

חוות דעתו של פרופסור ויליאם שאבאס (William Schabas)

כותב חוות הדעת, המרצה באוניברסיטה הלאומית של אירלנד בגאלאווי, הוא מגדולי המומחים בעולם בתחומי הדין ההומניטארי הבינלאומי והדין הפלילי הבינלאומי. הוא כתב, בין היתר, את אחד משלושת הספרים המובילים בנושא בית-הדין הפלילי הבינלאומי (*Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001) ותוספת מאמרים לשני האחרים, וכן כתב את הערך "דין בינלאומי פלילי" עבור ה- *Encyclopaedia Britannica*. כתביו צוטטו בפסקי-דין של בתי-משפט ברחבי העולם, ובהם בית-הדין הפלילי הבינלאומי בעניין יוגוסלביה-לשעבר ובית-המשפט העליון של ארצות-הברית.

עיקרי הדברים

א. הגירוש המוצע כ"הפרה חמורה" של אמנת ג'נבה הרביעית:

1. בקהילייה הבינלאומית קימת הסכמה כמעט מקיר לקיר באשר לתחולתה של אמנת ג'נבה ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה מיום 12 באוגוסט 1949 (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית) על השטחים הכבושים בידי ישראל. הסכמה זו כוללת את ארצות-הברית.
2. "גירוש או העברה שלא בהיתר" של מוגנים תושבי שטחים כבושים מוגדרים כ"הפרות חמורות" של אמנת ג'נבה הרביעית.
3. הוועדה המכינה של בית-הדין הפלילי הבינלאומי, שישראל נטלה חלק פעיל בדיוניה, הגדירה את מרכיבי ה"הפרה החמורה" שב"גירוש או העברה שלא בהיתר" ככוללים גירוש או העברה "למיקום אחר" (another location) – לאו דווקא אל מחוץ לשטחים הכבושים.
4. המונח "שלא בהיתר" (unlawful) כולל גירוש הנעשה בלא הליך משפטי הוגן. הליך כזה אינו יכול להתקיים בגירוש מינהלי. הטענה כי הגירוש אינו צעד ענישתי אינה תקפה, בשל הקשרו הפלילי של צעד זה, הננקט כחלק ממאבק בפשע.
5. לא כל מעצר או העתקה של אזרחים הם בלתי חוקיים על-פי אמנת ג'נבה הרביעית - "מעצר" (internment) ו"ייחוד מגורים" (assigned residence) מותרים על-פי סעיף 41 לאמנה. עם זאת, אין לנקוט צעדים אלה אלא כלפי פרטים המהווים אישית (personally) סכנה למעצמה הכובשת. קשירת צעדים כאלה להשתייכותו המשפחתית של אדם המעורב בתקיפת ישראלים מדיפה ריח חריף של נקמה, והמשפט הבינלאומי אוסר באופן מוחלט כל נקמה נגד אזרחים.
6. מסקנתו של פרופסור שאבאס היא כי הגירוש המוצע מהווה "הפרה חמורה" כמשמעותה בסעיף 147 באמנת ג'נבה הרביעית, כמו גם בסעיף 8(2)(a) בחוקת בית-הדין הבינלאומי הפלילי [להלן: חוקת רומא]. לאור ההסכמה הכמעט-אוניברסאלית סביב אמנת ג'נבה הרביעית ושילוב ה"הפרות החמורות" הכלולות בה בחוקת בתי-הדין הפליליים הבינלאומיים, אין לפרופסור שאבאס ספק כי גירוש כזה מהווה פשע גם על-פי המשפט הבינלאומי המינהגי. והוא מוסיף: "אין חולק על גישה זו."

ב. הגירוש המוצע כפשע מלחמה:

1. המונח "פשע מלחמה" מתייחס לשורה ארוכה יותר של עבירות מ"הפרה חמורה", ואינו מוגבל לסכסוך בינלאומי.
2. בדיונים סביב ניסוח חוקת רומא, הביעה ישראל התנגדות להכללת האיסור על גירוש והעברה של חלקים מאוכלוסייתה האזרחית של המעצמה הכובשת לשטח שנכבש על ידה

(המצוי בסעיף 49 באמנת ג'נבה הרביעית) בסעיף 8(2)(b)(viii) של החוקה, וטענה כי אין הדבר מתיישב עם המשפט הבינלאומי המינהגי. אלא שבכך הכירה ישראל, מכללא, באופיים המינהגי של שאר האיסורים על גירוש או העברה בלתי חוקיים המצויים בסעיף זה.

3. סעיף 8(2)(b)(viii) בחוקת רומא מסתמך על סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית. אכן, לא כל הפרה של סעיף אחרון זה גוררת אחריות פלילית ולא כל איסור המצוי בו מהווה פשע על-פי המשפט הבינלאומי המינהגי. עם זאת, העובדה ש"גירוש שלא בהיתר" מוגדר כ"הפרה חמורה" מעידה ללא ספק כי הוא מהווה עבירה כבדת-משקל על דיני המלחמה ומנהגיה.
4. הפשע המוגדר בסיפא של סעיף 8(2)(b)(viii) בחוקת רומא, דהיינו "גירוש או העברה של כל האוכלוסייה של שטח כבוש או מקצתה בתוך השטח הכבוש או אל מחוץ לו" ("the deportation or transfer of all or parts of the population of the occupied territory within or outside this territory") הוא ללא ספק בעל אופי מינהגי. ישראל לא הביעה כל התנגדות להגדרת מעשה זה כ"פשע מלחמה" – ושום מדינה אחרת לא הביעה התנגדות לכך.
5. הגירוש שישראל מתכוונת להוציא לפועל עולה בקנה אחד עם מרכיבי פשע הגירוש שהוועדה המכינה של בית-הדין הפלילי הבינלאומי, שישראל נטלה חלק פעיל בדיוניה, הגדירה.
6. מסקנתו של פרופסור שאבאס היא כי הגירוש המוצע מהווה "פשע מלחמה".

ג. הגירוש המוצע כפשע נגד האנושות:

1. המונח "פשעים נגד אנושות" נטבע בדין הפלילי הבינלאומי על-מנת להבטיח כי דין זה יכסה גם פשעים שבוצעו לאו-דווקא בשטח כבוש, אך הוא מקיף גם פשעים המתבצעים בשטח כזה, ומכסה מגוון רחב יותר הן מ"הפרות חמורות" והן מ"פשעי מלחמה".
2. על-מנת להוציא מכלל המונח "פשעים נגד האנושות" מעשים בודדים או מקריים, נכללה בו הדרישה כי המעשה יהיה בהקשר של "התקפה נרחבת או שיטתית כנגד אוכלוסייה אזרחית כלשהי" ("widespread or systematic attack directed against any civilian population").
3. גירוש הנעשה בהקשר דלעיל מהווה פשע נגד האנושות על-פי סעיף 7(1)(d) בחוקת רומא, וסעיף 7(2)(d) קובע כי פשע בוצע, בין השאר, אם הגירוש לא ננקט מטעמים המותרים בדין הבינלאומי. הוועדה המכינה של בית-הדין הפלילי הבינלאומי חזרה על-כך כשהגדירה את מרכיבי הפשע. אלה כוללים, בנוסף ובין היתר, "גירוש של איש אחד או יותר" ("one or more persons").
4. הטעמים המותרים בדין הבינלאומי דומים לאלה שנידונו בהקשר של "הפרות חמורות" של אמנת ג'נבה הרביעית (ר' סעיף ב(3) לעיל), דבר השולל אפשרות שהגירוש המוצע יהיה מותר על-פי סעיף 7(1)(d) בחוקת רומא.
5. מסקנתו של פרופסור שאבאס היא כי, במידה שגירוש המוצע אכן יתבצע כחלק ממדיניות של מדינה או ממשלה המכוונת כלפי אוכלוסייה אזרחית ולא יהיה מעשה מקרי או בודד, הוא יהווה פשע נגד האנושות.