

MINISTRY FOR FOREIGN AFFAIRS  
JERUSALEM



משרד החוץ  
ירושלים

OFFICE OF THE DIRECTOR GENERAL

לשכת המנהל הכללי

ירושלים, י"ג באדר תשכ"ח  
13 במרץ 1968

אל : ד"ר י. הרצוג, מנכ"ל, משרד ראש הממשלה.

מאת: המנהל הכללי

הנני מחבד להמציא לך חוות-דעת היועץ

המשפטי שלנו העשוי לענין אח רזה"מ ואוחר.

בברכה  
גדעון רפאל



מזכר

אל : המנכ"ל  
מאת : היועץ המשפטי

אל :  
מאת :

הנדון: אמנת ג' נבה: פיצוץ בתים וגירושים

ביקשת את חוות-דעתי האם פיצוץ הבתים וגירושים לגדה המזרחית נוגדים את הוראות אמנת ג' נבה מס' 4 בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה.

הנחתי פחות דעתי זאת תהיה, איפוא, שאמנת ג' נבה מס' 4 חלה במלוא תוקפה, אם כי, כידוע לך, מדיניותנו היתה להתחמק מהודעות בדבר כפיפותנו לאמנה מס' 4, מסיבות שלא כאן המקום לפרטן. מדיניות זו של התחמקות מאמנה זו היתה לדעתי נכונה, אם כי לאחרונה גבר ועלה הלחץ עלינו בסענות שונות של הפרת האמנה.

פיצוץ הבתים

פיצוץ הבתים מתבטא על תקנה 119 מתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 הקובעת, בין היתר, כי אם השתמשו בבית לשם בצוץ עבירה בטחונות מסויימת יכול מפקד צבאי לצוות על החרמת הבית והריסתו. על פי נוהל זה אין צורך בהליכים משפטיים לפני בצוץ ההחלטת המפקד הצבאי. תקנה 119, ירושת השלטון המנדטורי, נשארה בתוקף ברצועת עזה, יהודה ושומרון, ובישראל, והיות והיא בתוקף בישראל הרי היא חלה גם בירושלים המזרחית. שלטונות צה"ל בכל האזורים המוחזקים ציוו כי המשפט הקיים יעמוד בתוקפו, בכפוף לסייגים מסויימים וכך נשארה בתוקף בשטחים המוחזקים גם התקנה 119. אך, אם כי התקנה היתה בתוקף מבחינה פורמלית בירדן, הרי נמסר לי כי לא ידוע לפרקליטות הצבאית הראשית כי תקנה זו הופעלה למעשה. ברור שעובדה זאת מחלישה את הטיעון המסתמך על תקנה 119.

הפרקליטות הצבאית הראשית מסבירה את פיצוץ הבתים כדלקמן:

פיצוץ בית היא דרך ענישה לפי הדין המקומי, שהיתה בתוקף בשטחים הללו לפני בוא כוחות צה"ל אליהם ואשר סמכות הפעלתה עברה למפקד כוחות צה"ל, עפ"י כללי המשפט הבינלאומי. במלים אחרות, לא מדובר כאן על מעשה תגמול צבאי והמופעל על-ידי כח צבאי בתוקף מעמדו זה ולא עונש קולקטיבי, אלא על עונש אישי לפי החוק המקומי, כרוחו, המופעל ע"י הרשויות האדמיניסטרטיביות הבאות בנעלי השלטון הקודם שהפעיל סמכויות אלה לפני הכיבוש.

דומני שקור ההסברה של הפרקליטות הצבאית הראשית כנ"ל יש לו ערך הסברתי והוא מקל אולי על המעמסה המדינית של פיצוץ הבתים, אך לדעתי אין הוא משכנע מהבחינה המשפטית.



מוכר

אל :

מאת :

אל :

מאת :

- 2 -

נכון אומנם שהמשפט הבינלאומי קובע ככלל כי שלטון הכיבוש חייב לקיים את המשפט המקומי. אך כלל זה איננו מוחלט. עפ"י סעיף 43 לתקנות האג בדבר המלחמה על היבשה משנת 1907 כלל הכיבוש של הדין המקומי איננו חל כאשר הכובש הוא absolutely prevented מלכבוש. ספרות המשפט הבינלאומי מציינת כי הסייג חל כאשר החוק המקומי נוגד עקרונות הומניים מסויימים, וידוע כי מעצמות הכבוש בגרמניה בסלו תחיקה באצית רחבה. אך ברור עוד יותר סעיף 64 לאמנת ג'נבה מס' 4, הקובע כי בעוד שהמדינה הכובשת חייבת להשאיר בתוקף את החוקים הפליליים בשטח הכבוש, הרי שיש גם סייגים לכלל זה, ובפרט כאשר החוק הפלילי המקומי מהווה

"obstacle to the application of the present Convention".

"The Modern Law of Land Warfare"

Greespan בספרו

אומר כי

"Article 64 gives an occupant authority to do away with institutions, fundamental or not, in the occupied territory which conflict with the operation of such principles".

אך מרחיק לכת הפירוש הרשמי שהוצא ע"י הצלב האדום לאמנת ג'נבה מס' 4, פירוש הידוע כפירוש ג'אן פיקסה. פירוש זה קובע ביחס לסייג האמור בסעיף 64 כי

"when penal legislation of the occupied territory conflicts with the provisions of the Convention, the Convention must prevail".

במלים אחרות, אין זה מסודר לשיקול דעתו של הכובש האם להפעיל את אמנת ג'נבה או את החוק המקומי הסותר את אמנת ג'נבה, אלא עליו להפעיל את אמנת ג'נבה בלבד.

הפירוש הנ"ל הוא לדעתי נכון והוא מבטא אחת המוסכמות במשפט הבינלאומי הפומבי והיא עליונותם של עקרונות המשפט הבינלאומי הפומבי כאשר קיימת סתירה ביניהם לבין כללי המשפט הפנימי.

השאלה שלפנינו היא, איפוא, היש סתירה ברורה בין תקנה 119 לבין הוראות אמנת ג'נבה. לדעתי סתירה כזאת אומנם קיימת.



מזכר

אל :  
מאת :

אל :  
מאת :

- 3 -

הסתירה העיקרית היא עם כלל ספציפי וברור אשר נקבע בסעיף 53 לאמנת ג'נבה כדלקמן:

"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 co-operative organizations, is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations".

היות והסייג של הכרח הפעולות הצבאיות איננו חל, הרי פיצוץ הבתים אסור עפ"י הסעיף הזה. הדבר אסור בפיצוץ הן עפ"י הוראה שיפוטית והן עפ"י הוראה מינהלית. ה-Lex specialis שבסעיף 53 מטפיק כדי להגיע למסקנה ברורה לשאלה שעמדה לפנינו. אגב, סעיף (g) 23 מתקנות האג, המשקפות את המשפט הבינלאומי המינהלי, קובע בדומה לכך כי אסור

"to destroy or seize the enemy's property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war".

על כך ניתן להוסיף, מבלי להרבות בפרטים, כי אפשר לבקר את פיצוץ הבתים גם מזווית אחרת, וזאת הזווית של סעיף 33 של אמנת ג'נבה, הקובע כי

"No protected persons may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited ...

Reprisals against protected persons and their property are prohibited".

לטענותינו כי המדובר בעונש אישי ולא קולקטיבי עפ"י המשפט המקומי שהיה בתוקף לפני הכבוש, יוכלו מתנגדינו להשיב בטענה הכבדה כי הוראות המפקד הצבאי ניתנו ללא משפט שיערך בהתאם לכללי הנוהל המשפטי הפלילי החקין הנקבע בסעיפים מפורטים של אמנת ג'נבה.



מזכר

אל :  
מאת :

אל :  
מאת :

- 4 -

אנב, הצלב האדום פנה בזמנו באגרת למשרד החוץ, ועמד על אי-חוקיות הפיצוצים עפ"י סעיפים 33 ו-53 לאמנת ג'נבה. הצלב האדום אף איים כי יאלץ לפרסם את מחאתו בנדון.

ועתה מלים אחדות בשאלות ירושלים. עמדתנו לגבי מעמד ירושלים ברורה ואין כאן מקום לפרטה. אך יצויין כי סעיף 47 לאמנת ג'נבה קובע כי אין לשלול מאנשים המוגנים ע"י האמנה זכויות על-פיה:

"by any change introduced, as the result of the occupation of a territory, into the institutions or government of the said territory nor ... by any annexation by the latter of the whole or the part of the occupied territory".

מדיניותנו בענין ירושלים היתה לא להיכנס לזוויכוחים "משפטיים" ולנסות למנוע סתירות ברורות לאמנת ג'נבה, וזאת כדי למנוע מלעורר שאלת עצם תחולתה של האמנה. כתוצאה מהתפתחויות מסוימות, בענין הפקעת הקרקעות ובענין הפיצוצים, בטאה לאחרונה ממשלת ארה"ב את הדעה כי אמנת ג'נבה מס' 4 ותקנות האג חלות בירושלים וכי מעמדנו בה הוא של כבוש, וע"י כך פגעה במעמדנו המדיני. אמנם כאשר הפעלנו בירושלים תקנה 119 פעלנו על פי הדין הישראלי אשר החילוננו על ירושלים המזרחית, אך כפי שצויין, סעיף 47 הוא בעוכרינו. זאת ועוד. עד כמה שידוע לי תקנה 119 לא הופעלה במדינת ישראל, ועל כן הפעלתה בירושלים עלולה ליצור את הרושם, אותו אנו מנסים למנוע, כי המשטר בירושלים המזרחית שונה מהמשטר ביתר שטחי מדינת ישראל.

גירוש

אף כאן קיימת תקנה 112 מתקנות ההגנה משנת 1949 המטמיכה את שר הבטחון (קודם הנציב העליון) לגרש אנשים מסוימים, תקנה זאת היא בתוקף ביהודה ושומרון, וביראאל כולל כמובן ירושלים המאוחדת. כפי שהוסבר לעיל אין ההתבטחות על המשפט הפנימי מבטלת את התחייבותינו עפ"י אמנת ג'נבה, כאשר קיימת סתירה בין המשפט המקומי לבין הוראות ספציפיות של אמנת ג'נבה. ההוראות של אמנת ג'נבה הנוגעות לשאלה שבפנינו מצויות בסעיף 49 הקובע, בין היתר כדלקמן:



מזכר

אל :

מאת :

אל :

מאת :

- 5 -

"Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive".

הפרקליטות הצבאית הראשית מסבירה את הגירוש כדלקמן:

הוראותיה של אמנת ג'נבה, בסעיף 49 שבה, מגמתן למנוע הגליה מן השטח הכבוש לתוך שטחה של המעצמה הכובשת או לתוך ארץ אחרת. סעיף 49 אינו מתייחס למקרה, בו פועל תושב של שטח כבוש פעולה חתרנית, נגד הכוחות הצבאיים, מטעם המדינה אשר מידיה נלקח השטח ואשר בו מוחלט בעקבות פעולה חתרנית זאת להעבירו לידי אותו השלטון, שמטעמו הוא פעל. אגב, ספק אם העברת תושב גרמני לגרמניה הוא, מבחינת הירדנים, העברה ל-"ארץ אחרת".

אם כי הפירוש הנ"ל עשוי אולי להועיל בבסיבות מסוימות מבחינה הסברית-מדינית, כאשר המדובר הוא בגירוש מיהודה ומשומרון, הרי אין להבר פשוט כל עקר. אמנת ג'נבה היא אמנה הומניטרית הבאה להגן על זכויות האוכלוסיה האזרחית, ואני מסופק האם פירוש דווקני-צר היה מתקבל, ביחס לאמנה כזאת, ע"י גורמים שלישיים כדי לפסור את המדינה הכובשת מהחובה המוחלטת לא לגרש ותהיה סיבת הגירוש אשר תהיה.

אשר לעזה, השאלה לא נתעוררה עדיין, כי כנראה לא היו משם גירושים.

מסקנתי היא שאם כי לאור הבעיות שהוטברו העדיפו הירדנים להתלונן על הגירוש של לא על בסיס סעיף 49 לאמנת ג'נבה, הרי אם תעמוד שאלה זו על הפרק מהבחינה המשפטית איני סבור שעמדתנו תתקבל מבחינה משפטית על גורמים שלישיים.

בברכה,

ת. מירון