

## 1968 – סמכות ביקורת בתי המשפט הצבאיים ומעמד תחיקת הביטחון ביחס לדין הבין-לאומי בראי פרשת זוהר

מאת: סגן דניאל דנילוב, תובע צבאי בפרקליטות אזור יהודה ושומרון, התביעה הצבאית

בשנה הראשונה לתפיסה הלוחמתית באזור יהודה ושומרון פורסמו עשרות רבות של דברי חקיקה מטעם המפקד הצבאי, שחלקם קובעים את הדין המחייב באזור עד ימינו. ביניהם גם הצו מספר 56, בדבר חוק התעבורה. חלק מתושבי האזור מחו כנגד חוקיות מנשרים וצווים אלו וביקשו לטעון לבטלותם. כך היה בפרשת זוהר, שהולידה את אחת ההחלטות המרכזיות בקשר לתוקף המשפט הפלילי והשיפוט הצבאי באזור. במסגרת זו נערך דיון מרתק בסמכות הביקורת של בתי המשפט הצבאיים כלפי מנשרים וצווים שהוציא המפקד הצבאי, לאור כללי המשפט הבין-לאומי הרלוונטיים.

### רקע עובדתי

ביום 7 ביוני 1967, במהלך מלחמת ששת הימים, השתלטו כוחות צה"ל על אזור יהודה ושומרון. כתוצאה מכך הפך המפקד הצבאי לחליף הריבון באזור זה. לפרקליטות הצבאית, תחת פיקודו של הפרקליט הצבאי הראשי דאז, אלי"ם מאיר שמגר, היה חלק חשוב ביותר בהכנות המקדימות לתהליך כניסת הכוחות, ובכינונו של הממשל הצבאי בפועל. חלק מרכזי מאותן הכנות התבטא בהכנת מנשרים וצווים שנשמרו "בארגזי שמגר" הידועים. בחודשים הראשונים לממשל הצבאי באזור, פורסמו עשרות צווים מרכזיים שנועדו לייצב את שגרת החיים באזור. ביניהם היה צו בדבר חוק התעבורה, שנועד להסדיר בין היתר את אכיפת עבירות התנועה בכלי רכב.


הליכי החקיקה של הצווים התבססו בין היתר, גם על הוראות המשפט הבין-לאומי, ובעיקר על הוראות סעיף 43 לתקנות האג בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה משנת 1907, וכן על סעיפים מסוימים מאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, משנת 1949. אמנות אלו כוללות סעיפים המשקפים את החובות החלות על חליף הריבון בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, והן עוסקות בין היתר במעמד הוראות הדין הקיים, שחלו באזור שנתפס לפני כניסת הצבא הכובש, וכן בהקמת בתי משפט צבאיים ובפעילותם ביחס לאוכלוסייה בשטח. עוד מתייחסות האמנות לתחולת הדין הקיים ולתוקפן של הוראות דין חדשות מטעם חליף הריבון.

מעבר להתקנת דברי החקיקה, הוקמו עם כינון הממשל הצבאי באזור יהודה ושומרון בתי המשפט הצבאיים, שהיו באותן שנים חלק מהפרקליטות הצבאית. ייעודם היה ליישם ולהטמיע את שלטון החוק, על ידי שפיטת נאשמים בביצוע עבירות ביטחוניות או עבירות פליליות אחרות, שנעברו באזור או שנועדו לפגוע בו. ייעוד נוסף של בתי המשפט הצבאיים היה לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות מסוימות, בהתאם לסמכויות שהוקנו להם.

שפיטתם של התושבים באזור תחת בתי המשפט הצבאיים עוררה ביקורת רבה והתנגדויות שונות, בין היתר נשמעו טענות לפיהן למפקד הצבאי אין סמכות לפרסם דברי חקיקה מסוימים, וכן טענות לפיהן לבתי משפט צבאיים אין סמכות לדון נאשמים בעבירות מסוימות.

טענות כאלה הועלו גם בעניינו של **זוהדי סלח חסין זוהר**, תושב חאן-יונס שברצועת עזה, בקשר לעבירת תעבורה שאירעה ביום 3 במאי 1968. זוהר הואשם כי בעת שנהג את מכוניתו, זו התנגשה בקטנוע שבא ממולה, וכתוצאה מכך נפגעו שני רוכבי הקטנוע.

צבא וזנה לישראל	גיש הדפאג האסראילי
צו מס' 56	אמר רמ"מ 56
צו בדבר חוק התעבורה	אמר בשאן קאנין הנצל על הפרק
הוראת מס' 107	אסאדא אל אל-אלחאגה אלח'זה לל בענתי קאנאא לתראת
הוראת מס' 140	גישא הדפאג האסראילי לל אלמטפה, אסאדא האמר האלי:
הוראת מס' 154	תסאריפ
הוראת מס' 107	1. לל הזא האמר:
הוראת מס' 140	אלאנא, ישכל איה הנה חכמה או
הוראת מס' 154	גסאעה מן האלחאסא עבר מלטה לל
הוראת מס' 107	הנה.
הוראת מס' 140	אלמלטה. מלטה אלצהה הרביעה.
הוראת מס' 154	אלתשריח המלל. מ. אלסאנין רמ"מ 49 לנה
הוראת מס' 107	1958 חכמה עולאטה אלסאנין
הוראת מס' 140	1966 רמ"מ 80 לנה 1966. ולרבות כל חוקן אחר.
הוראת מס' 154	מס' ישורו חוקיכ ביום הנוכחי.
הוראת מס' 107	היום הקובע. מ. ב. באירי חשבו (ל בנינו 1967).
הוראת מס' 140	הספקה על התעבורה. מ. ס. סמונה על-ידי להיות הספקה
הוראת מס' 154	על התעבורה לענין הזה.
הוראת מס' 107	הספקה אחרת על התעבורה. מ. ס. סמונה על-ידי הספקה
הוראת מס' 140	על התעבורה להיות מספקה אחרת על התעבורה לענין הזה.
הוראת מס' 154	רשות רישוי תראסית. מ. ס. סמונה על-ידי להיות רשות
הוראת מס' 107	רישוי תראסית לענין הזה.
הוראת מס' 140	רשות רישוי אחרת. מ. ס. סמונה. כהנב. על-ידי רשות
הוראת מס' 154	רישוי תראסית להיות רשות רישוי אחרת לענין הזה.
הוראת מס' 107	חוקי החוק המסוי
הוראת מס' 140	2. (א) הדין המסוי ימנעו בחוק, כפוף לשינויים הנוכחים
הוראת מס' 154	מפני זה, או מכל מיניסר או צו שניתנו או ינתנו על-ידי.
הוראת מס' 107	(ב) שירות הדינויים בחוספת לצו זה אינו בא לגרוע מכל
הוראת מס' 140	ליות האסור כספיף סמ"א).
הוראת מס' 154	החלפת הוראות
הוראת מס' 107	3. כל סמון ברין המסוי שאמאי בו אחר סמלת או דיבור
הוראת מס' 140	אחר כמסמנת, יחולק בהוראת הבאי בצידו כוללול:
הוראת מס' 154	המסלמה הירדנית התראסית" או "המסלמה" - "אחרת".
הוראת מס' 107	מפעול אלמלטה
הוראת מס' 140	2. (א) ישכל אלמלטה המלל נאמל המעול מע
הוראת מס' 154	מראה התפירות האסעה מן מסלל
הוראת מס' 107	אלמר, או ען אבי משור או אמר
הוראת מס' 140	עסר או סעסער מן קלי.
הוראת מס' 154	(ב) למ יוד תפעיל התפירות לל זיל הזא
הוראת מס' 107	אלמר לאלמלטה מן עמובה מא ווד
הוראת מס' 140	לל הפרקה (א).
הוראת מס' 154	אשכלאל תאריפ
הוראת מס' 107	3. חכמה וודת לל התשריח המלל אלסדי
הוראת מס' 140	אלמאראת האליה, או איה עבארה ארת

 <b>מנשרים, צווים ומינויים</b> <b>מפקדת כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית</b> <b>מנאשר, אואמר ותעינות</b> סאדורה ען	
<b>קבאעה קואת גישא הדפאג האסראילי לל מלטה אלצהה הרביעה</b>	
ס' בחשוון תשכ"ח (2 בנובמבר 1967)	
מס' 4 - העלד: 9 - ספרון 5728 (12 תשרין תל"ז 1967)	
התוכן	המחנות
מס' 107	אואמר
מס' 140	אמר בשאן קאנין תאמין המרכיאת המכאניקה
מס' 154	(אחטאר הפריק האלל) (אחכאם מוקעה)
מס' 107	אמר רמ"מ 55
מס' 140	אמר בשאן קאנין הנצל על הפרק
מס' 154	(אמר רמ"מ 56)
מס' 107	תעינות
מס' 140	קאנעה אלבעינות הסאדורה מן קבל ארופ
מס' 154	עוזרי רכיס קאלד קואת גישא הדפאג
מס' 107	האסראילי לל מלטה אלצהה הרביעה
מס' 140	מספר
מס' 154	מספר
מס' 107	מספר
מס' 140	מספר
מס' 154	מספר

מיימין: עשר קובץ המנשרים, הצווים והמינויים מספר 4, שפורסם באזור יהודה ושומרון ביום 12 בנובמבר 1967; משמאל: כותרת הצו בדבר חוק התעבורה (מס' 56) (יהודה ושומרון), התשכ"ז-1967, מתוך הקובץ הנ"ל.

### ההליך המשפטי

נגד הנהגה זוהר הוגש כתב אישום ובו אישומים שהתבססו על הוראות חוקי התעבורה הירדניים אשר הוחלו על שטח אזור יהודה ושומרון מכוח הצו בדבר חוק התעבורה (אזור יהודה ושומרון) (מס' 56), תשכ"ז – 1967.

בא כוחו של זוהר העלה מספר טענות מקדמיות, שלא היו קשורות להוכחת אשמתו של הנהג, אלא לעצם תוקפה של החקיקה מכוחה הוא הועמד לדין ולעצם סמכותו של בית המשפט הצבאי לדון בעניינו.

השופט בפרשה, רס"ן א' לוי, ציין כי שתי הטענות מחייבות התייחסות לאמנת האג משנת 1907 ולאמנת גינבה הרביעית משנת 1949, ובחן אותן בהתאם. בחינה זו נערכה בפסק דין מקיף, שאינו שכיח בשיפוט הצבאי באותן שנים, ובפרט בשיפוטן של עבירות תעבורה.

השופט קיים דיון עקרוני במגוון נרחב של סוגיות, ובהן: תחולת האמנות הבין-לאומיות על פעילות צה"ל; סמכותו של המפקד הצבאי ליצור דברי חקיקה; כללי היסוד לניהול הליכים משפטיים כנגד תושבי האזור; האפשרות העומדת לנאשמים לטעון לזכויות במישרין כלפי מדינה, לפי הדין הבין-לאומי; דרך פרסומם של דברי החקיקה מטעם המפקד הצבאי לאוכלוסיית האזור ועוד.

בפסק הדין הוזכר כי המשפט הבין-לאומי קובע חובות רבות ביחס לאוכלוסייה בשטח כבוש, ובפרט באמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949. עוד הוזכר כי מדינת ישראל הבהירה כי הוראותיה של אמנה זו לא חלות באזור יהודה ושומרון (שכן יש ספק גדול אם נכנסה לתוקף באזור), אך הצהירה כי תקיים, זה פקטו, את הוראות האמנה ההומניטריות בשטחי יהודה ושומרון וחבל עזה, ובין היתר את ההוראות ההומניטריות הקשורות להגינות ההליכים השיפוטיים באזור זה. לכן, בית המשפט החליט "להיזקק לאמנה כאילו היא בת תוקף".

משם, ניגש בית המשפט לדיון בטענות בא-כוחו של הנהג לגופן.

לעניין טענת חוסר סמכות המפקד הצבאי להתקין צווים חדשים, הבהיר השופט לוי כי סמכות המפקד נגזרת מכך שסמכות המדינה עברה לכוחות צה"ל אשר מחזיק בשטחים אלו, על פי תקנה 43 לתקנות האג. הודגש כי סמכות המפקד הצבאי אומנם כפופה להגבלות מסוימות, כך שהחקיקה תיווצר לאחד משני צרכים: לצורכי ביטחון – שכלל אינם נוגעים לתאונות דרכים; וכן לצורכי הסדר הציבורי ולצורכי רווחתה (Welfare) של האוכלוסייה המקומית: יצירת הבסיס הנחוץ לטובת האוכלוסייה, לאו דווקא בקשר לנחיצות צבאית כלשהי. השופט הדגיש כי אין ספק שצו מספר 56, בדבר חוק התעבורה, עונה לתכלית זו.

בנוגע לסמכות השיפוט של בית המשפט הצבאי, השופט לוי התייחס בהרחבה לסמכות הקמתם של בתי המשפט, וכן לסמכותם לדון נאשמים באזור – בין היתר בהישען על סעיפים 66 ו-67 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949, שזה נוסחם:

<p style="text-align: center;">ARTICLE 66</p> <p>In case of a breach of the penal provisions promulgated by it by virtue of the second paragraph of Article 64, the Occupying Power may hand over the accused to its properly constituted, non-political courts, on condition that the said courts sit in the occupied country. Courts of appeal shall preferably sit in the occupied country.</p> <p style="text-align: center;">ARTICLE 67</p> <p>The courts shall apply only those provisions of law which were applicable prior to the offence, and which are in accordance with general principles of law, in particular the principle that the penalty shall be proportionate to the offence. They shall take into consideration the fact that the accused is not a national of the Occupying Power.</p>
--

<p style="text-align: center;">ס ע י ף 66</p> <p>עברו על הוראות העונשין שפרסמה המעצמה הכור בשטח, בחוקף הפסקה השניה של סעיף 64, רשאית המעצמה הכובשת למסור את הנאשם לבתי המשפט הצבאיים והבלתי מדיניים שלה, שהוקמו כהלכה, בתנאי שבתי המשפט האלה ישבו בשטח הנכבש. רצוי שאף בתי המשפט לערעורים ישבו בשטח הנכבש.</p> <p style="text-align: center;">ס ע י ף 67</p> <p>בתי המשפט לא ידונו אלא לפי הוראות החוק שהיו נהוגות לפני העבירה והמתאימות לעקרונות הכלליים של החוק, וביחוד לעקרון שמידת העונש תהא שקולה כנגד מידת העבירה. עליהם להתחשב בעובדה שהנאשם אינו אזרח המעצמה הכובשת.</p>
--

לאור סעיפים אלו, בית המשפט הדגיש כי אכן, עליו לדון את העבריינים לפי הוראות החוק התקפות, ותוך יישום העקרונות הכלליים של החוק. ביחס לשאלה, מהם אותם עקרונות כלליים, נאמר כי "לזו] תהא התשובה: אותם עקרונות המוכרים על ידי כל האומות בנות תרבות כעקרונות המוסריים היסודיים של כל חברה שוויונית מתוקנת"; בהמשך, ציין השופט כי עקרונות אלו הם יישום של סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובע כי כל אדם יזכה ליחס של דרך-ארץ (Respect), וינהגו בו מתוך שוויון (Without Prejudice).

בעניין סמכות בתי המשפט הצבאיים לבחון את תוקפם של צווים של מפקד צבאי, השופט לוי ציין כי אין שום אסמכתה או תקדים לכך, ולכן אין הוא יכול שלא לפעול לפי הצו בדבר חוק התעבורה שהתקין המפקד הצבאי.

יחד עם זאת, השופט לוין ראה לנכון לציין כי יכולים להיות מקרים נדירים, יוצאים מן הכלל, בהם גלוי וברור שהמפקד חרג מעבר לכוחותיו, שאז בית המשפט לא ייחס משמעות "לצו שגלוי וברור בעליל כי הוא בלתי חוקי" (לדוגמה, אילו היה יוצא "צו האוסר על הולדת ילדים").

ביישום מן הכלל אל הפרט, בית המשפט הצבאי קבע כי נחה דעתו שהצו מספר 56 בדבר חוק התעבורה הותקן ופורסם ביישובים הערביים כראוי, וכי יש לו סמכות לדון בעבירות מכוח אותו צו.

בסופו של המשפט, הנהג הורשע בכל העבירות שפורטו בכתב האישום, והוטלו עליו עונש של 3 חודשי מאסר על תנאי וקנס בן 300 לירות.

### חשיבות הפרשה

פרשת זוהר יכולה הייתה להסתכם בפסק דין מצומצם, בקשר לעבירות תעבורה קלות יחסית – אך הייתה כר לדיון משמעותי בטענות יסודיות ועקרוניות בקשר לסמכות המפקד הצבאי להתקין חקיקה; לסמכות בתי המשפט הצבאיים לדון עבריינים באזור ואף בקשר לסמכות בתי המשפט הצבאיים לסטות במקרים נדירים מהוראותיהם של צווים שהם החורגים באופן בולט מסמכותו של המפקד הצבאי להתקינם.

פסק הדין בפרשה ניתן ביום 11 באוגוסט 1968, כשנה מאז הוקם השלטון הצבאי באזור יהודה ושומרון, ויש בו רבות להעיד על דרך התמודדות של מערכת המשפט הצבאית עם טענות עקרוניות. ניתן לראות כי בתי המשפט, וכמובן גם התביעה הצבאית, לא נרתעו מלדון בסוגיות מרוכבות, מקום בו הדבר נדרש.

בפסק הדין אזכורים למקורות רבים, מהמשפט הישראלי, מהדין הירדני, מהדין הבין-לאומי ואף מהספרות המחקרית בקשר לדיני הלחימה ודיני התפיסה הלוחמתית. כל אלה מלמדים על יסודיות הדיונים שנערכו בבתי המשפט הצבאיים, כבר בשלבי עיצובה הראשונים של מערכת המשפט הצבאית באזור יהודה ושומרון.

מעבר ליסודיות הדיון, פסק הדין בפרשת זוהר כלל מספר קביעות חשובות, שעומדות בתוקף עד ימינו אנו:

- למפקד הצבאי סמכות להוציא צווים גם בתחומים אזרחיים, כגון צווים בתחום התעבורה, לשמירה על הסדר הציבורי;
- צווים אלו בני-אכיפה בבתי המשפט הצבאיים (ולא רק בבתי משפט מקומיים, שפעלו לפני כניסת כוחות צה"ל לאזור);
- בתי המשפט הצבאיים יניחו שכל צו שהוצא על ידי המפקד הצבאי עומד בחזקת כשרות, אך כזו הניתנת לסתירה במקרים חריגים, כגון צווים שעל פניהם הותקנו תוך חריגה מסמכות, על סמך שיקולים שמקורם בזדון או בשרירות לב;
- החקיקה והשיפוט גם יחד צריכים להתבצע תוך כיבוד זכויות התושבים, מתוך הגינות; לא יינתן תוקף לחקיקה רטרואקטיבית או כזו שלא פורסמה כראוי. הודגש כי אלו הם כעקרונות משפטיים כלליים, שעל פיהם יפעלו בתי המשפט הצבאיים.

## מדוע בחרתי בנושא?

בערבית ישנו פתגם עממי ידוע – "מقابل كل نظرة تلقىها على الماضي عيلنا إلقاء نظرتين على المستقبل":  
"על כל מבט שאנו מעיפים אל העבר, עלינו להעיף שני מבטים אל העתיד".

כתובע בפרקליטות אזור יהודה ושומרון בתביעה הצבאית, אני פועל במערכת מורכבת, שכפופה למספר שכבות דינים: החל מהדין הבין-לאומי, עובר בדין המקומי וכלה בתחיקת הביטחון.

לאור זאת, מצאתי עצמי נדרש לא אחת, להעריך ולפרש את האמור בצווים השונים שנחקקו ופורסמו לכל תושבי ובאי האזור.

פסק הדין בעניין זוהר משקף בחינה מעמיקה של היחסים המורכבים שבין הוראות הדין הבין-לאומי לבין מנגנון השיפוט בבתי המשפט הצבאיים. זהו פסק דין בו יישם בית משפט צבאי הוראות יסודיות מהדין הבין-לאומי, ופירש את תוקפו של צו מרכזי ביותר באזור, המשפיע על הסדר הציבורי במישרין – בתחומי התעבורה.

בעיניי, הכרת הפסיקה ובפרט פסיקה מכווננת כמו פסק הדין בעניין זוהר היא אבן דרך הכרחית במסלול הכשרתו של כל תובע במערכת המשפט הצבאית באזור יהודה ושומרון.



בית משפט צבאי ברצועת עזה, 15 באוגוסט 1967 (צילום: משה מילנר, לע"ם)

## להרחבה בנושא, ראו את המקורות הבאים:

- הצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), תשי"ע – 2009;
- הצו בדבר חוק התעבורה (אזור יהודה והשומרון) (מס' 56), תשכ"ז – 1967;
- (חברון) 87/68, **התובע הצבאי נ' זוהדי סלח חסין זוהר** (לא פורסם, 3 במאי 1968);
- Gerhard von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation* (Minnesota Archive Editions), (Paperback – October 18, 1957);
- Morris Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*. (Berkeley and Los Angeles: University of California Press) (1959). pp. xxiv, 724.