,300 ב-1983 - וכן אוכלוסיה נוספת, הן מישראל והן מהאזור. לבסוף צוין, כי מימונה של תכנית הכבישים ייעשה בחלקו מהמסים הרגילים, הנגבים מהאוכלוסיה המקומית, ובחלקו במימון מישראלי.

6. מבחינה משפטית, עמדתם של המשיבים היא, כי פעולתם מעוגנת בדין המקומי ובכללי המשפט הבינלאומי המנהגי. לטענתם, תפקידו של ממשל צבאי אינו מצטמצם בביטחון בלבד, ועליו להבטיח את תקינות חייה של האוכלוסיה המקומית. על ממשל צבאי לנהוג כפי ששלטון מתוקן היה נוהג בכל שטחי החיים, לרבות תחבורה. במסגרת זו, תכנונה של מערכת כבישים וביצועה מהווים פעולה כדין של ממשל צבאי, שכן הם נעשים למען תושבי האזור, ואין בהם משום הקרבת האינטרסים של האזור על מזבח האינטרסים של ישראל. אמת, תכנון מערכת הכבישים נעשה תוך שיתוף פעולה עם ישראל, אך אין בכך ולא כלום, שכן הוא נעשה - מבחינתו של הממשל הצבאי - מתוך מטרה לקדם את ענייניו של האזור. תפקידו של ממשל צבאי, חמש-עשרה שנים לאחר כינונו, אינו יכל להצטמצם לשימורה של מערכת כבישים מיושנת ועתיקה. לדעת המשיבים, אם הממשל היה נוהג כך, היו מאשימים אותו בצדק בכך שהוא מקפיא את הפיתוח ומונע את התפתחותו הטבעית של האזור ואוכלוסייתו.

#### עמדת העותרת

7. מבחינה עובדתית, טוענת העותרת, כי מטרתו של תכנון הכבישים אינה לשרת את צורכי האזור אלא את צרכיה התחבורתיים של ישראל. היוזמה היא ישראלית, והממשל הצבאי נגרר אחריה, בלא להפעיל כל שיקול-דעת עצמאי ובלא להעמיד לנגד עיניו את טובתו של האזור. לטענת העותרת, אין האזור זקוק למערכת כבישים מפוארת וראויתנית שכזו. מטרתו של המחלף לשרת קו תנועה ישראלי - מבן-שמן לעטרות - ובינו לבין טובת האזור אין ולא כלום.

8. מבחינה משפטית, טוענים העותרים, כי התכנית והפעולות בעקבותיה (הפקעה ואיסור בנייה) אינן חוקיות, שכן הן

נוגדות את המשפט הבינלאומי המנהגי. הטעם לכך הוא כפול: ראשית, משום שמטרתה של התכנית אינה טובת האזור אלא טובתה של ישראל. במצב דברים זה חל איסור על הממשל הצבאי לפעול; שנית, אפילו תאמר, כי מטרת התכנית היא טובתו של האזור, הרי אין ממשל צבאי, שהוא זמני באופיו, ראשי לתכנן ולבצע פעולה, שיש לה השלכות קבע ארוכות טווח. אילו נמשך השלטון הירדני, אין כלל לדעת, אם היה עולה על דעתו להכין תכנית שכזו, ולאור ספקות אלה על הממשל הצבאי להימנע מהתכנית. סמכותו של הממשל הצבאי, נוכח זמניותו, משתרעת על

= 792 =

פעולות של שמירת הקיים וניהולו השוטף. אין הוא בעל סמכות לעשות שינויים מפליגים. על-כן אין הממשל הצבאי ראוי לתכנן ולבצע מערכת כבישים, שיש בה עובדות קבע. שנועדו להימשך לאחר סיום השלטון הצבאי באזור.

#### תחום המחלוקת

9. המחלוקת בין הצדדים משתרעת הן באשר לעובדות המקרה והן באשר למסגרת המשפטית. אשר לעובדות, חלוקים הצדדים באשר למטרתה של תכנית הדרכים. העותרת טוענת, כי מטרתה של זו לשרת את צרכיה של ישראל, וצרכיה בלבד. המשיבים טוענים לעומתה, כי מטרת תכנית הדרכים לשרת את צרכיה של האוכלוסיה המקומית, תוך שיתוף פעולה עם ישראל. אשר לדין, חלוקים הצדדים באשר להיקף סמכותו של הממשל הצבאי לתכנן ולבצע תכניות קבע, העשויות להתקיים גם לאחר סיום הממשל הצבאי. העותרת טוענת, כי זמניותו של הממשל הצבאי מצמצמת את סמכותו לשמירת הקיים לניהולו בלבד. המשיבים גורסים, כי סמכותו של ממשל צבאי כוללת בחובה גם דאגה לצרכי הפיתוח. לשם הבנתה של מחלוקת זו יש לפנות תחילה למסגרת הנורמטיבית, בה פועל השלטון הישראלי ביהודה ובשומרון, ולסמכויות הנתונות לו כדין. על רקע זה ניתן יהיה להכריע במחלוקת שבין הצדדים.

#### המסגרת הנורמטיבית

10. במלחמת ששת הימים נתפסו ירושלים "המזרחית" ויהודה ושומרון על- ידי צבא ההגנה לישראל. בירושלים "המזרחית" הוחלו "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה" (ראה סעיף 1 ל**צו סדרי השלטון והמשפט** (מס' 1), תשכ"ז-1967). שונה הייתה הגישה לעניין יהודה ושומרון. המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל לא הופעלו ביהודה ושומרון (בג"צ 390/79 [1]; בג"צ 61/80 [2]). יהודה ושומרון מוחזקות על-ידי ישראל בדרך של תפיסה צבאית או "תפיסה לוחמתית" (BELLIGERENT OCCUPATION). באזור הוקם ממשל צבאי, אשר בראשו עומד מפקד צבאי. כוחותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי יונקים מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה צבאית. על-פי הוראותיהם של כללים אלה, כל סמכויות הממשל והמינהל מוחזקות בידיו של המפקד הצבאי (בג"צ 619/78 [3]). סמכויות אלה יש שהן יונקות מהדין, אשר שרר באזור בטרם התפיסה הצבאית, ויש שהן יונקות מחקיקה חדשה, שהוחקה על-ידי המפקד הצבאי. במקרה הראשון מפעיל המפקד הצבאי סמכות שלטונית מקומית קיימת. במקרה השני מפעיל המפקד הצבאי סמכות שלטונית חדשה. בשני המקרים גם יחד חייבת הפעלת הסמכות לקיים את כלליו של המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה לוחמתית, ואת עקרונותיו של המשפט המינהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד

= 793 =

ציבור (ראה: M. SHAMGAR, "LEGAL CONCEPTS AND PROBLEMS OF THE ISRAELI MILITARY GOVERNMENT - THE INITIAL STAGE" MILITARY GOVERNMENT IN THE TERRITORIES ADMINISTERED BY ISRAEL (JERUSALEM, ED. BY M. SHAMGAR, (1982) 13). נמצא, כי קיומה של סמכות שלטונית על-פי הדין המקומי - כגון, הסמכות להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור - אינו לא תנאי הכרחי ולא תנאי מספיק לפעולה שלטונית באזור הנתון לתפיסה צבאית. אין זה תנאי הכרחי, שכן בהעדר סמבחיניתכות שלטונית מקומית ראשי הממשל הצבאי להעניק לעצמו סמכות שלטונית חדשה, ובלבד שהדבר אפשרי על-פי כללי המשפט הבינלאומי, שעניינם תפיסה לוחמתית. אין זה תנאי מספיק, שכן אפילו קיימת סמכות שלטונית מקומית, הרי הפעלתה של סמכות זו, הלכה למעשה, לא די לה שתיעשה על-פי כללי הדין המקומי, אלא חייבת היא לעלות בקנה אחד עם כללי המשפט המינהלי הישראלי ועם כללי המשפט הבינלאומי, שעניינם תפיסה לוחמתית (בג"צ 61/80 [2] הנזכר, בג"צ 351/80 (המ' 764/80) [4]).

11. סקירה זו מלמדת, כי מבחינה משפטית המקור לסמכותו ולכוחו של המפקד הצבאי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית הוא בכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה לוחמתית (OCCUPATIO BELLICA), המהווים חלק מדיני המלחמה (ראה: בג"צ 69/81, 493 [5]). מבחינת חובותיה של המדינה המחזיקה כלפי הקהילייה הבינלאומית, מצויים כללים אלה הן במשפט הבינלאומי המנהגי והן במשפט הבינלאומי ההסכמי, שהמדינה צד להם והחלים על הנושא. מבחינת זכותו של תושב אזור הנתון לממשל צבאי כלפי המפקד הצבאי - זכות הניתנת לביקורת שיפוטית בבית המשפט של המדינה המחזיקה - מעוגנים כללי התפיסה הלוחמתית במשפט הבינלאומי המנהגי ובמשפט הבינלאומי ההסכמי, עד כמה שהוא הוזרם למשפט הפנימי של המדינה המחזיקה על-ידי מעשה חקיקה פנימי בר-תוקף (בג"צ 69/81, 493 [5] הנזכר).

מבחינת תפיסתה הלוחמתית של ישראל, ובהעדר חקיקה מזרימה, הנורמות העיקריות של דיני המלחמה, שעניינם תפיסה לוחמתית, הן אלה הכלולות בתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הנספחות להסכם האג הרביעי מ-1907 (להלן - תקנות האג). אף שתקנות האג הן הסכמיות, הרי הדעה המקובלת היא - ודעה זו נתקבלה על-ידי בית-משפט זה (בג"צ 610, 606/78; [6]; בג"צ 390/79 [1]) - כי תקנות האג הן דקלרטיביות באופיין, והן משקפות משפט בינלאומי מנהגי החל בישראל גם בלא מעשה חקיקה ישראלית. לא כן אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, שאפילו היא חלה על תפיסתה הלוחמתית של ישראל ביהודה ושומרון - ושאלה זו נתונה למחלוקת חריפה ולא נביע בה כל עמדה (ראה בג"צ 61/80 [2] הנזכר) - הרי היא בעיקרה אמנה קונסטיטוטיובית, אשר אינה מאמצת מנהגים בינלאומיים קיימים, אלא יוצרת נורמות חדשות, אשר לשם תחולתן בישראל יש צורך במעשה חקיקה (ראה: 'דינשטיין, "גירוש ראשי הערים מיהודה" עיוני משפט ח (תשמ"א-מ"ב) 158). נוכל להשאיר בצורך עיון את השאלה

= 794 =

היפה, אם חלקיה ההומניטאריים של אמנת ג'נבה הרביעית, שלגביהם החליטה ממשלת ישראל כי תנהג על-פיהם (בג"צ 698/80 [7]), 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.

12. תקנות האג סובבות סביב שני צירים מרכזיים: אחד - הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית; האחר - הבטחת צרכיה של האוכלוסיה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (בג"צ 256/72 [8]. בעמ' 138; בג"צ 69/81, 493 [5] הנזכר, בעמ' 271). בין שני צירים אלה באות תקנות האג לקבוע איזון מסוים, תוך שבעניינים מסוימים הדגש הוא בצורך הצבאי, ואילו בעניינים אחרים הדגש הוא בצרכיה של האוכלוסיה האזרחית.

"דיני המלחמה יוצרים בדרך-כלל איזון עדין בין שני קטבים מגנטיים: צורך צבאי, מחד גיסא, ושיקולים הומניטאריים מאידך גיסא" ('דינשטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ב (תשל"ב-ל"ג) 509, 505).

בשני העניינים גם יחד - הן הצורך "הצבאי" והן הצורך "האזרחי" - נקודת המוצא העקרונית היא, שהמפקד הצבאי אינו יורש את זכויותיו ומעמדו של השלטון שניגף. אין הוא הריבון באזור המוחזק (ראה: L. OPPENHEIM, "THE LEGAL RELATIONS BETWEEN THE OCCUPYING POWER AND THE INHABITANTS" 33 L.Q. REV. 363 (1917). סמכותיו של השלטון שניגף מושעות, ואילו מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפומבי נתונה בידי המפקד הצבאי "סמכות הממשל והמינהל העליונה באזור" (בג"צ 619/78 [3] הנזכר, בעמ' 510). סמכויות אלה הן, מבחינה משפטית, זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטבעה (ראה: L. OPPENHEIM, INTERNATIONAL LAW (LONDON, 1952) 4367 TH ED., BY H. LAUTERPACHT, VOL. 2, 1952). ראה גם: המדריך הצבאי הבריטי - H. LAUTERPACHT, THE LAW OF WAR ON LAND BEING PART III OF THE MANUAL OF MILITARY LAW (LONDON, 1958) 143 (OF MILITARY LAW). זמניות זו יכול שתהיה ארוכת מועד (ראה בג"צ 351/80 (המ' 764/80) [4] הנזכר, בעמ' 690). אין המשפט הבינלאומי קוצב לה זמן, והיא נמשכת, כל עוד הממשל הצבאי שולט באופן יעיל באזור (ראה: בג"צ 69/81, 493 [5] הנזכר).

13. ראינו, כי שיקוליו של המפקד הצבאי הם בהבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו באזור מזה והבטחת האינטרסים של האוכלוסיה האזרחית באזור מזה. אלה כאלה מכונם כלפי האזור. אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס

= 795 =

הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסיה המקומית. אפילו צרכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צרכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב (בג"צ 390/79 [1], בעמ' 17). אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר, כך, למשל, אין ממשל צבאי רשאי להטיל על תושביו של שטח מוחזק בתפיסה לוחמתית מסים, המיועדים אך לקופתה של המדינה, שמטעמה הוא פועל (בג"צ 69/81, 493 [5], בעמ' 271). על-כן אין הממשל הצבאי רשאי לתכנן ולבצע מערכת כבישים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית, אם מטרתו של תכנון זה ואם מטרתו של ביצוע זה הן אך להוות "דרך שירות" למדינתו שלו. תכנון וביצוע מערכת כבישים בשטח תפוס יכול שיעשו מנימוקים צבאיים (ראה: בג"צ 202/81 [9]). כפי שנראה, תכנון וביצוע מערכת כבישים יכול שיעשו מנימוקים של טובת האוכלוסיה המקומית. אין תכנון וביצוע אלה יכולים להיעשות אך כדי לשרת את המדינה המחזיקה. על-כן אם צודקת העותרת, כי מטרת התכנון אינה צרכי האזור (הצבאיים או האזרחיים) אלא אך צרכיה של ישראל, כי אז צודקים הם גם בעמדתם המשפטית, כי מטרה זו זרה היא לשיקוליו של המפקד הצבאי. דומה, כי המשיבים עצמם אינם חולקים על הפרופוזיציה המשפטית האמורה, אך חולקים הם על עמדת העותרת מבחינה עובדתית. נמצא, כי זהו "המקום הגיאומטרי" בניתוח המשפטי, שבו עלינו להיזקק למחלוקת העובדתית שבין הצדדים באשר למטרת התכנית.

14. במחלוקת העובדתית, אשר נתגלתה בין הצדדים, אין לנו כל סיבה שלא לקבל את עמדת המשיבים. הוצגו לפנינו השיקולים התכנוניים, שעמדו ביסוד התכנית, ואין לנו כל יסוד לפקפק בנכונותם. העותרת מצדה לא העלתה כל עובדה, שיש בה כדי לערער את עמדת המשיבים, ופרט לטענה כללית לא הביאה מצדה כל ראיה או הוכחה, שיש בהן כדי להטיל ספק בגישתם של המשיבים. מתוך העיון בחומר שהוצג לנו מתגלית תמונה של תכנון מקצועי, הלוקח בחשבון את תנאיו וצרכיו של האזור ולא את תנאיה וצרכיה של ישראל בלבד.

15. ציינתי, כי נחה דעתנו, כי השיקולים, שעמדו לנגד עיני המשיבים, היו שיקוליו של האזור ולא שיקוליה של ישראל. עם זאת ספק בעיניי, אם שיקוליו של האזור הם אך שיקולי טובתה של האוכלוסיה המקומית - כפי שנטען לפנינו - או שמא קיימים גם שיקולים ביטחוניים- צבאיים בצד השיקולים בדבר עניינה של האוכלוסיה באזור. ספק זה לא נובע מעיון בתצהיר המשיבים, שכן תצהיר זה כולו עוסק בשיקולים שעניינם טובת האזור ואוכלוסייתו, ואין בו כל רמז לשיקול הביטחוני. מקורו של הספק הוא בפסק-דין של בית-משפט זה בבג"צ 202/81 [9]. אף פרשה זו עסקה בתכנון וביצוע של דרך באזור. צוין בפסק-דין של כבוד השופט שילה, כי רשת הכבישים האזוריים, העוברים את יהודה ושומרון לאורכם ולרוחבם, לא נסללה רק מטעמים של טובת האוכלוסיה

= 796 =

המקומית בלבד, אלא יש לה אף מטרה צבאית מובהקת:

"אם חס ושלום תפרוץ מלחמה, ויהיה צורך בהעברת גייסות לאורך ולרוחב ביהודה ושומרון, עלולה תנועת להתארך, הן מחמת שהכבישים המצויים עתה צרים. מתפתלים וארוכים, הן מחמת התנועה המנועית האזרחית הרגילה, העלולה לסתום אותם לגמרי או להאט את התנועה בהם. כבישים אלטרנטיביים רחבים, ישרים וקצרים יותר (אחרי ביטול הפיתולים), אשר לא יעברו בתוך יישובים, הם בעתות מלחמה נכס אסטרטגי בעל חשיבות ראשונית" (שם, בעמ' 635).

דברים אלה נאמרו על התכנון כולו ולא אך על אותו כביש מיוחד, שבו עסקה אותה פרשה. אכן, בתצהיר התשובה שהוגש באותה עתירה - בו עיינתי בתיק בית המשפט - מצייין ראש מחלקת תכנון תשתית ביחידה לביטחון לאומי במשרד הביטחון, כי בצד הצורך של הציבור המקומי "משולב גם הצורך הצבאי המשתקף בכל בניית מערכת הכבישים הארציים והאזוריים ביהודה ושומרון, שכביש זה הוא חלק מהם, ביצירת מעבר חפשי של כוחות צה"ל בצירי התנועה המרחבית והארכית של האזור, תוך הקטנת ההתקלות במרכזי אוכלוסיה בדרכם. זאת הן להבטחת התנועה היום יומית והן למעבר כוחות צה"ל בעת מלחמה".

אכן נימוק זה הגיוני הוא, וניתן היה לצפות שגם בפרשה שלפנינו, בצד השיקול "האזרחי" של טובת האוכלוסיה המקומית, יודגש לפנינו השיקול "הביטחוני", המשתלב עמו ומשלים אותו. והנה, צורך צבאי זה לא הוזכר כלל. גישה זו תמוהה היא. הממשל הצבאי אחד הוא, בין אם הוא מתייצב לפני בית-משפט זה בבג"צ 202/81 [9] הנזכר ובין אם הוא מתייצב בפרשה שלפנינו. הכיצד ייתכן, שאת שאומרים להרכב אחד של בית-משפט זה אין אומרים לנו? אתמהה. על כל פנים, אין במציאות עגומה זו כדי להכריע את הכף, שכן מעמד המשפטי של המשיבים איתן דווקא בהנחה של קיום שיקול צבאי בצד השיקול האזרחי. על-כן נבחן את המצב המשפטי לאור ההנחה העובדתית הנוחה פחות למשיבים, היא ההנחה ממנה אנו חיים - על-פי כללי הדין המקובלים - בפרשה שלפנינו.

16. לאור מסקנתנו - בה אין לנו כל פקפוק או הרהור - כי שיקוליה של ישראל וצרכיה האזרחיים לא עמדו ביסוד תכנית הדרכים בביצועה, לא נותר לנו אלא לדון במחלוקת המשפטית אשר נתגלתה בין הצדדים, ואשר עניינה כוחו וסמכותו ל ממשל צבאי לתכנן ולבצע מפעל "אזרחי" באזור - בלא כל השלכה צבאית - אשר יש לו השלכות קבע ארוכות טווח, לעתים אף מעבר לגבולות הזמן של הממשל הצבאי עצמו.

= 797 =

הבטחת צרכיה של האוכלוסיה

17. בהוראות שונות שומרות תקנות האג על זכויות ספציפיות אלו או אחרות של האוכלוסיה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. הסדרים אלה הם חלקיים באופיים, ויש בהם פתרון למספר מצומצם של בעיות מיוחדות. בצד הוראות אלה קבועה בתקנות האג הוראת "על" כללית, אשר באה לקבוע הסדר נורמטיבי למכלול שלם של מקרים. הוראה זו קבועה בתקנה 43 לתקנות האג. בנוסחה הצרפתי קובעת הוראה זו לאמור:

"L'AUTORITE DU POUVOIR LEGAL AYANT PASSE' DE FAIT ENTRE LES MAINS DE L'OCCUPANT, CELUI-CI PRENDRA TOUTES LES M'ESURES QUI D'EPENDENT DE LUI EN VUE DE RETABLIR ET D'ASSURER, AUTANT QU'IL EST POSSIBLE, L'ORDRE ET LA VIE PUBLIQUE EN RESPECTANT, SAUF EMP'ECHEMENT ABSOLU, LES LOIS EN VIGEUR DANS LE PAYS."

תרגומו של נוסח זה עורר קשיים מסוימים (ראה: E.H. SCHWENK, "LEGISLATIVE POWER OF THE MILITARY OCCUPANT UNDER ARTICLE 43, (HAGUE REGULATIONS" 54 YALE L.J. (1945) 393

נוסחה העברי של תקנה 43, כפי שאומץ בבית-משפט זה (בג"צ 202/81 [9], בעמ' 629), קובע לאמור:

"בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך".

הרישא של הוראת תקנה זו מתייחס לסמכותו של הממשל הצבאי להחזיר ולהבטיח את "הסדר והחיים הציבוריים": עניין זה כולל בחובו הן את צרכי הביטחון של הממשל הצבאי עצמו והן את צרכיה של האוכלוסייה האזרחית הנתונה לשליטתו (ראה: י' דינשטיין, דיני מלחמה (שוקן, תשמ"ג) 216). הסיפא של התקנה עוסק במקרה מיוחד - שיש בו משום סמליות מיוחדת - והוא זה שבו מבקש ממשל צבאי לשנות את החוקים הנוהגים באזור. הכלל הקבוע הוא, שאת החוקים הקיימים באזור יש לכבד, ואין לשנותם, אלא אם כן לשם הגשמת סמכויות הממשל הצבאי (אם במישור האזרחי ואם במישור הצבאי) נחוץ שינוי בחקיקה, וכדי צורך זה (ראה: בג"צ 69/81 [5] 493 הנזכר, בעמ' 310; דינשטיין, במאמרו הנ"ל בעיוני משפט ב, בעמ' 509). בפרשה שלפנינו אין לנו עניין בשינוי החקיקה הקיימת אלא בפעולות תכנון, הפקעה ואיסור בנייה במסגרת החקיקה הקיימת. נמצא, כי מרכז הכובד של עיונונו מהווה הרישא של תקנה 43 ולא הסיפא שבה (השווה: בג"צ 351/80 (המ' 764/80) [4] הנזכר, בעמ' 688; בג"צ 97/79 [10], בעמ' 314).

= 798 =

18. הרישא של תקנה 43 לתקנות האג מעניק לממשל הצבאי סמכות ומטיל עליו חובה להחזיר ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים. סמכות זו כפולה היא: ראשית, החזרת הסדר והחיים הציבוריים על כנם, במקום שהם שובשו בעבר; שנית, הבטחת המשך קיומם של הסדר והחיים הציבוריים. אין התקנה מגבילה עצמה להיבט מיוחד של הסדר והחיים הציבוריים. היא משתרעת על הסדר והחיים הציבוריים בכל היבטיהם. על-כן חלה סמכות זו - בצד ענייני ביטחון וצבא - גם על נסיבות "אזרחיות" רב-גוניות, כגון נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם. כפי שאומר השופט שילה בבג"צ 202/81 [9], בעמ' 629:

"מהי הבטחת סדר וחיים ציבוריים? התשובה המתבקשת היא: הפעלת ממשל תקין על כל שלוחותיו, הנהוגות בימינו בארץ מתוקנת, כולל ביטחון, בריאות, חינוך, סעד, אך בין היתר גם איכות החיים והתחבורה"

19. שאלת המפתח - העומדת ביסוד המחלוקת המשפטית שנתגלתה בין הצדדים - היא זו הקשורה בהיקף סמכותו של הממשל הצבאי להבטיח את הסדר והחיים הציבוריים. האם עומדות לרשות הממשל הצבאי אותן סמכויות הנתונות לממשל רגיל, או שמא אופיו כממשל צבאי מגביל את אפשרויותיו, ואם כן באילו נסיבות? שאלה זו אינה חדשה. עמד על כך פלשנפלד (FEILCHENFELD) בציינו:

"NATIONS, TRIBUNALS AND AUTHORS ARE BY NO MEANS IN AGREEMENT ON THE MORE PRACTICAL QUESTION OF HOW FAR SHORT OF FULL SOVEREIGNTY THE AUTHORITY OF A BELLIGERENT OCCUPANT FALLS" (E.H. FEILCHENFELD, THE INTERNATIONAL ECONOMIC LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION (WASHINGTON, 1942) 87).

מטבע הדברים, שתקנה 43 קובעת אך נוסחה כללית, ואין בה כל פירוט של פתרונות ספציפיים לבעיות קונקרטיות (ראה: J. STONE, LEGAL CONTROLS OF INTERNATIONAL CONFLICT (NEW YORK, 1954) 728). עלינו איפוא לצקת תוכן ממשי להוראתה הכללית של התקנה, וזאת על רקע הפאראמטרים המשפטיים העקרוניים, התוחמים את גבולות הסמכות של הממשל הצבאי.

20. נראה לי, כי היקף סמכותו של הממשל הצבאי - בצד השיקולים הביטחוניים

= 799 =

והצבאיים - מתוחם על-ידי שני פאראמטרים עיקריים: האחד, עניינו חובתו של הממשל הצבאי לפעול כשלטון מתוקן. הדואג לאוכלוסייה המקומית בכל שטחי החיים; האחר, עניינו מגבלותיו של הממשל הצבאי שאינו ממשל זמני, שאינו ריבון אלא שליט מכוח דיני המלחמה. הפאראמטר הראשון נוטה להרחיב את סמכותו וחובותיו של הממשל הצבאי עד



כדי יצירת אנאלוגיה לשלטון הרגיל. הפאראמטר השני נוטה לצמצם את סמכותו וחובותיו של הממשל הצבאי תוך יצירת שוני מהותי בין היקף סמכותו של ממשל צבאי לבין היקף סמכותו של שלטון רגיל. נראה, כי היקפה הראוי של סמכות הממשל הצבאי הוא תולדה של פעולתם המצטברת והמתקזזת של שני פאראמטרים אלה. הפאראמטר הראשון קובע את גבולה האופטימאלי של הסמכות, ואילו הפאראמטר השני קובע את גבולותיה הראויים.

21. הפאראמטר הראשון, הקובע את היקף סמכותו של הממשל הצבאי, עניינו ממשל תקין, הדואג לאוכלוסיה המקומית. עיון במשמעותו של פאראמטר זה מחייב בחינתה של התפיסה בעניין חובותיו וכוחותיו של הממשל התקין והרגיל. בעניין זה יש לציין, כי תקנות האג נוסחו על רקע המציאות החברתית, אשר שררה במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה. הייתה זו מציאות של LAISSEZ FAIRE, אשר בה השלטון הרגיל לא היה מרבה להתערב בחיי החברה והמשק, מחד גיסא, ושבה ניתנה הגנה מירבית לקניין הפרטי, מאידך גיסא. כפי שציין פלשנפלד:

"THE HAGUE REGULATIONS WERE A LATE CODIFICATION OF A BODY OF LAW ADOPTED IN AN ATMOSPHERE OF NINETEENTH-CENTURY LIBERALISM, SHAPED BY THE BASIC PHILOSOPHY OF THAT ERA, AND DRAFTED FOR THE CONDITIONS OF A NINETEENTH CENTURY LIBERAL WORLD" (FEILCHENFELD, SUPRA, AT 17).

ובהתייחסו לתקנות האג קובע פרופסור טון:

"THEY ASSUME A LAISSEZ FAIRE ECONOMY IN BOTH THE OCCUPANT AND THE OCCUPIED STATES, GIVING LITTLE GUIDANCE FOR THE POSITIVE ECONOMIC ACTION WHICH IS NOW ROUTINE IN MODERN STATES. THE RESTRAINTS ON TAXATION, REQUISITION, AND CONFISCATION, DO NOT PREVENT AN INDIRECT DEPLETION OF THE ECONOMY, AND THE GUIDANCE OF THE LABOUR FORCE TO DEMANDED TASKS AS A MEANS OF THEIR BARE SURVIVAL. THE REGULATIONS ARE SILENT AS TO RESPONSIBILITY OF THE OCCU-

= 800 =

PANT TO ENSURE MINIMUM LIVING STANDARDS NOW ASSUMED BY MOST GOVERNMENTS. THEY PROVIDE ONLY THE VAGUEST INFERENTIAL GUIDANCE ON THE NOW BASIC STATE FUNCTIONS OF CURRENCY, BANKING, DEBT, EXCHANGE, AND IMPORT AND EXPORT CONTROL." (STONE, SUPRA, AT 729).

כתוצאה מכך, מאפיינת את תקנות האג גישה סטטית ולא גישה דינאמית בכל הנוגע לממשל הצבאי. הקניין הפרטי מוגן, אך האינטרסים הכלכליים והחברתיים של האזור הנתון לממשל צבאי אינם מטופלים בצורה ראויה. בצדק מעיר פלשנפלד:

"THUS, THE HAGUE REGULATIONS PROTECT PRIVATE PROPERTY, BUT DO NOT DEAL ADEQUATELY WITH OTHER ECONOMIC INTERESTS. THEY DO NOT SAFEGUARD COHERENTLY THE WHOLE ECONOMIC LIFE OF THE REGION. IN ACCORDANCE WITH THE TRENDS OF THE LAST CENTURY, THEIR EMPHASIS IS "STATIC" RATHER THAN "DYNAMIC" ON "HAVING" RATHER THAN ON "DOING" OR EVEN "OBTAINING" ON VESTED RIGHTS RATHER THAN ON ECONOMIC FUNCTION OR OPPORTUNITY" (FEILCHENFELD, SUPRA, AT 13).

בית-משפט זה פועל על-פי תקנות האג, וזאת כל עוד לא שונו על-ידי מנהגים חדשים או בהסכם בינלאומי התופס בישראל. עם זאת, במסגרת התקנות עצמן, יש מקום להתייחס אל כוחותיו ותפקידיו של ממשל מתוקן, וזאת לא על-פי השקפות חברתיות, אשר שררו לפני מאה שנים ויותר, אלא על-פי המקובל והנהוג בין עמים בני תרבות בימינו ובזמננו. על-כן, התוכן הקונקרטי שניתן להוראתה של תקנה 43 לתקנות האג בדבר הבטחת הסדר והחיים הציבוריים לא יהיה על-פי הסדר והחיים הציבוריים של סוף המאה התשע-עשרה, אלא על-פי הסדר והחיים הציבוריים של מדינה מודרנית ותרבותית בסוף המאה העשרים

22. בקביעת היקף סמכותיו של הממשל הצבאי על-פי הנוסחה בדבר "הסדר והחיים הציבוריים" מן הראוי להתחשב בהבחנה בין ממשל צבאי קצר מועד לבין ממשל צבאי ארוך מועד. הבחנה זו עוברת כחוט השני בספרות המשפטית בדבר דיני התפיסה הלוחמתית (ראה: [בג"צ 69/81](#), 493 [5] הנזכר, בעמ' 313). תקנות האג עצמן פותחו ונוסחו על רקע תפיסה צבאית קצרת מועד. דומה, כי המציאות הצבאית באותה תקופה

= 801 =

לא נתנסתה, בעיקרו של דבר, בתפיסות צבאיות ארוכות מועד. עמדה על כך גרייבר (GRABER) בצינה ביחס לתקנות, כי הן:

"...WERE DEVELOPED IN A RELATIVELY PEACEFUL PERIOD IN WHICH NO MAJOR WARS OCCURRED AND IN WHICH BELLIGERENT OCCUPATIONS WERE GENERALLY OF SHORT DURATION SO THAT OCCUPANTS WERE NOT FORCED TO ASSUME THE FULL GOVERNMENTAL BURDENS WHICH HAD RESTED ON THE DISPLACED SOVEREIGN" (D.A. GRABER, THE DEVELOPMENT OF THE LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION, 1863-1941 (NEW YORK, 1949) 290).

הבחנה זו בין ממשל צבאי קצר מועד לבין ממשל צבאי ארוך מועד היא בעלת השפעה ניכרת על התוכן שיש ליתן להבטחת "הסדר והחיים הציבוריים".  
כפי שאומר השופט שמגר בבג"צ 69/81, 493 [5], בעמ' 313:

"צרכיו של כל שטח, בין זה הנתון לשלטון צבאי ובין אחר, משתנים בדרך הטבע עם חלוף הזמן וההתפתחויות הכלכליות המתלוות לכך.  
כמבואר לעיל, לא ראו מנסחי התקנות להסתפק בהגדרתה של חובה, המתמצית בהחזרת המצב לקדמותו. משך הזמן של קיום השלטון הצבאי עשוי להשפיע על אופיים של הצרכים, וההכרח בביצוע התאמות והיערכות חדשה עשוי לגבור ככל שאורך הזמן רב יותר. ... אלמנט הזמן הוא גורם משפיע על מירווח הסמכויות, בין אם שוקלים את צרכי הצבא ובין אם שוקלים צרכי השטח, או כאשר מעצבים את האיזון בין השניים".

אך טבעי הוא, כי בתפיסה צבאית קצרת מועד הצרכים הצבאיים-ביטחוניים שולטים ברמה. לעומת זאת, בתפיסה צבאית ארוכת מועד צורכי האוכלוסיה המקומית מקבלי יתר תוקף (ראה: דינשטיין, בספרו הנ"ל, בעמ' 217). על-כן אמצעים חקיקתיים (כגון מיסוי חדש או שיעור מיסוי חדש למס קיים), אשר עשויים להיות בלתי ראויים בממשל צבאי קצר מועד, עשויים להפוך לראויים בממשל צבאי ארוך מועד. בצדק ציין פון ליסט (V. LISZT, DAS VOELKERRECHT (12 TH ED., 1921) 491):

THE LONGER THE OCCUPATION LASTS, THE MORE  
"COMPREHENSIVE WILL  
BE THE INTERFERENCE WITH THE ADMINISTRATION AND  
LEGISLATION OF  
THE OCCUPIED COUNTRY FOR ITS OWN SAKE",  
(SCHWENK, SUPRA, AT 399  
NOTE 25 אצל (מצוטט אצל).

= 802 =

העובדה, שתקנות האג הותקנו על רקע תפיסה לוחמתית קצרת מועד, יש בה כדי לגרום לכך, כי לרבות מהשאלות המתעוררות בחיי יום יום של תפיסה צבאית ארוכת מועד אין תשובה הולמת בתקנות. אף כאן אין בכוחנו להביא לשינוי בתקנות האג. עלינו להפעילן, שכן הן מהוות חלק ממשפטנו. עם זאת, הבחנה זו בין סוגי הממשל הצבאי על-פי מימד הזמן יש בה כדי להוות שיקול של מדיניות ראויה בכל אותם מקרים, בהם יש מקום לפיתוחה של מדיניות כזו במסגרת התקנות עצמן. דוגמה מובהקת לכך היא תקנה 43. הסדר והחיים הציבוריים מחייבים התחשבות בגורם הזמן, ועצם העובדה, שהתקנות כולן נוסחו על רקע של ממשל צבאי קצר מועד, אין בה כדי למנוע פיתוח הלכות באשר להיקף הסמכות בממשל צבאי ארוך מועד, וזאת במסגרת הרחבה והגמישה אשר תקנה 43 לתקנות האג יצרה. כפי שאומר השופט שמגר, בהתייחס לתקנה 43 לתקנות האג, בבג"צ 69/81, 493 [5], בעמ' 313:

"אכן נכון הוא, כי הסימן אינו מביא בהוראותיו כללי התאמה או סיוג, הכרוכים באלמנט הזמן או מותנים בו, אך השפעתו של מימד הזמן עולה מכללל מן הנוסח, לפיו יש להמשיך ולהבטיח, במידת האפשר, את הסדר והחיים הציבוריים, כאשר הכוונה בעליל לסדר ולחיים הציבוריים בכל זמן נתון ולא רק במועד קובע אחד ויחיד.  
אלמנט הזמן גם משתלב בהכרעה בשאלה, אם מן הנמנע באופן החלטי להמשיך ולנהוג לפי החוק הקיים, או שמא הכרח להתאימו למציאות החדשה. במסגרת הפרשנות המשפטית לסימן 43 הודגשה על-כן לא אחת הזיקה בין סוד הזמן לבין הלבוש, אותו ילבש קיום הוראותיו של סימן 43".

23. הפאראמטר השני, המשפיע על מסגרת סמכויותיו של הממשל הצבאי, קשור באופיו של השלטון הצבאי, שלטון שאינו יונק חיותו מבחירתם של בני האזור, שאינו ריבון מכוח עצמו, והשוואב את כוחו מדיני המלחמה עצמה.  
זהו שלטון זמני מעצם מהותו, גם אם זמניות זו נמשכת תקופה ארוכה.

מכאן, שמעצם מהותו של השלטון הצבאי מתבקשת המסקנה, כי סמכויות מסוימות, הנתונות לשליט הרגיל, אינן נתונות לשלטון הצבאי. כפי שמציין אופנהיים (OPPENHEIM):

"MOREOVER, THE ADMINISTRATION OF THE OCCUPANT IS IN NO WISE TO BE COMPARED WITH ORDINARY ADMINISTRATION, FOR IT IS DISTINCTLY AND PRECISELY MILITARY ADMINISTRATION" (OPPENHEIM, INTERNATIONAL LAW, SUPRA, AT 437).

ועל אותו עיקרון חוזר המדריך האמריקני לדיני המלחמה, DEPARTMENT OF THE ARMY,

= 803 =

THE LAW OF LAND WARFARE (WASHINGTON, 1956) 140 באמרו:

"BEING AN INCIDENT OF WAR, MILITARY OCCUPATION CONFERS UPON THE INVADING FORCE THE MEANS OF EXERCISING CONTROL FOR THE PERIOD OF OCCUPATION. IT DOES NOT TRANSFER THE SOVEREIGNTY TO THE OCCUPANT, BUT SIMPLY THE AUTHORITY OR POWER TO EXERCISE SOME OF THE RIGHTS OF SOVEREIGNTY. THE EXERCISE OF THESE RIGHTS RESULTS FROM THE ESTABLISHED POWER OF THE OCCUPANT AND FROM THE NECESSITY OF MAINTAINING LAW AND ORDER, INDISPENSABLE BOTH TO THE INHABITANTS AND TO THE OCCUPYING FORCE".

על גישה זו חזר גם בית המשפט העליון (בג"צ 500/72 [11], בעמ' 484). מכאן מתבקשת המסקנה, כי ממשל צבאי אינו רשאי להכניס באזור הנתון לתפיסה מלחמתית שינויים מהותיים בעלי אופי קבוע במוסדות הפוליטיים, המינהליים או המשפטיים, אלא במקרים יוצאי דופן. כגון שהמוסדות הקיימים מנוגדים, על-פי תוכנם, למושגי צדק ומוסר יסודיים (ראה: FEILCHENFELD, SUPRA, AT 89; בג"צ 61/80 [2], בעמ' 599). כך, למשל, מתבקשת מפאראמטר זה המסקנה, כי ממשל צבאי אינו רשאי למכור רכוש ממשלתי דלא-ניד, ומעמדו המשפטי באותו רכוש הוא כמעמד של מקבל טובת הנאה בלבד (USUFRUCTORY).

24. שני הפאראמטרים האמורים - ממשל תקין מזה והעדר ריבונות זמנית מזה - תוחמים את המסגרת, אשר בתוכה מתקיימת סמכותו של הממשל הצבאי. אך טבעי הוא, כי ההכרעה הספציפית בכל מקרה אינדיווידואלי נקבעת על-פי הנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. עם זאת נראה לנו, כי ניתן להצביע על מספר מגמות, אשר יש בהן כדי להשפיע על האיזון הראוי בין שני פאראמטרים אלה. יש לחזור ולציין, כי מגמות אלה מתקיימות במקום שאין תחולה לשיקול הצבאי או הביטחוני, וכאשר השיקול היחיד הנלקח בחשבון הוא טובתה של האוכלוסייה המקומית. בהנחה זו, עלינו לשאוף לאותו פתרון, אשר מבטיח ממשל תקין, בלא שיטשטש את השוני הקיים שבין ממשל צבאי לבין ממשל רגיל.

25. כפי שראינו, מלשונה המפורשת של תקנה 43 עצמה נובע, כי סמכותו של הממשל הצבאי משתרעת לא רק על החזרת הסדר והחיים הציבוריים על כנם אלא גם על הבטחתם של אלה. אכן, החזרה והבטחה אינן היינו הך (בג"צ 69/81, 493 [5] הנזכר,

= 804 =

בעמ' 309). בצד הסמכות להחזיר את הסדר והחיים הציבוריים שהופרעו, קיימת הסמכות להבטיח סדר וחיים ציבוריים, אף אם אלה לא הופרעו בעבר, או שהסדר והחיים הציבוריים כבר הוחזרו על כנם.

26. חייה של אוכלוסייה, כחיו של יחיד, אינם שוקטים על השמרים אלא מצויים בתנועה מתמדת, שיש בה התפתחות, צמיחה ושינוי. ממשל צבאי אינו יכול להתעלם מכל אלה. אין הוא רשאי להקפיא את החיים. כפי שמציין גרינשפן (GREENSPAN):

"HOWEVER, HUMAN EXISTENCE DEMANDS ORGANIC GROWTH, AND IT IS IMPOSSIBLE FOR A STATE TO MARK TIME INDEFINITELY. POLITICAL DECISIONS MUST BE TAKEN, POLICIES HAVE TO BE FORMULATED AND CARRIED OUT". (M. GREENSPAN, THE MODERN LAW OF LAND WARFARE (BERKELEY, 1959) 225).

על אותו רעיון עצמו חזר השופט זוסמן בבג"צ 337/71 [12], בעמ' 582, באמרו:

"לא נעלם מעיני חכמי המשפט הבינלאומי, שמקום שכיבוש צבאי נמשך עת רבה, עד שהושג שלום, חובתו של המחזיק כלפי האוכלוסייה האזרחית אפילו מחייבת אותו לשנות מן החוקים, שכן צרכי חברה משתנים במרוצת הזמן, והחוק חייב לענות על הצרכים המשתנים..."

החיים אינם עומדים במקום, ושום שלטון, בין מחזיק ובין אחר, אינו ממלא את חובתו כלפי האוכלוסייה כראוי אם הוא מקפיד את מצב החקיקה ונמנע מלהתאימו אל צרכי הזמן".

על-כן משתרעת סמכותו של ממשל צבאי לנקיטת כל האמצעים הנחוצים כדי להבטיח צמיחה, שינוי והתפתחות. מכאן המסקנה, כי ממשל צבאי רשאי לפתח תעשייה, מסחר, חקלאות, חינוך, בריאות וסעד וכיוצא באלה עניינים, הנוגעים לממשל תקין, והדרשים להבטחת צרכיה המשתנים של אוכלוסייה בשטח נתון לתפיסה מלחמתית (ראה: FEILCHENFELD, SUPRA, AT 24; GREENSPAN. "OCCUPATION (UNDER THE LAW OF WAR)" SUPRA, AT 23; E. COLBY, (1926) 146, 159 (COLUM. L. REV.). בגישה זו יש משום מתן תוקף לפאראמטר הראשון מבין שני הפאראמטרים הנזכרים. יש בו דאגה לאוכלוסייה המקומית, על-פי המתבקש מממשל תקין. עם זאת, אין בגישה זו משום התעלמות מהפאראמטר השני, שכן אין בגישה האמורה כדי לשנות מאופיו הזמני והמיוחד של הממשל הצבאי, ואין בה כדי לטשטש את ההבחנה בין ממשל צבאי לבין ממשל רגיל.

= 805 =

27. לעתים אין להבטיח צמיחה והתפתחות במסגרתו של ממשל צבאי ארוך מועד בלא להשקיע השקעות יסוד, אשר יניבו פירות בעתיד. השקעות אלה יש בהן לעתים כדי להביא לשינוי קבע באזור, אשר עשויים להתמיד גם בגמר הממשל הצבאי. הרשאי ממשל צבאי לתכנן ולבצע פעולות אלה? ודאי שהפאראמטר הראשון, שעניינו ממשל תקין, יש בו כדי להצדיק הענקת סמכות לממשל צבאי לתכנן ולבצע השקעות יסוד אלה. היש בפאראמטר השני, שעניינו זמניות הממשל צבאי, כדי לשלול פעולות אלה? שאלה זו התעוררה בבג"צ 256/72 [8], ותשובתו של בית המשפט, בעמ' 138, מפי השופט לנדוי, הייתה זו:

"אספקת חשמל הדרוש לצרכי האוכלוסייה המקומית שייכת ללא ספק לתפקידים המוטלים על השלטון הצבאי, כדי להבטיח את חייה התקינים של האוכלוסייה. ראינו לעיל, כי אספקת החשמל הנוכחית לעיר חברון עומדת על יסוד רעוע והיא טעונה שיפור בהקדם, וכי אין חולקין על כך ששיפור זה יכול לבוא רק בדרך חיבור העיר אל אחת הרשתות שמחוץ לאזור. צורך זה קיים בהווה ויש למלאו. מר שמרון אומר שבניית קו המתח הגבוה הדרוש לשם כך קובעת עובדות לאורך ימים, ואילו שלטון צבאי אינו רשאי לנקוט אמצעים מעבר לדרוש לימי שלטון זה עצמו. אבל אין דרך סבירה לסיפוק הצרכים הקיימים כיום ללא השקעות יסוד, ובכללן בניית קו המתח הגבוה. מכל מקום, אין יודע כיום כמה זמן ימשך המצב הקיים באזור זה ואילו הם ההסדרים הסופיים שיבואו מקץ השלטון הצבאי. אם יהיה צורך בכך, יוכלו הסדרים כאלה לכלול תנאים מוסכמים להתאמת העובדות הנוצרות עתה אל המצב שישרור לבסוף, אם בדרך רכישה תמורת פיצויים ואם בדרך אחרת. אין איפוא בפעילות הממשל הצבאי לגבי נשוא העתירה הזאת משום הפרה של הסעיף 43 לכללי האג. אדרבא, פעילות זו באה למלא את חובת הממשל לדאוג לרווחתה הכלכלית של אוכלוסיית האיזור".

נמצא, כי השקעות יסוד, שיש בהן להביא לשינוי של קבע, העשוי להימשך גם לאחר סיום הממשל הצבאי, מותרות הן, אם הן נחוצות באופן סביר לצרכי האוכלוסייה המקומית. כפי שאומר השופט י' כהן בבג"צ 351/80 (המ' 764/80) [4], בעמ' 690:

"מטבעו של ממשל צבאי בשטח מוחזק וגם מהדברים שנאמרו לעיל ברור, שביסודו ממשל כזה הוא זמני, ותפקידו העיקרי הוא, בהתחשב עם צורכי מלחמה וביטחון, לפעול כמיטב יכולתו לקיום סדר ציבורי וביטחון. אמנם, זמניות החזקת השטח היא יחסית, והעניין של יהודה ושומרון יוכיח, כשעד כה נמשכת החזקת השטח כאזור הנתון לשליטת מפקד צבאי כבר קרוב

= 806 =

ל-14 שנה. מההוראה בדבר כיבוד החוק הקיים ניתן ללמוד, שבהעדר טעמים מיוחדים אין מפקד האזור צריך, בדרך כלל, ליזום שינויים כאלה באזור, שאפילו אם אינם משנים את הדין הקיים, הרי תהיה להם השפעה מרחיקת לכת ולאורך ימים על המצב באזור, מעבר לתקופה, שבה ההחזקה כאזור צבאי תסתיים בדרך זו או אחרת, אלא אם מדובר בפעולות, שהן לטובת תושבי האיזור".

בשתי הפרשות הנזכרות לא נבחנו שינויים מוסדיים, שיש בהם כדי להביא לטשטוש ההבחנה בין שלטון צבאי זמני לבין שלטון רגיל וקבוע.

פאראמטר שני זה חייב לעמוד תמיד לנגד עינינו בקביעת היקף סמכותו של הממשל הצבאי. נראה לי איפוא, כי השקעות יסוד ארוכות טווח, שיש בהן להביא לשינויי קבע, העשויים להימשך כבר לאחר סיום הממשל הצבאי, מותרות הן, אם הן דרושות לטובת האוכלוסיה המקומית, ובלבד שאין בהן כדי להביא לשינוי מהותי במוסדות היסוד של האזור. גישה זו יש בה כדי לאזן בצורה ראויה בין צרכיו של ממשל תקין, הדואג לאוכלוסיה המקומית והמבטיח את האינטרסים שלה לא רק לטווח הקצר אלא גם לטווח הארוך, תוך שאינו מקפיא את התפתחותה אלא מתחשב ב"דינאמיקה של החיים" (כלשונו של השופט שמגר בג"צ 69/81, 493 [5], בעמ' 709), לבין המגבלה הטבעית, המוטלת על ממשל צבאי שהוא זמני ושואב כוחותיו מדיני המלחמה.

28. השקעות היסוד, המתכננות לטובתה של האוכלוסיה המקומית, עשויות לעתים לחייב תכנון ושיתוף פעולה עם גורמים, המצויים מחוץ לאזור. גורמים אלה עשויים להיות מדינה שכנה או מדינתו של הממשל הצבאי עצמו. היש דבר באופיו של הממשל הצבאי, המונע ממנו תכנון בנסיבות שכאלה? ודאי שטובתה של האוכלוסיה המקומית יש בה כדי לחייב שיתוף פעולה שכזה. אך טבעי הוא לממשל תקין, שהוא משתף פעולה עם זולתו להגשמת מטרותיו שלו. היש בזמניותו של הממשל הצבאי כדי להביא לסיגוה של גישה זו? דומה שהתשובה היא בשלילה. קשר עם גורמים שמחוץ לאזור - ובוודאי קשר שכזה עם מדינתו של הממשל הצבאי - אין בו מעשה ריבונות, שאינו בסמכות של ממשל צבאי (ראה: בג"צ 69/81, 493 [5], בעמ' 311).

29. ראינו, כי סמכותו של המפקד הצבאי מתגבשת בדרך של איזון עדין בין צרכיו של ממשל תקין מזה לבין מגבלותיו של ממשל זמני מזה. איזון זה אינו יוצר נקודת שיווי משקל אלא משטח או מרחב, שבמסגרתם מצויות מספר נקודות שיווי משקל. הבחירה ביניהן נתונה בידו של הממשל הצבאי. אין הוא חייב לבחור באופציה פלונית

= 807 =

דווקא, אלא הרשות בידו לבחור באותה אופציה, הנראית לו ראויה, ובלבד שיישקלו שיקולים ראויים, כנדרש על-ידי דיני המלחמה מזה וכללי המשפט המינהלי מזה. אכן, יש שממשל צבאי הוא פאסיבי, ויש שממשל צבאי הוא אקטיבי. יש שממשל צבאי מסתפק בהבטחת מינימום הכרחי, ויש שממשל צבאי מבקש להבטיח למעלה מזה. יש שממשל צבאי מוכן להשקיע השקעות יסוד שיביאו לשינויי קבע, ויש שממשל צבאי שאינו הולך בגדולות. במסגרת חיייו של ממשל צבאי נתון עשויים לחול שינויים בגישת היסוד עצמה. גישה זו מושפעת מגורמים שונים, לרבות יכולתו הפיסיית של הממשל הצבאי, כוח האדם (צבאי והאזרחי) העומד לרשותו ומקורותיו הכספיים. ביטוי למגמה זו ניתן למצוא בתקנה 43 עצמה, לפיה על הממשל הצבאי לנקוט "בכל האמצעים שביכולתו" כדי להבטיח "במידת האפשר" את הסדר והחיים הציבוריים:

"מידת האפשרות של קיום החובות נמדדת לאור מכלול הנסיבות, היינו לא רק לפי צרכיו של השטח ולאורם, אלא גם לאור צרכיו הצבאיים הלגיטימיים של השלטון הצבאי... אשר אחראי לתפיסה הלוחמתית... ותוך חיפוש אחרי איזון נאות ביניהם" (השופט שמגר בג"צ 69/81, 493 [5] הנזכר, בעמ' 310).

אכן כל שניתן להצביע עליו, במסגרת לשונה הרחבה של תקנה 43, הוא, שקיים בוודאי סטאנדארט מינימאלי של הבטחת הסדר והחיים הציבוריים של האוכלוסיה המקומית, שמתחתיו אסור לו לממשל הצבאי, הפועל כממשל תקין, לרדת, וכי קיים בוודאי סטאנדארט מאקסימאלי של הבטחת הסדר והחיים הציבוריים של האוכלוסיה המקומית, שמעליו אסור לו לממשל הצבאי, הפועל כממשל זמני, לעלות, וכי בין שני אלה קיים מרחב של סמכות, שבו אין חובה אלא רשות לבחור בין אופציות שונות, תוך שכל ממשל צבאי בוחר לעצמו את נקודות האיזון הנראות לו, על-פי אופיו ותכונותיו מזה ועל-פי הבנתו את מפת האזור מזה.

אמצעים משפטיים

30. מהם האמצעים, שרשאי ממשל צבאי לנקוט כדי להגשים פעולה, המצויה בתחום סמכותו? נראה כי התשובה היא, כי כפוף להוראות ספציפיות, הקבועות בתקנות האג, ועל-פי ההוראה הכללית, הקבועה בתקנה 43, נתונות לממשל הצבאי כל אותן סמכויות העזר, הנחוצות באופן סביר לשם הגשמתה של הסמכות. כך, למשל, הגישה המקובלת היא, שממשל צבאי רשאי להנהיג משטר של רישוי או לבטלו, ליתן רישיונות אינדיווידואליים או לבטלם, להעניק זכויות או לבטלן, למנות פקידיים ולפטרם, להקים בנקים ולבצע

= 808 =

פעולות אחרות הנחוצות להגשמת סמכויותיו (ראה: G. VON GLAHN, THE OCCUPATION OF ENEMY TERRITORY (MINNEAPOLIS, 1957)).

31. הרשאי ממשל צבאי לעשות שימוש בדין המקומי ולהפקיע מכוחו רכוש פרטי? תקנות האג קובעות הוראות בכל הנוגע להפקעה או לתפיסה של רכוש למטרות צבאיות. אין בהן כל הוראה באשר להפקעה או לתפיסת חזקה, הבאות לטובת האוכלוסיה המקומית על-פי הדין המקומי. האם יש להסיק משתיקת תקנות האג הסדר שלילי בעניין זה? האין לומר, כי

הוראת תקנה 46

לתקנות האג, לפיה אין להחרים (CONFISCATE) רכוש פרטי, שוללת הפעלת הדין המקומי? התשובה על כך היא בשלילה. הגישה המקובלת היא, כי מהסדרי התקנות בעניין הפקעה או תפיסה למטרות הצבא אין ללמוד הסדר שלילי לעניין הפקעה או תפיסה למטרות "אזרחיות" על-פי הדין המקומי. נהפוך הוא: הגישה המקובלת היא - והיא יונקת חיותה מהוראות תקנה 43 - כי ממשל צבאי ראשי להפקיע או לתפוס חזקה ברכוש הפרט על-פי הדין המקומי, ובלבד שהדבר נעשה על-פי תנאיו של אותו דין ולמטרות האוכלוסיה המקומית. אשר להוראת תקנה 46, היא נועדה לחול במקום שאין דין מקומי המאפשר הפקעה ותשלום פיצויים (בג"צ 610/606/78, בעמ' 123). עומד על כך פלשנפלד, האומר:

"THE LAWS OF THE OCCUPIED STATE WILL USUALLY PROVIDE FOR THE POWER TO EXPROPRIATE PRIVATE PROPERTY PROVIDED IT IS NEEDED AND COMPENSATION IS PAID. DURING AN OCCUPATION THE OCCUPANT'S RIGHT AND DUTY TO MAINTAIN PUBLIC ORDER AND SAFETY MAY INVOLVE EXPROPRIATION" (FEILCHENFELD, SUPRA, AT 50).

על אותו רעיון חוזר גם המדריך הצבאי האמריקני באמרו:

"IN ORDER TO ASSURE PUBLIC ORDER AND SAFETY, AS REQUIRED BY ARTICLE 43, H.R. ...AN OCCUPANT IS AUTHORIZED TO EXPROPRIATE EITHER PUBLIC OR PRIVATE PROPERTY SOLELY FOR THE BENEFIT OF THE LOCAL POPULATION. THE OCCUPANT IS OBLIGED, UNLESS ABSOLUTELY PREVENTED, TO RESPECT THE LAWS IN FORCE IN THE OCCUPIED AREA IN SO DOING" (THE LAW OF LAND WARFARE, SUPRA, AT 158).

= 809 =

גישה דומה מוצאת את ביטויה אצל גרינשפן, האומר כי תקנה 43 לתקנות האג:

"... PERMITS THE OCCUPYING POWER TO EXPROPRIATE EITHER PUBLIC OR PRIVATE PROPERTY IN ORDER TO PRESERVE AND MAINTAIN PUBLIC ORDER AND SAFETY [PROVIDED HE RESPECTS] UNLESS ABSOLUTELY PREVENTED, THE LAWS IN FORCE IN THE OCCUPIED COUNTRY" (GREENSPAN, SUPRA, AT 296).

המחבר מוסיף ומציין, כי הפקעה זו צריכה להיות לטובת האוכלוסיה המקומית, וכי פיצויים ישלתמו על-פי הדין המקומי. על רעיון זה חוזרים גם: VON GLAHN, SUPRA, AT 186 G. SCHWARZENBERGER, INTERNATIONAL P.C. - LAW, VOL. 2 - LAW OF ARMED CONFLICT (LONDON, 1968) 246 JESSUP, "A BELLIGERENT OCCUPANT'S POWER OVER PROPERTY" 38 AM. J. INT. L. (1944) 457, 461. גישה זו אומצה גם בבית-משפט זה (בג"צ 202/81 [9] הנזכר, בעמ' 63). סיכומו של דבר: הדין המקומי, המאפשר הפקעה או תפיסה לצורכי ציבור, ממשיך להתקיים - כל עוד לא בוטל או שונה כדין - גם בתקופת התפיסה הלוחמתית. מכוח דיני המלחמה מוחזקת סמכות ההפקעה בידי הממשל הצבאי. זה ראשי לעשות בה שימוש, בלבד שנתקיימו שלושה תנאים מצטברים: ראשית, מפעיל הסמכות פועל על-פי הדרישות הקבועות בחוק המקומי; שנית, הפעלת הסמכות הינה לטובת האוכלוסיה המקומית, כנדרש על-פי תקנה 43 לתקנות האג; שלישית, בעל הסמכות מפעיל את הסמכות על-פי כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, כגון מתן זכות שמיעה לפני ההפקעה או התפיסה (ראה: SHAMGAR SUPRA, AT 48).

ביקורת שיפוטית

32. דומה, כי כיום שוב אין להרהר אחר ההלכה, כי בית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק מוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית על פעולות הממשל הצבאי ביהודה, שומרון וחבל עזה. אמת, תחילה הושארה סוגיה זו בצריך עיון (ראה: [בג"צ 302/72](#), 306 [13]; [בג"צ 390/79](#) [1]). במשך השנים נתבהר מעמדו של הממשל הצבאי, ועתה אין ספק, כי על-פי הוראת סעיף 7 [לחוק בתי המשפט](#), תשי"ז-1957, נתונה זכות הביקורת לבית-משפט זה. הטעם לכך הוא, כי המפקד הצבאי ועושי דברו הם עובדי ציבור, הממלאים תפקיד ציבורי על-פי דין (ראה: [בג"צ 802/79](#) [14]; [בג"צ 69/81](#), 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, SUPRA. AT 109

= 810 =

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

34. אשר להיקף הביקורת, נמצא בפסיקתו של בית-משפט זה אמרות, לפיהן תחומי התערבותו של בית המשפט הם צרים ביותר (ראה):

[בג"צ 302/72](#), 306 [13], בעמ' 177, 179, 184; [בג"צ 606/78](#), 610 [6], בעמ' 126; [בג"צ 258/79](#) [15]. משמעותן של אמרות אלה אינה, כי עילות הביקורת מצומצמות הן, אלא אך זאת, שבענייני ביטחון לא יחליף בית המשפט את שיקולי הביטחון של המפקד הצבאי בשיקולי הביטחון הנראים לבית המשפט עצמו. גישה זו אינה מיוחדת לממשל הצבאי אלא כללית היא.

בתחומי המשפט המינהלי כולו אין בית המשפט עושה עצמו עובד-ציבור-על, אלא אך בוחן, אם עובד ציבור סביר והגון יכול היה לקבל החלטה, כפי שזו נתקבלה בפועל. אמת, בית המשפט הוסיף ואמר, כי מוכן הוא להעמיד את המפקד הצבאי כמי שטעמיו כנים, ודרושות ראיות משכנעות מאוד כדי לסתור חזקה זו. "חזקה" מיוחדת זו מצומצמת, בוודאי, לעניין שיקולים צבאיים מיוחדים. אין לה תחולה לעניין סמכותו "האזרחית" של הממשל הצבאי בכל הנוגע להבטחת הסדר והחיים הציבוריים, בוודאי לא במקום שעניין לנו בממשל צבאי ארוך מועד. כפי שראינו, בממשל צבאי שכזה גובר הצד "האזרחי", ואין כל סיבה, מדוע לא יפעיל בית המשפט אותן "חזקות" לעניין המפקד הצבאי כמו לעניין כל עובד ציבור, המפעיל סמכות כדין.

כוח רב מתרכז בידי ממשל צבאי, ולמען שלטון חוק מן הראוי להפעיל ביקורת שיפוטית על-פי המבחנים הרגילים. דומה שדרך זו נקט בית המשפט בעבר (ראה: [בג"צ 351/80](#) (המ' 764/80) [4] הנזכר; [בג"צ 629/82](#) [16]), ואין כל סיבה לסטות מדרך זו בעתיד.

מן הכלל אל הפרט

35. על רקע העקרונות הכלליים, הקשורים בסמכותו של הממשל הצבאי, נוכל עתה לפנות לפתרון המחלוקת, אשר נתגלתה בין הצדדים. למחלוקת זו שני פנים: האחד, עניינו הסמכות לתכנן מערכת כבישים ארצית בהיקף ובגודל כפי שהדבר נעשה במקרה שלפנינו; האחר, עניינו הסמכות להפקיע חלק ממקרקעי העותרת ולאסור בנייה על חלקם האחר.

= 811 =

36. כפי שראינו, ממשל צבאי חייב לפעול כממשל מתוקן וחייב לדאוג לחיים הציבוריים של האוכלוסיה המקומית. לשם כך מוענקות לו סמכויות שלטוניות. בהפעלתן של אלה יש להתחשב בעובדה, שעניין לנו בממשל צבאי ארוך מועד ובשינויים ניכרים, המתרחשים באוכלוסיה. בנסיבות אלה מוסמך ממשל צבאי להשקיע השקעות יסוד ולבצע תכנונים ארוכי טווח לטובתה של האוכלוסיה המקומית. לשם כך רשאי הוא אף לשתף פעולה עם מדינתו שלו. על רקע זה ברור, כי אין כל פגם בהכנתה של תכנית הכבישים הארצית: צורכי התחבורה של האוכלוסיה המקומית גברו והלכו; את מצב הכבישים אין להקפא. על-כן מוסמך היה הממשל הצבאי להכין תכנית דרכים שתיתקח בחשבון את ההתפתחויות בהווה ובעתיד. אמת הדבר, הדרכים יישארו בוודאי גם עם סיום הממשל הצבאי, אך אין בכך ולא כלום. אין בתכנון זה כל טשטוש בין ממשל צבאי לבין ממשל רגיל, ואין בעצם העובדה, כי תכנון זה נעשה בשיתוף פעולה עם ישראל, כדי לפסול תכנית זו, ובלבד שהיא נעשתה למען האוכלוסיה המקומית. אמת הדבר, ניתן לשער, כי הפתרון התחבורתי, שאומץ בתכנית הדרכים, אינו הפתרון היחיד, וכי ייתכנו פתרונות אחרים. אין בכך כדי להצדיק את התערבותנו, אין אנו משמשים מועצת תכנון עליונה, ואין אנו מהנדסים. בחינתנו השיפוטית היא ביקורתית, והשאלה היא, אם מועצת תכנון עליונה סבירה עשויה הייתה לתכנן תכנית שכזו. על כך התשובה היא בחיוב, ואין דבר בתצהיר העותרת או בטענותיה כדי להפריך זאת. אמת, ייתכן שממשל אחר היה נמנע מלהכין תכנית רחבה ומקיפה. ייתכן שגישה כזו אף היא הייתה במסגרת מיתחם האופציות הפתוחות בפני ממשל צבאי, אך משבחר הממשל הצבאי להכין תכנית מקיפה, אין אנו רואים כל פגם משפטי בכך, ובלבד שנחה דעתנו, כי הדבר הוא לטובתה של האוכלוסיה המקומית. כאמור, בכך שוכנענו.

37. עם אישורה של התכנית נפגעות זכויות הקניין של העותרת. חלק ממקרקעיה יופקע, על חלקם האחר תיאסר הבנייה. בגין נזקיה ישולמו לעותרת פיצויים. כל אלה נעשים על-פי הדין המקומי ובמסגרת הסמכות המקומית. כפי שראינו, כללי המשפט הבינלאומי הפומבי מעניקים סמכות לממשל צבאי לפגוע בזכויות קניין, על-פי הדין המקומי ובמסגרתו, אם הדבר נעשה לטובת האוכלוסיה המקומית, ואם משתלמים פיצויים לנפגע. אכן, מבינים אנו לרוחה של העותרת, אך אין כל סיבה, מדוע היא תועדף על-פני אחרים, שקניינם שלהם היה נפגע, אילו נבחר תוואי אחר.

סוף דבר

38. הגענו איפוא למסקנה, כי המשיבים פעלו כדין ובמגרת סמכותם, וכי מטעם זה דין העתירה להידחות. מכיון שכך, לא מצאנו מקום לדון בטענתו האחרת של בא-כוח המשיבים, לפיה מנועה העותרת מלפנות בעתירה הנוכחית, שכן מציאתה לא

עצמה או את עילתה או את סעדה בהליך הקודם שבין הצדדים. נוכל להשאיר שאלה זו בצריך עיון.

= 812 =

התוצאה היא, כי אנו דוחים את העתירה. הצו הזמני ביחס לאיסור שינויים של פני השטח בטל. העותרת תישא בהוצאות המשיבים בסכום כולל, לרבות שכר טרחת עורך-דין, של 50,000 שקל.

השופט יהודה כהן: אני מסכים.

השופטת ח' אבנור: אני מסכימה.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט ברק.

ניתן היום, כ"ב בטבת תשמ"ד (28.12.83).