

חוות דעת מומחה

בעניין איסור העברה כפויה בכפר סוסיא

אני הח"מ נתבקשתי על ידי שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם לתת חוות דעת מומחה בעניין חוקיות ההוצאה לפועל של צווי הריסה של מבני הכפר סוסיא עקב התוצאות האסורות שלו, דהיינו ההעברה הכפויה הצפויה של האוכלוסייה האזרחית. חוות דעת זו מבוססת על הוראות המשפט הבינלאומי. אני נותן חוות דעת זו ללא תמורה.

רקע

כרקע לחוות דעתי, אציין את עיקרי העובדות הנוגעות לעניין כפי שנמסרו לי: בשנת 1986 גורשו תושבי סוסיא מאדמותיהם הפרטיות שבסוסיא העתיקה לאחר שאלו הופקעו ל"צרכי ציבור", מבלי שהוצע להם מקום מגורים חלופי. הם התישבו על אדמותיהם במרחק של כ-500 מטרים מכפרם. בשנת 1991 הם פונו גם משם ובדיעבד נטען כי הפינוי נעשה עקב אכיפת דיני תכנון ובניה. בעקבות זאת הם התיישבו על אדמותיהם החקלאיות, שהן עד היום מקום מושבם. ב-2001 נהרסו כל בתיהם בפעם השלישית וגם ביחס לפינוי זה נטען בדיעבד כי נעשה עקב אכיפת דיני תכנון ובניה. התושבים ניסו במשך השנים להסדיר את היתרי הבניה בשטח כפרם באמצעות בקשות להיתרי בניה ועוד. ביום 12 ביוני 2012 חולקו הודעות על הזכות להגיש השגה לפני ביצוע הריסה ל-70 מבנים בכפר הכוללים 24 מבני מגורים, 21 מבנים המשמשים כדירים לצאן ולולים לתרנגולות, 5 מבנים השייכים ל-2 מערכות חשמל סולאריות, 5 טאבוניס המשמשים כתנורי אפיה למשפחות שלמות, 6 מבני שירותים, 3 מחסנים, מרפאה אחת, מרכז תרבותי אחד, מכולת אחת, מחבצה אחת, ו-2 בורות מים. אם יהרסו מבנים אלה יישארו בכפר כ-20 מבנים המהווים כ-20% אחוזים מבתי הכפר כיום (שגם הם נמצאים בסכנת הריסה). כך שמשמעות ההריסה תהיה מחיקה בפועל של כפר שלם על בתי המגורים שלו, המוסדות הציבוריים שלו, המתקנים הנחוצים להישרדותו במקום, ומקורות הפרנסה של תושביו. כפי שכבר קרה בעבר, הריסת מבני הכפר תחייב את תושביו לנדוד ברחבי האזור עד למציאת מקומות יישוב ומקורות פרנסה חלופיים. הפעם קיים ספק רב אם אכן יצליחו בכך, כיוון שלא נותר להם שטח אדמה בבעלותם בו הם רשאים לנטות את אוהליהם ולבנות מחדש את בתיהם.

ההיבטים המשפטיים

1. האזור בו נמצאים תושבי הכפר סוסיא הוא אזור הנתון לתפיסה לוחמתית עליו חלים כללי המשפט הבינלאומי שעניינם תפיסה לוחמתית ובכללם תקנות האג משנת 1907 (להלן – תקנות האג), אמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה משנת 1949 (להלן אמנת ז'נבה), והפרוטוקול המשלים הראשון לאמנות ז'נבה משנת 1977 (להלן – הפרוטוקול). ישראל אינה צד לתקנות האג, אך אלה מוכרות כמשפט מנהגי ולכן מחייבות את ישראל וחלות גם במשפט הפנימי. ישראל צד לאמנת ז'נבה. סעיף 49 לאמנת ז'נבה בה תתמקד חוות דעתי מקובל בקרב מדינות ובפסיקה הבינלאומית כמשקף משפט מנהגי ולכן חל גם במשפט הישראלי הפנימי. ישראל אינה צד לפרוטוקול אך ההוראות בהן תדון חוות דעתי מקובלות כמשקפות משפט מנהגי ולכן אף הן חלות במשפט הישראלי.

לפירוט ההתנהגות העקבית של המדינות ופסיקות בתי המשפט הלאומיים והבינלאומיים ראו International Committee of the Red Cross (ICRC), Practice Relating to Rule 129. The Act of Displacement http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule129

א. כללי

1. סעיף 1(49) לאמנת ז'נבה קובע:

"העברה בכפיה של מוגנים, יחידים או המונים, וכן גירושם של מוגנים, משטח נכבש לשטחה של המעצמה הכובשת או לשטחה של כל ארץ אחרת, - בין שטח נכבש ובין שטח בלתי נכבש - אסורים, ויהי המניע מה שיהיה".

מדובר כאמור בסעיף מנהגי המחייב את המשיבים ואשר גובר על הוראות המפקד הצבאי במקרה של התנגשות.

לא רק שהאיסור עצמו הוא מנהגי, אלא שהסנקציה להפרתו, שהיא סנקציה עונשית, גם היא מנהגית. הפרה של סעיף 1(49) מהווה הפרה חמורה של אמנת ז'נבה (כפי שמצויין בסעיף 147 לאמנת ז'נבה) שמשמעה "פשע מלחמה", וחוקת בית הדין הבינלאומי לפשעים (ה-International Criminal Court) (להלן – ICC) כוללת הפרה חמורה זו בין "פשעי המלחמה" שבתחום סמכותו של ה-ICC.

המשמעות היא שמי שמבצע בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית מעשה שתוצאתו הוא העברה או גרוש כפוי אחראי באופן אישי לביצוע פשע מלחמה.

על פי המסמך המגדיר את יסודות העבירה לצורך הפעלת סמכותו של ה-ICC, יסודות הפשע של העברה או גרוש כפוי של אנשים מוגנים כוללים:

1. The perpetrator deported or transferred one or more persons to another State or to another location.
2. Such person or persons were protected under one or more of the Geneva Conventions of 1949.
3. The perpetrator was aware of the factual circumstances that established that protected status.
4. The conduct took place in the context of and was associated with an international armed conflict.
5. The perpetrator was aware of factual circumstances that established the existence of an armed conflict.

Elements of Crime, Article 8 (2) (a) (vii)-1, War crime of unlawful deportation and transfer, available at <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/iccelementsofcrimes.html>

אין צורך שהאדם התכוון לגרום להעברה או לגרוש, מספיק שהיה מודע שזו תוצאה צפויה של מעשהו. סעיף 30 לחוקת ה ICC קובע:

1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.
2. For the purposes of this article, a person has intent where:
 - (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;
 - (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.
3. For the purposes of this article, "knowledge" means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly.

2. סעיף 149(1) לאמנה מתייחס לכל העברה של אוכלוסייה מוגנת ממקום הימצאה, בין אם מדובר על העברה ("transfer") בתוך השטח הכבוש, בין אם להעברה אל מחוצה לו ("deportation"). כך עולה במפורש מדברי ההכנה (travaux preparatoire) של אמנת ז'נבה.

ראו Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol IIa (1949) עמ' 827 :

[T]he Committee have [sic] decided on a wording which prohibits individual or mass forcible removals as well as deportations of protected persons from occupied territory to any other country

על העדר החשיבות של ההבחנה בין העברה בתוך השטח המוחזק לגירוש מעבר לגבולות השטח עמד בית הדין הפלילי בעניין יוגוסלביה (ICTY), באמרו :

521. Both deportation and forcible transfer relate to the involuntary and unlawful evacuation of individuals from the territory in which they reside. Yet, the two are not synonymous in customary international law. Deportation presumes transfer beyond State borders, whereas forcible transfer relates to displacements within a State.

522. However, this distinction has no bearing on the condemnation of such practices in international humanitarian law. Article 2(g) of the Statute, Articles 49 and 147 of the Geneva Convention concerning the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention), Article 85(4)(a) of Additional Protocol I, Article 18 of the ILC Draft Code and Article 7(1)(d) of the Statute of the International Criminal Court all condemn deportation or forcible forcible transfer of protected persons. Article 17 of Protocol II likewise condemns the "displacement" of civilians.

523. In this regard, the Trial Chamber notes that any forced displacement is by definition a traumatic experience which involves abandoning one's home, losing property and being displaced under duress to another location.

ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstic, IT-98-33-T, Trial Chamber, Judgment, (2001) (footnotes omitted).

3. האיסור הוא מוחלט ואין לו חריגים מלבד אלה הכלולים בסעיף 49(2) שנועדו, בעת קיומם של קרבות באזור, להגן על המועברים עצמם, או לצרכים צבאיים הכרחיים, שגם הם מסוייגים בזמניות ההעברה ובזכות המועברים לחזרה מיד בסיום הקרבות באזור.

כפי שקובע הקומנטר של הצלב האדום :

The prohibition is absolute and allows of no exceptions

See ICRC commentary, available at

<http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/380-600056?OpenDocument>

משמעות האיסור המוחלט הוא שבמצב שאינו מצב של לחימה בפועל, שיקולים ואילוצים שאינם שיקולים שקשורים לבטחון האזרחים המוגנים המועברים, או צרכים צבאיים הכרחיים, לא יכולים לשמש בסיס ל"איזון" אל מול זכותם המוחלטת של האזרחים המוגנים להישאר במקומם.

המוחלטות של האיסור נובעת מההיסטוריה האפלה של מלחמת העולם השנייה, בה רווחו תופעות הגירוש מסיבות מגוונות. כפי שמזכיר הקומנטר של ה-ICRC:

These mass transfers took place for the greatest possible variety of reasons, mainly as a consequence of the formation of a forced labour service. The thought of the physical and mental suffering endured by these "displaced persons", among whom there were a great many women, children, old people and sick, can only lead to thankfulness for the prohibition embodied in this paragraph, which is intended to forbid such hateful practices for all time.

See ICRC commentary, available at

<http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/380-600056?OpenDocument>

4. את המונחים "העברה כפויה או גירוש" בסעיף 49 לאמנה יש לפרש בהרחבה, על מנת להגשים את תכלית האמנה, שהיא ההגנה על אנשים מוגנים ("Protected Persons") ולאור יכולתו של הצבא המחזיק להשתמש לרעה בנימוקים שונים ולנקוט דרכי עקיפין מגוונות באופן שגורם לאנשים המוגנים לעזוב את מקומם.

5. בהתאם לכך נקבע כי ההעברה היא "כפויה" גם כאשר היא אינה מלווה בהפעלת כוח פיזי ישיר על המוגנים במטרה להביא לעזיבתם. גם יצירת הנסיבות הגורמות בעקיפין לאנשים המוגנים לעזוב תחשב העברה אסורה.

על כך ראו את פסיקתו העקבית של ה-ICTY:

475. "Forced" is not to be interpreted in a restrictive manner, such as being limited to physical force. It may include the "threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power against such person or persons or another person, or by taking advantage of a coercive environment". The essential element is that the displacement be involuntary in nature, where the relevant persons had no real choice.

ICTY, PROSECUTOR v. MILORAD KRNOJELAC, Trial Chamber, Judgment, IT-97-25-T (2002) (footnotes omitted).

וכן :

519. Transfers motivated by an individual's own genuine wish to leave, are lawful. In determining whether a transfer is based on an individual's [sic] "own wish" the Chamber is assisted by Article 31 of the Geneva Convention IV. It provides for a general prohibition of physical and moral coercion covering pressure that is direct or indirect, obvious or hidden and further holds that this prohibition "applies in so far as the other provisions of the Convention do not implicitly or explicitly authorise a resort to coercion". The jurisprudence of the Tribunal also supports that the term 'forcible' should not be restricted to physical coercion. [...] The determination as to whether a transferred person had a "real choice" has to be made in the context of all relevant circumstances on a case by case basis. Forcible transfer is the movement of individuals under duress from where they reside to a place that is not of their choosing.

ICTY, PROSECUTOR v. Mladen NALETILIC and Vinko MARTINOVIC, IT-98-34-T, Trial Chamber, Judgment (2003) (footnotes omitted).

וגם :

281. The term "forced", when used in reference to the crime of deportation, is not to be limited to physical force but includes the threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power against such person or persons or another person, or by taking advantage of a coercive environment.

ICTY, Prosecutor v. Milomir Stakic, Case No. IT-97-24-T, Appeals Chamber, Judgment, (2006) (footnotes omitted).

במקרה אחר מזכיר בית הדין פעולות כגון פיטורים מעבודה, חיפושים בבתיים וניתוק הבתים ממים, חשמל וטלפון כחלק ממהלך של יצירת תנאי מחייה קשים עבור התושבים, שנועדו לגרום לאנשים לעזוב את ביתם, דבר העולה כדי העברה כפוייה האסורה כאמור לעיל :

ICTY, Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Case No. IT-00-39-T, Trial Chamber I, Judgment, (2006), para. 729

6. בנוסף להפרת הוראות סעיף 49(1) לאמנת ז'נבה, הריסת המבנים המתוכננת היא גם אסורה בפני עצמה. היא מנוגדת להוראה המינהגית הכלולה בסעיף 54 של הפרוטוקול האוסרת על הריסה או פגיעה במבנים הנחוצים להישרדות האוכלוסייה האזרחית המוגנת :

Article 54 - Protection of objects indispensable to the survival of the civilian population

1. Starvation of civilians as a method of warfare is prohibited.
2. It is prohibited to attack, destroy, remove or render useless objects indispensable to the survival of the civilian population, such as foodstuffs, agricultural areas for the production of foodstuffs, crops, livestock, drinking water installations and supplies and irrigation works, for the specific purpose of denying them for their sustenance value to the civilian population or to the adverse Party, whatever the motive, whether in order to starve out civilians, to cause them to move away, or for any other motive.

סעיף 54 הנ"ל מהווה מקרה פרטי לכלל הרחב האוסר הריסה של מבנים אזרחיים בשטח מוחזק, המעוגן בסעיף 53 לאמנת ז'נבה הרביעית:

Art. 53. Any destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons, or to the State, or to other public authorities, or to social or cooperative organizations, is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations.

ראו לעניין זה חוות דעתי בענין הריסה של מבנים הנחוצים להשרדות האוכלוסיה האזרחית המוגנת עקב העדר היתר בניה אשר הוגשה במסגרת בג"צ 5667/11 מועצת הכפר דיראת רפעה ואח' נ' שר הביטחון ואח' <http://rhr.org.il/heb/wp-content/uploads/eyal-ben-benishti.pdf> וכן חוות דעתם של ססולי ובוטרוש Expert Opinion on International Humanitarian Law Requiring of the Occupying Power to Transfer Back Planning Authority to Protected Persons Regarding Area C of the West Bank by Dr. Theo Boutruche and Prof. Marco Sassoli (להלן: "חו"ד ססולי"), אשר הוגשה במסגרת בג"צ 5667/11 מועצת הכפר דיראת רפעה ואח' נ' שר הביטחון ואח' <http://rhr.org.il/heb/wp-content/uploads/62394311-Expert-Opinion-FINAL-1-February-2011.pdf>.

7. הריסה של מתקנים הנחוצים להגנת האוכלוסיה ומבלי לספק לה הגנה חלופית מנוגדת לחובה הכללית המוטלת על המשיבים לדאוג לצרכי האוכלוסיה המוגנת על-פי ההוראות של סעיף 43 לתקנות האג וההוראות השונות של אמנת ז'נבה שעניינן הדאגה לבטחון ולרווחת התושבים המוגנים בשטח הנתון לתפישה לוחמתית. חובה זו נובעת גם ממשפט זכויות האדם, החל גם הוא בתפיסה לוחמתית.

ראו לעניין זה חוות דעתי שהוזכרה לעיל וכן בספרי --

Eyal Benvenisti, The International Law of Occupation 12-15 (2nd Ed., 2012).

ב. החלת הדין על עובדות המקרה

1. משמעות ההוצאה לפועל של צווי ההריסה נשוא חוות דעת זו היא "העברה" בפועל כמשמעותה בסעיף 149(1) לאמנת ז'נבה. אמנם אין מדובר הפעם בהעברה או גירוש תוך שימוש בכוח ישיר, אולם הסעיף הנ"ל אוסר "העברה" או "גירוש" הן במישרין הן בעקיפין, הן של יחידים הן של קבוצות תושבים מוגנים. העברה או גרוש בעקיפין מתבצעים במקרה זה על-ידי יצירת התנאים הפיזיים שמחייבים את האנשים המוגנים לעזוב את מקום הימצאם בניגוד לרצונם.

זה יהיה המצב בפועל לאחר מימוש צווי ההריסה: לאחר הריסת המבנים המתוכננת, לא תהיה כל דרך לשרוד בשטח הכפר ללא קורת גג ומתקנים אחרים שמבטיחים את יכולת הקיום והמחייה של התושבים. הריסה של כל המבנים בכפר היא העברה כפוייה בפועל של למעלה כ-200 אנשים, נשים וילדים.

2. ההעברה היא "כפוייה" במובן סעיף 149(1) הנ"ל מכיוון שמדובר בתושבי כפר שיושבים על אדמה השייכת להם. הם אינם מעוניינים לנטוש את אדמת כפרם וממילא אין להם לאן ללכת.

3. בנוסף להעברה העקיפה, הריסת המבנים בכפר כמתואר לעיל מהווה הריסה של מבנים החיוניים להשרדות התושבים של הכפר, האסורה אף היא, כאמור בסעיף 6 לעיל.

4. כמובן שההגיון מחייב שהאיסור על ההעברה או הגרוש לא יחול על פינוי ממקום שהמוגנים התיישבו בו מרצונם לאחר תחילת התפיסה הלוחמתית ובניגוד לחוק המקומי החל באיזור. זאת, כל עוד הליך הפינוי עצמו נעשה באופן חוקי על פי המשפט המקומי ובהתאם להוראות הדין הבינלאומי ההומניטרי ומשפט זכויות האדם. מצב זה לא מתקיים במקרה הנוכחי. בנוסף למתואר לעיל, יש לקחת בחשבון כי הפעלת דיני התכנון והבניה על ידי מוסדות התכנון של המנהל האזרחי בשטח סי בכלל ובמקרה הנוכחי בפרט נעשית תוך הפרת המשפט הבינלאומי ההומניטרי ומשפט זכויות האדם.

על כך ראו:

Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation* 214, 247 (2nd Ed., 2012):

Order No. 418 concerning Towns, Villages, and Building Planning Law from 1971 flattened the hierarchical system of the Jordanian building planning law and transferred the authorities of the district planning committees to the central planning council. The latter, manned by appointees of the military commander, among them Jewish settlers, would allow no formal input by the Palestinian inhabitants. This had adverse effects on the possibility of Palestinians obtaining building permits, and turned the permit system into a disciplinary tool of applicants or those many whose frustration with the system prompted them to build without a permit, granting or denying building permits according to the applicants' willingness to cooperate.

[...]

In principle, the standard practice of occupants should involve the occupied population as much as possible in the administration especially as the occupation lingers on. The long term occupant is required to provide for and pay ample attention to the input of the occupied community regarding the management of the latter's country.

(ר' גם חו"ד ססולי וחוות דעתי שהוזכרו בסעיף 6 לעיל).

5. על כן מסקנתי היא שמימוש צווי ההריסה משמעם בפועל הוצאת צו גרוש לתושבי הכפר. צעד זה יהווה הפרה של סעיף 149(1) של אמנת ז'נבה, ויטיל גם אחריות פלילית אישית על האחראים לו. הוא גם יהווה הפרה של הכלל האוסר הריסה או פגיעה במבנים הנחוצים להישרדות האוכלוסיה האזרחית המוגנת וכן הפרת החובה לדאוג לצרכי האוכלוסיה המוגנת ומשפט זכויות האדם החל באיזור כגון הזכות לחיי משפחה, לתנאי מחיה מינימליים הכוללת את הזכות לקורת גג נאותה.



פרופסור איל בננישתי