

בג"צ 5/48 - יובל ליון ו-2 אח' נ' הממונה בפועל על האזור

בג"צ מס' 5/48

יובל ליון ו-2 אח'

נגד

הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב (יהושע גוברניק)

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[23.9.48, 30.9.48, 1.10.48, 3.10.48, 19.10.48]

לפני הנשיא (זמורה) והשופטים אולשן, אסף

התנגדות לצו-על-תנאי מיום י"ט באלול תש"ח (23.9.48), המכוון למשיב והדורש ממנו לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל צו-ההחרמה שניתן על-ידיו ביום ב' באלול תש"ח (6.9.48), בתיק מס' 2 בת"א, החל מתאריך פינויה.

נוחומובסקי - בשם המבקשים; ח. ה. כהן וי. קוקיה - בשם המשיב

פסק-דין

ביום י"ט באלול תש"ח (23.9.48) לאחר שעורך-הדין נוחימובסקי טען בשם מר ליון ומר קליימן ניתן על-ידי בית-משפט זה צו-על-תנאי נגד המשיב, מר יהושע גוברניק, הממונה בפועל (האזור העירוני), תל אביב, ליתן טעם מדוע לא יבוטל צו-ההחרמה שניתן על-ידיו ביום ב' באלול תש"ח (6.9.48), שלפיו קנה אחיזה בדירת מר ליון בקומה ב' בבית בשדרות ח"ן 2, בתל-אביב, החל מתאריך פינויה. הדירה הנדונה הוחרמה לטובת מר יעקב שפירא היועץ המשפטי לממשלת ישראל.

כאשר הופיעו הצדדים לפנינו ביום התשובה לצו הנ"ל הודיע עו"ד נוחימובסקי, בא-כוח המבקשים, שהוא מתקן את בקשתו היות ונתברר לו שקיבל יפוי-כוח רק מהמבקש מס' 2, מר קליימן, בעל הבית, וביקש מאתנו למחוק את המבקש מס' 1, מר ליון, הדייר. לעומת זה ביקש לצרף כמבקש את ד"ר בוריס תמשס, אשר לפי הסכם מיום 3.9.48 עם בעל-הבית - המבקש מס', 2 - קנה לו את הזכות להיכנס לדירה הנדונה, לאחר שתפונה עלידי מר ליון.

מר חיים כהן - פרקליט המדינה בשם המשיב - לא התנגד לכך, ובית-המשפט החליט למחוק את מר ליון כמבקש ולצרף את ד"ר תמשס כמבקש.

התוצאה היא שביום התשובה עמדו בפני בית-המשפט, מיוצגים על-ידי מר נוחימובסקי, מר קליימן - בעל הבית וד"ר תמשס - הרוצה להיכנס כדייר לדירה הנדונה. מר נוחימובסקי הציע שבכל מקום שכתוב בבקשה שהוגשה ביום 23.3.48 "המבקש מס' 1" צריך לקרוא אותה כאילו היה כתוב "מר יובל ליון" ובכל מקום שכתוב "המבקשים" צריך לקרוא אותה כאילו היה כתוב "מר יובל ליון והמבקש".

לפני שניכנס לעצם הענין יש לעמוד על הטענה הראשונה של בא-כוח המשיב, שעל בית-המשפט לדחות את הבקשה הזאת מיד. הוא טוען: המבקשים לא באו לבית-המשפט בנקיון-כפיים. מר נוחימובסקי הגיש יפוי-כוח שכביכול היה חתום בידי מר ליון ומר קליימן ולמעשה היה חתום ע"י מר קליימן בלבד. יוצא שהבקשה מכילה הצהרות בשם מר ליון שאף פעם לא הצהיר, והיות ומר קליימן בהצהרתו בשבועה מדבר על "טענות המבקשים" הרי ההצהרה היא בלתי-נכונה, כי מר ליון אינו מופיע כמבקש או כטוען. לפי פקודת עורכי-הדין אחראי עורך-דין לחתימת מרשו. מי שאינו בא בנקיון-כפיים לבית-משפט זה אינו יכול לקבל איזה סעד שהוא.

אמנם כלל גדול הוא בבית-משפט זה. שלא יינתן סעד למבקש אשר אינו בא בנקיון-כפיים, אבל אנו סבורים שאין הכלל הזה חל על המקרה הנדון, אמנם חייב כל עורך-דין לשים לב לכך שעל יפוי-הכוח יחתמו כל האנשים אשר שמותיהם נקובים בו ושמשם הוא פועל, אבל יש להניח שהיה כאן מעשה של פזיזות ורשלנות ולא של כוונה רעה, ולכן אנו מחליטים להיכנס לעצם הענין.

בהזכירנו את חובות עורכי-הדין ברצוננו גם להעיר שעל עורך-הדין לגלות בבקשתו את עיקר טענותיו, וכאשר עורך-דין רוצה לטעון בבקשה ממין זה שלצו-ההחרמה אין יסוד חוקי מפני שהחוק שעליו הוא מתבסס בטל ומבוטל, אין הוא יוצא ידי חובתו באמרו סתם "שצו-ההחרמה הוא בלתי-חוקי, איננו בר-תוקף ובטל מעיקרו". הבקשה צריכה להיות מנוסחת באופן שהמשיב יידע על מה עליו להשיב.

החוק המחייב תשובה לצו-על-תנאי מחייב תשובה ולא ניחוש. החוק מכונן לכל אזרח, בין אם הוא מיוצג על-ידי עורך-דין המחונן בכשרון הניחוש ובין אם הוא מופיע בלי עורך-דין. הטענה בבקשה הנסווח הנ"ל אינה מגלה את הטעם לאי-חוקיותו של צו-ההחרמה. כי דעתו של המבקש הנה שההחרמה היא בלתי-חוקית, יכול המשיב לדעת מעצם הגשת הבקשה לבית-המשפט. אולם את הנימוק המביא את המבקש לדעה הזאת ואשר תפס את המקום החשוב ביותר בטענות המבקש לפנינו לאחר תשובת המשיב אין המשיב מוצא בבקשה. בית-המשפט אינו זירה לדו-קרב של אפתעות בין בעלי-

הדין כי אם מקום לבירור יסודי של טענות שני הצדדים ובירור כזה וההכנה לבירור אפשריים רק כשהטענות הן מוגדרות, ואינן מנוסחות בנוסח המגלה טפח ומכסה טפחיים.

ואשר לעצם הענין : זהו הנוסח המלא של צו-ההחרמה שניתן ביום 6.9.48 ושהוא נושא המשפט הזה :

"מדינת ישראל

הממשלה הזמנית.

משרדי הממונה (האזור העירוני)

תל-אביב

מס' התיק 7/1/שכ

לכבוד מר יובל ליון שדרות חן 2 תל-אביב (הדייר)

לכבוד מר קליימן שדרות ח"ן 2, תל-אביב.

צו החרמה

1. היות ואני יהושע גוברניק, רשות מוסמכת, רואה לנחוץ ולמועיל לקנות אחיזה, לטובת שלומו של הציבור, הגנתה של המדינה, קיום של הסדר הציבורי וקיומם של ההספקה והשירותים החיוניים לכלל.

2. לכן הנני מודיע לכב' בזה כי בהתאם לתקנה מספר 48 (1) מתקנות ההגנה 1939 (תיקון מס' 2 משנת 1945), הנני קונה אחיזה ברכוש המתואר להלן החל מתאריך פינויו.

תיאור הרכוש

דירה התפוסה על-ידי מר יובל ליון בקומה ב' בבית בשדרות ח"ן מס' 2, תל-אביב.

תאריך ב' באלול תש"ח (-) . י. גוברניק

6.9.48 רשות מוסמכת

העתקה ליו"ר הועדה המרכזית לדיור, למהנדס המחוזי, תל-אביב למחלקה. למר יעקב ש. שפירא."

וזזה עיקר טענתו של בא-כוח המבקשים :

א. תקנות ההגנה משנת 1939 לא היה להן אף פעם תוקף בארץ-ישראל, ועל כל פנים, אין להן עוד תוקף בישראל אחרי הקמת מדינת ישראל הואיל וכוחן נובע מחוק אנגלי, היינו The Emergency Powers (Defence) Act, 1939 ואי-אפשר היה להטיל את החוק האנגלי הזה על ארץ-ישראל, ועל-כל-פנים פקע תקפו אחרי הקמת מדינת ישראל.

ב. אפילו נניח שלתקנות ההגנה משנת 1939 יש עוד תוקף, על-כל-פנים, בוטלה התקנה 48 - שעליה מתבסס צו-ההחרמה - מכללא על-ידי תקנה 114 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, וגם משום כך מחוסר צו-ההחרמה יסוד חוקי.

ג. גם אם נניח שתקנה 48 עודנה בתקפה, מעולם לא נתמנה המשיב כדין כרשות מוסמכת לצרכי התקנה הנ"ל.

ד. המשיב השתמש לרעה במשרתו על-ידי זה שחרג מסמכותו ופגע בזכויותיהם של המבקשים, ואת צו-ההחרמה הוציא לא בתום-לב, כי אם בעקשות ומבלי לשים לב לכללי ההגיון והצדק.

יש לציין שאת הטענה הראשונה והשניה לא טען לפנינו בא-כוח המבקש ביום שניתן הצו-על-תנאי, כי אם הצטמצם בטענה השלישית והרביעית. לא ייפלא איפוא כי בא-כוח המשיב ענה ביום התשובה רק על שתי הטענות האלה ואמר שמר גוברניק נתמנה כדין כרשות מוסמכת לצרכי התקנה 48 שעודנה בתקפה והוציא את צו-ההחרמה בתום-לב ובשיקול-דעת הגיוני, ושהשיקול אם ההחרמה נחוצה לקיומם של השירותים החיוניים לכלל, נמסר לדעת הרשות המוסמכת ולא לדעת בית-המשפט הזה.

ואלו פרטי טענתו הראשונה של בא-כוח המבקשים. לתקנות ההגנה משנת 1939 אין עוד תוקף מיום 14 במאי 1948, יום הקמת מדינת ישראל. תקנות אלה, הוא אומר, ניתנו על-ידי הנציב העליון בארץ-ישראל על יסוד ה- Act, 1939 (Emergency Powers (Defence)) ואם אין עוד יסוד חוקי בישראל לחוק האנגלי הזה הרי נופל גם היסוד לתקנות ההגנה משנת 1939.

בא-כוח המבקשים. מבסס טענה זו על פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, סעיף 11, הקובע :

"המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על-ידי מועצת המדינה הזמנית או על-פיה, ובשינויים הנבעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה."

טענתו היא כפולה. המלה "המשפט" שבה פותח סעיף 11 אינה כוללת מערכת ידועה של חוקים שמלך אנגליה, ובכוחו הנציב העליון לארץ-ישראל, חוקק לארץ-ישראל כביכול בסמכות אשר לאמיתו של דבר אף פעם לא היתה לו. ועוד הוא אומר, שעל-כל-פנים בוטלו החוקים האלה בכוח המלים המסיימות את סעיף 11 הנ"ל "ובשינויים הנבעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה", הטוען רוצה להבחין בין שני סוגים של חוקים ודברי-המלך-במועצה : אלה אשר יצאו במפורש על סמך המנדט או בקשר מיוחד לארץ-ישראל ואלה אשר יצאו מטעם המחוקק האנגלי (להבדיל מהמחוקק הא"י) או מטעם המלך ואין להם קשר למנדט וגם לא קשר מיוחד לארץ-ישראל כי אם ניתנו בכוח ה- Jurisdiction Act. 1890 Foreign

בלבד. לסוג הראשון שייכים לפי טענתו דבר-המלך-במועצה על ארץ-ישראל, 1922 (חא"י, כרך ג, ע' 2738), דבר-המלך על הנתיונות הארץ-ישראלית משנת 1925 (חא"י, כרך ג, ע' 2822), דבר-המלך על מטבעות ארץ-ישראל משנת 1927 (חא"י, כרך ג, ע' 2793), דבר-המלך-במועצה על ארץ ישראל (הכותל המערבי) משנת 1931 (חא"י, כרך ג, ע' 2816). לסוג השני שייך לפי טענתו, דבר-המלך-במועצה משנת 1939, אשר הנהיג בחלקים שונים של האימפריה הבריטית (גם בא"י) את ה-Emergency Powers (Defence) Act משנת 1939. לחוק זה אשר חוקק על-ידי בית-הנבחרים הבריטי אין שום קשר למנדט ואין לו קשר מיוחד לארץ-ישראל ודבר-המלך בנדון זה נובע מסעיף 4 של החוק הנ"ל ומסמכותו לפי ה-Jurisdiction Act Foreign. והואיל ועל-כל-פנים אין לחוק זה עוד תוקף בישראל אחרי הקמת המדינה. הרי פקע תקפו של תקנות ההגנה משנת 1939 והוא הדין לגבי ה-Supplies and Services (Transitional Powers) Act, 1945, תוס"ב 1473, ע' 187, ודבר-המלך שיצא בעקבותיו ביום 10.1.46, תוס"ב 1477, ע' 302. והוא הדין לגבי ה-Emergency Laws (Transitional Provisions) Act, 1946, תוס"ב 1487, ע' 542. בא-כוח המבקשים חזר וטען כי בעוד שחוקים אנגליים אשר הונהגו בארץ על-ידי דברי-המלך והם שייכים לסוג הראשון הנ"ל יש להם עדיין תוקף, הרי כשהם שייכים לסוג השני פקע תקפם, וזה לרגל השינוי הנובע, לפי דבריו, מתוך הקמת המדינה ורשויותיה. וכשנשאל מה דעתו, למשל, בדבר תקפו של ה-Copyright Act האנגלי משנת 1911, (חא"י, כרך ג, ע' 2635) אשר הוכנס בארץ ע"י דבר-המלך משנת 924 (חא"י, כרך ג, ע' 2661) השיב תחילה שחוק זה עודנו חל, אבל חזר בו ואמר שהוא אינו חל עוד מפני שהוא אינו נזכר בדבר-המלך-במועצה לא"י משנת 1922 ומפני שדבר-המלך בדבר ה-Copyright אינו מזכיר את המנדט כי אם מדבר רק על ארצות הנמצאות תחת חסותו של המלך, וכי אף פעם לא היתה ארץ-ישראל תחת חסותו (protection) של המלך, ולאמיתו של דבר נובע הצו בדבר ה-Copyright מהסמכויות של ה-Foreign Jurisdiction Act, 1890.

ועוד טען בא-כוח המבקשים כי החוקים האנגליים הנ"ל שייפו את כוחו של הנציב (ע"י דבר-המלך-במועצה) להתקין את תקנות ההגנה או את התקנות-לשעת-חירום יש להם אופי דיקטטורי, אפילו אופי אנטי-יהודי עד כמה שהיו מכוונות להחניק את הישוב, את התפתחות הארץ על-ידי יהודים ולבלום את העליה היהודית לארץ. היות ומדינת ישראל היא מדינה דימוקרטית ומדינה עברית הרי התהוו שינויים בגדר המלים "ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה", שינויים אשר אינם נותנים עוד מקום לתקפם של כל החוקים הנ"ל.

בסכמו את טענתו הראשונה ביקש מר נוחימובסקי מבית-המשפט לתת החלטה על טענתו ראשונה זו שלתקנות ההגנה, 1939, אין עוד תוקף, מפני שישודן, תקפם של החוקים האנגליים שעליהם הן מתבססות, פקע. הזמן הוא זמן מהפכה ועל בית-המשפט, לפי דעתו, להחיש את התהליך של שחרור מדינת ישראל מאותו סוג החוקים האנגליים אשר ציין.

מר נוחימובסקי לא רצה שנשאיר את השאלה היסודית הזאת פתוחה ונכריע במשפט הזה על יסוד איזו נקודה אחרת. ואמנם אנו סבורים שיהא זה מן המועיל להזדקק לשאלה זו, כי באמת מוטל על בית-המשפט הזה לתת תשובה לדעה הרווחת ברבים, כפי הנראה, כי בית-המשפט העליון מוסמך לפסוק שחוקים ידועים פקע תקפם מפני שהם אינם הולמים את רוח הזמן החדש, יש, בלי שום ספק, חוקים אשר נעשו שנואים על הציבור היהודי על-ידי אופן השימוש בהם בימי ממשלת המנדט, ונכון הדבר שלא פעם לחמו בתוך כתלי בתי-המשפט ומחוצה להם בשימוש לרעה בחוקים אלה, ואף טענו שלחוקים האלה לא היה תוקף מפני שהם סתרו את המנדט כלשונו וכרוחו. ולכן כדאי באמת להרחיב קצת את הדיבור על השאלה הזאת אשר צפה כבר פעמים אחדות מיום הקמת מדינת ישראל ובוודאי תתעורר עוד.

נקודת המוצא לתשובה היא, לדעתנו, סעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 - שהובא למעלה בנוסחו המלא, ממנו נובע כלל גדול וברור: המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח - 14 במאי 1948 - יעמוד בתקפו. היוצאים מן הכלל הקבועים באותו סעיף 11 הם:

(1) לא יעמדו עוד בתוקף חוקים שיש בהם משום סתירה לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948.

(2) לא יעמדו עוד בתקפם חוקים שיש בהם משום סתירה לחוקים שיינתנו על-ידי מועצת המדינה הזמנית או על-פיה.

(3) החוקים הקודמים יעמדו בתקפם בשינויים הנבועים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה.

ניתוח זה של סעיף 11 דורש לפרש תחילה את הכלל טרם שניגש ליוצאים מן הכלל, ובמקרה הנדון יש לשאול האם היו תקנות ההגנה משנת 1939 "משפט קיים בארץ-ישראל ביום 14 במאי 1948". אם התשובה על השאלה הזאת תהיה שלילית, לא יהא צורך לדון ביוצאים מן הכלל אשר סעיף 11 מכיל; ואם התשובה עליה תהיה חיובית, יהא צורך לבדוק אם פקע תקפן לפי אחד מהיוצאים מהכלל שבסעיף הנ"ל.

אחת הפקודות אשר, ללא ספק, עודנה עומדת בתקפה זוהי פקודת הפירושים משנת 1945, ואם המחוקק שלנו נקט בסעיף 11 הנ"ל את הלשון "המשפט שהיה קיים" יש לפרש את המלים האלה לפי פקודת הפירושים הנ"ל ופקודה זו מכילה הגדרה למלה Law (חוק או משפט) והגדרה זו כוללת בין השאר, "אותם חוקי פרלמנט או חלקים מהם ואותם דברי-המלך-במועצה או חלקים מהם שנקבעו או ניתנו בין לפני תחילת תקפה של פקודת הפירושים ובין לאחריה העומדים עתה, או שעמדו עד כה או העשויים לעמוד לאחר מכן, בתקפם בארץ-ישראל".

מכאן שעלינו לצאת מן ההנחה ש"המשפט" בסעיף 11 כולל חוקי הפרלמנט האנגלי שהופעלו על-ידי דבר-המלך-במועצה בארץ-ישראל לא פחות מפקודות (Ordinances) שניתנו על-ידי הנציב העליון בארץ-ישראל. אבל אין להעלים עין מטענתו של מר נוחימובסקי שבתוך החוקים האימפריאליים האלה יש חוקים אשר סתרו את המנדט ולכן לא היה להם תוקף. לטענה זו אמנם לא רצו להזדקק בתי-המשפט בארץ-ישראל בתקופת המנדט באמרם שהמנדט אינו חוק בארץ אלא עד כמה שהוכנס דרך דבר-המלך-במועצה. בנדון זה נוטה בית-המשפט הזה לעמדה אחרת ומוכן הוא לבדוק אם חוק אשר הוצא כאן בימי ממשלת המנדט סתר את כתב-המנדט, אבל אין אנו יכולים לקבל את גישתו של בא-כוח המבקשים שכל חוק אימפריאלי אשר אין לו קשר ישיר למנדט או אין לו קשר מיוחד לארץ-ישראל ושהוטל על א"י על-ידי דבר-המלך בטל הוא מעיקרו. אין אנו מוצאים הגבלה כזאת בשום הוראה של המנדט, אדרבה, ההוראה הראשונה של המנדט קובעת ש"למנדט יהיה כוח מלא של חקיקה ושל אדמיניסטרציה מלבד בהגבלות הנמצאות בהוראות המנדט גופא". להבחנת בא-כוח המבקשים בין חוקים אימפריאליים המתבססים על המנדט או על קשר מיוחד לארץ-ישראל לבין חוקים אחרים אשר הונהגו בא"י אין שום יסוד חוקי לא בתוך נוסח המנדט ולא בתוך החוקה היסודית לארץ-ישראל, דבר-המלך-במועצה משנת 1922, ולא בסעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948. ואמנם ההבחנה שבא-כוח המבקש מנסה להבחין תביא לתוצאה אבסורדית כמו, למשל, חוסר תקפו של חוק ה-Copyright במדינת ישראל, משום שדבר-

המלך אשר הפעיל את החוק בארץ-ישראל אינו מתבסס במפורש על המנדט ואין החוק מכיל דברים ספציפיים לארץ-ישראל. התשובה הפשוטה לטענה זו היא שהמנדט נתן כנזכר לעיל, בסעיף 1, כוח מלא לחקיקה ולא היה צורך בכך להזכיר בכל פעם במיוחד את המנדט כהצדקה להפעלת חוק ידוע. ובכוח סעיף 1 של המנדט ניתנו חוקים בארץ-ישראל בשתי דרכים: הדרך השכיחה היתה חקיקה על-ידי פקודות (Ordinances), שהוצאו על-ידי הנציב העליון במועצתו, והדרך השנייה היתה הפעלת חוק אנגלי בארץ-ישראל על-ידי דבר-המלך-במועצה. אין שום יסוד קונסטיטוציוני לטענה שהדרך השנייה - נקרא לה הדרך האימפריאלית - פחותה בערכה מהדרך הראשונה. יוצא איפוא שאפילו מבלי להסתמך על פקודת הפירושים, 1945, נכללים החוקים הנדונים כאן במלה "המשפט" אשר ברישא של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948.

נדמה שכל הטענות השכליות הנ"ל שכוונתן להבחין בין סוגים שונים של החקיקה נובעות לאמיתו של דבר יותר מהרגש מאשר מהשכל, והטוען את הטענות האלה מוכן או. להקריב חוק "חף מפשע" כמו Copyright Act לקרבן אך ורק מפני שהוא נדחף למסקנה כזאת, כדי להיות עקבי בטענותיו. אבל בעצם מכוונים החצים נגד תקנות ההגנה והחוק האנגלי שעליו הן מתבססות.

איננו סבורים כי מחוקק במדינה דמוקרטית אינו יכול להוציא חוק המאפשר תקנות-לשעת-חירום. נמצאים חוקים כאלה גם בחוקות הדמוקרטיות ביותר, למשל, בחוקה של הרפובליקה הווימריית של גרמניה. אבל את הדוגמה היותר קרובה לנו אנו מוצאים בפקודה שלנו, בפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, הכוללת בסעיף 9 הוראה מפורשת על תקנות-לשעת-חירום. המכריע כאן לא מציאותן של תקנות-לשעת-חירום כי אם אופן השימוש בהן. אי-אפשר היום לבוא ולטעון לפנינו שלתקנות-שעת-החירום שיצאו בימי שלטון המנדט אין עוד תוקף מפני שהשתמשו בהן לשימוש אנטי-יהודי, נקח לדוגמה את פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, מתקופת המנדט; לפי אבן הבוחן של בא-כוח המבקשים הפקודה הזאת בוודאי עודנה בתקפה. נניח רק לצרכי הסברת הענין, שהשלטון השתמש בפקודה הזאת באופן שרירותי להחרמת קרקעות רק מיהודים. אין להעלות על הדעת טענה שמפני השימוש השרירותי בפקודה הזאת, פקודה אשר בלשונה אינה מכילה כל הפליה - הפקודה עצמה מחוסרת כל תוקף.

לטענה הזאת אין גם שחר מטעם אחר. אי-אפשר בשום אופן לומר, כמו ששומעים לעתים קרובות, שלכל תקנות ההגנה האלה היתה מטרת דיכוי דיקטטורי וכו'. הנה העם האנגלי, אשר בתוך ארצו בוודאי הוא אוהב את החופש ומקפיד על זכויות האזרח, מצא לנכון לחוקק תקנות-לשעת-חירום הדומות לתקנות ההגנה שלנו והמכילות בין השאר הוראות בדבר החרמת רכוש הפרט לטובת הכלל.

אחרי שבאנו לידי מסקנה שתקנות ההגנה משנת 1939 אשר יצאו בכוח ה-Emergency Powers (Defence) Act, 1939 כלולות במונח "המשפט" שבו פותח סעיף 11, עלינו עוד לבדוק אם חל עליהן אחד משלושת היוצאים מן הכלל שצוינו לעיל בניתוח סעיף 11. אף בא-כוח המבקשים לא טען שיש בתקנות ההגנה, 1939, משום סתירה לפקודת סדרי השלטון והמשפט. הוא גם לא טען שיש בהן משום סתירה לחוק אחר אשר ניתן על-ידי מועצת המדינה הזמנית. הוא רק טען בהדגשה יתירה שעלינו לומר שהן נתבטלו בכוח המלים "בשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה", וכי

המלים האלה נותנות לבית-משפט זה את הכוח לפסוק על חוק מסויים שהוא בטל, אם רק אפשר לתרץ זאת באיזה שינוי הנבע מהקמת המדינה.

טענה זו אינה מתקבלת על הדעת כלל וכלל.

לאור הטענה הזאת יצטרך בית-משפט זה קודם כל לקבוע שהתהווה שינוי מתוך הקמת המדינה, מהו השינוי, ולשקול אם השינוי הזה מצריך ביטול חוק מסויים, וכל זה יצטרך בית-המשפט לעשות בצורה של פסק-דין המכריז כי החוק אינו עוד בר-תוקף. זהו בדיוק תפקיד המחוקק, ואין להניח בשום אופן שהמחוקק הישראלי בהזכירו את המלים "ובשינויים וכו'" נתכוון להעביר חלק מתפקידו לבתי-המשפט.

המחוקק לא היה טומן במלים "בשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה" הכרעה חשובה כזאת כביטול מערכת תקנות ההגנה ותקנות-לשעת-חירום. המחוקק ביטל בסעיף 13 באופן מפורש את חוקי הספר הלבן של 1939, היינו את הסעיפים 13 עד 15 לפקודת העליה, 1941, ואת התקנות 102 עד 107 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, וכמו-כן את תקנות העברת קרקע, 1940. לו היה המחוקק בדעה שצריך לבטל את תקנות ההגנה משנת 1939, או את תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, כולן או מקצתן, היתה לפניו הדרך הפשוטה לבטלן במפורש כמו שעשה זאת בנוגע לתקנות הנ"ל בסעיף 13 של הפקודה. הוא לא עשה את זאת. כאשר אנו קוראים את הפרק הרביעי המוכתר במלה "המשפט" בשלמותו, אנו למדים שהכוונה במלים "ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה" היא לשינויים טכניים כאלה אשר בלעדיהם אי-אפשר להפעיל את החוק אחרי הקמת המדינה ורשויותיה החדשות, במלה "שינויים" נתכוון המחוקק לשינויים הנובעים מאליהם מהקמת המדינה ורשויותיה ואינם מצריכים שיקול-דעת מיוחד כדרוש לשאלה אם להשמיט חוק מתוך מערכת החוקים הקיימת. למשל, לפי צו מנהל מחלקת העליה בדבר מקומות כניסה לארץ-ישראל משנת 1943 (תוס"ב 1249, ע' 105) והתיקונים לאחר כך - גשר אלנבי הוא אחד המקומות החוקיים לכניסה לא". אף-על-פי שלפי סעיף 15 (א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח, כל מקום בו נאמר בחוק פלשתינה-א"י ייקרא מעתה ישראל, ברור בלי צורך בשיקול-דעת מיוחד כי השינוי הנבע מתוך הקמת המדינה ורשויותיה מצריך את השמטת גשר אלנבי מהצו הנ"ל.

המשמעות המצומצמת של המלים הנדונות נובעת גם מתוך סעיף 16 של הפקודה שעל פיו רשאי שר-המשפטים להוציא נוסח חדש של כל חוק שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח ואשר עודנו בר-תוקף במדינה, ונוסח זה יכיל "את כל השינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה". ברור שסעיף 16 זה אינו מתכוון להעניק לשר-המשפטים כוח של מחוקק היכול לבטל חוקים קיימים בבחינת "שינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה". הכוונה בסעיף 16 הנה, ואינה יכולה להיות אחרת מאשר, כוונה לשינויים טכניים, והואיל ולפי עקרונם מקובלים של פירוש חוקים אין להניח שלאותן המלים באותו פרק של הפקודה תהיינה הוראות שונות הרי כל קורא החוק בעל-כרחו יאמר שגם בסעיף 11 יש למלים בדבר "השינויים" הוראה טכנית בלבד.

בסיכום החלק הזה של פסק-הדין, ברצוננו להוסיף דברים כלליים אחדים על תפקיד השופט כלפי החוק. דוקא מכיון שאנו חיים בזמן של מהפכה ושל התהוות מדינתנו הצעירה. תורת הפרדת הרשויות בתוך המדינה איננה היום עוד כל כך קבועה וקפואה כמו לפי תורת Montesquieu בשעתו, ובפרט התגברה הדעה בתורת המשפט הכללית שעל השופט,

במקרים שאין לפניו לא חוק ולא מנהג, למלא את התפקיד של המחוקק במקום להכניס את גוף-העובדות למיטת-סדום של חוק קיים אשר לאמיתו של דבר איננו מכיל הוראה בדבר גוף-העובדות הנדון. לפניו. הרעיון הזה מצא את ביטויו הקלאסי בסעיף הראשון של החוק השוויצרי הקובע במפורש שאם השופט אינו מוצא במקרה הנדון לפניו לא חוק ולא מנהג, יורה הלכה כאלו הוא היה המחוקק. אבל עקרון זה חל אך ורק במקרה שבאמת אין חוק מפורש. מכאן עד לדרישה ששופטים יבטלו בכוח שיפוטם חוקים הקיימים ללא ספק, אלא שאינם חביבים על הציבור הדרך רחוקה מאד, ואין אנו מוכנים ללכת בדרך זו, כי על-ידי זה נפגע בזכויות הכוח המחוקק בארץ וזוהי היום מועצת המדינה הזמנית. יש כוח בידי בית-המשפט לפסוק על חוק מסויים שהוא מחוסר תוקף כחורג מסמכות המחוקק מפני שדרגה עילאית של חקיקה הגבילה אותו. כך, למשל, אם מועצת המדינה תמסור לאחד השרים את הסמכות להוציא תקנות בתחומים ידועים, יהיה על בית-המשפט לבדוק במקרה מסויים, אם תקנה אשר התקין השר יצאה מהתחום שמועצת המדינה קבעה לו. זוהי הבעיה הידועה הנקראת בלע"ז הבעיה של ultra virus. נשמעת בימים אלו לפעמים קרובות הנימה שבתקנות ההגנה בכלל ובתקנות על החרמת רכוש בפרט השתמשו בימי ממשלת המנדט לרעה נגד האוכלוסיה היהודית, נימה שמצאה לה ביטוי בטענות בא-כוח המבקשים. נוסף על מה שכבר נאמר לעיל בנקודה זו, טענה זו לדעתנו מחוסרת כל טעם בשעה שאנו דנים בשאלת התוקף של התקנות האלה במדינת ישראל. אף אחד לא יוכל לחלוק על כך שעל אף כל האכזריות שיש לפעמים בשימוש בתקנות האלה, אין חברה מסודרת הנמצאת במצב חירום יכולה להתקיים בלי תקנות לשעת-חירום אשר מטיבן מעדיפות את טובת הכלל על החירויות של הפרט. השאלה באיזו מידה יכול בית-המשפט להתערב בשיקול-הדעת של הרשות המוסמכת המשתמשת בתקנות ממין זה תידון כשנעיין בטענתו הרביעית של בא-כוח המבקש.

מסקנתנו בנקודה הראשונה היא שלתקנות ההגנה משנת 1939 היה תוקף בזמן ממשלת המנדט ושהן עומדות בתקן היום בכוח סעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948.

הטענה השניה של בא-כוח המבקשים היא, שאפילו נניח שלתקנות אלה בכלל יש עוד תוקף, פקע תקפה של תקנה 48 בספטמבר 1945 כאשר הותקנו תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945; על-ידי תקנה 114 לתקנות 1945, הוא טוען, בוטלה מכללא תקנה 48 לתקנות של שנת 1939 (שתוקנה ב-22 בפברואר 1945, תוס"ב 1394, ע' 127 מ-1 במרס 1945). נביא כאן את נוסחן של שתי התקנות.

תקנה 48 (סעיף 1) לתקנות ההגנה, 1939, בצורתה המתוקנת מיום 22.2.45 קובעת:

48 (1) "רשות מוסמכת רשאית - אם נראה לרשות הדבר נחוץ או מועיל לטובת בטחון הציבור, ההגנה, או הנהלתה היעילה של המלחמה, או לשם קיום הספקה ושירותים חיוניים לציבור - לקנות אחיזה בכל קרקע, ורשאית היא להורות - בו בזמן או לאחר-מכן - אותן הוראות שתהיינה נראות לרשות המוסמכת נחוצות או מועילות לצרכי קניית אחיזה באותה קרקע, החזקה בה או קניית אחיזה מחדש בה, וכל הכרוך בזה."

תקנה 114 (1) מתקנות לשעת-חירום מיום 22 בספטמבר 1945 קובעת:

114 (1) "מושל מחוז רשאי לקנות אחיזה בקרקע כל-שהיא, אם נראה לו נחוץ או מועיל לעשות כן לטובת שלומו של הציבור, הגנתה של פלשתינה (א"י), קיומו של הסדר הציבורי או קיומם של ההספקה והשירותים

החיוניים לכלל, או להמשיך באחיזה בכל קרקע, שבה נקנתה אחיזה קודם לכן לפי תקנה 48 של תקנות ההגנה, 1939, והוא רשאי לתת - בו בזמן או מזמן לזמן לאחראי-מכר - אותן הוראות, הנראות לו נחוצות או מועילות בקשר אל קניית אחיזה, המשכת אחיזה, או החזרת-אחיזה בקרקע, או לצרכיהן."

בא-כוח המבקשים טוען כי שתי התקנות הנ"ל דנות באותו ענין, בהחרמת קרקע לטובת הכלל, ולכן התקנה החדשה ביטלה מכללא את קודמתה ומכאן שעכשיו רק מושל המחוז יכול להוציא צו-החרמה לפי תקנה 114 ולא הרשות המוסמכת לפי תקנה 48. הוא ממשיך וטוען שהנציב העליון לא יכול היה להחיות את התקנה 48 על-ידי הצו לאספקה ושירותים (כוחות לזמן מעבר), 1946 (תוס"ב 1477, ע' 302), מיום 22 בפברואר 1946, מכיון שדבר-המלך-במועצה, מיום 10 בינואר 1946 הנקרא דבר-המלך-במועצה, בדבר הספקות ושירותים (כוחות לזמן מעבר) (מושבות וכו'), 1946, נותן לנציב את הרשות להמשיך ולקיים את תקפן של אותן התקנות בלבד שהיו עוד בתוקף בזמן מתן הצו (ראה תוספת א' לדבר-המלך, סעיף ג' (תוס"ב 1473, ע' 192)). מכאן, אומר הטוען, שלא היה בכוחו של הנציב להחיות ביום 22 בפברואר 1946 תקנה שתקפה פקע ביום 22 בספטמבר 1945. נבחון קודם-כל את שאלת תקפה של תקנה 48 הנדונה כאן, בלי שים לב לטענת בא-כוח המבקש שהיא בוטלה מכללא.

(1) היסוד הקונסטיטוציוני לתקנות ההגנה משנת 1939 הוא, כמו שהזכרנו לעיל בתשובתנו לטענה הראשונה של בא-כוח המבקשים, החוק האנגלי מיום 4 באוגוסט 1939, הנקרא חוק הסמכויות לשעת חירום (ההגנה), 1939. החוק הזה מוסר למלך בריטניה את הכוח להורות בדבר-המלך-במועצה "תקנות הגנה" כמו שייראה לו לנחוץ ולמועיל לשם הבטחת בטחון הציבור, הגנת המלכות, קיום סדר הציבור וההנהלה היעילה של המלחמה, ולשם קיום האספקה והשירותים החיוניים לציבור. אותו החוק מזכיר בסימן 1, סעיף-קטן 2, במפורש, בין הכוחות שיהיו למלך את הכוח ליטול חזקה של איזה רכוש שהוא. סימן 4 סעיף 1 (ד) של אותו החוק קובע שהמלך מוסמך ע"י דבר-המלך-במועצה לקבוע שהוראות החוק הזה יחולו בין השאר גם על כל ארץ שעליה קיבל המלך מנדט מטעם חבר הלאומים והמנדט מוצא לפועל על-ידי ממשלת המלך. סימן 11 של החוק היסודי קובע שלחוק הזה יהיה תוקף לשנה אחת מיום הוצאתו (24 באוגוסט 1939), ואז יפקע תקפו, ומוסיף שעל-פי בקשת הפרלמנט רשאי המלך במועצה להמשיך את תקפו מדי פעם בפעם לעוד שנה אחת.

(2) סימן 11 זה של החוק האנגלי המקורי משנת 1939 תוקן על-ידי החוק מיום 22 במאי 1940 ובמקום שנה אחת נקבעה התקופה של שנתיים לתוקף העיקרי של החוק.

כך קיבל החוק האנגלי תוקף עד ליום 24 באוגוסט 1941.

(3) בשנת 1939 הורה המלך בדבר-המלך-במועצה בכוח אשר ניתן לו בסימן 4 (1) של החוק הנ"ל וקבע שהחוק יחול על ארץ-ישראל ושהסמכות להוצאת תקנות הניתנת בחוק היסודי למלך במועצה תהיה במושבות ובארצות-מנדט בידי מושלי הארצות האלה (סימן 3 של הצו). זהו יסוד הסמכות של הנציב העליון להוצאת התקנות אשר הוציא ביום 26 באוגוסט 1939 והנקראות תקנות ההגנה, 1939.

(4) על-ידי דבר-המלך-במועצה מיום 7 ביוני 1940, הטיל המלך גם את תקפו של החוק האנגלי הנ"ל משנת 1940 על המושבות וארצות-המנדט.

כך ניתן לחוק היסודי תוקף עד ליום 24 באוגוסט 1941, גם בארץ-ישראל.

(5) מאז ואילך הוארך על-ידי דברי-המלך-במועצה תקפו של החוק האנגלי היסודי שהוטל גם על ארץ-ישראל מדי שנה בשנה לעוד שנה אחת, עד ליום 24.8.45.

(6) ביום 15 ביוני 1945, יצא באנגליה חוק מיוחד, חוק הכוחות לשעת חירום (הגנה), 1945, כדי להמשיך את תקפו של החוק היסודי משנת 1939 "לתקופות של פחות משנה אחת". חוק זה קבע שבמקום סימן 11 סימן-משנה (1) של החוק היסודי תבוא ההוראה הקובעת שלחוק היסודי יהיה תוקף לעוד 6 חדשים מיום 24 באוגוסט 1945, היינו, עד ליום 24 בפברואר 1946, ואז יפקע תקפו של חוק זה, ועוד קובע החוק שיש לקראו ביחד עם החוק היסודי בשם חוקי הכוחות לשעת-חירום (הגנה), 1939-1945.

(7) ביום 10 בדצמבר 1945, יצא באנגליה חוק הנקרא חוק ההספקות והשירותים (כוחות לזמן מעבר), 1945. בארץ-ישראל פורסם החוק הזה בעתון הרשמי 1946, תוס"ב 1473, ע' 187. כותרת החוק מגדירה, בין השאר, את מטרתו כך: זהו חוק הקובע שתקנות הגנה ידועות תחולנה למטרות הקשורות לקיום הביקורת וההסדר של אספקה ושירותים ולשם המשכת תקפן של תקנות הגנה שנעשו ושימשו במשך תקופה מסויימת על אף תום תקפן של החוקים לכוחות לשעת-חירום (הגנה), 1939-1945. סימן 1 של חוק אנגלי זה מיום 10 בדצמבר 1945, קובע, בין השאר, שהמלך במועצה יכול לצוות שתקנות הגנה ידועות יעמדו בתקפן, בין שהן נחוצות ומועילות למטרות המפורטות בסימן 1 של החוק היסודי משנת 1939 ובין שאינן נחוצות כנ"ל. סימן 5 (4) של החוק נותן למלך כוח להטיל את החוק הזה כמו את החוק היסודי משנת 1939 גם על המושבות וארצות-המנדט.
(8) בהתאם להוראה האחרונה הוציא, ביום 10 בינואר 1946, המלך-במועצה צו שבו הוא מטיל על ארץ-ישראל את תקפו של החוק משנת 1945 (תוס"ב 1473, ע' 192), ונותן את הכוח להוצאת התקנות לנציב העליון,

(9) בכוח שניתן לו כנ"ל הוציא הנציב העליון ביום 22 בפברואר 1946, צו הנקרא צו בדבר ההספקות והשירותים (כוחות לזמן מעבר), 1946, וקבע שורה של תקנות אשר תקפן יימשך כנ"ל ובתוכן תקנה 48 של תקנות ההגנה, 1939.

יוצא שהנציב הוציא את הצו הזה שני ימים לפני שתם תקפו של החוק היסודי ותקנות ההגנה המתבססות עליו, ופעל איפוא בהתאם לדבר-המלך מיום 10 בינואר 1946, סעיף ג' בתוספת א', הקובע שהכוח להמשכת תוקף של תקנות הגנה ניתן רק בנוגע לתקנות שעודן בתקפן ביום מתן הצו, היינו, ביום העשירי בינואר 1946. זהו תיאור המצב לפי החוק.

אבל עלינו עוד לעמוד על טענת בא-כוח המבקשים שתקנה 48 בוטלה מכללא על-ידי תקנה 114 לתקנות-שעת-חירום משנת 1945.

בא-כוח המבקשים מסתמך על הכלל הידוע *Lex posterior derogat legi priori*. וכמוכן הוא מסתמך על *Maxwell on Interpretation of statutes* מהדורה תשיעית, ע' 171. התשובה הכללית היא שביטול מכללא מתקבל רק אז כשיש ניגוד הגיוני בין החוק הראשון ובין החוק השני ואז יש לדבר על ביטול מכללא של חוק א' על-ידי חוק ב', או במקרה שאין אמנם סתירה בין שני החוקים, אבל אין הצדקה לקיום שני החוקים זה על-יד זה.

אי-אפשר לומר במקרה שלנו שיש ניגוד הגיוני כזה. יש להניח שהמחוקק רצה במערכת אחת של התקנות לתת את הכוח

לרשות המוסמכת לפי תקנות ההגנה משנת 1939 ובמקרה השני למושל המחוז לפי תקנה 114. גם אי-אפשר לומר שאין הצדקה לקיום שני החוקים האלה זה על-יד זה. יש סיבה המבארת את קיום שני סוגי התקנות והיא : תקנות ההגנה משנת 1939 נועדו למצב שנוצר על-ידי גורמים חיצוניים, כגון מלחמה. ותקנות 1945 הותקנו למצב שנוצר על-ידי גורמים פנימיים, ואת העובדה הזאת רואים אנו גם מן המצב ששרר מקודם. לפני תקנות-שעת-חירום, 1945, היו קיימות תקנות-לשעת-חירום משנת 1936 ואלה האחרונות לא בוטלו על-ידי תקנות ההגנה משנת 1939, זאת אומרת גם לפני 1945 היו קיימות שתי מערכות של תקנות, אם כי השלטון עד שנת 1945, בשנות המלחמה, השתמש בתקנות ההגנה משנת 1939. ואשר לאסמכתה שבא-כוח המבקשים רצה להביא מספרו של Maxwell הרי ספר זה דוקא מחזק את הסברה הפוכה בפרק המדבר על "חוקים דומים קיימים זה על-יד זה", בע' 173 הוא אומר :

"אין אוהדים לביטול חוק מכללא. כדי להניח ביטול כזה צריך להביא נימוקים חזקים, יש חזקה הגיונית שהמחוקק לא נתכוון לקיים שני חוקים סותרים זה את זה, ומצד שני, שלא נתכוון להגשים דבר חשוב כל-כך כמו ביטול חוק בלי הוראה מפורשת. אין איפוא לקבל פירוש של ביטול מכללא אלא אם אין להימנע ממנו. כל פירוש הגיוני אחר המונע פירוש של ביטול מכללא יש להניח שהוא הולם יותר את כוונתו האמיתית של המחוקק."

עד כאן לשונו של Maxwell.

בא-כוח המבקשים העיר גם כן על שורה של פסקי-דין שמהן נובע שמיום פרסום תקנות ההגנה משנת 1945 השתמשו השלטונות בתקנה 114 משנת 1945 ולא בתקנה 48 לתקנות 1939, כי פסקי-הדין שהוא הזכיר דנים כולם בתקנה 114. לא צריך להרחיב את הדיבור על כך שבעובדה זו אין משום ביטול התקנה 48.

התשובה המכרעת לטענת בא-כוח המבקשים ניתנת ע"י תקנות ההגנה (שעת-חירום) משנת 1945 עצמן. תקנה 5 קובעת שאם לא נאמר אחרת בתקנות 1945 הוראותיהן והכוחות שהן נותנות יוסיפו על ההוראות שניתנו על-ידי חוקים אחרים ולא יגרעו מהן. ולא עוד אלא תקנה 7 מהתקנות משנת 1945 מונה ומפרטת את התקנות אשר תקפן יבוטל מיום שהתקנות משנת 1945 יכנסו לתקפן, ואין תקנה 7 מזכירה בין התקנות המבוטלות את תקנות ההגנה משנת 1939, לא כולן ולא מקצתן, אנו דוחים איפוא את טענת בא-כוח המבקשים שתקנה 48 לתקנות ההגנה, 1939, לא יכלה לשמש יסוד לצו-ההחרמה אשר ניתן על-ידי המשיב.

ואשר לטענה השלישית שהמינוי של המשיב כרשות מוסמכת לא נעשה כדין, אנו בדעה שאין לה יסוד. תקנה 3 לתקנות ההגנה, 1939, קובעת שהרשות המוסמכת יהיה אדם אשר יתמנה על-ידי הנציב בכתב. בהודעה בדבר סמכויות השרים לפי פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, עיתון רשמי מס' 5, ע' 24, הודע ברבים כי הממשלה הזמנית החליטה להעניק את הסמכות הניתנת לנציב העליון כדלקמן : לפי תקנות ההגנה, 1939 - לשר-הבטחון. לפי תקנות ההגנה, 1939, תקנה 3, לשר-האוצר, החקלאות, מסחר- ותעשייה, עבודה-ובינוי, תחבורה.

בא-כוח המבקשים רוצה ללמוד מזה שגם במקרה של מינוי לפי תקנה 3 (מינוי רשות מוסמכת) צריך שר-הבטחון להצטרף לאחד השרים הנ"ל. אנו בדעה שטענה זו מחוסרת כל יסוד. הכוונה האמיתית היא ברורה ; בדרך כלל צריך בתוך תקנות ההגנה לקרוא בכל תקנה במקום "הנציב העליון" - "שר-הבטחון" מלבד במקרה של תקנה 3 הנ"ל ששם צריך לקרוא גם

"שר-האוצר, החקלאות, מסחר-ותעשיה, עבודה-ובינוי, תחבורה".

המינוי במקרה הנדון נעשה על-ידי שר-העבודה-והבינוי בכתב ביום 3 בספטמבר 1946. העתק מכתב-מינוי זה מצורף להצהרה בשבועה של המשיב.

עוד טוען בנקודה זו בא-כוח המבקשים שלמינוי אין תוקף היות והוא לא נתפרסם בעתון הרשמי והוא רוצה ללמוד את הצורך בפרסום מסעיף 20 של פקודת הפירושים הקובע :

"כל תקנות שיש להן מהות מחוקקת תפורסמנה בעתון ותקבלנה תוקף ותתחלנה לפעול כחוק בתאריך אותו פרסום, אלא אם-כן נקבעה הוראה אחרת בענין זה."

בא-כוח המבקשים הפנה אותנו גם להגדרה של "תקנות" (regulations) בסעיף 2 לאותה הפקודה.

הוא טען שלמינוי רשות מוסמכת להחרמת קרקע יש מהות מחוקקת.

התשובה לנקודה זו היא כפולה :

(א) תקנות ההגנה (תיקון מס' 4) משנת 1945 - קובעות במפורש שסעיף 20 של פקודת הפירושים אינו חל לגבי תקנות ההגנה.

(ב) תקנה 3 של תקנות ההגנה מכילה הוראה מיוחדת בדבר צורת המינוי והיא מינוי על-ידי הנציב העליון בכתב מבלי להזכיר שום צורך בפרסום. העובדה שבא-כוח המבקשים הזכיר שלפעמים פורסמו בעתון הרשמי מינויים כאלה בזמן האחרון אינה משנה את המצב החוקי. אין לנו איפוא שום ספק שהמינוי של מר יהושע גוברניק כרשות מוסמכת לצרכי תקנה 48 נעשה כדין.

סיכומו של דבר : לתקנות ההגנה משנת 1939 בכלל היה תוקף קונסטיטוציוני בארץ- ישראל ויש להן תוקף קונסטיטוציוני במדינת ישראל עד היום. לתקנה 48 בפרט יש תוקף עד היום, המשיב שהשתמש בכוח תקנה 48 היה רשות מוסמכת, נשארה איפוא להחלטתנו הטענה הרביעית של בא-כוח המבקשים שהמשיב השתמש בכוח הזה לא בתום- לב כי אם בשרירות, בעקשות ובלי להתחשב עם כללי ההגיון והצדק.

בגשתנו לטענה הרביעית הזאת עלינו לפרט יותר את העובדות במקרה זה :

הדירה הנדונה הוחרמה לטובת היועץ המשפטי לממשלת ישראל, שהוא נשוי ואב לשלושה ילדים. הדירה נמצאת בבית לא רחוק מהקריה. זאת היא דירה בת ארבעה חדרים, אולם-כניסה וחדרי-שימוש. מר ליון, שנזכר בבקשה המקורית כמבקש ראשון והגר כיום בדירה, שכר בהתחלת שנת 1947 מאת בעל-הבית את הדירה הנדונה ונכנס לדור בה יחד עם

משפחתו, לפי הצהרת מר קליימן הנמצאת לפנינו הודיע לו מר ליון ביולי 1948 שהוא עומד לעזוב את דירתו ושמר קליימן, בעל-הבית, יכול להשכיר למי שירצה. למעשה, כמו שהזכרנו בפתח פסק-דין זה, אין מר ליון מופיע כלל וכלל כמבקש במשפט הזה. ד"ר בוריס תמשס, שהצטרף לאחר מתן הצו-על-תנאי למשפט זה, עשה בשלושה בספטמבר 1948, חוזה-שכירות על הדירה הנדונה על-ידי בא-כוחו עם מר קליימן בעל-הבית. ד"ר תמשס הוא רופא מקהיר שברח לצרפת בגלל המאורעות המדיניים האחרונים במצרים; בשעת הגשת המשפט הזה היה נמצא בפריס ועמד כבר אז להגיע ארצה עם משפחתו. לפי החוזה הנזכר צריך היה בעל-הבית למסור את הדירה הנדונה לד"ר תמשס לא יאוחר מאשר ב-25 בספטמבר 1948.

בינתיים הגיע ד"ר תמשס ב--23 בספטמבר 1948 ארצה עם משפחתו, אשה ושלושה ילדים. הוא יליד הארץ, למד רפואה בחוץ-לארץ, עבד אחר-כך כרופא בקהיר, בשנים 1936-1940 היה בארץ, אחר-כך ירד שוב מצרימה והמשיך לעבוד שם במקצוע, עכשיו הוא רוצה להשתקע בארץ ולעבוד כרופא.

אין לפנינו, איפוא, מקרה שהרשות המוסמכת עומדת להוציא דייר על-מנת להכניס אחר, כי אם הדייר הנוכחי עומד להעתיק את מושבו לחיפה והוצעה לו דירתו של מר יעקב ש. שפירא בחיפה. המבקשים לפנינו הם, איפוא, בעל-הבית ודייר חדש הרוצה להיכנס לדירה, הקובלים על כך שהרשות המוסמכת החרימה את הדירה בשביל היועץ המשפטי.

הטענות של המבקש בנקודה הרביעית הזאת הן מרובות מאד. הוא בעצמו מנה שתי-עשרה נקודות כשטען לפנינו, לא נפנה אל המנין כי אם נביט לענין.

בא-כוח המבקשים יודע יפה, שלפי היודיקטורה הקבועה בימי המנדט סירב בית-המשפט הגבוה לצדק להתערב בשיקול-דעתה של הרשות המוסמכת, ואם ביהמ"ש מצא שהרשות המוסמכת עשתה את ההחרמה בתוך ד, האמות של ההלכה, לא בא בית-המשפט לשקול מצדו אם נכון היה לעשות את ההחרמה, הובעה הדעה שבית-המשפט יכול להתערב בענין אך ורק במקרה שהוכח כי ההחרמה נעשתה בזדון או בניגוד לכללי ההגיון והצדק. בא-כוח המבקשים טען לפנינו, שאין אנו קשורים למסורת של פסקי-הדין האלה מימי המנדט, כי אם להיפך - עלינו לנתק את המוסרות.

בא-כוח המבקשים אמר שהמשיב לא השתמש בשיקול-דעתו בתום-לב כי אם פעל בשירות ובניגוד לכללי ההגיון והצדק. הוא דיבר על קנוניה בין המשיב ובין מר שפירא, מפני שמר שפירא פנה בסוף אוגוסט אל מר גוברניק בדבר החרמת דירה בשבילו, ומר גוברניק לא פנה אל משרד-הפנים שאליו הוא משתייך, כי אם למשרד-המשפטים, וכעבור ימים אחדים, בשלושה בספטמבר, קיבל את המינוי כרשות מוסמכת משרד-העבודה-והבינוי.

בעינינו אין דבר זה נראה כקנוניה כלל וכלל. טבעי הדבר, שפקיד הזקוק לדירה ואיננו יכול למצוא אחרי מאמצים רבים - ואנחנו שמענו שמר שפירא יושב מהתחלת חודש יולי בחדר אחד של מלון "גת רמון" ולא היה יכול להעביר את משפחתו, את אשתו ושלושת ילדיו מחיפה לתל-אביב - טבעי הוא שפקיד כזה הולך בדרך החוקית ופונה לממשלתו כדי להשיג את המבוקש.

בא-כוח המבקש גם ביקר חריפות את מר גוברניק על שהקדים לצו-ההחרמה מיום 6 בספטמבר מכתב ביום 5 בספטמבר

שבו הודיע למר ליון שדירתו עומדת להיות מוחרמת לצרכי הממשלה וביקש ממנו שלא להשכיר את הדירה ושלא להעבירה לרשות אחרת בלי אישורו. מכתב זה אינו מעלה ואינו מוריד בענין זה, ולא כדאי להתעכב עליו. מר גוברניק העיד, כשנחקר על הצהרתו בשבועה על-ידי בא-כוח המבקש, שהציע למר ליון סכום ידוע כדי להקל עליו בהעברת דירתו מתל-אביב לחיפה ושחשב לקבל את הסכום הזה ממר שפירא. בא-כוח המבקש ניסה לטעון לפנינו, שמר גוברניק עשה בזה מעשה פלילי בניגוד לסעיף 109א מהחוק הפלילי. אנו יכולים לומר על כך רק שזוהי טענה ריקנית.

עוד טען לפנינו בא-כוח המבקש, שמר גוברניק השתמש בטופס ישן אנגלי ושהטופס היה ערוך לפי תקנה 114 לתקנות 1945 ושהעתיק את לשון הטופס לפי השגרה ומתוך קלות דעת.

אם אנו רוצים להבין את טענתו של בא-כוח המבקש כך שניסוח צו-ההחרמה מראה שהמשיב לא הפנה את תשומת לבו לנקודות המהותיות וזה מראה שלא השתמש בשיקול-דעתו לפי כללי הצדק וההגיון - איננו יכולים לקבל את הדעת הזאת. כבר הוחלט באנגליה במשפט *Carlitona Ltd. v. Commissioners of works and ors.*, (1943), All E.R. 560, שאין להודעת-ההחרמה כוח קונסטיטוטיבי. במקרה הנדון שם, שהיה גם כן מקרה של החרמה לפי סעיף 51 (1) של תקנות-ההגנה הכלליות באנגליה, שהיא מקבילה לתקנה 48 שלנו, לא נקטה הרשות המוסמכת בהודעה על החרמה את לשון הסעיף, כי אם אמרה שנחוץ היה לקנות אחיזה בבנינים ידועים "לטובת הלאום". טענו שם שההודעה בטלה מפני שהזכירה טעם להחרמה שאינו נזכר בתקנה. התקנה מדברת על בטחון הציבור, על הגנת המדינה או על הנהלה יעילה של המלחמה או על קיום אספקה ושירותים חיוניים לטובת הציבור, בעוד שההודעה אומרת שההחרמה נעשתה מפני שהיתה נחוצה לטובת הלאום. על זה מעיר הלורד גרין (Lord Greene) שם, ב-ע' 562 :

"... כדי להשתמש בכוח-ההחרמה שניתן על-ידי התקנה הנדונה, אין צורך בהודעה כלל, ולאמיתו של דבר השאלה אם נוסח ההודעה הוא טוב או רע, אינה מתעוררת כלל. מתן ההודעה אינו תנאי קודם לשימוש בכוחות ולכן צריך לראות במסמך לא יותר מהודעה - אשר הממונים לא היו מחוייבים לתתה, - שהשתמשו בכוחות שניתנו להם, ההודעה היא הוכחה לכוננתו של הכותב ולכוננת אלה שבשם כתב, ולכן מותר בהחלט לטעון שההודעה מראה לכאורה שהאנשים אשר כיוונו את לבם לשאלה, כיוונו אותו לשאלה אם הפעולה היתה "לטובת הלאום ולא לענינים המפורטים בתקנה; אבל ההודעה אינה יותר מהוכחה לכך, וכאשר עוזר המזכיר למיניסטרונין העבודה העיד, נתברר בעליל שהשתמש בנוסח הזה לשם קיצור- לשון הכולל את הענינים השונים הנזכרים בתקנה הנדונה שעל יסודם ההחרמה היתה מוצדקת , ולכן אין ממש בטענה הזאת."

בדברים אלה של השופט לורד גרין יש למצוא את התשובה לטענת באי-כוח המבקש במשפט שלפנינו. מר גוברניק העיד לפנינו בכנות שנכון הדבר שהיה יכול למחוק מתוך צו-ההחרמה את המלים "לטובת שלומו של הציבור, ההגנה של המדינה" והיה יכול להסתפק במלים "לטובת קיומם של השירותים החיוניים לכלל" ואולי גם "לקיומו של הסדר הציבורי". אנו דוחים, איפוא, בהחלט כל טענה הלקוחה מתוך ניסוח ההודעה הנקראת "צו-ההחרמה".

בא-כוח המבקשים הוסיף וטען, שהוא אמנם מעריך מאד את עבודתו של מר יעקב שפירא, היועץ המשפטי לממשלת ישראל, אבל איננו מכיר בכך שעל עבודה, זו חלה תקנה 48. הוא ניסה לטעון לפנינו שאת המלים "קיום השירותים החיוניים לכלל" צריך לקרוא בקשר אמיץ למלים הקודמות "בטחון הציבור, הגנה והנהלה יעילה של המלחמה". הוא ביקש

מאתנו לפרש את התקנה לפי המידה *ejusdem generis*, כעין הפרט.

התשובה הפשוטה היא שפקודת הפירושים בסעיף 4 קובעת היפוכו של דבר, שאין לפרש בדרך כלל את המלה "או" לפי המידה כעין הפרט, ולכן אין לנו ספק שעבודת היועץ המשפטי יכולה להיכלל במונח שירות חיוני לכלל, במובן תקנה 48.

אין אנו יכולים להסכים לדעת בא-כוח המבקשים שאפשר לפי תקנה זו להחרים דירה רק לצרכי מחלקה ממשלתית, במקרה הנדון למחלקה של משרד-המשפטים, אבל לא לצרכי דירה פרטית בשביל היועץ המשפטי. אין אנו מתעלמים מזה שהחרמת דירה על-ידי הוצאת הדייר היושב בה (מה שאינו כך במקרה שלפנינו) הוא דבר אכזרי וחמור ביותר ועל הרשות המוסמכת לשקול יפה את המעשה ולחזור ולשקול לפני שהיא משתמשת בכוחה. אולם בא-כוח המבקשים מתעלם מן העובדה כי שיקול-הדעת בענין החרמת הדירה ניתן, לפי תקנה 48, לרשות המוסמכת ולא למישהו אחר, התנאי הנזכר בתקנה 48 הוא "אם נראה לרשות המוסמכת" ולא סתם "אם נראה". לו היינו מקבלים את טענת בא-כוח המבקשים היינו צריכים להחליט שנראה לנו, כי החרמת דירה זו אינה דרושה לקיום השירותים החיוניים לכלל. אולם על-ידי כך היינו עושים דבר. בניגוד לחוק שבית- המשפט כפוף לו ואשר שינויו, אם הוא רצוי, הריהו ענין למחוקק.

הטענה הזאת של בא-כוח המבקשים באה כנראה רק כדי להראות שהחלטת הרשות המוסמכת במקרה הנדון היתה מחוסרת כל הגיון, כך שאין כלל להניח כי הרשות המוסמכת שקלה את דעתה בנדון זה - מקרה שהיה ניתן לבית-המשפט הזה אפשרות להתערב. דעת הרשות המוסמכת היתה, כי פקיד כדי שיוכל למלא את תפקידו במדינה זקוק לדירה פרטית ושאי-אפשר להפריד לזמן ארוך בינו ובין משפחתו ושהמצאת דירה פרטית בשביל ושבלעדיה עלול שירותו במדינה להיפסק, הנו דבר הנחוץ לקיום השירותים החיוניים לציבור. אי-אפשר לומר על דעה כזו כי היא מחוסרת כל הגיון, גם אם ימצאו אנשים שדעתם שונה.

עוד קובל בא-כוח המבקשים על כך שהמשיב החרים את הדירה אף-על-פי שידע שהיא היתה מושכרת לד"ר תמסס הנ"ל. גם טענה זו איננה מתקבלת על הדעת. אם יש לרשות המוסמכת כוח להחרים דירה תפוסה על-ידי דייר, על אחת כמה וכמה יש לה סמכות להחרים דירה מבלי לפגוע בדייר שהיה עד עכשיו בדירה. במקרה הנדון עומד הדייר הנוכחי לעבור לדירה אחרת. הוא אינו סובל מן ההחרמה. סבל נגרם רק לדייר החדש הרוצה להיכנס. זהו הבדל בולט לעומת רוב המקרים של החרמות, שבהם הרשות המוסמכת צריכה לפגוע בזכויות דייר היושב בתוך דירתו. ולכן אין המקרה הנדון דוקא מתאים להפוך את הקערה על פיה ולשנות את היודיקטורה הקבועה בשאלה זו.

בא-כוח המבקשים טען וחזר וטען שבשימוש בתקנה הזאת בימי ממשלת המנדט בא לידי ביטוי הרצון לדכא את הפרט, ובפרט הזכיר פסקי-דין בעניני החרמה שהיה להם כיוון פוליטי. אנו מסכימים לכך שבין פסקי-הדין שיצאו בזמן ממשלת המנדט בעניני החרמה היו בלי ספק גם כאלה שהפוליטיקה גברה בהם על ההגיון והשכל המשפטי. די להזכיר את פסק-דינו של בית-המשפט הגבוה לצדק 18/47, קאזאק נגד הממונה על מחוז חיפה, H.C. 18/47 Dinah Kazak v. The District Commissioner Haifa District (1947) [A.L.R. Vol. 1, p. 179] אבל היו גם כן פסקי-דין - ואין צורך למנותם - שלפי גוף העובדות לא היה שום מקום להכניס בהם אפילו שמץ של שיקולים פוליטיים לתוך הענין והם ניתנו לטובת הרשות המוסמכת שהחרימה ונגד הפרט. די להזכיר כאן את בג"צ 118/44, זאב פומס נגד מושל מחוז לוד וד"ר מרדכי

גלעדי (P.L.R. Vol 11, p. 574] H.C. 118/44 Poms v. District Commissioner Lydda District (1944)), שגופי עובדותיו דומים מאד למקרה הנדון. בתי-הדין בארץ-ישראל הלכו בדון זה בעקבות פסקי-הדין האנגליים שניתנו באותה מסכתה של החרמות לפי תקנות ההגנה. פסקי-דין אנגליים אלה על-כל-פנים נקיים מכל חשד שהם היו מושפעים על-ידי כוונות פוליטיות. במקום לצטט ולהביא פסקי-דין רבים שהוצאו בארץ-ישראל רוצים אנו להביא כאן את דברי לורד גרין מתוך אותו פסק-דין במשפט קרלטונה, הנ"ל. לורד גרין אומר שם, ב-ע' 563 :

"הטענה האחרונה היתה שהמסיבות היו כך שלו הרשות המוסמכת שהחרימה היתה מכוונת את דעתה להן, לא היתה יכולה לבוא לידי המסקנה שהגיעה אליה. הטענה הזאת היא, אם אין טוענים זדון, טענה שאין לטעון אותה בבית-המשפט הזה. הוחלט בצורה כל כך ברורה, שאם תקנה ממין זה מוסרת לרשות אכסוקטיבית את ההחלטה על כך מה נחוץ ומועיל, והרשות מחליטה, הרי אין זה בסמכות של בתי-הדין לחקור את הנימוקים או לחקור אם ההחלטה היתה הגיונית, אם אין טוענים כוונה זדונית. לולא זה היה כך, הרי פירושו של דבר שבתי-הדין ייעשו אחראים לממשל האכסוקטיבי של הארץ בשאלות החשובות האלה.

הפרלמנט, אשר אישר את התקנה הזאת, מסר לאכסוקטיבה את שיקול-הדעת להחליט ובשיקול-דעת זה, אם הוא נעשה בתום-לב, אין בית-הדין יכול להתערב. כל מה שבית-הדין יכול לעשות זהו להשגיח על כך שהכוח שבו משתמשים הוא כוח שנכנס לתוך ד' האמות של הכוחות שניתנו על-ידי החקיקה ולדאוג לכך שישתמשו בכוחות האלה בתום-לב. מלבד זה אין לבתי-הדין הכוח לחקור אם המעשה מתקבל על הדעת ולפי איזו שיטה, איזה הגיון או איזו נקודת מבט, הלך השלטון בביצוע מעשה כזה."

בדברים אלה של לורד גרין, ניתנת גם כן התשובה לטענה המיוחדת של בא-כוח המבקשים שמצב השיכון בעיר תל-אביב וביפו לא הצריכו את ההחרמה הנדונה ואם רצו להחרים אפשר היה להחרים דירה בבית חדש העומד להיגמר. זהו בלי שום ספק דבר של שיטת-שיכון, שאלה של שיטה, שאין בית-המשפט הזה יכול להתערב בה. כמו-כן אין זה מתפקידנו לבדוק אם הרשות יכלה ללכת בדרך של billeting, היינו, שיכון לפי תקנה 72 לתקנות 1939. סיכומו של דבר : לא הוכח לפנינו שום שמץ של mala fides או שרירות מצד הרשות המוסמכת ולכן אנו דוחים גם את הטענה הרביעית.

בסיכומו של פסק-דינו רוצים אנו עוד להעיר שאף-על-פי שהגענו למסקנה הנ"ל בטענה הרביעית של בא-כוח המבקשים, היה הכרח להיכנס בפרוטרוט לתוך שלוש טענותיו הראשונות כי בהן היתה מכרעת שאלה חוקית בלבד, ולו היו המבקשים צודקים באחת משלוש הטענות הראשונות היו זוכים בדין, כי במקרה כזה בעל-הבית היה יכול לדרוש לעשות את הצו לצו החלטי בלי שים לב לגוף העובדות המיוחד והיה יכול למחות נגד כל התערבות ברכושו.

הואיל ודחינו את שלוש הטענות הראשונות שאפיון הוא חוקי וגם את הטענה הרביעית אשר דרשה מאתנו הערכת גוף העובדות, הננו מחליטים לבטל את הצו-על-תנאי.

הואיל ונתעוררו במשפט. זה בפעם הראשונה אחרי הקמת מדינת ישראל שאלות משפטיות שיש להן חשיבות כללית בשביל הציבור, אין אנו מטילים על המבקשים לשלם הוצאות המשפט.

ניתן היום, ט"ז בתשרי תש"ט (19.10.1948).

פורסם OCR עליון

//