

בעניין שבין:

1. מוחמד מוסא שחאדה אבו עראם
2. ודחה מוחמד שחאדה אבו עראם
3. עלי חליל מוחמד נעמאן
4. מונירה מוסא מוחמד אבו עראם
5. מוחמד עיסא מוחמד אבו עראם
6. חסן מוחמד עלי אלחריזאת
7. מוחמד אסמאעיל מוחמד אבו עלי
8. בדווי מוחמד גאבר דבאבסה
9. עאמר עלי מוחמד דבאבסה
10. אשחאדה סלאמה אשחאדה אלמחאמרה
11. סוהילה מוחמד אחמד חמאד
12. נאצר מחמוד חליל אעביד
13. סאעד מחמד אחמד אלעביד
14. היתם עלי עבד אלמנעם אבו צבחה
15. חדר סלימאן גבר אלעמור
16. היאם מוחמד עיסא חמאד
17. בלאל פיצל אחמד אבו עראם
18. אסמאעיל אחמד גבר אבו עראם
19. כאיד אבראהים שחאדה אבו עראם
20. אסמאעיל שחאדה סלאמה אלמחאמרה
21. יוסף עאיד אחמד אבו עראם
22. מוסא מוחמד חליל אבו עראם
23. חאתם מוחמד עיסא אבו עראם
24. טאלב מוחמד אחמד נועמאן
25. מוחמד אחמד עיסא אבו עראם
26. עאיד אחמד גבר אבו עראם
27. מוחמד פיצל אחמד נועמאן
28. רוחי מוחמד אחמד אבו עראם
29. מוחמד אחמד מוחמד אבו עראם
30. פיצל אחמד עיסא נעמאן
31. עלי מוחמד שחאדה אבו עראם
32. מוחמד אחמד גבר אבו עראם
33. עלי אבראהים שחאדה נועמאן
34. מחמד מחמוד אחמד אבו עראם
35. טארק מחמוד חליל נעמאן
36. עודי עומר עלי חליל מוחמד
37. בלאל מחמוד עיסא אבו עראם
38. אחמד עלי חליל נעמאן
39. עומר עלי חליל מוחמד
40. רתב מחמד עיסא אבו עראם
41. מחמוד יוסף מחמוד נעמאן
42. עיסא מוחמד אחמד אבו עראם
43. מחמוד עלי חליל נעמאן
44. חאתם מחמוד גבר אבו עראם
45. חאלד מוחמד חליל אבו עראם
46. מאגד מוחמד מחמוד אבו עראם

מוחמד עותמאן חליל אבו עראם	.47
מגדי מוחמד מחמוד אבו עראם	.48
מחמד מחמוד עיסא אבו עראם	.49
אחמד מחמוד גבריאל אבו עראם	.50
מחמוד מוחמד שחאדה אבו עראם	.51
אחמד מוסא שחאדה נמעאן	.52
מוחמד מחמוד מוחמד אבו עראם	.53
אחמד מוחמד שחאדה אבו עראם	.54
אחמד מוחמד מוסא אבו עראם	.55
מחמוד מוסא שחאדה אבו עראם	.56
כאמל מוחמד עיסא אבו עראם	.57
מחמד מחמוד מוסא אבו עראם	.58
עאטף מחמוד גבריאל אבו עראם	.59
סאלם מוסא שחאדה אבו עראם	.60
סלמאן מוסא שחאדה אבו עראם	.61
טאיל מוחמד מוסא אבו עראם	.62
מחמוד ח'ליל מוחמד נעמאן	.63
יוסף מחמוד ח'ליל נעמאן	.64
נאצר עלי חליל חליל מוחמד	.65
צקר גברין מוחמד אבו עראם	.66
חמודה יאסר עלי חליל מוחמד	.67
מוחמד יאסר עלי חליל מוחמד	.68
טאלב מוחמד עיסא אבו עראם	.69
מרים מוחמד חליל חליל מוחמד	.70
מחמוד מוחמד מוסא אבו עראם	.71
חמזה מחמוד מוסא אבו עראם	.72
מחמד עבד אלכרים מחמוד אבו עראם	.73
עבד אלכרים מוחמד גבר אבו עראם	.74
האני חסן מוחמד אלחריזאת	.75
מוחמד חסן מוחמד אבו עלי	.76
עמאר חסן מוחמד אלחריזאת	.77
סדאם חסן מוחמד אלחריזאת	.78
מחמוד מוחמד אסמאעיל אבו עלי	.79
מוהנד מוחמד אסמאעיל אבו עלי	.80
מוחמד אחמד מחמוד אבו עלי	.81
יוסף מוחמד אסמאעיל אבו עלי	.82
אסמאעיל מוחמד אסמאעיל אבו עלי	.83
צלאח עלי מחמד דבאבסה	.84
מוסא מוחמד מחמוד דבאבסה	.85
נג'אח אחמד עבדלאללה דבאבסה	.86
גאבר עלי מחמד דבאבסה	.87
יוסף מחמוד אבראהים דבאבסה	.88
עבדאללה מחמוד אבראהים דבאבסה	.89
נדא אחמד עב אללה דבאבסה	.90
עלי מוחמד גאבר דבאבסה	.91
עדנאן מוחמד גאבר דבאבסה	.92
מחמוד עלי עבד אלהאדי מח'אמרה	.93
אחמד מוחמד עלי מח'אמרה	.94
זיאד סלאמה שחאדה מחאמרה	.95
האני סלאמה שחאדה אלמחאמרה	.96

- .97 כאיד סלאמה שחאדה מחאמרה
- .98 נדאל עיסא עבד אלהאדי מחאמרה
- .99 מוחמד סלאמה שחאדה מחאמרה
- .100 זיאד מוצלח אחמד חמאמה
- .101 האני מחמוד חליל אעביד
- .102 מחמוד חליל חמד אעביד
- .103 חאתם מוסא חסן גברין
- .104 חמזה סלאמה עלי אבו צבחה
- .105 עומר אברהים עלי אבו צבחה
- .106 סלימאן מוחמד עלי אבו צבחה
- .107 מוחמד עלי עבד אלרחמן נגארה
- .108 עיסא מוחמד אחמד חמאד

.109 האגודה לזכויות האזרח בישראל

כולם ע"י ב"כ עוה"ד תמר פלדמן ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור ו/או נסרין עליאן ו/או קרן צפריר ו/או ראוויה אבורביעה ו/או משכית בנדל ו/או רגד ג'ראיסי ו/או שרונה אליהו חי ו/או אן סוציו

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
ת"ד 34510, ירושלים 91000
טל': 02-6521218; פקס': 02-6521219

להלן: העותרים

- נ ג ד -

- .1 שר הביטחון
- .2 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון

כולם באמצעות פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

להלן: המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם כדלקמן:

- .1 מדוע לא יימנעו מלהעביר בכפייה את העותרים ובני משפחותיהם מבתיים בכפרים אשר בשטח המכונה שטח אש 918.
- .2 מדוע לא יבטלו את צו סגירת שטח מס' 6/99 ס', התשנ"ט-1999 מיום 5.1.1999, המורה על סגירתו של האזור שמדרום-מזרחית לעיר יטא והמכונה שטח אש 918.
- .3 מדוע לא יסדירו את מגוריהם של העותרים ובני משפחותיהם באזור המכונה שטח אש 918 באופן שיאפשר להם לקיים חיים תקינים במקומותיהם כדין, בהתאם לחובתו של המפקד הצבאי על פי הוראות דיני התפיסה הלוחמתית.

בקשה לצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לתת צו ביניים האוסר על המשיבים או מי מטעמם לפעול, בכל דרך שהיא, להעתקת העותרים ובני משפחותיהם ממקומותיהם, וזאת עד להחלטה בעתירה זאת.

ואלה הם נימוקי הבקשה:

1. העתירה נשואת בקשה זו הינה גלגולה השני של עתירה שהוגשה לבית המשפט הנכבד בינואר 2000 כנגד פינויים של תושבי שנים עשר כפרים מאזור שמדרום מזרח לעיר יטא, עליו הכריז המפקד הצבאי כשטח סגור לצורך אימונים וכינויו "שטח אש 918" (בג"ץ 517/00 **חמאמדה נ' שר הביטחון**). הדיון בעתירה האמורה אוחד עם עתירה נוספת שהוגשה בסמוך לה באמצעות עו"ד שלמה לקר (בג"ץ 1199/00 **אחמד אבו עראם ועוד 81 אח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**) (להלן: "העתירות המקוריות").
2. לבקשת העותרים בעתירות המקורית החליט בית המשפט הנכבד ליתן צו ביניים, לפיו "עד להחלטה אחרת בעניין יישמר הסטטוס קוו כפי שהיה קיים ערב הוצאת הצווים." (החלטת בית המשפט מיום 29.3.2000). הצו התיר לעותרים לשוב למקומותיהם, להתגורר בשטח, לרעות בו את עדריהם ולהמשיך לקיים בו את שגרת חייהם, כפי שהתקיימה קודם להחלטה על פינויים.
3. העתירות המקוריות עמדו על כן במשך 12 שנים ואיתן גם צו הביניים. במשך אותה תקופה ניתנו למשיבים לא פחות מ-27 ארכות, לבקשתם, אשר הביאו להימשכות ההליכים שנים ארוכות. ביום 17.4.2012 קיים בית המשפט הנכבד דיון מקדמי בעתירות המקוריות ובעקבותיו הגישו המשיבים הודעה מעדכנת לבית המשפט ביום 19.7.2012, בה פרשו את עמדתם ביחס לצורך בשטח האש ובאשר לפינוי התושבים ממנו. המשיבים עמדו על כוונתם לעשות שימוש ברוב שטח האש לטובת אימונים באש חיה, ובהתאם לכך, גם על כוונתם להעתיק ממקומם את רוב תושבי השטח (שמונה מתוך תריסר הכפרים).
4. לאור עמדת המשיבים הורה בית המשפט ביום 7.8.2012 על מחיקת העתירות המקוריות, תוך שמירת זכותם של העותרים לשוב ולהגיש עתירות חדשות כנגד עמדת המשיבים. על מנת לאפשר לעותרים לעשות כן, קבע בית המשפט כי צווי הביניים שניתנו במסגרת העתירות המקוריות יעמדו בעינם עד ליום 1.11.2012. לבקשת העותרים האריך בית המשפט את תוקף צווי הביניים עד ליום 16.1.2013.
5. עם הגשת העתירה החדשה מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד לחדש את צו הביניים, על מנת למנוע את העתקתם מבתיהם ומאדמותיהם. מובן, כי אם לא יינתן צו ביניים חדש תחת צו הביניים הקודם, יהיו העותרים חשופים לפינוי מידי ובכך תסוכל בקשתם העיקרית לסעד.
6. כיוון שמדובר בהכרעה חורצת גורלות עבור כ-1,000 בני אדם המתגוררים באזור המדובר, ביניהם 108 העותרים בעתירה זו ובני משפחותיהם, יש לאפשר לכל הטענות להישמע ולהידון בפני בית המשפט בטרם יבוצעו פעולות כלשהן למימוש עמדת המשיבים.
7. אי לכך, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על מתן צו ביניים בעתירה זו כאמור בראש בקשה זו.

תוכן עניינים:

5	מבוא
7	תיאור העותרים
9	הרקע העובדתי
9	א. הכפרים של מסאפר יטא
9	א.1. נתונים ורקע היסטורי
11	א.2. אורחות החיים בכפרים – החיים סביב המערות, גידול הצאן וחקלאות הבעל
13	א.3. הישרדות יומיומית בהעדר תשתיות
16	ב. השתלשלות האירועים שהובילו לעתירה
16	ב.1. ההכרזה על שטח האש והליכים קודמים בשנות ה-90
18	ב.2. חידוש צו סגירת השטח ב-1999 והעברה בכפייה של תושבי הכפרים
19	ב.3. הגשת העתירה הראשונה (בג"ץ 517/00) בעקבות הגירוש והימשכות ההליכים
21	ב.4. שבע שנים של שתיקה מצד המשיבים, תוך הפרות חוזרות של צו הביניים
23	ב.5. חידוש ההליך בשנת 2012 ומחיקת העתירות המקוריות
25	הטיעון המשפטי
26	א. המסגרת הנורמטיבית
27	ב. חובתו של המפקד הצבאי להבטיח חיים תקינים
28	ג. האיסור על העברה בכפייה של תושבים מוגנים
28	ג.1. סעיף 1(49) לאמנת ג'נבה - איסור מוחלט על העברה בכפייה של תושבים מוגנים
29	ג.2. על מי חלה ההגנה שבסעיף 1(49)?
33	ג.3. סעיף 2(49) לאמנת ג'נבה - החרג ותחולתו
34	ד. חריגה מסמכות בשימוש במשאבי הקרקע של השטח הכבוש לצורכי אימונים צבאיים
34	ד.1. ס' 52 לתקנות האג – איסור על שימוש ברכוש של אזרחי האויב
36	ד.2. ס' 46 לתקנות האג – החובה לכבד קניין פרטי ואיסור על החרמה של רכוש
37	ד.3. ס' 53 לאמנת ג'נבה – איסור על החרבה של רכוש פרטי או ציבורי
40	ה. הזכויות הנפגעות
40	ה.1. פגיעה בזכות למדור: מחסה בסיסי ודיור הולם
42	ה.2. הזכות להגנה על אורחות חיים
43	ה.3. הזכות לקניין פרטי
45	ה.4. הזכות לפרנסה
46	ה.5. חופש תנועה
47	ו. היעדר סבירות ומידתיות

מבוא

1. 108 עותרים בעתירה זו; 108 עותרים, המייצגים משפחות שלמות, מאות בני אדם, אשר מתגוררים בכפרים של "מסאפר יטא" – אזור הנמצא מדרום-מזרחית לעיר יטא שבדרום הר חברון. רובם המכריע של העותרים נולדו, גדלו, נישאו והולידו את ילדיהם בכפרים אלו ממש. כך גם הוריהם והורי הוריהם לפניהם. במשך דורות מקיימים תושבי הכפרים של מסאפר יטא אורח חיים מסורתי. העותרים חיים בדלות במערות שחצבו אבות אבותיהם ולצידן, ללא חשמל וללא מים זורמים. את מי הגשמים הם אוגרים בבורות מים עתיקים ואת ימיהם מעבירים בעבודה קשה של גידול צאן וחקלאות חרבה, עליהם

נסמכת פרנסת המשפחה. השטח ההררי בו הם מתגוררים, היעדר התשתיות ותנאי האקלים מכתיבים לעותרים **אורח חיים ייחודי ונדיר**, אותו מקיימים אותו בגאווה ובמיומנות רבה, על אף הקושי. **אלא שכעת, ולא בפעם הראשונה, עומדים חייהם בכפריהם, שעל אדמות אבות-אבותיהם, בפני סכנה קיומית של ממש.**

2. המשיבים מבקשים לפנות את העותרים מאזור מגוריהם, בכדי שיוכלו להשתמש בו כשטח לאימונים באש חיה, לצורך השמירה על כשירותו הכללית של צה"ל. עמדתם זו של המשיבים אינה חדשה. עוד בראשית שנות ה-80 של המאה הקודמת הכריז המפקד הצבאי על שטח אש באזור, המכונה "שטח אש 918", למרות שכבר אז ידעו שבאזור פזורים כפרים היסטוריים בהם מתגוררים מאות תושבים מוגנים. במהלך שנות ה-90 החלו המשיבים לפעול לפינויים של חלק מתושבי הכפרים, **ובשנת 1999, לאחר שחידשו את ההכרזה על שטח האש, העבירו בכפייה, תוך שימוש בכח פיסי, 700 תושבים מבתיהם.**

3. כנגד פינוי כפוי זה הוגשה עתירה בשם 117 עותרים, ראשי משפחות, על ידי האגודה לזכויות האזרח בישראל (בג"ץ 517/00 **חמאמדה נ' שר הביטחון**) ולה התווספה עתירתם של 82 עותרים נוספים באמצעות עו"ד שלמה לקר (בג"ץ 1199/00 **אחמד אבו עראם ועוד 81 אח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**) (להלן: "**העתירות המקוריות**"). הדיון בעתירות אוחד ולבקשת העותרים הוציא בית המשפט צו ביניים המתיר לעותרים לשוב לבתיהם, להתגורר בהם, לרעות את עדריהם ולהמשיך לקיים את חייהם כפי שהיו קודם לפינוי.

4. העתירות המקוריות עמדו על כן במשך 12 שנים ואיתן גם צו הביניים. במשך אותה תקופה ניתנו למשיבים לא פחות מ-27 ארכות, לבקשתם, אשר הביאו להימשכות ההליכים שנים ארוכות. ביום 17.4.2012 קיים בית המשפט הנכבד דיון מקדמי בעתירות המקוריות ובעקבותיו הגישו המשיבים הודעה מעדכנת לבית המשפט ביום 19.7.2012, בה פרשו את עמדתם ביחס לצורך בשטח האש ובאשר לפינוי התושבים ממנו. המשיבים עמדו על כוונתם לעשות שימוש ברוב שטח האש לטובת אימונים באש חיה, ובהתאם לכך, גם על כוונתם לפנות את רוב תושבי השטח (תושבי שמונה מתוך תריסר הכפרים).

5. בעקבות הודעת המשיבים הורה בית המשפט על מחיקת העתירות המקוריות, תוך שמירת זכותם של העותרים לשוב ולהגיש עתירות חדשות כנגד עמדתם המעודכנת של המשיבים. מכאן עתירה זו, המכוונת **כנגד גירושים של העותרים ושאר תושבי האזור, סך הכל כ- 1,000 בני אדם, ממקומותיהם וכנגד השימוש באדמות התושבים לצורך אימונים צבאיים, בפרט למטרות עליהן הצהירו המשיבים.**

6. פינויים של תושבי הכפרים, לטובת השימוש בשטח אש 918 לאימונים באש חיה, מנוגד לכמה מההוראות היסודיות ביותר של דיני התפיסה הלוחמתית, ובראשן האיסור המוחלט על העברה כפויה והאיסור על השימוש ברכוש השטח הכבוש, ובפרט ברכוש פרטי, לצרכים חיצוניים לניהול השטח הכבוש. העברתם הכפויה של העותרים ממקומותיהם תפגע פגיעה מהחמורות ביותר בזכויות הבסיסיות שלהם ושל בני משפחותיהם ותביא להכחדתו, פשוטו כמשמעו, של אורח חיים ייחודי, שהנו נכס תרבות יקר ערך.

7. זיכרונות הגירוש המרים של 1999 צרובים היטב במוחותיהם ובנפשותיהם של העותרים. מזה 13 שנים ש-108 משפחות העותרים, כמו גם שאר תושבי הכפרים שבשטח אש 918, חרדות לגורלן וסובלות מרורים מעצם ישיבתן בתוך שטח אש מוכרז. כעת פונות הן שוב לבית המשפט הנכבד בבקשה לסעד.

תיאור העותרים

8. העותר 1, מר מוחמד מוסא שחאדה אבו עראם, הוא תושב הכפר מג'אז ויליד שנת 1962. הוא נשוי ואב לשלושה בנים ושלוש בנות. העותר נולד בכפר, וחי בו כל חייו. כך גם הוריו וסביו. גם ילדיו של העותר חיים במג'אז, ואלו מביניהם שנשואים, חיים בכפר עם משפחותיהם. העותר ומשפחתו מתפרנסים ממרעה צאן וחקלאות לתצרוכת עצמית, ולכל המשפחה יחדיו כ-200 כבשים. תצהירו של העותר 1 מצ"ב.

9. העותרת 2, גברת ודחה מוחמד שחאדה אבו עראם, הינה תושבת הכפר מג'אז, ילידת שנת 1971. העותרת נשואה לסלמאן, ולהם שבע בנות ושני בנים. העותרת נולדה בכפר, וחייה בו מאז ומעולם, וכך גם משפחתה המורחבת. משפחתה מתפרנסת מגידול צאן. תצהירה של העותרת 2 מצ"ב.

10. העותר 3, מר עלי חליל מוחמד נעמאן, יליד 1945, גם הוא תושב הכפר מג'אז. הוא נשוי ואב לשבעה בנים ושלוש בנות. העותר 2 נולד בכפר, וכך גם אביו. העותר מתגורר במג'אז עם אשתו, ועם חלק מילדיו ומשפחותיהם. חלקם האחר גר בכרמל. העותר ומשפחתו מתפרנסים מגידול צאן ומחקלאות, ויש להם, לכולם יחד, כ-700 ראשי צאן. תצהירו של העותר 3 מצ"ב.

11. העותרת 4, גברת מונירה מוסא מוחמד אבו עראם, הינה תושבת הכפר מג'אז, ילידת שנת 1951. העותרת נשואה למחמד, גם הוא תושב מג'אז, ולהם ארבע בנות וארבעה בנים. העותרת נולדה בכפר, וכך גם הוריה וסביה. משפחתה מתפרנסת מרעיית צאן ומחקלאות בעל. תצהירה של העותרת 4 מצ"ב.

12. העותר 5, מר מוחמד עיסא מוחמד אבו עראם, נולד אף הוא בכפר מג'אז ב-1952 ובו חי כל חייו, כמו הוריו וסביו לפניו. הוא נשוי ואב לארבעה בנים וארבע בנות. מלבד אחד, כל ילדיו נשואים. חלקם מתגוררים במג'אז, עם משפחותיהם, וחלקם בכרמל ובבירכא. העותר ומשפחתו מתפרנסים ממרעה צאן ומחקלאות לתצרוכת עצמית, ולהם כ-100 ראשי צאן. תצהירו של העותר 5 מצ"ב.

13. העותר 6, מר חסן מוחמד עלי אלחריזאת, הוא תושב הכפר צפאיי, יליד שנת 1937. הוא נשוי ואב לארבעה בנים וארבע בנות. כל ילדיו נשואים, ושניים מהם גרים בכפר יחד עם משפחותיהם. העותר נולד בכפר גיינבה ולאחר מכן עבר לגור באל-גריטן. הוא הגיע לצפאיי, לאחר שגורש מאל-גריטן במלחמת 1948, יחד עם הוריו וסביו. העותר ומשפחתו מתפרנסים מרעיית צאן, ולהם כ-60 ראשי צאן. תצהירו של העותר 6 מצ"ב.

14. העותר 7, מר מוחמד אסמאעיל מוחמד אבו עלי, יליד שנת 1941, גם הוא תושב הכפר צפאיי. לעותר שתי נשים ו-17 ילדים. מתוכם, 4 ילדים גרים יחד עם משפחותיהם בצפאיי, ועוד אחד רווק. שאר ילדיו גרים ביטא ובאומלספא. הוריו נולדו בצפאיי, ובבגרותם חיו מספר שנים באל-גריטן, שם נולד העותר. בשנת 1948, לאחר המלחמה, חזרו לגור בצפאיי. העותר ומשפחתו מתפרנסים מגידול צאן ומחקלאות לתצרוכת עצמית. תצהירו של העותר 7 מצ"ב.

15. העותר 8, מר בדווי מוחמד גאבר דבאבסה, הוא תושב הכפר ח'לת א-דבע, יליד שנת 1955. הוא נשוי ואב לשישה בנים ושתי בנות. כל ילדיו חיים בכפר – חלקם נשואים, וחיים בכפר עם משפחותיהם, וחלקם לבד. העותר נולד בכפר וכך גם הוריו וסביו. העותר ומשפחתו מתפרנסים מגידול צאן ומחקלאות. הם מגדלים זיתים ואגוזים ובעלותם כ-600 עצים שה"כ. תצהירו של העותר 8 מצ"ב.

16. העותר 9, מר עאמר עלי מוחמד דבאבסה, יליד שנת 1982, גם הוא תושב הכפר ח'לת א-דבע. הוא נשוי ואב לבן אחד. העותר נולד וחי כל חייו בכפר, וכך גם אביו. משפחתו מתפרנסת מחקלאות ומגידול צאן. אביו ואחיו מגדלים זיתים, ענבים, שעורה וחיטה, לתצרוכת עצמית, ובעלותם כ-60 ראשי צאן. העותר עצמו עובד בבית קפה ביטא וחוזר מדי יום לביתו שבח'לת א-דבע. תצהירו של העותר 9 מצ"ב.

17. העותר 10, מר אשחאדה סלאמה אשחאדה אלמחאמרה, הוא תושב הכפר מר'אייר אל-עבייד, יליד שנת 1964. הוא נשוי ואב לשלושה בנים ושבע בנות. כל ילדיו גרים יחד עימו במר'אייר אל-עבייד. העותר נולד בכפר וחי בו עד היום. גם הוריו וסביו נולדו וחי במר'אייר אל-עבייד כל חייהם. משפחתו מתפרנסת מחקלאות ורעיית צאן. בבעלותם כ-150 ראשי צאן, והוא רועה אותם יחד עם בנו הבכור. תצהירו של עותר 10 מצ"ב.

18. העותרת 11, גברת סוהילה מוחמד אחמד חמאד, הינה תושבת הכפר תבאן. העותרת נשואה לעיסא, תושב תבאן, ואם לתשע בנות ושני בנים. העותרת נולדה באזור ערד, ובמהלך מלחמת 1948, כאשר גורשו היא ומשפחתה מהאזור, החליטו לעבור לחיות בתבאן, שם היו להם אדמות. בתבאן פגשה את בעלה איתו היא חיה עד היום. משפחתה מתפרנסת מרעיית צאן ומחקלאות בעל. תצהירה של עותרת 11 מצ"ב.

19. העותר 12, מר נאצר מחמוד חליל אעביד, יליד שנת 1977, הוא תושב הכפר תבאן. הוא נשוי ואב לארבע בנות ושני בנים. כל בני משפחתו גרים בתבאן יחד עימו. העותר נולד בכפר, וכך גם הוריו. סביו, הגיעו לכפר תבאן להקים את ביתם לאחר שגורשו במלחמת 1948 מאל-גריטן. העותר ומשפחתו מתפרנסים מרעיית צאן ומחקלאות לתצרוכת עצמית. בבעלותם כ-120 ראשי צאן. תצהירו של עותר 12 מצ"ב.

20. העותרת 13, גברת סאעד מחמד אחמד אלעביד, הינה תושבת הכפר תבאן, ילידת שנת 1975. העותרת נשואה ואמא לארבע בנות ושני בנים, וכולם חיים בתבאן. העותרת עברה לגור בתבאן בשנת 1995, לאחר שנישאה לבעלה. בעלה נולד בכפר, וכך גם הוריו וסביו. משפחתה מתפרנסת מרעיית צאן. תצהירה של עותרת 13 מצ"ב.

21. העותר 14, מר היתם עלי עבד אלמנעם אבו צבחה, הוא תושב הכפר פח'ית, יליד שנת 1979. הוא נשוי ואב לשלושה בנים. העותר, וכך גם הוריו וסביו נולדו כולם בפח'ית, ושם חיו כל חייהם. לעותר תואר ראשון במדעי המחשב והוא מורה בבית ספר תיכון ביטא, שם הוא מלמד מדעי המחשב. בנוסף להיותו מורה, הוא עוזר למשפחתו ברעיית הצאן ובחקלאות. למשפחתו כ- 100 ראשי צאן. תצהירו של העותר 14 מצ"ב.
22. העותר 15, מר חדר סלימאן גבר אלעמור, הוא מנהל בתי הספר בג'ינבה ובפח'ית. העותר נשוי ואב לשמונה בנים וארבע בנות, והוא חי עם משפחתו בכפר א-טוואנה שמחוץ לשטח האש. העותר מנהל את בתי הספר מאז הקמתם. בית הספר בפח'ית הוקם בשנת 2009, ובית הספר בג'ינבה בשנת 2010. בבית הספר לומדים 64 ילדים אשר מגיעים מכל הכפרים שבמסאפר יטא. תצהירו של עותר 15 מצ"ב.
23. עותרים 16 – 74 הינם תושבי הכפר מג'אז. כולם חיים במג'אז, יחד עם משפחותיהם, ומתפרנסים מרעיית צאן ומחקלאות.
24. עותרים 75 – 83 הינם תושבי הכפר צפאיי. כולם חיים בצפאיי, יחד עם משפחותיהם, ומתפרנסים מרעיית צאן ומחקלאות.
25. עותרים 84 – 92 הינם תושבי הכפר ח'ילת א-דבע. כולם חיים בח'ילת א-דבע, יחד עם משפחותיהם, ומתפרנסים מרעיית צאן ומחקלאות.
26. עותרים 93 – 99 הינם תושבי הכפר מר'אייר אלעביד. כולם חיים במר'אייר אל-עביד, יחד עם משפחותיהם, ומתפרנסים מרעיית צאן ומחקלאות.
27. עותרים 100 – 102 הינם תושבי הכפר תבאן. הם חיים בתבאן, יחד עם משפחותיהם, ומתפרנסים מרעיית צאן ומחקלאות.
28. עותרים 103 – 106 הינם תושבי הכפר פח'ית. כולם חיים בפח'ית, יחד עם משפחותיהם, ומתפרנסים מרעיית צאן ומחקלאות.
29. עותרים 107 – 108 הינם תושבי הכפר מרכז. הם חיים במרכז, יחד עם משפחותיהם, ומתפרנסים מרעיית צאן ומחקלאות.
30. העותרת 109, האגודה לזכויות האזרח בישראל (להלן: "האגודה לזכויות האזרח" או "האגודה"), היא עמותה רשומה כדין בישראל, שנוסדה בשנת 1972 והינה ארגון זכויות האדם הגדול והוותיק בישראל. מטרתה להגן ולקדם את קשת זכויות האדם עבור כל בני-האדם בישראל, בשטחים הכבושים ובכל מקום שבו פועלות רשויות ישראליות. במסגרת פעילותה עוסקת האגודה בקידום זכויותיהם של פלסטינים בשטחים הכבושים.

הרקע העובדתי

א. הכפרים של מסאפר יטא

א.1. נתונים ורקע היסטורי

31. העותרים המתוארים לעיל מתגוררים כולם בכפרים קטנים ("חירבה" בערבית) ברכס המזרחי של רמת הר חברון, באזור המכונה "מסאפר יטא", היינו המרחב שבסמוך לעיר יטא. ב"מסאפר יטא" למעלה מעשרים כפרים, תריסר מתוכם נמצאים באזור שהוכרז על ידי המשיב 2 כשטח אש 918. בתריסר הכפרים מתגוררים בסך הכל כ-1,300 תושבים פלסטינים, כאשר כ-1,000 מתוכם חיים בשמונת הכפרים אותם מבקש המשיב 1 לפנות, על פי עמדתו המעודכנת, לטובת השמשת שטח האש לאימונים צבאיים באש חיה.

הנתונים שבסעיף זה מבוססים על מחקר שטח שביצע ארגון "בצלם" בשיתוף האגודה בסתיו 2012 ונתמכים בתצהירה של גב' יפית ג'מילה ביסו, עובדת השטח של האגודה – מצ"ב.

ממצאי המחקר תואמים לנתונים שאספה סוכנות האו"ם לתיאום פעולות הומניטאריות (OCHA או אוצ'ה) במהלך שנת 2012 (להלן: **מחקר אוצ'ה 2012**). הנתונים טרם פורסמו באופן רשמי, אך עתידים לראות אור בקרוב. הנתונים הועברו לידי הח"מ. ככל שיתבקשו, יוצגו חלקי המידע הרלוונטיים לבית המשפט ולמשיבים. *תצהירה של הח"מ בדבר אמיתות הנתונים על פי המידע שהועבר לידיה מצ"ב.*

32. השטח המכונה שטח אש 918 משתרע על פני 32,713 דונם. השטח אותו מייעד המשיב לאימונים באש חיה משתרע על כ-26,000 דונם מתוכם. על פי מידע רשמי של המינהל האזרחי, אשר הועבר לידיו של מר דרור אטקס בין השנים 2007 - 2012, רק כ-5,600 דונם מכלל השטח הוא אדמות מדינה מוכרזות, אשר רובן נמצאות בחלקו הצפון מערבי של השטח, היינו דווקא בחלק שאינו מיועד לאימונים באש חיה. כ-12,000 דונם מסך אדמות השטח ממופות כאדמות פרטיות, על פי שכבות המיפוי של המינהל האזרחי, כפי שהועברו למר אטקס. כיוון שהקרקעות באזור לא מוסדרות ולא ממופות כראוי, יש להניח שכמות האדמות הפרטיות באזור גדולה הרבה יותר.

העובדות המפורטות בסעיף זה נתמכות בתצהירו של מר דרור אטקס – מצ"ב.

*העתק מפה של אזור מסאפר יטא, עליה מסומן שטח אש 918, מצ"ב ומסומן **נספח ע/1**.
העתק מפת האזור, עליה מסומן שטח האש והשטח בתוכו המיועד לאימונים באש חיה, אותה צרפו המשיבים להודעתם מיום 19.7.2012 בבג"ץ 517/00, מצ"ב ומסומן **נספח ע/2**.
העתק מפת המינהל בה מסומנות אדמות המדינה המוכרזות בשטח אש 918 מצ"ב ומסומן **נספח ע/3**.*

33. רכס ההרים שבמסאפר יטא משפיע על כמות הגשמים באזור הצחיח יחסית של דרום הר חברון ומאפשר קיומן של התיישבויות אשר נסמכות על חקלאות ומרעה. תנאי האקלים וזמינות הקרקעות הזולות באזור דרום הר חברון עודדו את ההתיישבות באזור זה והניעו תהליך של יציאה מעיירות האם, יטא ודורא, למרחבים שסביבן – תהליך שהחל בראשית המאה ה-19 ונמשך עד לשלהי תקופת המנדט הבריטי ותחילת השלטון הירדני. (ראו יעקוב חבקוק, **חיים במערות הר חברון** (בהוצאת משרד הביטחון, 1985), בעמ' 26 (להלן: "חבקוק").

*העתק העמודים הרלוונטיים מספרו של חבקוק מצ"ב ומסומן **נספח ע/4**.*

34. מרבית המשפחות אשר עזבו את עיירת האם לטובת אזור ה"מסאפר" היו אלו אשר לא עלה בידן לרכוש אדמות ביטא עצמה. לא מדובר היה באוכלוסיית נוודים, כי אם בפלאחים אשר התיישבו במערות הרבות הפזורות באזור, שיפצו אותן או חצבו חדשות וקיימו אורח חיים פשוט של גידול צאן וחקלאות בעל (**חבקוק**, עמ' 31), תהליך המעבר

לכפרים באזור היה הדרגתי – בתחילה בילו החקלאים מספר חודשים בשנה באזור ועם הזמן התקבעו שם. כפי שמתארת זאת שולי הרטמן, אנתרופולוגית חברתית, אשר חקרה את אורח חייהם של תושבי הכפרים:

"במשך השנים, מה שהחל כיציאה עונתית ושהייה של מספר חודשים במערות באזור, נעשה למקום המגורים העיקרי בעבור חלק גדול של המשפחות, בעיקר אלה היותר עניות. משפחות אלה שיפצו ושיפרו מערות המצויות בשפע באזור והן היו למשכנן ולמשכן הצאן, הן נסמכו על בורות מים עתיקים וחפרו חדשים, וכך הצליחו לקיים לאורך שנים רמת חיים בסיסית בחברה מסורתית 'טרום-צרכנית'. כיום אנו פוגשים משפחות שאבי הסב, הסב, האב והבן, כולם נולדו, גדלו, חיו, וחלקם גם חיים כיום, סביב אותה מערה, באותה חירבה (כפר קטן), בימספרה"

ראו פרק א' ס' 1 לחוות הדעת של האנתרופולוגית החברתית, גבי שולי הרטמן (להלן: "הרטמן") - מצ"ב ומסומנת נספח ע/5.

(ראו גם חבקוק, עמ' 35).

35. על המעבר ממגורים עונתיים במערות למגורי קבע כתב פרופ' גדעון מ' קרסל, ראש היחידה למחקרים חברתיים במכון לחקר המדבר, בחוות דעת שצורפה לעתירה המקורית (בג"ץ 517/00):

"המערות שהיו תחילה משכן עונתי לחלק מהמשפחות שרעו עדרים בקרבן בחורף, אוכלסו במרוצת השנים ע"י כמה מאותן משפחות, באופן קבוע."

ראו חוות דעת של פרופ' גדעון מ' קרסל מצ"ב ומסומן נספח ע/6.

36. תצלומי אוויר של אזור מסאפר יטא מספקים עדות חזותית מובהקת לקיומו של רצף התיישבותי בכפרים שבאזור עוד קודם ל-1967 ולאורך 45 השנים שחלפו מאז. על אף איכותם הירודה של תצלומי האוויר המוקדמים, ניתן לזהות בהם גדרות אבן המהוות מכלאות עבור העדרים ומעידות על ההתיישבות באזור. מניתוח תצלומי האוויר והשוואתם, ניתן לזהות את תהליך היציאה מהמערות והמעבר למגורים מעל פני הקרקע.

העובדות שבסעיף זה נתמכות בתצהירו של אדריכל אלון כהן - מצ"ב.

העתקי תצלומי אוויר של הכפרים מתקופות שונות מצ"ב ומסומנים נספח ע/7.

א.2. אורחות החיים בכפרים – החיים סביב המערות, גידול הצאן וחקלאות הבעל

37. תושבי הכפר מג'אז מספרים כי אבות אבותיהם, אשר התגוררו בכפר עוד קודם לתקופה העות'מאנית, הם שחפרו חלק מהמערות שמשמשות עד היום למגורים ולאחסון, וכן את בורות המים שמשמשים גם הם עד היום לאגירת מי הגשמים. כך מעיד בתצהירו מוחמד מוסא שחאדה אבו עראם, העותר מס' 1:

"אני יליד שנת 1962, נשוי לעאישה ולנו שלושה בנים ושלוש בנות. רובם נשואים... יש לי 8 נכדים ואחד נוסף בדרך. נולדתי בכפר אל-מג'אז ואני גר שם מאז ומעולם. גם הוריי נולדו, התחתנו, חיו ונפטרו באל-מג'אז. גם סבי וסבתי מצד אבי חיו ונפטרו באל-

מג'אז. כל ילדיי חיים באל-מג'אז. הנשואים שביניהם עם משפחותיהם.

אני ומשפחתי מתפרנסים ממרעה צאן וחקלאות לשימוש עצמי. לכולנו יחד כ-200 כבשים.

...

משפחתי חיה בכפר עוד לפני זמן התורכים. עברנו את התורכים, הירדנים, הבריטים והכיבוש הישראלי. אבו של סבי הוא זה שחפר את המערות שמשמשות אותנו עד היום למגורים ולאחסון. אנחנו מתגוררים במערות ובאוהלים לצידן. הצאן לצידנו באוהלים. אביו של סבי חפר גם חלק מבורות המים שמשמשים אותנו עד היום.

ראו תצהירו של העותר מס' 1, מוחמד מוסא שחאדה אבו עראם, מצ"ב.

38. מחקרו של חבקוק מראה אף הוא כי תושבי דרום הר-חברון מקיימים מזה דורות, על פי מסורת אבותיהם ואבות-אבותיהם, אורח חיים תרבותי ייחודי של מגורים במערות וסביבן (**חבקוק**, עמ' 31). חבקוק מצביע על כך שצורת הרבים למילה "מערה" בה משתמשים התושבים אינה הצורה המקובלת "מועויר", אלא ההטיה של המילה "בית" ("דאר") לרבים – "דור". חבקוק סבר כי יש בכך כדי להצביע על יחסם המיוחד של שוכני המערות כלפי המערות עצמן כאל "הבית" (**חבקוק**, בעמ' 53).

39. על פי מחקרה של שולי הרטמן המערות הן חלק מ"המרחב הביתי", לצד רכיבים נוספים. הרטמן מסבירה, כי המרחב אליו מתייחסת הקהילה כ"בית" אינו "בית" כהגדרתו המקובלת בחברה המערבית המודרנית. הבית וחדריו מתפרסים במרחב, במרחק מה זה מזה, חלקם מתחת לפני האדמה. המרחב הביתי כולל אוהל מרכזי או מערה, שמחולקים למרחב שינה ולמרחב אירוח. במרחק מה מצויים אוהלים נוספים, קטנים יותר, אשר משמשים כחדרי שינה לבנים הנשואים. הבישולים על האש נעשים בכך מרוחק קמעה מ"חדרי" המגורים והאירוח, מפאת העשן, ולצידו גם הטאבון. לרוב המשפחות ישנם גם חדרי שירותים הנמצאים בקרבת האוהלים, בור מים משפחתי וכן מבנה של מחסן חיצוני. הצאן הוא חלק בלתי נפרד מהמרחב הביתי והדירים נחשבים חלק מ"חדרי הבית". המערות משמשות חלק מהמשפחות למגורים וחלק אחר לאחסון או לאכסון טלילים וכבשים הרות. המערות מספקות לכל בני המשפחה ולצאן מחסה מפני הגשם והרוחות העזות בחורף ומפלט צונן בימי הקיץ הלוהטים. את גבולות הבית מסמנים כלבי השמירה, שאינם נחשבים חלק מהמרחב הביתי (ראו **הרטמן**, פרק ב' ס' 2).

ראו העתקי תמונות של מרחב המחיה במסאפר יטא מצ"ב ומוסמנים נספח ע' 8.

ראו העתקי תמונות של מערות המשמשות למגורים ולאחסון מצ"ב ומוסמנים נספח ע' 9.

40. פרנסתם של תושבי הכפרים נסמכת עד היום על גידול צאן וחקלאות בעל, המשמשת אותם לתצרוכת אישית ולהאכלת הצאן. העבודה החקלאית נעשית בשיטות המסורתיות: חריש באמצעות מחרשת עץ, זריעה בפיזור, הסתמכות על מי גשמים וכדומה. על סוגי הגידולים נמנים לרוב חיטה, שעורה, דורה, עדשים ועוד (ראו **חבקוק**, בעמ' 86). הצאן משמש "גב כלכלי" לבעליו - מספק לו צמר, חלב, עור ובשר. המרעה והחקלאות מתפרסים על שטחים נרחבים כמתחייב מאופיים. על פי נתוני **מחקר אוצ'ה 2012**, באזור המדובר כ-12,000 דונם אדמות מעובדות. בבעלות הכוללת של תושבי הכפרים כ-12,500 ראשי צאן.

41. שגרת חייהם של העותרים, ושל תושבי הכפרים ככלל, תלויה ומתאימה את עצמה לעונות החקלאות, לכמות המשקעים, למחזור החיים של העדר ולמחזור החיים המשפחתי. כך מתארת הרטמן את השגרה השנתית של תושבי האזור:

"בסביבות חודש אוקטובר מתחילות ההכנות לחורף, ובכללן חיזוק הדירים, כיסוי תקרות האוהלים בניילון, תיקון אוהלי המגורים והמחסנים לקראת גשמי החורף, שיפוץ וביטון במערות המגורים ובמרחב המגורים כולו... בחודש נובמבר נעשה ניקוי בורות המים לאחר תקופת היובש והכנתם לקראת החורף... לאחר הגשם הראשון, בד"כ בחודש נובמבר, מתחילה עונת החריש. זו נמשכת לאורך נובמבר ודצמבר ובמסגרתה כל רגבי העפר שאינם סלעים מסיביים נהפכים בעזרת חמור ומחרשת עץ ונזרעים... בתקופה זו מתחילות ההמלטות וטיפין טיפין מתחילה עונת החליבה בסוף דצמבר תחילת ינואר. החליבה נמשכת עד לחודש יוני... הגברים עסוקים בהמלטות, במעקב אחר הוולדות ואמותיהן, בשמירה על בריאות העדר ובהגנה על הגדיים מפני טורפים. הנשים עוסקות בחליבה ובייצור חמאה וגבינה מן החלב, בנוסף למטלותיהן הרגילות... בשנה גשומה, כבר בפברואר יתחיל לצמוח העשב וטיפין טיפין יתחילו הרועים לצאת למרעה ולהאכיל את הצאן ממנו. תקופה זו של ההסתמכות על מרעה טבעי היא שמאפשרת למעשה למגדלי הצאן ב'מספרה' להתקיים ממשלח ידם. לו נאלצו להאכיל את הצאן באוכל קנוי לא היו מחזיקים מעמד באורח חיים זה. לכך דרושים המרחבים לרעייה. כאמור, בתחום שטח האש, לצד שטחים חקלאיים נרחבים, ישנם גם שטחי מרעה נרחבים במעלה ומורד הגבעות בהם העשב גבוה והאכל מצוי בשפע בעונת הגשמים. לקראת הקציר, באפריל, המשפחה כולה בהתגייסות כללית נוספת. אחרי הקציר העדר יעלה על השדות שנקצרו לתקופה אחרונה של מרעה משמעותי מבחינת הזנתו, אשר יכולה להימשך עד יוני. החודשים יולי אוגוסט וספטמבר הם חודשים של מנוחה יחסית. אלה חודשי הקיץ החמים... בתקופה זו חלק מתושבי הכפרים ייצאו 'לחופשות' ויבקרו את בני משפחותיהם באזורים הגבוהים של ה'מספרה' וביטה עצמה." (הרטמן, פרק ב', ס' 6)

א.3. הישרדות יומיומית בהעדר תשתיות

42. הכפרים של מסאפר יטא אינם מחוברים לתשתיות מים או לחשמל. התושבים אוגרים מי גשמים בבורות מים עתיקים, אולם על פי רוב אין די בכך כדי לספק את צרכיהם הבסיסיים (אודות המחסור הקשה במים בגדה המערבית, ראו דו"ח "בצלם", "מים חוצים גבולות", 22.3.09). על כן נאלצים התושבים לקנות מים מקריית ארבע ומיטא במחירים מופקעים של 25-30 ש"ח לקוב מים. את המים הם ממלאים בעוקבי המים ומשנעים אותם בעזרת טרקטורים בחזרה לכפרים. לעיתים עוצרים אותם חיילים בדרכם חזרה לכפר ומחרימים מהם את עוקבי המים, ובמקרים מסוימים אף את הטרקטורים עצמם. כך מספר בתצהירו מוחמד עיסא מוחמד אבו עראם, העותר מס' 5, אשר מתגורר במג'אז.

לעיון בדו"ח "בצלם", "מים חוצים גבולות", ראו בקישור:

http://www.btselem.org/hebrew/water/20090322_international_water_day

43. מחירי המים הגבוהים נובעים, בין היתר, מהעלות הגבוהה הכרוכה בהובלתם לכפרים המבודדים, אשר ממוקמים על הרכס או בוואדיות ואינם נגישים אלא לרכבי שטח

ייעודיים (ראו דו"חות אוציה : "Special Focus: Displacement and Insecurity in Area C of the West Bank, August" 2011, p. 14; "Area C Humanitarian Response Plan Fact Sheet", August 2010). הריסת בורות מים על-ידי המינהל האזרחי מגבירה את המחסור. על פי מחקר השטח של אוציה מ-2012, בשנים האחרונות הוסרו המינהל האזרחי 6 בורות מים באזור – 1 בתבאן, 3 בגיינבה, ו-2 בצפאיי. הריסת בורות המים, המשמשים לאגירת מי גשמים מחד גיסא, והעלויות הגבוהות של רכישת מים והעברתם חזרה אל הכפרים מאידך, מקשות מאד על הישרדותם הבסיסית של העותרים, המסתמכים על מקורות המים גם לצורך פרנסתם.

לעיון בדו"ח אוציה : *Special Focus: Displacement and Insecurity in Area C of the West Bank, August 2011, p. 14*. ראו בקישור : <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/9100B847ECAD72C4852578DF006748BE>

לעיון בדו"ח אוציה : *Area C Humanitarian Response Plan Fact Sheet, August 2010*. ראו בקישור : <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/59AE27FDECB034BD85257793004D5541>

44. שירותי הרפואה באזור מסתכמים במרפאה ארעית אחת בפחית המופעלת על ידי עמותה אחת לשבוע לשעות בודדות. לפי מחקר אוציה 2012, לאחרונה הוצא צו הפסקת עבודה על המבנה ממנו פועלת המרפאה. מי שזקוק לטיפול נאלץ להגיע למרפאה ברגל או רכוב על חמור, בשעות פעילותה. בשאר הזמן, נאלצים תושבי הכפרים החולים והפצועים להגיע לבית החולים ביטא (ראו תצהירו של מוחמד מוסא שחאדה אבו עראם, העותר מס' 1). על-מנת להגיע לבית החולים ביטא, יש לנסוע בדרך קשה ומשובשת, ומספרת על כך סאעד מחמד אחמד אלעביד, עותרת מס' 13, אשר בעודה כורעת ללדת, נאלצה לנסוע שעה וחצי בדרך זו, וכל זאת כאשר היא חווה כאבים קשים. לדבריו של עאמר עלי מחמד דבאבסה, עותר מס' 9, לפני כחודש נעקצה אחותו מעקרב ונאלצה לפנות אותה לטיפול בבית החולים ביטא. לאחר שהצבא לא אפשר להם לפנות אותה במונית, נאלצה להעבירה על חמור לחירבת א-טוואנה, ומשם במכונית ליטא.

ראו תצהירה של סאעד מחמד אחמד אלעביד, העותרת מס' 13, מצ"ב.

ראו תצהירו של עאמר עלי מחמד דבאבסה, העותר מס' 9, מצ"ב.

45. מערכת החינוך באזור כוללת שני בתי ספר יסודיים : אחד באל-פחית, אשר הוקם ב-2009 ובו ארבע כיתות לימוד, והשני קטן יותר בגיינבה, אשר פועל מאוקטובר 2010. בשני בתי הספר גם יחד לומדים כיום כ-65 תלמידים, בכיתות א'-ז'. מנהל בתי הספר בפחית ובגיינבה, מר חדר סלימאן גבר אלעמור, מספר בתצהירו, כי התלמידים מגיעים מכל הכפרים במסאפר יטא ולומדים לפי תוכנית הלימודים של הרשות הפלסטינית : אנגלית, ערבית, היסטוריה, מתמטיקה, מדעים וטכנולוגיה, ספורט, אומנות וכדומה. בנוסף, בשל אופיו של האזור והאתגרים הייחודיים עמם נאלצים הילדים להתמודד, מלמדים המורים את הילדים שיעורים בהישרדות : איך להיזהר מבעלי חיים מסוכנים, כיצד לזהות ולהיזהר מנפלי תחמושת וממפגעים אחרים וכיצד לדאוג להיגיינה האישית.

למעשה, בית הספר משמש כמסגרת החינוכית היחידה שמלמדת את הילדים כיצד לדאוג לעצמם, בנוסף לכל תכני הלימוד המקובלים. הילדים, שנהנים מכל אלו וגם מחברתם של ילדים אחרים, עושים מאמצים רבים כדי להגיע לבתי הספר. הילדים צועדים לרוב ברגל מביתם והמסע אורך להם בין חצי שעה מהכפרים הקרובים ועד שעתיים לכל כיוון מהכפרים הרחוקים יותר. בחורף נאלצים הילדים להישאר בבתיהם, כיוון שההליכה בדרכים המשובשות בגשם וברוחות מסוכנת מאד, כפי שמספרת גבי' ודחה מוחמד שחאדה אבו עראם, עותרת מס' 2, בתצהירה.

ככלל, ההורים מעודדים מאד את הילדים להגיע לבית הספר, שמעניק להם מסגרת, כלים חשובים והשכלה שיש בה הבטחה להתפתחות. מאז נפתחו מסגרות הלימוד בכפרים שבאזור עלה שיעור הילדים, ובמיוחד הילדות, שלומדים בבית ספר באופן משמעותי.

יצוין, כי כנגד שני המבנים בהם שוכנים בתי הספר, בפחיית ובגי'נבה, הוצאו צווי הריסה על ידי המינהל האזרחי.

ראו תצהירו של חדר סלימאן גבר אלעמור, העותר מס' 15, מצ"ב.

ראו תצהירה של ודחה מוחמד שחאדה אבו עראם, העותרת מס' 2, מצ"ב.

46. **ממחקר אוצ'יה 2012** עולה, כי נכון לשנת 2012, קיימים 76 צווי הריסה על מבנים בכפרים שבאזור, ביניהם בורות מים ומבני שירותים, מבנים ציבוריים, מכלאות צאן, אוהלי מגורים ועוד. חסן מוחמד עלי אלחריזאת, העותר מס' 4, מספר בתצהירו כי במהלך השנים האחרונות הוצאו 7 צווי הריסה על בורות המים ועל מכלאות הצאן שלו (ראו תצהיר מצ"ב).

47. בדומה לכפרים אחרים באזור דרום הר חברון, בבקעה ובמקומות אחרים, גם הכפרים של שטח אש 918 סובלים ממגבלות התכנון והבנייה החמורות של שטח C (ראו: דו"ח עמותת "במקום", "התחום האסור – מדיניות התכנון הישראלית בכפרים פלסטיניים בשטח C", יוני 2008, בעמ' 7). אלא שבמקרה של הכפרים שבשטח האש נוסף קושי מיוחד הנובע מיישבתם בשטח צבאי סגור, אשר הופכת את הבנייה החוקית באזור לבלתי אפשרית, הלכה למעשה (ראו דו"ח של אוצ'יה: "הגבלת המרחב: משטר התכנון והבנייה שישראל מיישמת בשטח C של הגדה המערבית", דצמבר 2009, בעמ' 5). ההגבלות על הבנייה בכפרים והאכיפה המוגברת בשנים האחרונות מקשות מאד על העותרים ומונעות את התפתחותם הטבעית של הכפרים.

לעיון בדו"ח עמותת "במקום": התחום האסור - מדיניות התכנון הישראלית בכפרים פלסטיניים בשטח C, ראו בקישור:

<http://www.bimkom.org/publicationView.asp?publicationId=140>

לעיון בדו"ח אוצ'יה: הגבלת המרחב: משטר התכנון והבנייה שישראל מיישמת בשטח C של הגדה המערבית, ראו בקישור:

http://www.ochaopt.org/documents/specialfocusdecember_21_12_2009_hebrew.pdf

48. היעדר התשתיות והמגבלות על הפיתוח הכתיבו אורח חיים של תנועה מתמדת בין הבית לבין המרכז "העירוני"; בין הכפרים החקלאיים לעיירת האם יטא, בה נמצאים

השירותים הרפואיים, בתי הספר ומוקדי המסחר (ראו הרטמן, פרק ב', ס' 4). תושבי הכפרים תלויים ביטא לצורך קבלת שירותים ושיווק תוצרתם, ואילו תושבי יטא, מצדם, נסמכים על התוצרת החקלאית של הכפרים :

"...בין יטה לבין הימספרה' שלה, ובכלל זה קהילות אזור שטח האש, התלות איננה רק חד צדדית. למעשה מתקיימת תלות הדדית. הימספרה' היא העורף החקלאי של יטה. סוחרים כבשים, קצבים ובעלי חנויות נסמכים על התוצרת החקלאית, ועל הכבשים והטלילים. ואילו הפלחים הרועים, מצדם, נסמכים על קהילה עירונית שתהווה את השוק עבורו הם מייצרים. כ 100,000 איש חיים ביטה והם שמאפשרים המשך התקיימותו של אורח החיים הימספרה'. התלות ההדדית ביניהם מתקיימת בדיוק בגלל השונות וההשלמה. התנאי לה הוא למעשה קיומו של כל אחד בנפרד - העיר מציעה שירותים וסחורות וביקוש, והמרחב הכפרי צורך את שירותיה וסחורותיה ומציע את מוצרי החלב והבשר הדרושים לתושביה." (הרטמן, פרק ב', ס' 4)

49. האפשרות לנוע במרחב שבין יטא לכפרים הינה, אם כך, בעלת חשיבות קרדינלית עבור תושבי האזור. אולם, למרות שרוב הכפרים אינם מרוחקים יותר מ-15-20 ק"מ מיטא, הדרך אליה ארוכה ורווית מהמורות. על קשיי העבירות בדרכים ההרריות והמפותלות מתווספות הגבלות התנועה של גורמי הצבא, בפרט בכניסה לשטח האש וביציאה ממנו. הגבלות התנועה מגבילות את הגישה לשירותי בריאות וחינוך, למסחר, לתעסוקה ועוד ומייצרות קושי קיומי של ממש. הגבלות אלו מתבטאות בעצירת רכבים, החרמת רכבים, מניעת מעבר אל תוך ומחוץ לשטח האש וכיו"ב. כך למשל, לפני חודשים ספורים, במאי 2012, הוחרם רכבם של מורים שעשו את דרכם מיטא לבית הספר בגיינבה. בעקבות האירוע, נאלצו המורים להגיע לבית הספר רכובים על גבי חמורים (ראו מכתבו של עו"ד שלמה לקר לפרקליטות בעניין מיום 7.5.12). וכך מספר נאצר מחמוד חליל אעביד, תושב תבאן, בתצהירו :

"נכנסים אלינו לכפרים, עוצרים אותנו בדרכים, מורידים את התבואה מהרכב. לא מאפשרים לי לצאת מהאזור ולהיכנס בחופשיות, גם כאשר אני מוביל תבואה הצבא עוצר אותי ואומר לי ללכת ברגל ליטא."

ראו תצהירו של נאצר מחמוד חליל אעביד, עותר מס' 12, מצ"ב.

העתק מכתבו של עו"ד שלמה לקר מיום 7.5.12 מצ"ב ומסומן נספח ע/10.

50. העותרים הם תושביהם של כפרים היסטוריים, המקיימים דורות על גבי דורות אורח חיים ייחודי של חיים במערות וסביבן, גידול צאן וחקלאות בעל. על חייהם הקשים ממילא מתווספות מגבלות הבנייה והתנועה שמערימים הצבא והמינהל. על אף קשיים אלו, תושבי מסאפר יטא ממשיכים לראות באזור זה את ביתם היחידי.

ב. השתלשלות האירועים שהובילו לעתירה

1.ב. ההכרזה על שטח האש והליכים קודמים בשנות ה-90

51. ביום 8.6.80 הוציא המפקד הצבאי צו אשר הורה על סגירת חלקו הצפון-מערבי של השטח המכונה כיום שטח אש 918 לצורך אימונים צבאיים (צו סגירת שטח מס' 12/80/ס'). צו נוסף הוצא ביום 12.11.82, לסגירת חלקו הדרום-מזרחי של שטח האש (צו סגירת שטח מס' 5/82/ס'). בתחילת שנות התשעים נערכה עבודת מטה לקביעה מחדש של שטחי האש, במסגרתה הוצא צו סגירת שטח מס' 2/91/ס' על כלל שטח אש 918 (ראו סעיף 6 לתגובת המשיבים לבג"ץ 517/00 מיום 15.2.00). הצו הוצא על-ידי המפקד הצבאי ביום 30.6.91, מתוקף סמכותו לפי סעיף 90 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), התש"ל-1970 (הסעיף המקביל לסעיף 318 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009).

52. מתגובת המשיבים לעתירה המקורית עולה כי לאורך שנות התשעים התקיימו אימונים צבאיים תקופתיים באזור נשוא העתירה – עד לשנת 1993 שימש השטח לאימונים של חיל האוויר והחל משנת 1993 שימש לצורך אימוני טירונים ולוחמים מחיל הרגלים. לדבריהם, אימונים אלו התקיימו לאורך השנה במחוזים של ארבעה חודשים (ראו סעיף 8 לתגובת המשיבים לבג"ץ 517/00 מיום 15.2.00).

53. המשיבים בתגובתם מיום 15.2.00 לא מכחישים כי במהלך שנים אלו חיו אנשים בשטח האמור. הם אף מציינים כי תושבי האזור השתמשו בשטח לצרכי מרעה ולעיבודים חקלאיים (ראו סעיף 11 לתגובת המשיבים לבג"ץ 517/00 מיום 15.2.00).

54. זאת ועוד: מתחקיר שנערך על-ידי ארגון "בצלם" בשנת 2005 עולה כי עד לשנת 1997 הוצאו מספר צווי פינוי בודדים ואף הם לא נאכפו. לפי נתוני המינהל האזרחי, במחצית השנייה של שנות השמונים הוצאו רק שני צווי פינוי, שאף אחד מהם לא נאכף, ואילו בין השנים 1990-1997 הוצאו כשלושים צווי פינוי, מתוכם נאכפו פחות משליש (ראו דו"ח "בצלם", "חרב הגירוש: אלימות, התנכלויות ואי-אכיפת החוק בדרום הר חברון", יולי 2005, בעמ' 10).

לעיון דו"ח "בצלם": חרב הגירוש: אלימות, התנכלויות ואי-אכיפת החוק בדרום הר חברון, ראו בקישור:
http://www.btselem.org/hebrew/publications/summaries/200507_south_hebro_n

55. במחצית השנייה של שנות התשעים החלו המשיבים לפנות תושבים אשר שהו בשטח ללא היתר – עדרים פונו, מאהלים נהרסו, מערות נאטמו וצווי פינוי אישיים נמסרו לתושבים (ראו סעיף 16 לתגובת המשיבים לבג"צים 6754/97, 6798/97 ו-2356/98 מיום 18.5.1999).

העתק תגובת המשיבים לבג"צים מצ"ב ומסומן נספח ע/11.

56. בתגובה לגירוש התושבים הוגשו שלוש עתירות בשם תושבי הכפרים באזור, שתיים בשנת 1997 (בג"ץ 6754/97 ובג"ץ 6798/97) ואחת בשנת 1998 (בג"ץ 2356/98), אשר דרשו לבטל את צווי פינוי התושבים ולבטל את צו סגירת השטח, אשר מגדיר את האזור כשטח אש ומונע מתושבי הכפרים לקיים אורח חיים תקין.

57. לאחר דיונים בעתירות דנן, באת כוחן של העותרים החליטה למשוך את העתירות, בכפוף להתחייבות המדינה לאפשר כניסה מתואמת של העותרים לשטח הסגור בימים שונים

במהלך השנה. התחייבות זו התבססה ככל הנראה על הסכם שנחתם בין עו"ד אליאס חירי לבין המינהל האזרחי, לפיו תותר גישתם של בעלי אדמות לאדמותיהם לצורך עיבודן בתקופות מסוימות בשנה. יש לציין, כי המשיבים התייחסו להסכם זה בכתביהם במסגרת העתירה המקורית, אולם לא הציגו את ההסכם או הסבירו מה נפקותו לגבי העותרים. העותרים מבקשים להדגיש, כפי שהדגישו גם במסגרת העתירה המקורית, כי למיטב ידיעתם עו"ד חירי ייצג מספר בעלי קרקעות, תושבי הכפר יטא, להם היה עניין בסידור האמור. **עו"ד חירי לא ייצג את העותרים או את בני משפחותיהם, אשר מעולם לא היו צד להסכם.**

2.ב. חידוש צו סגירת השטח ב-1999 והעברה בכפייה של תושבי הכפרים

58. בשנת 1999, לאחר ההודעה על מחיקת העתירות, הוחלט על חידוש ההכרזה על שטח האש, והוצא צו סגירת שטח אש מס' 6/99/ס', התשנ"ט-1999.

*העתק צו סגירת שטח אש מס' 6/99/ס', התשנ"ט-1999, מצ"ב ומסומן **נספח ע/12**.*

*כמו כן ראו לעניין זה העתק מכתב מסרן רן טל, עוזר יועמ"ש איז"ש מיום 30.11.99 מצ"ב ומסומן **נספח ע/13**.*

59. בעקבות ההכרזה המחודשת, במהלך החודשים אוגוסט עד נובמבר 1999, חילקו גורמי הצבא והמינהל "צווי פינויי" לתושבי 12 הכפרים בשל "מגורים בלתי חוקיים בשטח אש". אלו שסירבו להתפנות בעקבות חלוקת הצווים פונו בכוח, תוך כדי החרמת האוהלים בהם חיו, על תכולתם – בגדים, מזון, כסאות, ציוד מטבח, מזרנים, שמיכות וכדומה.

*העתק צווי הפינוי משנת 1999 שניתנו לעותרים מצ"ב ומסומנים **נספח ע/14**.*

60. העותרים מספרים בתצהיריהם על הגירוש של סוף שנות ה-90: מוחמד עיסא מוחמד אבו עראם, העותר מס' 5 מהכפר אל-מג'אז, מספר, כי כאשר הגיעו אנשי המינהל הוציאו אותם בכוח מהמערות והרסו את האוהלים. לאחר מכן העלו אותם למשאיות, עם מעט הרכוש שהצליחו לאסוף עימם, והעבירו אותם לכפר כרמל. הוא ממשיך ומספר כי לאחר הגירוש, נאלצו לעבור לכעאבנה לתקופה, עד שניתנו צווי הביניים שאפשרו להם לחזור אל ביתם.

ראו תצהירו של מוחמד עיסא מוחמד אבו עראם, עותר מס' 5, מצ"ב.

61. עותר מס' 8, בדווי מוחמד גאבר דבאבסה מהכפר ח'לת א-דבע, מעיד בתצהירו, כי בסוף שנות ה-90, באחד הלילות, בסביבות השעה שתיים לפנות בוקר, הגיעו אנשי הצבא ולקחו בכח את כל האנשים ששהו בכפר. העלו את האנשים על משאיות וזרקו אותם באזור א-טוואנה. בדווי עצמו ברח מהכפר ברגל ותעה במשך שלושה ימים בהרים. לאחר שלושה ימים חזר לכפר ומצא חורבה. אוהלים נקרעו, עצים נעקרו מהשורש, הדירים נהרסו והצאן הוברח. פנים המערות הוחרב לגמרי – כל החפצים והריהוט נופצו. הכפר הוחרב. בני משפחתו סולקו על גבי המשאית ולא ידעו מה עלה בגורלו. האירוע הזה זכור לו

כטראומתי מאד עבורו ועבור בני משפחתו. מצבם הנפשי היה קשה באותה תקופה והנזק הכלכלי שספגו היה אדיר.

ראו תצהירו של בדאווי מוחמד גאבר דבאבסה, עותר מס' 8, מצ"ב.

62. היתם עלי עבד אלמנעם אבו צבחה, העותר מס' 14, תושב אל-פח'ית, מספר כי בסוף שנת 1999 הגיעו אנשי המינהל האזרחי יחד עם אנשי צבא והעמיסו על רכבים את כל הרכוש שמצאו שם. את האנשים שלא ברחו ונותרו במקום, ובכללם היתם, לקחו בכח לתחנת המשטרה בקרית ארבע, שם השאירו את כל מי שסרב לחתום על התחייבות שלא לחזור לשטח במעצר במשך 24 שעות.

ראו תצהירו של היתם עלי עבד אלמנעם אבו צבחה, עותר מס' 14, מצ"ב.

63. היו גם כאלו שחששו להתעמת עם גורמי הצבא והמינהל ועזבו בכוחות עצמם. כך מעיד, למשל, אשחאדה סלאמה אשחאדה אלחמאמרה, עותר מס' 10, מהכפר מג'איר אל-עביד, שיצא ב-99' את הכפר עם בני משפחתו לאזור א-טוואנה. אשחאדה מספר כי העדרים שלהם ברחו להרים ולוואדיות לאחר הרס הדירים. הם היו אוספים אותם בלילות ומתחבאים לצדם במערות ועם עלות השחר היו שולחים אותם לרעות ובורחים שוב.

ראו תצהירו של אשחאדה סלאמה אשחאדה אלחמאמרה, עותר מס' 10, מצ"ב.

64. כתוצאה מכלל פעולות הפינוי של כוחות הביטחון, כ- 700 מתושבי האזור נעקרו **מבתיהם**. במסגרת הפינוי נהרסו מרבית מבני המגורים, האוהלים והדירים וכן חלק מהמערות ומבורות המים. התושבים נאלצו למצוא לעצמם מגורים חלופיים. חלקם התארחו אצל קרובי משפחה ביטא, בכרמל ובא-טוואנה ואחרים התחבאו במערות בלילות ותעו בהרים במהלך הימים.

3.ב. הגשת העתירה הראשונה (בג"ץ 517/00) בעקבות הגירוש והימשכות ההליכים

65. בתגובה לפינוי האלים של התושבים בשנת 1999, החלה התכתבות ארוכה בין האגודה לזכויות האזרח לבין יועמ"ש איו"ש דאז, אל"מ שלמה פוליטיס. במסגרת ההתכתבויות עם היועמ"ש, ועם מחלקת בג"צים, טענו המשיבים כי לפי סעיף 90 (דאז) לצו בדבר הוראות הביטחון (סעיף 318 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009), ניתן לפנות את התושבים כיוון שאלו אינם תושבי קבע באזור. חרף הניסיונות החוזרים ונשנים של האגודה להבין מהן הראיות התומכות בטענה זו – לפיה הם אינם תושבי קבע, התשובה היחידה שניתנה הייתה, כי מחומרים מודיעיניים חסויים עולה כי לתושבים המפונים בתי קבע בכפר יטא.

66. המשיבים הציעו כבר בשלב מקדמי זה הצעת פשרה הדומה לעמדה שהציגו אך לאחרונה, 13 שנים מאוחר יותר, כעמדתם העדכנית בעניין. המשיבים הציעו לאפשר מגורים בחלקו הצפון-מערבי של שטח האש ולהתיר כניסה לשטח הסגור בימי שישי, שבת וחגי ישראל בתיאום מוקדם עם מת"ק חברון.

העתק מכתב מסרן רן טל, עוזר יועמ"ש איו"ש מיום 28.12.1999 מצ"ב ומסומן **נספח ע/15**.

67. לאחר שההתכתבויות עם מחלקת בג"צים וכן עם יועמ"ש איו"ש העלו חרס, החליטה האגודה לזכויות האזרח להגיש עתירה בנושא (בג"ץ 517/00 **חמאמדה נ' שר הביטחון**) בשם ארבע משפחות מהאזור. העתירה דרשה לבטל את צווי הפינוי, לאפשר לעותרים לשוב אל בתיהם ולהשיב את המיטלטלין שהוחרמו על-ידי המשיבים. בפברואר 2000 עתרו לבג"ץ 82 תושבים נוספים באמצעות עו"ד שלמה לקר (בג"ץ 1199/00 **אחמד אבו עראם ועוד 81 אח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**), וביוני 2001 הצטרפו לעתירת האגודה לזכויות האזרח 112 תושבים נוספים. הדיון בשתי העתירות אוחד ובשתיהן יחד היו מיוצגות למעלה מ-200 משפחות.

העתק העתירה בבג"ץ 517/00 מצ"ב ומסומן **נספח ע/16**.

העתק בקשת צירוף עותרים בבג"ץ 517/00 מצ"ב ומסומן **נספח ע/17**.

68. המשיבים בתגובתם לעתירה מיום 15.2.2000 ביססו את עמדתם בעיקר על הטענה, כי העותרים אינם תושבים קבועים באזור ועל כן פינויים מותר על פי הוראות סגירת שטח בצו בדבר הוראות ביטחון. על פי האמור בתגובתם, המשיבים ביססו את טענתם העובדתית על הידע המצטבר שבידי אנשי המינהל האזרחי המופקדים על תחומי שטח האש, המען הרשום של העותרים ביטא והחומר המודיעיני ממנו עלה שלעותרים בתי קבע ביטא. המשיבים לא פרטו ולא הסבירו מהו אותו ידע מצטבר של אנשי המינהל ואת החומר המודיעיני לא הציגו בפני העותרים. העובדה שהכפרים בהם מתגוררים העותרים אינם מוכרים ואינם מופיעים במרשם, ועל כן ממילא לא יכולים להופיע בתעודות הזהות שלהם, לא זכתה להתייחסות מצד המשיבים.

המשיבים לא הכחישו כי לעותרים אדמות בבעלותם באזור שטח האש, ועל מנת לאפשר להם גישה לקרקעות, הסכימו להתיר את כניסתם לשטח האש בתקופות בהן לא מתקיימים אימונים – שישי, שבת וחגי ישראל - וזאת בכפוף לתיאום מוקדם ובאישור הצבא.

העתק תגובת המשיבים לבג"ץ 517/00 מיום 15.2.2000 מצ"ב ומסומן **נספח ע/18**.

69. בתגובתם לבג"ץ 1190/00 צוין במפורש, כי המשיבים החליטו למנות גורם שיוסכם על-ידי הצדדים, לבירור הטענות העובדתיות אשר עלו בבג"ץ 517/00 בדבר מגורי קבע בשטח והזכויות הקנייניות בו (ראו סעיף 28 לתגובת המשיבים מיום 15.3.2000). בדיקה כזו, באמצעות גורם מוסכם, מעולם לא נערכה.

העתק תגובת המשיבים לבג"ץ 1190/00 מיום 15.3.2000 מצ"ב ומסומן **נספח ע/19**.

70. בעקבות הגשת העתירות, ולאחר תגובת המשיבים, הוציא בית המשפט צו ביניים אשר קבע כך:

"עד להחלטה אחרת בעניין יישמר הסטטוס קוו כפי שהיה קיים ערב הוצאת הצווים. לעותרים (בעתירה 1199/00) – עד כמה שהם שוהים מחוץ לשטח – יתאפשר לחזור אליו לצרכי מרעה ומגורים

לצרכי מרעה, כפי שהדבר נעשה בעבר. כן יתאפשר הדבר לעותרים
1-4 בעתירה 517/00"

העתק החלטת בית המשפט מיום 29.3.00 מצ"ב ומסומן נספח ע/20.

71. בהודעה משלימה של המשיבים מיום 9.6.2002 נכתב, כי כיוון שלא צלחו הניסיונות לברר את סוגיית מגורי הקבע של העותרים באמצעות מבררים שיוסכמו על-ידי הצדדים, המינהל האזרחי ערך בדיקה עצמאית מטעמו באשר למקומות המגורים. את בדיקותיהם עשו באמצעות סייענים שסימנו על גבי תצלומי אוויר את בתיהם לכאורה של חלק מהעותרים ביטא. על פי טענת המשיבים, עצם קיומם של בתים למשפחות העותרים ביטא מעידה על כך שהם אינם תושבים קבועים בכפרים שבשטח האש. אף בהודעה זו לא הכחישו המשיבים כי ישנם תושבים קבועים באזור של שטח האש (וראו סעיף 31 לתגובת המשיבים מיום 9.6.2002).

*העתק הודעה משלימה מטעם המשיבים לבג"ץ 517/00 ולבג"ץ 1190/00 מיום 9.6.2002
מצ"ב ומסומן נספח ע/21.*

72. לאחר שנתיים של הימשכות ההליכים בתיק, ביום 29.12.02 הסכימו הצדדים לפנות להליכי גישור. בית משפט מינה את תת-אלוף דב צדקה לנהל את הליכי הגישור בניסיון לקבוע מה מעמדם של תושבי האזור ולהגיע להסכמה בנוגע לשטח האמור.

73. במסגרת ההליך הציעו המשיבים תוכנית כמעט זהה לזו שהוצגה כעמדת המדינה בתגובת המשיבים האחרונה מיום 19.7.12 – מתוך כלל השטח אשר הוכרז כשטח אש, האזור המרכזי והדרומי יוגדרו כשטח אש פעיל, ולעומתם חלקו הצפון-מערבי של שטח האש יוגדר כשטח אש לא פעיל. משמעות הצעה זו הינה פינוי שמונה כפרים מתוך שנים-עשר הכפרים הקיימים, והשארית הארבעה הנותרים בתחומו של שטח האש הלא פעיל. בתמורה לפינוי הוצע לעותרים כי יוקצה להם שטח קטן של 200-300 דונם מדרום לכפר יטא, וזאת במקום השטח הקיים המונה כ- 33,000 דונם סך הכל.

העתק הצעת המשיבים לגישור מיום 23.2.04 מצ"ב ומסומן נספח ע/22.

74. העותרים דחו מכל וכל את הצעתם של המשיבים, שעמדה על פינויים של רוב תושבי האזור, החרבתם של שמונה מתוך שנים-עשר הכפרים וויתור על כשני שלישי מאדמותיהם. יתר על כן, השטחים שהציעו המשיבים "כפיצוי" היו קטנים מאד, חסרי פרופורציות לשטח הגדול בו הם חיים ובלתי ראויים לעיבוד חקלאי. ההצעה הותירה אותם מבודדים מאדמותיהם הפרטיות ועם גישה מוגבלת בלבד אליהן. העותרים ביקשו כי המשיבים יבדקו חלופות לשטח האש בשטחי ישראל, אולם סורבו.

75. במאי 2005, לאחר כשנתיים של ניסיונות גישור שלא הובילו להסכמות, הגיש דב צדקה לבית המשפט הודעה על סיומו של הליך הגישור ללא תוצאות והחזרת הטיפול בתיק לבית המשפט העליון.

4.ב. שבע שנים של שתיקה מצד המשיבים, תוך הפרות חוזרות של צו הביניים

76. משהודיע דב צדקה על כשלון הליך הגישור, הורה בית המשפט למשיבים להודיע לו על עמדתם. מאז, ובמשך שבע שנים, עד לשנת 2012, נמנעו המשיבים מלהגיש את עמדתם לבית המשפט. כל זאת, על אף שנוכחותם של התושבים באזור, בהתאם לצו הביניים, הטילה מגבלות קשות על יכולת הצבא להתאמן באזור.

77. מובן, כי לא התקיימו אימונים באש חיה באזור לאורך כל השנים הללו. מעת לעת התקיימו אימונים "יבשים", לעתים תוך גרימת נזק לאדמות החקלאיות של התושבים. העותרים פנו כמה פעמים למשיבים במהלך השנים בדרישה להפסיק אימונים צבאיים שפגעו באדמות.

העתקי פניות העותרים לפרקליטות בעניין הפרות צו הביניים מימים 12.1.04, 3.5.05, 1.5.07 ו-8.5.12 מצ"ב ומסומנים נספח ע/23.

78. זאת ועוד, באחד המקרים אף הוגשה בקשה לביזיון בית משפט בגין פגיעה באדמותיהם של העותרים בזמן האימונים. המשיבים בתגובה הבטיחו להימנע מכל פגיעה בשטחים חקלאיים, ולפיכך בית המשפט החליט לדחות את הבקשה. עם-זאת ציין, כי במידה שהמדינה לא תקיים את הבטחתה, ניתן יהיה לחזור ולהגיש את הבקשה.

העתק בקשה לביזיון בית משפט מטעם העותרים מיום 17.2.04 מצ"ב ומסומן נספח ע/24.

העתק תגובת המשיבים לבקשת בזיון בית משפט מיום 8.3.04 מצ"ב ומסומן נספח ע/25.

העתק החלטת בית משפט מיום 8.3.04 מצ"ב ומסומן נספח ע/26.

79. באחת מתגובותיהם של המשיבים לפניות העותרים בגין הפרת צו הביניים ציינו המשיבים במפורש כי הם מסכימים כי צו הביניים מחייב את כוחות הצבא להימנע מפגיעה באדמות. כך נכתב על-ידי לשכת יועמ"ש איו"ש במכתב מיום 31.7.07:

"באשר לטענות בדבר האיסור לפגוע באדמות חקלאיות מעובדות נדגיש, כי קיימות הנחיות ברורות ומפורשות לכוחות הצבא המתאמנים בשטח אש 918, לפיהן עליהם להימנע מפגיעה בשטחים חקלאיים מעובדים המצויים בשטח." (סעיף 8 למכתב)

העתק מכתבו של סרן עאסם תאמד, עוזר ליועמ"ש איו"ש מיום 31.7.2007 מצ"ב ומסומן נספח ע/27.

80. למרות ההגבלות הקשות על יכולת הצבא להתאמן, אשר נבעו מהימשכות ההליכים, במהלך השנים הגישו המשיבים **27 בקשות ארכה ובקשות לדחיית מועד הדיון**. 27 פעמים בהם המדינה החליטה למשוך את ההליך ולהימנע מהאפשרות של מתן הכרעה על-ידי בית המשפט העליון. קשה שלא לתהות עד כמה האזור חיוני לאימוני הצבא, אם הסכימו לוותר עליו במשך תקופה כה ארוכה של שבע שנים ועל כך נרחיב עוד בהמשך.

81. יתר על כן, לאורך כל השנים נקטו המשיבים מדיניות כפולת פנים – בהליכים מול בית המשפט נהגו בחוסר מעש מתמשך, שכמוהו כהכרה והשלמה עם ישיבתם של העותרים באזור; אולם בה בעת כלפי התושבים נקטו המשיבים יד קשה, תוך שהם מגבילים את חופש התנועה שלהם, פושטים על כפריהם, מחרימים את רכושם, מונעים מהם כל אפשרות חוקית לבנות ולפתח את כפריהם, מוציאים צווי הריסה והורסים מבנים חיוניים, כגון בורות מים ומבני שירותים (כל זאת כמפורט לעיל בס' 46 לעתירה).

82. בשנת 2005 הוגשה על ידי עמותת "שומרי משפט – רבנים לזכויות אדם" עתירה כנגד הריסתם של מבנים הומניטאריים בצפאיי ובמגיאז (בג"ץ 805/05 **עלי אחמד עלי עוואד נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**). עתירה זו עודנה תלויה ועומדת. בשנת 2007 הוציא המינהל כמה צווי הריסה על מבנים ודרכים, אולם על פי סיכום שבין עו"ד שלמה לקר לב"כ המשיבים הותלו הצווים בתוצאות ההליך העיקרי (בג"ץ 517/00 ובג"ץ 1199/00) ולא נאכפו.

ב.5. חידוש ההליך בשנת 2012 ומחיקת העתירות המקוריות

83. ביום 28.2.12 החליט בית המשפט הנכבד מיוזמתו לקיים דיון מקדמי בבג"ץ 517/00 ובבג"ץ 1199/00. הדיון נקבע ליום 17.4.12. בדיון הודיעה ב"כ המשיבים כי המשיב 1 מגבש את עמדתו ביחס לשטח אש 918 וכי עמדה זו תפורט במסגרת הודעה לבית המשפט אשר תוגש תוך שלושים יום. במהלך הדיון הורה בית המשפט לעותרים בבג"ץ 1199/00 (באמצעות ב"כ, עו"ד שלמה לקר) להגיש עתירה חדשה ונפרדת בעניין צווי ההריסה שהוצאו נגד הבנייה החדשה באזור. עתירה זו הוגשה ביום 5.8.12 (בג"ץ 5901/12 **מוחמד חליל דבאבסה נ' ראש המינהל האזרחי באיו"ש**).

*העתק החלטת בית המשפט הנכבד מיום 17.4.12 מצ"ב ומסומן **נספח ע/28**.*

84. לאחר מספר דחיות, ביום 19.7.12 הגישה הפרקליטות הודעה המבוססת על עמדת המשיב 1 בהליך העיקרי ולפיה לא תתאפשר שהיית קבע ברוב האזור המדובר. מעמדת המשיבים עולה כי המשיב 1 עומד על כך שרוב רובו של שטח האש, בו שמונה כפרים, ינוצל לטובת אימונים באש חיה ויפונה מכל תושביו. חלקו הצפון מערבי של השטח, בו ארבעה כפרים לפי הודעת המדינה, ייוותר שטח סגור המוגדר כ"שטח אש", אולם לא ישמש לאימונים באש חיה ובו יתאפשרו מגורי קבע, בכפוף לחוקי התכנון והבניה הנוהגים בשטח C. עוד על פי עמדת המשיב 1, תינתן אפשרות לתושבים המגורשים לחזור ולעבד את אדמותיהם ולרעות את צאנם בשבתות ובחגי ישראל, וזאת בנוסף לשתי תקופות במהלך השנה, בנות חודש ימים כל אחת.

*העתק הודעתם המעדכנת של המשיבים מיום 19.7.2012 מצ"ב ומסומן **נספח ע/29**.*

85. חשוב לציין, כי עמדה זו זהה כמעט לגמרי להצעת הפרשה שהוצגה בסוף שנת 2002, במסגרת הליכי הגישור בעתירה המקורית, למעט ההצעה לשטחים חלופיים שנכללה בהצעה של 2002, אולם אינה כלולה בעמדת המשיב 1 העדכנית. למעשה, אותה הצעה עצמה הוצגה על ידי נציגי המשיבים במסגרת ההתכתבויות עם נציגי האגודה בשנת 2000, עוד קודם להגשת העתירה המקורית (ראו לעיל ס' 58). כך שהמשיבים לא שינו דבר בעמדתם לאורך כל שנות ההתדיינות.

86. בהודעתם טענו המשיבים כי שטח האש הכרחי לשמירת כשירותו של צה"ל. זאת, אף שעל פי דבריהם במהלך השנים צומצמה כמות האימונים בשטח, וכן הופסקו לחלוטין האימונים באש חיה נוכח הסיכון לחיי אדם של תושבי האזור (סעיף 12 לתגובת המשיבים

מיום 19.7.12). כמו-כן, פורקו שני בסיסי הצבא הגדולים שהיו ממוקמים באזור שטח האש – עדשה ואום-דרג'.

87. מהודעתם של המשיבים עולה, כי במהלך שני העשורים האחרונים לפחות, בשל מגורי התושבים באזור שטח האש, רמת האינטנסיביות של האימונים בשטח האש הייתה נמוכה, והמשיבים נאלצו לפנות לפתרונות חלופיים לשם אימון הכוחות (סעיף 10 לתגובת המשיבים מיום 19.7.12). עובדה זו שוב מעוררת תהיות קשות באשר לחיוניות שטח האש.

88. המשיבים טוענים, כי מאז שנת 2006, ובעקבות מלחמת לבנון השנייה, הצורך באימונים גדל משמעותית, וזאת לאחר שזו חשפה נקודות תורפה בכשירות צבא היבשה. מהודעת המשיבים עולה באופן ברור, כי שטח אש 918 אמור לשמש לאימונים הנוגעים לחימה מהסוג הנדרש במלחמת לבנון, בשונה מסוג הלחימה בשטחים הכבושים. וכך נאמר בתגובה:

”מלחמת לבנון השנייה שפרצה בשנת 2006, חשפה נקודות תורפה בכשירות של צבא היבשה, בין היתר על רקע העיסוק המוגבר והשוטף במלחמה בטרור באיו”ש, אשר פגע באפשרות הכוחות להתאמן, דבר אשר חידד את הצורך בחזרת הכוחות לאימונים סדירים.” (סעיף 12)

89. לעניין חיוניותו של שטח האש 918 באופן ספציפי, טענו המשיבים בהודעתם כי זו נעוצה במבנה הטופוגרפי הייחודי שלו, המתאפיין בשלוחות קטנות, אשר מקנות את התנאים הדרושים לאימונים, בפרט להכשרתם של הטירונים והלוחמים (סעיף 9 לתגובת המשיבים לבג”ץ 517/00 מיום 15.2.00).

90. ביחס לתושבי הכפרים באזור, והעותרים ביניהם, חזרו המשיבים על טענתם כי אלו אינם תושבים קבועים בשטח האש. להוכחת טענתם, צירפו להודעתם מיום 19.7.12 תצלומי אוויר, אשר מטרתם הייתה להראות כי האזור המכונה שטח אש 918 לא היה מיושב ערב הגשת העתירה. אלא שהתצלומים שהציגו הם משנת 2000, מיד לאחר גירוש התושבים וההריסות שבוצעו על-ידי המינהל האזרחי. לפיכך, תצלומים אלו אינם מהווים ראיה לאי קיומו של יישוב באזור, אלא אך ורק להרס אשר זרעו אנשי המינהל האזרחי לאחר עקירת התושבים בשנת 1999. תצלומי אוויר קודמים, ולאורך כל השנים, מוכיחים רצף התיישבות בכפרים לאורך עשרות שנים (וראו התייחסות מורחבת בסעיף 36 לעיל). ויודגש – תצלומי האוויר שהציגו המשיבים מטעים את בית המשפט והעותרים יבקשו לפוסלם כראיה.

91. המשיבים טוענים בהודעתם כי בשנים שמאז הגשת העתירות החלה בשטח תופעה של בנייה בלתי חוקית, בניגוד לחוקי התכנון והבנייה באזור. אולם המשיבים מתעלמים מהעובדה שאין אפשרות ממשית לתכנן ולבנות בשטח האש (ראו ס' 47 לעיל). במהלך 13 שנים של חוסר מעש מצד המשיבים גדלו הקהילות שבשטח האש באופן טבעי וכך גם הצורך להתרחב. שתיקתם הממושכת של המשיבים כמוה כהכרה בישיבתם של תושבי הכפרים, והעותרים ביניהם, בשטח האש. המשיבים אינם יכולים לצפות כי החיים בשניים עשר כפרים יעמדו מלכת, בעוד הם גוררים את רגליהם בהליכים המשפטיים מחד גיסא ואינם מספקים פתרונות מעשיים לתושבים בשטח מאידך גיסא. בכל אופן, יש

להדגיש כי העתירה דנן אינה עוסקת בשאלת הבנייה החדשה בכפרים. ישנם הליכים נפרדים בעניין (בג"ץ 5901/12 מוחמד חליל דבאבסה נ' ראש המינהל האזרחי באיו"ש). וגם המשיבים מסכימים כי נושא הבנייה החדשה חורג מגדר העתירה הנוכחית (ס' 8 להודעת המשיבים מיום 19.7.12).

92. בעקבות הודעת המדינה קבע בית המשפט הנכבד, כי חל שינוי בעמדה הנורמטיבית של המשיבים ועל כן הורה למחוק את העתירות מבלי לפסוק לגופו של עניין (פסק דינו של בית המשפט מיום 7.8.12). בית המשפט הדגיש, כי טענות הצדדים שמורות להם וכי העותרים יכולים להגיש עתירות חדשות נגד החלטת שר הביטחון. צווי הביניים המאפשרים לתושבים להמשיך להתגורר בבתיהם ולעבד את אדמותיהם נותרו בעינם עד ה-1 בנובמבר 2012 והוארכו לבקשת העותרים עד ה-16 בינואר 2012. מכאן עתירה זו.

העתק פסק דינו של בית המשפט הנכבד מיום 7.8.12 מצ"ב ומסומן נספח ע/30.

הטיעון המשפטי

93. בראש הדברים נאמר כי לעתירה זו מצורפות שתי חוות דעת משפטיות. האחת מטעם פרופ' איל בנבנישתי, פרופ' דוד קרצמר ופרופ' יובל שני. פרופ' בנבנישתי הוא מרצה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב כמו גם ב-Global Law School של אוניברסיטת ניו יורק (NYU). פרופ' בנבנישתי עוסק בתחום המשפט החוקתי, המינהלי והבינלאומי ונחשב למומחה בעל שם בתחום דיני כיבוש. פרופ' קרצמר הוא פרופ' אמריטוס באוניברסיטה העברית ומרצה במכון לצדק מעברי באוניברסיטת אלסטר (Ulster) שבצפון אירלנד. פרופ' קרצמר הוא מומחה נודע למשפט חוקתי ולמשפט בינלאומי, בפרט בתחום זכויות האדם. פרופ' יובל שני הוא דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, ראש הקתדרה למשפט בינלאומי פומבי ע"ש הרש לאוטרפכט בפקולטה וחבר בוועדת זכויות האדם של האו"ם. פרופ' שני הוא מומחה למשפט בינלאומי פומבי, דיני זכויות אדם והמשפט ההומניטארי הבינלאומי.

חוות הדעת של פרופ' בנבנישתי, פרופ' קרצמר ופרופ' שני (להלן: "חוות בנבנישתי, קרצמר ושני") מצ"ב ומסומנת נספח ע/31.

94. חוות הדעת השנייה הוכנה על ידי פרופ' מייקל בותה (Michael Bothe) לבקשת ארגון דיאקוניה השוודי. פרופ' בותה עוסק בתחום המשפט הציבורי באוניברסיטת גתה (Goethe) שבפרנקפורט, גרמניה ומתמחה בתחום המשפט הבינלאומי. לחוות דעתו של פרופ' בותה הצטרפו משפטנים בינלאומיים נוספים: פרופ' אריק דייוויד (Eric David), פרופ' אמריטוס למשפט בינלאומי באוניברסיטת בריסל (Université libre de Bruxelles) (ULB – Hanspeter) ונשיא המרכז למשפט בינלאומי שם; פרופ' הנס פטר ניוהולד (Hanspeter Neuhold), פרופ' אמריטוס למשפט בינלאומי וליחסים בינלאומיים באוניברסיטת וינה; ד"ר אריק קופ (Erik Koppe), עוזר פרופסור למשפט בינלאומי פומבי באוניברסיטת

ליידן (Leiden) שבהולנד; פרופ' פייר-מרי דופו (Pierre-Marie Dupuy), פרופ' אמריטוס למשפט בינלאומי פומבי באוניברסיטת פאריס, פרופ' במכון ללימודים בינלאומיים וללימודי התפתחות בגינבה וחבר במוסד למשפט בינלאומי (Institut de Droit International); ופרופ' אלן פלה, פרופ' למשפט בינלאומי באוניברסיטת מערב פאריס (Université Paris Ouest Nanterre La Défense).

העתק חוות הדעת של פרופ' בותה (להלן: "חו"ד בותה") וכתבי ההצטרפות מצ"ב ומסומן נספח ע/32.

95. האמור בחלק זה, ובפרט בפרקים ב. ו-ג. מסתמך על חוות דעת אלה ומפנה אליהן במקומות המתאימים.

א. המסגרת הנורמטיבית

96. האזור בו עוסקת עתירה זו, ככל שטחי הגדה המערבית, נתון לתפיסה לוחמתית של ישראל והדינים שחלים לגביו הינם, בראש ובראשונה, דיני תפיסה הלוחמתית המעוגנים בעיקר בתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות להסכם האג הרביעי מ-1907 (להלן: **תקנות האג**) והוראות אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן: **אמנת ג'נבה הרביעית** או **אמנת ג'נבה**), המשקפות כולן משפט בינלאומי מינהגי. נוסף על אלו, קיימות הוראות מסוימות בפרוטוקול המשלים הראשון לאמנות ז'נבה משנת 1977 (להלן: **הפרוטוקול**), אשר אף הן מקובלות כמשקפות משפט מנהגי ועל כן מחייבות. כך, למשל, בפסק הדין הידוע בפרשת **ג'מעית אסכאן**:

"מבחינה משפטית המקור לסמכותו ולכוחו של המפקד הצבאי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית הוא בכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה לוחמתית (occupatio bellica), המהווים חלק מדיני המלחמה... מבחינת חובותיה של המדינה המחזיקה כלפי הקהילייה הבינלאומית, מצויים כללים אלה הן במשפט הבינלאומי המנהגי והן במשפט הבינלאומי ההסכמי, שהמדינה צד להם והחלים על הנושא."

(בג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון**, פ"ד לז(4) 785, 793 (1983))

97. המפקד הצבאי, הוא הריבון דה-פקטו בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, יונק את סמכויותיו מהמשפט הבינלאומי. סעיף 43 לתקנות האג מסמיך ומחייב את המפקד הצבאי "להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במקום, אלא אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין". מכוח הסמכות המוקנית לו בסעיף 43 ומכוח שאר סמכויותיו על-פי המשפט הבינלאומי של התפיסה הלוחמתית חוקק המפקד הצבאי את הצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009. הצווים שמוציא המפקד הצבאי, ובכלל זאת הצו הנ"ל וצווים אחרים המוצאים מתוקפו כגון צווי סגירת שטח, נגזרים כולם מעקרונות דיני התפיסה הלוחמתית ויש לקוראם לאור דינים אלו ובכפוף להם. כפי שנאמר בפרשת **עג'ורי**:

"... סמכותו של המפקד הצבאי לחוקק את הצו המתקן נגזרת מדיני התפיסה הלוחמתית. הם מקור סמכותו, ועל-פיהם ייקבע כוחו."

בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6), 352, 364 (2002)

ראו גם: בג"ץ 6339/05 נדיה מטר נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה, פ"ד נט(2), 846, 851 (2005)

ב. חובתו של המפקד הצבאי להבטיח חיים תקינים

98. חובת הכוח הכובש להבטיח את הסדר הציבורי והחיים התקינים של התושבים המוגנים נשענת על סעיף 43, המכונה בספרות "החוקה של דיני התפיסה הלוחמתית". נוסחו המקורי של הסעיף, כפי שהופיע לראשונה בצרפתית, כלל את הביטוי: "l'ordre et la vie public". תרגומו המילולי של הביטוי לאנגלית, הינו: "public order and life", אך התרגום שנכתב בנוסח הרשמי של התקנות באנגלית היה ונשאר: "public order and safety" (Yoram Dinstein, **The International Law of Belligerent Occupation** (2009), p. 89, (להלן: "דינשטיין")). ההבדל בין הנוסחים הינו הבדל משמעותי בפרשנות שניתנת לטקסט – האם חובת הכוח הכובש מסתכמת בחובה להחזיר ולהבטיח את הסדר הציבורי והביטחון או האם המשמעות רחבה יותר, ומכילה גם את החובה להבטיח צורה של חיים תקינים, ולא רק ביטחון בסיסי.

99. הפרשנות שניתנה על-ידי בית המשפט לחובה זו הינה הפרשנות הרחבה, כפי שמופיעה בנוסח המקורי, ואשר משתרעת על רוב תחומי החיים, ולא רק על צורכי ביטחון צרים. כפי שנאמר בפרשת ג'מעית אסכאן:

"היא משתרעת על הסדר והחיים הציבוריים בכל היבטיהם. על-כן חלה סמכות זו - בצד ענייני ביטחון וצבא - גם על נסיבות "אזרחיות" רב-גוניות, כגון נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם" (עמ' 798 לפסק הדין)

100. עיקרון בסיסי בדיני התפיסה הלוחמתית, שמקבל ביטוי גם בסעיף 43 לתקנות האג הוא, כי הצרכים הביטחוניים הלגיטימיים של הכובש חייבים להיות מאוזנים אל מול זכויותיהם של התושבים המוגנים, עליהן מחויב המפקד הצבאי להגן:

"אמנת האג מסמיכה את מפקד האזור לפעול בשני תחומים מרכזיים: האחד – הבטחת האינטרס הביטחוני הלגיטימי של המחזיק בשטח, והשני – הבטחת צרכיה של האוכלוסיה המקומית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית... הצורך האחד הוא צבאי, והאחר הוא צורך אזרחי-הומניטרי. הראשון מתמקד בדאגה לביטחון הכוח הצבאי המחזיק במקום, והשני – באחריות לקיום רווחתם של התושבים. בתחום האחרון מופקד מפקד האזור לא רק על שמירת הסדר והביטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובייחוד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול"

(בג"ץ 10356/02 יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית,
אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נח (3) 443, 456-455 (2004))

101. החובה שבסעיף 43 "להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים", כפי שפורט לעיל, נפרטת בהוראות השונות של תקנות האג ואמנת ג'נבה, ובמיוחד בתקנה 46 לתקנות האג ובסעיף 27 לאמנת ג'נבה. סעיפים אלו מעגנים את זכויותיהם הבסיסיות של התושבים המוגנים ומטילים על המפקד הצבאי את החובה לכבד את זכויותיהם ולהגן עליהן, כפי שכתב הנשיא לשעבר ברק בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 836 (להלן: פרשת בית סוריק):

"ההוראות שבתקנה 46 לתקנות האג ובסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית מטילות על המפקד הצבאי חובה כפולה: עליו להימנע מפעולות הפוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה'שלישית'; עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זוהי חובתו ה'חיובית'."

ג. האיסור על העברה בכפייה של תושבים מוגנים

ג.1. סעיף (1)49 לאמנת ג'נבה - איסור מוחלט על העברה בכפייה של תושבים מוגנים

102. כפי שפורט בחלק העובדתי לעיל, תושבי שניים עשר הכפרים שבאזור מסאפר יטא פונג בכוח מבתייהם בסוף שנת 1999 והורשו לשוב אליהם בשנת 2000 בהוראת צו הביניים שנתן אז בית המשפט הנכבד. כעת, על פי עמדת המשיב 1, כפי שהוצגה לבית המשפט בהודעת המשיבים מיום 19.7.2012, עומדים שוב רוב תושבי האזור בפני גירוש, וליתר דיוק העברה כפויה, מבתייהם ומאדמותיהם. העתקתם של התושבים ממקומותיהם ועומדת בניגוד מוחלט לסעיף (1)49 לאמנת ג'נבה, אשר קובע:

"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."

103. מדובר בכלל של המשפט המנהגי. כאמור בפרק א. לטיעון המשפטי לעיל, הוראות המפקד הצבאי צריכות ליישם את עקרונות המשפט ההומניטארי הבינלאומי ולהתיישב עם הוראות דיני התפיסה הלוחמתית, ובפרט עם ההוראות להן מעמד של דין מנהגי. סעיף (1)49 לאמנת ג'נבה קובע את העיקרון לפיו חל איסור על כל גירוש אן העברה כפויה של תושבים מוגנים, למעט החרג שבסעיף (2)49 אליו נתייחס בפרק ג.3. להלן. הסעיף מתייחס לכל העברה של תושבים מוגנים ממקום מושבם, בין אם מדובר על העברה ("transfer") בתוך השטח הכבוש ובין אם על העברה אל מחוצה לו ("deportation") (וראו סעיפים 4 לחו"ד בבנישתי, קרצמר ושני). כך עולה במפורש מדברי ההכנה (travaux preparatoire) של אמנת ג'נבה, וכן מפסיקת של בית הדין הפלילי בעניין יוגוסלביה (ICTY):

"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 transfer of protected persons. Article 17 of Protocol II likewise condemns the "displacement" of civilians." (ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstic, IT-98-33-T, Trial Chamber, Judgment, (2001) (footnotes omitted))

ראו גם: Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol IIa (1949), עמ' 827, ס' 5 לחו"ד בנבנישתי, קרצמר ושני וכן עמודים 3-4 לחו"ד בותה.

104. האיסור הוא גורף וללא כל סייג – יהא מניעו אשר יהיה. האיסור הנחרץ נקבע על רקע זוועות מלחמת העולם השנייה, במטרה למנוע גירושים שרירותיים של בני אדם, כפי שרווחו בעת ההיא (ראו ס' 6 לחו"ד בנבנישתי, קרצמר ושני). העמדה המקובלת כיום בספרות ובפסיקה הבינלאומית היא שהאיסור חל על גירושים של אינדיבידואלים ושל קבוצות כאחד. יש לציין, כי בפרשת עפו סבר בית המשפט (להוציא השופט בך) כי מההיסטוריה שקדמה לאמנה יש להסיק שתכלית הסעיף למנוע גירושים המוניים של קבוצות אוכלוסיה (ראו בג"ץ 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, 28 (1988) (להלן: פרשת עפו). קביעה זו עוררה מחלוקת בקרב מלומדים (ראו מאמרו של י. דינשטיין, "גירוש משטחים מוחזרים", עיוני משפט יג, 403 (תשמ"ח)) וממילא אינה מורידה או מעלה בענייננו, שכן עתירה זו נוגעת להעברה כפויה של קבוצת תושבים מוגנים, שהיא, לפי כל פרשנות, אסורה בהחלט לפי סעיף 149(1).

ג.2. על מי חלה ההגנה שבסעיף 149(1)?

105. המשיבים טוענים, כי לפי סעיף 318(ד) לצו בדבר הוראות ביטחון, אשר עוסק בצווי סגירת שטח, ניתן לפנות כל אדם ששוהה ללא היתר בשטח שסגר המפקד הצבאי, למעט תושבים קבועים. טענתם העובדתית של המשיבים היא כי תושבי הכפרים אינם תושבים קבועים בשטח ועל כן ניתן לפנותם. העותרים יטענו ראשית, כי סעיף 149(1) לא מחייב "תושבות קבועה" לצורך ההגנה מפני גירוש וכי ככל שנדרשת זיקה למקום לצורך תחולת האיסור שבסעיף 149(1), הרי שזו זיקה של "מגורים" או של "בית"; שנית, כי האופן בו פרשו המשיבים את המושג "תושב קבוע" והאופן בו החילו אותו במקרה דנן

מנוגדים לחלוטין לתכליתו של סעיף 149(1), שמטרתו הגנה מרבית על תושבים מוגנים מפני עקירה כפויה ממקומותיהם; ושלישית, על יסוד טענותיהם העובדתיות שלעיל, יטענו העותרים כי ממילא הם ובני משפחותיהם הנם תושבי המקום על פי כל קריטריון סביר ובוודאי לצורך תחולתו של סעיף 149(1).

106. איסור הגירוש או העברת הכפייה שבסעיף 149(1) לאמנת גינבה מתייחס באופן גורף ל"תושבים מוגנים" (Protected persons), כהגדרתם בסעיף 4 לאמנת גינבה:

"Persons protected by the Convention are those who, at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals."

107. על הגדרה זו כתב ז'אן פיקטה, הפרשן הרשמי של האמנה:

"The words "at a given moment and in any manner whatsoever" were intended to ensure that all situations and cases were covered. The Article refers both to people who were in the territory before the outbreak of war (or the beginning of the occupation) and to those who go or are taken there as a result of circumstances: travellers, tourists, people who have been shipwrecked and even, it may be, spies or saboteurs."

(J.S. Pictet Commentary: IV Geneva Convention – Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, pp. 47 (להלן: "פיקטה"))

108. מהפרשנות של פיקטה ניתן ללמוד על היקפה הרחב של ההגדרה הנוגעת למיהות "התושב המוגן" – כל אדם שמוצא עצמו תחת שליטתו של הכח הכובש, ובלבד שאינו אזרח המדינה הכובשת. תכליתה של ההגדרה הרחבה היא לספק הגנה מוגברת לכל מי שזכאי לסטטוס המיוחד "תושב מוגן", בהתאם לרוח ההומניטארית של אמנת גינבה הרביעית. מכאן יש להסיק שעל פי לשונו חל סעיף 149(1) בענייננו על כל מי שנמצא בשטח האמור והוא אינו אזרח ישראלי (ראו בעמ' 4 ובעמ' 7 לחו"ד בותה).

109. יטענו המשיבים שעל פי פרשנות זו כל פולש או מסתנן מוגן מפני פינוי ועל כן היא אינה סבירה. פרשנות סבירה, יאמרו, מחייבת זיקה כלשהי בין התושב או התושבים המוגנים לבין המקום על-מנת שתחול עליהם הגנתו של סעיף 149(1). על כך ישיבו העותרים, ראשית, כי סעיף 149(1) אינו גורע מחובתו של הכח הכובש לדאוג לשמירת הסדר הציבורי וביטחון הציבור בשטח, המוטלת עליו מכח סעיף 43 לתקנות האג. ברי, כי סעיף 149(1) לאמנת גינבה אינו מונע אכיפת חוק ושמירה על הסדר, ובכלל זאת פינויים של פולשים ומעצרים של עבריינים, ככל שמתחייב על פי הדין. יפים לכך דבריה של השופטת בן-פורת בפרשת **עפו**:

"את הוראות סעיף 49 לאמנת גינבה הרביעית יש לקרוא (בין היתר) לאור הוראת תקנה 43 לתקנות האג הנ"ל, באופן שהאיסור

הדווקני הקבוע בסעיף 49, לפי הלשון כפשוטה, לגרש אזרחים יסויג לעומת החובה הקבועה בתקנה 43 הנ"ל. אבהיר עמדתי: ניתן לגרש יחידים מתושבי אותם שטחים אל מחוצה להם, כל אימת שהמשך נוכחותם עלול לפגוע בביטחון הציבור ובסדר הציבורי בשטחים המוחזקים. אכן, כל זאת בתנאי שאין במקרה הנתון דרך אחרת חוץ מגירוש כדי לגונן על אוכלוסיית השטחים." (עמ' 67 לפסק הדין)

110. שנית יטענו העותרים, כי גם אם תתקבל הטענה שנדרשת זיקה כלשהי לשטח או זכות כלשהי לשהות בו לצורך החלת ההגנה שבסעיף 49(1), יש לפרש דרישה זו בהתאם להוראות הדין שבאמנה, ובעיקר על פי סביבתו החקיקתית של הסעיף. סעיף 49(2), שעוסק בפינוי חירומי של תושבים מוגנים ואליו נתייחס ביתר הרחבה בהמשך, כולל בתוכו את החובה להשיב את המפונים ל**בתיהם** עם שוך הסכנה. מכאן ניתן אולי ללמוד כי סעיף 49(1) מתייחס אף הוא להעברה כפויה של תושבים מוגנים מ**בתיהם** (וראו ס' 6 לחוו"ד בנבנישתי, קרצמר ושני).

111. המושג "בית" אינו מוגדר או מבואר באמנת ג'נבה, אבל יש להבינו לאור הוראותיו של ס' 27 לאמנת ג'נבה, לפיו על הכוח הכובש לכבד את מנהגיהם ואורחותיהם של התושבים המקומיים:

"Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs..."

סעיף 27 מהווה נקודת מוצא עקרונית לפירוש האמנה (ראו בג"ץ 2690/09 "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם, ניתן ביום 28.3.10), ס' 13; וכן ראו בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 504 (2005)).

112. לפיכך, יש לפרש את המושג "בית" כמובנו בהקשר המקומי, כפי שהתושבים המוגנים עצמם תופסים אותו. קריאה זו מתיישבת עם תכלית האיסור שבסעיף 49(1), כפי שהוצגה על-ידי בית הדין הפלילי בעניין יוגוסלביה (ICTY) – הגנה על האוכלוסיה המקומית מפני החוויה הטראומטית הנובעת מאובדן הבית, הרכוש, והעברה כפויה ממקום אחד למשנהו (ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstic*, IT-98-33-T, Trial Chamber, Judgment, (2001)). יפים לעניינו דבריו של הנשיא ברק אשר מתייחס לפגיעה הקשה הנובעת מהוצאה כפויה של אדם מביתו:

"נקודת המוצא העקרונית הינה כי הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעת קשות בכבודו, בחירותו ובקניינו. ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים... כמה זכויות אדם בסיסיות נפגעות בשל עקירתו הלא רצונית של אדם מביתו והעברתו למקום אחר, גם אם העברה זו אינה כרוכה בחצייתו של גבול מדיני... זכויות אדם אלה מקורן בחלקן במשפט הפנימי של המדינות השונות, ובחלקן מעוגנות הן בנורמות של המשפט הבינלאומי." (פרשת עג'ורי, בעמ' 365)

113. כאמור בפרק א.2. לחלק העובדתי, השטח המכונה שטח אש 918 הוא ביתם של העותרים – המקום אליו הם משתייכים – הם, משפחתם, והקהילה שסובבת אותם. שם "מרכז חייהם", אם תרצו. העותרים חיים במערות, באוהלים ובמבני האבן סביב המערות ומתפרנסים מרעיית צאן ומחקלאות חרבה באדמות שמסביב לכפר. המרחב של "מסאפר יטא" הוא הבית עבורם, על פי תפיסתם והגדרתם התרבותית והחברתית.
114. ודוק: למושג "תושבות קבועה" אין רגליים בהוראות הדין ההומניטארי, ודאי לא בסעיף 49 בו עסקינן. המושג מופיע בס' 318 לצו בדבר הוראות ביטחון, אשר עוסק באופן כללי בצווי סגירת שטח וקובע בס"ק (ד) כי ניתן יהיה לפנות כל אדם ששוהה ללא היתר בשטח שסגר המפקד הצבאי, למעט תושבים קבועים. לטעמנו, יישומו של סעיף זה מתאים יותר לסיטואציות של שמירה על הסדר הציבורי ופחות לענייננו. הצו הספציפי לסגירת שטח אש 918 (צו מס' 6/99/ס') לעומת זאת מחריג מתוכו בס' 24 (2) "אדם המתגורר בשטח הסגור או אדם אשר קיבל היתר ממפקד מת"ק חברון לשהות בשטח הסגור." המושג "מגורים" דומה יותר למושג "בית" ונרצה להניח שיד מכוון בדבר.
115. כך או כך, המשיבים בחרו לדבוק בדרישתם ל"תושבות קבועה" ומעולם לא פרטו מהם הקריטריונים לביסוסה. מהתייחסויותיהם בכתב התגובה לעתירה המקורית ובכתבי בית-דין נוספים עולה כי בראי המשיבים די בקיומו של נדל"ן משפחתי במקום אחר או ברישום המען בתעודת הזהות בכדי להפריך את טענת התושבים למגורים במקום מסוים.
116. ההתייחסות לנדל"ן כשלעצמו כהוכחת תושבות משוללת כל יסוד משפטי ובמבחינה לוגית היא מכשילה את עצמה, שכן ככל שקיומו של נכס מוכיח מגורים במקום, הרי שנכסיהם של העותרים בכפרים מהווים הוכחה למגוריהם שם ומפריכים את מגוריהם ביטא.
117. בעניין המען, נראה שאין צורך להכביר במילים לגבי מגבלתו הראייתית, שהרי הלכה ידועה היא שהמרשם הינו לכל היותר ראיה לכאורה (בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים פ"ד יז(1) 225, 249; בג"ץ 3045/05 יוסי בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין פ"ד סא(3) 537, 556 (2006)). זאת בפרט כאשר העותרים מתגוררים, לדאבונם, בכפרים שאינם מוכרים על ידי המשיבים ואינם מופיעים כלל במרשם, למרות הוותק שלהם וחשיבותם התרבותית וההיסטורית לתושבים המוגנים המתגוררים באזור.
118. אם כך, המשיבים משתמשים במושגים שאולים, הזרים להוראות הדין הבינלאומי הרלוונטיות, ומיישמים אותם באופן שמנוגד לחלוטין לתכלית ההוראה, שמטרתה מתן הגנה מקסימאלית לתושבי השטח מפני העברתם בכפייה ממקומותיהם.
119. לטענת העותרים, גם אם בוחרים להשתמש במושגים "תושבות קבועה" או "מגורים", הרי שיש לפרשם לאורו של סעיף 27 לאמנת ג'נבה ולפי העקרונות שפורטו לעיל. התוצאה תהיה דומה: העותרים מתגוררים בכפרים שבמרחב יטא, שהוא כולו, ובפרט הכפרים בהם דרים התושבים, בית להם. התושבים מתגוררים בבתיים באופן רצוף, משפחותיהם שם, פרנסתם שם, מרכז חייהם שם. כך שגם לפי מושגיהם של המשיבים וגם אם נאמץ קריטריונים מחמירים לבחינתם, לעותרים ולבני משפחותיהם, כמו גם

לשאר תושבי הכפרים שבשטח המכונה שטח אש 918, זכות להמשיך ולשבת במקומותיהם ועל המשיבים חל איסור מוחלט להעתיקם, יהא המניע אשר יהיה. העברתם הכפויה מהאזור תהא מנוגדת באופן חד משמעי לאיסור שבסעיף (1)49 (וראו סעיפים 26-30 לחו"ד בנבנישתי, קרצמר ושני).

ג.3. סעיף (2)49 לאמנת ג'נבה - החריג ותחולתו

120. סעיף (2)49 לאמנת ג'נבה קובע סייג לאיסור הגורף שבסעיף (1)49 בזו הלשון:

"Nevertheless, the Occupying Power may undertake total or partial evacuation of a given area if the security of the population or imperative military reasons so demand. Such evacuations may not involve the displacement of protected persons outside the bounds of the occupied territory except when for material reasons it is impossible to avoid such displacement. Persons thus evacuated shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased."

121. כלומר, על פי סעיף (2)49 פינוי של תושבים מוגנים, להבדיל מהעברה כפויה או גירוש, מותר אך ורק לצורך הגנה על שלומם של התושבים מפני קרבות המתקיימים באזורם או לשם פעילות צבאית מבצעית הכרחית המופרעת על ידי נוכחות התושבים, וגם זאת באופן זמני ותוך השבת המועברים לחזרה מיד בסיום הקרבות באזור (וראו סעיפים 7-8 לחו"ד בנבנישתי, קרצמר ושני). ס' (2)49 מאפשר איפוא אך ורק פינוי חרומי וזמני. כך על פי פרשנותו של פיקטה לסעיף:

"The first stipulation is that evacuation may only be ordered in two cases which are defined in great detail, namely when the safety of the population or imperative military reasons so demand. If therefore an area is in danger as a result of military operations or is liable to be subjected to intense bombing, the Occupying Power has the right and, subject to the provisions of Article 5, the duty of evacuating it partially or wholly, by placing the inhabitants in places of refuge. The same applies when the presence of protected persons in an area hampers military operations. Evacuation is only permitted in such cases, however, when overriding military considerations make it imperative; if it is not imperative, evacuation ceases to be legitimate." (פיקטה, עמ' 280)

122. הדוגמאות אשר ניתנו בספרות לצורך צבאי הכרחי לגיטימי לפי סעיף (2)49 מתייחסות לעיתות מלחמה, בהן הצבא הכובש מתפרס על שטח מסוים וישנו חשש מהתפרעויות של התושבים המקומיים באזור זה, או לחלופין כאשר נוכחותם מונעת מבצעים צבאיים מיידים (ראו דינשטיין, בעמ' 171), ראו גם ס' 8 לחו"ד בנבנישתי, קרצמר ושני).

123. מכך עולה, כי אימונים צבאיים קבועים ושוטפים אינם יכולים להיחשב צורך צבאי הכרחי כמשמעו בסעיף 49(2), ולכן סייג זה אינו חל בענייננו (ראו ס' 30 לחו"ד בנבנישתי, קרצמר ושני, וכן חו"ד בותה, בעמ' 4).

ד. חריגה מסמכות בשימוש במשאבי הקרקע של השטח הכבוש לצורכי אימונים צבאיים

124. הצו לסגירת שטח אש 918 חל על שטח המשתרע על פני כ-33,000 דונם. אין חולק כי חלק ניכר מהאדמות באזור הינן אדמות בבעלות פרטית (ראו לעיל חלק עובדתי, בס' 32). המשפט ההומניטארי הבינלאומי מסדיר את השימוש ברכוש, ובכלל זאת מקרקעין, על ידי כוח כובש, בפרט בסעיפים 46 ו-52 לתקנות האג, וכן בסעיף 53 לאמנת ג'נבה. סעיפים אלו קובעים שורה של איסורים ומגבלות לגבי השימוש, ההחרמה וההחרבה של רכוש פרטי או ציבורי שבשטח הכבוש, תוך שהם מבקשים לאזן בין ההכרה בזכויות ובצרכים של האוכלוסייה המקומית המוגנת לבין ההכרה בצורכי הביטחון מנקודת ראותו של המפקד הצבאי. כעת נבדוק מה תחולתן של מגבלות אלו בענייננו.

ד.1. ס' 52 לתקנות האג – איסור על שימוש ברכוש של אזרחי האויב

125. תקנה 52 לתקנות האג קובעת איסור על שימוש ברכוש ובשירותים של אזרחי האויב:

"Requisitions in kind and services shall not be demanded from municipalities or inhabitants except for the needs of the army of occupation. They shall be in proportion to the resources of the country, and of such a nature as not to involve the inhabitants in the obligation of taking part in military operations against their own country.

Such requisitions and services shall only be demanded on the authority of the commander in the locality occupied.

Contributions in kind shall as far as possible be paid for in cash; if not, a receipt shall be given and the payment of the amount due shall be made as soon as possible. "

126. הסעיף כולל סייג, אשר חל במקרים בהם ישנו צורך צבאי. על-מנת לקבוע כי תפיסת מקרקעין הינה חוקית לפי סעיף זה יש תחילה לבחון האם מתקיים הסייג, ולאחר מכן לבחון האם מתקיימות הדרישות המצטברות שבהמשך הסעיף.

127. הפרשנות שניתנה למושג "צורך צבאי" (needs of the army of occupation) בהתייחס לתקנה 52 הינה פרשנות מצמצמת, לפיה המונח מתייחס אך ורק למקרים בהם הצורך הצבאי הוא של הצבא הכובש, בשטח הכבוש, ולא של המדינה הכובשת או צבאה באופן כללי (ראו סעיף 14-16 לחו"ד בנבנישתי, קרצמר ושני). פרשנות זו אף התקבלה בפסיקה הישראלית ויפים לענייננו דבריו של השופט לנדוי בפרשת **דויקאט** :

...אבל השאלה החוזרת ועומדת לפני בית-משפט זה בעתירה זו, היא אם השקפה זו מצדיקה נטילת קנינו של הפרט בשטח הנתון לשליטת הממשל הצבאי... התשובה על כך תלויה בפירושו הנכון של סעיף 52 לכללי האג. הנני גורס שצורכי הצבא האמורים באותו סעיף אינם יכולים לכלול, לפי פירוש סביר כלשהו, את צורכי הביטחון הלאומי במובנם הרחב, כפי שהזכרתיים זה עתה." (בג"ץ 390/79 דויקאת נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 17 (1979). ההדגשות אינן במקור)

128. מכתביו של המלומד אופנהיים ניתן ללמוד, כי תכלית התנאי הנוגע לצורך הצבאי הינה לאפשר לצבא הכובש לספק את צרכיו המידיים לקיום בעתות מלחמה על-ידי שימוש במשאבי השטח הכבוש. צרכים אלו כוללים דברים כמו: מזון, מקום לינה, בגדים, אמצעי תחבורה וכדומה (ראו Oppenheim, International Law – A Treatise, 7th edition, edited by Hersch Lauterpacht, Vol. II, Disputes, War and Neutrality, London, 1952, p. 410; כן ראו עמ' 3 לחו"ד בותה).

129. יצוין, כי תקנה 52 לתקנות האג משמשת במקומותינו בדרך כלל בהקשר של תפיסת שטח לצורך הקמת מאחזים צבאיים, סלילת דרכים, הקמת גדר ההפרדה וכדומה (וראו בהתאמה: פרשת דויקאת, בעמ' 16-17, פרשת ג'מעית אסכאן, בעמ' 790, פרשת מראעבה, בעמ' 484 ופרשת בית סוריק, בעמ' 814). במקרים אלו, בהם מדובר בצווים לתפיסת מקרקעין, בית המשפט בוחן תחילה מהו הצורך הצבאי, והאם אכן מדובר בצורך צבאי הכרחי. כפי שצוטט לעיל מפרשת דויקאת, יש לפרש את המונח "צורך צבאי" פירוש צר. לאחר בחינה זו, במידה שאכן מדובר בצורך צבאי הכרחי, הקשור לנוכחות הצבא הכובש בשטח הכבוש עצמו, בית המשפט בוחן האם האיזון בין הצרכים הצבאיים מחד גיסא לבין האינטרסים של האוכלוסיה האזרחית באזור מאידך, הינו איזון סביר ומידתי. בחינה זו נעשית לאורו של סעיף 43 לתקנות האג.

130. בענייננו, לא מדובר בצו תפיסה למקרקעין, אלא בצו סגירת שטח נרחב לצורך אימונים צבאיים ללא הגבלת זמן. הפרשנות המצרה שיש להחיל על ס' 52, כמפורט לעיל, אינה יכולה לסבול סגירת שטחים נרחבים לטובת אימונים צבאיים לזמן ממושך ובלתי מוגבל, לא כל שכן כאשר האימונים נועדו לצרכים החורגים מצרכיו של הצבא הכובש לגבי השטח הכבוש עצמו (ראו ס' 34 לחו"ד בנבנישתי, קרצמר ושני).

131. נזכיר, כי בהודעתם מיום 19.7.2012 מציינים המשיבים מפורשות כי שטח האש נדרש להם לצורך השמירה על הכשירות הכללית של צה"ל, במיוחד לאור לקחי מלחמת לבנון השנייה ב-2006. המשיבים מרחיבים בעניין וכותבים כי:

"מלחמת לבנון השנייה שפרצה בשנת 2006, חשפה נקודות תורפה בכשירות של צבא היבשה, בין היתר על רקע העיסוק המוגבר והשוטף במלחמה בטרור באיו"ש, אשר פגע באפשרות הכוחות להתאמן, דבר אשר חידד את הצורך בחזרת הכוחות לאימונים סדירים. במקביל, השיפור שחל לאחר זמן במצב הבטחוני באזור וחיזוק השליטה בשטח על רקע אותה פעילות שוטפת, איפשר ליחידות לחזור ולהתאמן"

(ס' 12 להודעת המשיבים, מצ"ב כנספח ע/29)

מכאן עולה במפורש ובבירור כי המשיבים מעוניינים לעשות שימוש בשטח האש לצרכי אימונים שאינם קשורים בשום אופן לשטח הכבוש עצמו ואינם משרתים את צרכיו הצבאיים של הכוח הכובש בשטח.

132. ויודגש: ההיתר המופיע בתקנה 52 לשימוש ברכושו ובשירותיו של האויב הינו היתר **ספציפי, בעתות מלחמה, לצרכים המיידים של הצבא הכובש**, להבדיל מצבא המעצמה הכובשת. אימונים צבאיים כלליים של צבא המעצמה הכובשת אינם יכולים להיחשב כצורך צבאי הכרחי (ראו בעמ' 6 לחו"ד בותה).

133. למעלה מן הצורך נציין, כי נוסף על התנאי הבסיסי של קיומו של צורך צבאי הכרחי, נדרשים ארבעה תנאים מצטברים נוספים, על מנת שהשימוש ברכוש האויב יעמוד בתנאי תקנה 52: על השימוש במשאבים להיות פרופורציונאלי למשאבים של השטח הכבוש, אסור שהשימוש שיעשה יאלץ את התושבים המקומיים לקחת חלק בלחימה נגדם, רק המפקד הצבאי רשאי להתיר שימוש במשאבי אויב, וצריך להינתן בגינם פיצוי הולם. ספק רב אם שימוש נרחב וממושך בכ-26,000 דונם, שלפחות מחציתם אדמות פרטיות, עומד בתנאי הפרופורציונאליות שבסעיף (ראו ס' 35 לחו"ד בנבנישתי, קרצמר ושני). למותר לציין, כי גם דרישת הפיצוי לא נתמלאה. הצעותיהם של המשיבים בעבר לכמה מאות דונמים של קרקעות חלופיות באזור יטא לא היו אלא לעג לרש, וממילא קרקעות חלופיות לא יפצו על האובדן התרבותי העמוק שבעקירת התושבים מכפריהם ההיסטוריים.

ד.2. ס' 46 לתקנות האג – החובה לכבד קניין פרטי ואיסור על החרמה של רכוש

134. נוסף על ההגבלות שבתקנה 52 לתקנות האג על שימוש זמני (Requisition) ברכוש, פרטי או ציבורי, בשטח הכבוש, התקנות מייחדות הוראה נפרדת ומחמירה יותר ביחס להגנות על רכוש פרטי, הכוללת איסור גורף על החרמה (Confiscation). תקנה 46 לתקנות האג קובעת כי:

"Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated." (emphasis added)

135. כפי שנקבע בפסק הדין בפרשת Krupp, במסגרת משפטי נירנברג, החובה לכבד את הקניין הפרטי אינה מתמצה בהגנה מפני אובדן בעלות. מניעת האפשרות לעשות שימוש אפקטיבי ברכוש ולממש את הזכויות הקנייניות על פי דין אף היא תיחשב להפרת החובה לכבד את הקניין:

"However, if, for example, a factory is being taken over in a manner which prevents the rightful owner from using it and deprives him from lawfully exercising his prerogative as owner, it cannot be said that his property 'is respected' under article 46 as it must be."

(*Krupp trial*, 10 Law Reportes of Trials of the War Criminals (LRTWC) 69, 137-8)

136. ספציפית לעניין זכויות במקרקעין, בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע, כי מניעה מתמשכת של גישה לאדמות משמע אובדן אפקטיבי של זכויות הבעלות עליה:

"However, as a consequence of the fact that the applicant has been refused access to the land since 1974, **she has effectively lost all control over, as well as all possibilities to use and enjoy, her property**. The continuous denial of access must therefore be regarded as an interference with her rights under Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1).

(*Loizidou v. Turkey (Merits)* (European Court of Human Rights, 1996), 36 ILM 440, 455 (1997)) (emphasis added)

מכאן שפרקטיקה של מניעת שימוש יכולה לעלות כדי החרמת רכוש אסורה על פי תקנה 46 לתקנות האג (ראו: דינשטיין, עמ' 224-225).

137. בענייננו, לפי עמדת המשיב 1 בהודעת המשיבים מיום 19.7.12, לבעלי הקרקעות תינתן גישה לאדמותיהם בסופי שבוע, בחגי ישראל ובמשך שתי תקופות בשנה בנות חודש כל אחת (סעיף 3 להודעת המשיבים). עמדה זו מבקשת למנוע מהעותרים את השימוש החופשי והשוטף בבתיים ובאדמותיהם. משמעותה כי התושבים לא יוכלו להמשיך להתגורר בבתיים ולהשתמש בנכסיהם אשר בו ובסביבתו (דירים, מתקנים וכיו"ב); שנית, התושבים לא יוכלו לרעות את צאנם באופן שיגרתי באדמותיהם; ושלישית, תיפגע האפשרות לעבד את האדמה בצורה גמישה כמתחייב מאופייה של חקלאות הבעל באזור (וראו חוות דעת הרטמן).

138. מניעת השימוש באדמותיהם ובנכסיהם של התושבים, על משמעויותיה השונות, אינה עומדת, לטענת העותרים, בחובתו של הכח הכובש על פי ס' 46 לתקנות האג לכבד את הרכוש הפרטי ואת זכויות הקניין, ואף עולה כדי החרמה אסורה של רכושם (וראו ס' 36 לחו"ד בנבנישתי, קרצמר ושני).

ד.3. ס' 53 לאמנת ג'נבה – איסור על החרבה של רכוש פרטי או ציבורי

139. סעיף 53 לאמנת ג'נבה קובע מגבלה נוספת שעניינה החרבה של רכוש האויב – הסעיף אוסר על החרבה של רכוש, בין אם מדובר על רכוש פרטי ובין אם ציבורי, למעט במקרים בהם קיים צורך צבאי מבצעי הכרחי. וזו לשון הסעיף:

"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."

140. על פי ז'אן פיקטה בקומנטר הרשמי לאמנת ג'נבה, יש לפרש את הסייג בדבר צורך צבאי הכרחי באופן צר :

"Furthermore, it will be for the Occupying Power to judge the importance of such military requirements. It is therefore to be feared that bad faith in the application of the reservation may render the proposed safeguard valueless; for unscrupulous recourse to the clause concerning military necessity would allow the Occupying Power to circumvent the prohibition set forth in the Convention. The Occupying Power must therefore try to interpret the clause in a reasonable manner: whenever it is felt essential to resort to destruction, the occupying authorities must try to keep a sense of proportion in comparing the military advantages to be gained with the damage done." (פיקטה, בעמ' 302)

ועל פי המדריך הצבאי הבריטי :

"The rule that private property must be respected admits, however, of exceptions necessitated by the exigencies of war. In the first instance, practically every operation, movement or combat occasions damage to Private property. Further, the right of an army to requisition and to make use of certain property is fully admitted. What is clearly forbidden is the destruction by the occupant of private property unless military operations render such destruction absolutely necessary and all extensive destruction and appropriation of Private property not justified by military necessity, and carried out unlawfully and wantonly"

(The Law of War on Land, Part III of the Manual of Military Law (London, ed. By H. Lauterpacht, 1958) p. 163)

141. גם על פי הפסיקה הישראלית יש להפעיל את הסייג בדבר צורך צבאי חיוני שבסעיף 53 באופן זהיר ותוך הפעלת שיקול דעת קפדני :

"העולה מן האמור לעיל הוא, כי צרכים צבאיים חיוניים 'החלטיים' כלשון תקנה 23(G) הנ"ל או 'דרושים בהחלט' absolutely necessary- כלשון סעיף 53 מתירים תפיסה והריסה. אולם, תנאי לכך הוא, כאמור, שאכן נתקיים צורך צבאי חיוני ושיש יחס סביר בין המטרה הצבאית לבין הפעולה הננקטת. מבחינה זו יש, כמובן, שוני בין תפיסה לזמן מוגבל, בין שהוא קצוב ובין אם לאו, לבין פעולות בלתי הזדירות.

סיכומו של דבר, צורך צבאי-מבצעי גובר על החובה לשמור על שלמות הרכוש, בתנאי שמדובר בצורך אמיתי וחיוני. חיי חיילים או השגת מטרה צבאית-מבצעית עדיפים על שלמות הרכוש, שכן

פגיעה מהותית באלו הראשונים אינה ניתנת לתיקון, בו בזמן
שעבור רכוש ניתן לפצות ומבנה ניתן להקים מחדש"

בג"ץ 24/91 תימרוז נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד
מה(2) 325, 355 (1991); בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות
מה"ל ביהודה ושומרון, (לא פורסם, ניתן ביום 16.2.05) עמ' 8

142. מהאמור לעיל עולה, כי מטרתו של ההסדר שבסעיף 53 לאמנת ג'נבה, כמו גם של
ההסדר שבתקנה 52 לתקנות האג, הינה לאזן בין זכויותיהם של התושבים המוגנים לבין
האינטרסים הצבאיים הלגיטימיים של הכח הכובש. סעיף 53 מבקש להגן על התושבים
המוגנים מפני הרס מיותר ולסמן את הגבולות לפגיעה מותרת ברכוש: רק כשהדבר
הכרחי בהחלט לצרכים צבאיים קונקרטיים ומיידיים.

143. אימונים באש חיה ותוך שימוש בכלים כבדים בהחלט עלולים לפגוע בשלמות רכוש
העותרים, בין אם במערות ובמבנים האחרים שבבעלותם ובין אם באדמותיהם
החקלאיות ואדמות המרעה, שעלולות להיזקק קשות מהירי ולהפוך לשדות נפלים
ומוקשים. היינו, אימונים מהסוג שהמשיבים מבקשים לקיים בשטח אש 918 עלולים
לעלות כדי החרבת הרכוש ועל כן צריכים להיבחן לאור הוראותיו של סעיף 53 לאמנת
ג'נבה.

144. אלא, שאימונים צבאיים שגרתיים ככלל אינם יכולים להיחשב כצורך צבאי הכרחי לפי
סעיף 53, כיוון שהם חסרים את מימד הדחיפות והזמניות שקיימים בעת פעילות
מבצעית בעתות מלחמה (וראו ס' 23-25 ו-37 לחוו"ד בנבנישתי, קרצמר ושני). ודאי
וודאי שאינם יכולים להיחשב צורך צבאי הכרחי כאשר הם אינם נדרשים לפעילות
צבאית בשטח הכבוש עצמו, כי אם לטובת שמירת כשירותו הכללית של הצבא ולצורך
משימות שחורגות מהשטח הכבוש.

145. לסיכום ייאמר, כי ספק רב אם אימונים צבאיים שגרתיים הם בכלל מסוג הצרכים
הצבאיים ההכרחיים שמצדיקים שימוש ברכוש או החרבה של רכוש על ידי הכח הכובש
בשטח הכבוש, לפי תקנה 52 לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה. על אחת כמה וכמה
כאשר האימונים הצבאיים הללו כלל לא באים לשרת את צרכיו של הצבא הכובש בשטח
הכבוש, אלא צרכים צבאיים חיצוניים לשטח הכבוש, מהסוג אליו התייחסו המשיבים
בהודעתם לבית המשפט מיום 19.7.12. ויתר על כן כאשר מדובר באדמות בבעלות
פרטית, הזכות להגנה מיוחדת על פי תקנה 46 לתקנות האג. מכל הסיבות הללו עולה כי
ההכרזה על שטח אש 918, בפרט לצרכים עליהם הצהירו המשיבים בהודעתם, מהווה
חריגה מסמכותו של המפקד הצבאי ועל כן דינה להתבטל.

146. כוונתו של המשיב 1 לעשות שימוש נרחב ברוב השטח המכונה שטח אש 918 לצורך אימונים באש חיה משמעה עקירתם מבתיהם והעברתם הכפויה של כ- 1,000 תושבים, ביניהם העותרים ומשפחותיהם, אשר חיים בשמונה כפרים באזור. העברה כפויה זו פוגעת פגיעה אנושה במגוון זכויות יסוד של אותם תושבים, הן על פי הדין הבינלאומי הן על פי המשפט הישראלי.

147. העברתם הכפויה של התושבים תותיר אותם ללא קורת גג והסדרי הכניסה המגבילים אליהם מתייחס המשיב 1 ימנעו מהם שימוש חופשי ברכושם, ובכלל זאת באדמות המרעה ובאדמות החקלאיות שלהם. כפועל יוצא, תיפגע באופן חמור יכולתם של התושבים להתפרנס ולנהל אורח חיים תקין. כל אלו יחד וכל אחד לחוד פוגעים פגיעה קשה בכבודם, בתרבותם ובאורחות חייהם של העותרים.

ה.1. פגיעה בזכות למדור: מחסה בסיסי ודיור הולם

148. הזכות למחסה, לקורת גג, הינה אחת הזכויות הבסיסיות ביותר שיש לאדם, אשר מבטאת את הצורך האנושי במקום מוגן ובטוח. זכות זו עוגנה לראשונה בסעיף 25(1) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם:

"Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control."

149. הזכות מעוגנת גם בסעיף 11 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות, 1966, אותה אשררה ישראל בשנת 1991:

"מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות כל אדם לרמת חיים נאותה עבורו ועבור משפחתו, לרבות מזון, מלבושים ודיור נאותים, ולשיפור מתמיד בתנאי קיומו. המדינות כאמור ינקטו צעדים מתאימים כדי להבטיח את מימוש הזכות האמורה, ולתכלית זו מכירות בחיוניותו של שיתוף-פעולה בינלאומי מבוסס על הסכמה מרצון."

150. הזכות לדיור הולם מצאה ביטוי במגוון אמנות בינלאומיות נוספות, בעיקר תוך התייחסות להגנות על קבוצות פגיעות במיוחד. (ר' האמנה בדבר זכויות הילד, בסעיף 16(1) ו-27(3) וכן האמנה לביעור כל צורות האפליה נגד נשים בסעיף h(2)(14))

151. לזכות למדור פן "שלילי" ופן "חיובי". הפן השלילי משמעו חובה להימנע מלגזול מאדם את קורת גגו ולהותירו ללא מחסה בסיסי. הפן החיובי של הזכות גוזר חובה להבטיח

קורת גג ראויה. פרקטיקות של פינוי בכפייה או גירוש נחשבות כהפרות חמורות של הזכות למדור במובנה השלילי, כפי שקבעה המועצה לזכויות האדם של האו"ם :

"...practice of forced eviction constitutes a gross violation of human rights, in particular the right to adequate housing."

(UN Commission on Human Rights, *Forced evictions.*, 10 March 1993, E/CN.4/RES/1993/77)

152. בהערה כללית 7 של הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, האמונה על פירוש האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות ופיקוח על אכיפתה, נדונו האיסורים וההגבלות על פרקטיקות של גירוש והעברה בכפיה :

"... [T]he right to adequate housing and not to be subjected to forced eviction may be violated through a wide range of acts or omissions attributable to States parties. Even in situations where it may be necessary to impose limitations on such a right, full compliance with article 4 of the Covenant is required so that any limitations imposed must be "determined by law only insofar as this may be compatible with the nature of these [i.e. economic, social and cultural] rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society".

(UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 7: The right to adequate housing (Art.11.1): forced evictions*, 20 May 1997, E/1998/22)

153. הפן החיובי של הזכות מחייב, כאמור, הבטחת מגורים ראויים. המונח "Housing" פורש בהרחבה בהערה 4 של הוועדה לזכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות. על פי הוועדה יש לפרשת את הזכות לקורת גג במובנה הרחב, כזכות לחיים בביטחון, שלום וכבוד. עוד נכתב, כי זכות זו קשורה באופן שלא ניתן לנתקו מזכויות יסוד נוספות, ולכן הזכות אינה הזכות לקורת גג בלבד, אלא לקורת גג הולמת וראויה (Not Housing, but Adequate Housing) ומשמעה :

"Adequate shelter means... adequate privacy, adequate space, adequate security, adequate lighting and ventilation, adequate basic infrastructure and adequate location with regard to work and basic facilities - all at a reasonable cost"

(UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant)*, 13 December 1991, E/1992/23, para. 7.)

154. התוכן שניצוק למושג "מדור הולם" (adequate housing) הוא כמובן תלוי חברה ותרבות. על כן, בבואנו לבחון מהי קורת גג הולמת וראויה במקרה שלפנינו, יש לעשות

זאת דרך המשקפיים התרבותיים של תושבים האזור. אורח החיים הייחודי של התושבים מצריך גמישות בהבנה שלנו של מהו "בית" ויותר מכך – מהו "בית" ראוי. החובה לבחינה כזו מהווה אף חלק מהותי מחובותיו של המפקד הצבאי האמון על מתן הגנה לאורחות החיים של התושבים המוגנים, כאמור לעיל בפרק ב. לטיעון המשפטי.

155. בענייננו, המרחב הכפרי בו מתגוררים העותרים הוא ביתם. אדמות הכפר והאדמות שסובבות אותו הן אדמותיהם של התושבים, אותן הם מעבדים ושם הם רועים את צאנם. גירוש התושבים מהכפר יותר איתר אותם ללא בית וללא מחסה ועל כן יהווה פגיעה חמורה בזכותם הבסיסית לקורת גג ולמחסה.

ה.2. הזכות להגנה על אורחות חיים

156. סעיף 27 רישא לאמנת ג'נבה מעגן את החובה לשמור ולכבד את תרבותם ואת אורח חייהם של התושבים המוגנים:

"Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs."

157. פיקטה, בפרשנותו לסעיף 27, מדגיש כי ישנה חשיבות מיוחדת לחובה לכבד את המנהגים ואורחות החיים של תושבי שטחים כבושים:

"The obligation to respect manners and customs is particularly important in the case of occupied countries. Everybody remembers the measures adopted in certain cases during the Second World War, which could with justice be described as "cultural genocide". The [p.204] clause under discussion is intended to prevent a reversion to such practices." (emphasis added)

158. על החובה לשמור ולכבד תרבויות, נכתב בהרחבה במועצת זכויות האדם של האו"ם. במסמך שהוציאה הועדה אודות הזכות לשימור תרבויות, ניתנה הגדרה רחבה, למושג "שימור תרבותי":

"...tangible heritage (e.g. sites, structures and remains of archaeological, historical, religious, cultural or aesthetic value), intangible heritage (e.g. traditions, customs and practices, aesthetic and spiritual beliefs; vernacular or other languages; artistic expressions, folklore) and natural heritage (e.g. protected natural reserves; other protected biologically diverse areas; historic parks and gardens and cultural landscapes)"

(UN Human Rights Council, *Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights, Farida Shaheed : Addendum - Preliminary note on mission to Austria*, 16 May 2011, A/HRC/17/38/Add.2, p. 4)

159. זאת ועוד: החובה לכבד את אורחות חייהם של העותרים ולאפשר להם לקיים את מנהגייהם בהתאם לתרבותם אינה נובעת אך ורק מהחוק הבינלאומי ומדיני התפיסה הלוחמתית, אלא אף מדיניה הפנימיים של שיטת המשפט הישראלית - זכות זו עוגנה במגילת העצמאות וקיבלה משנה תוקף עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כבוד האדם כולל בהגדרתו את החופש של כל אדם לעצב את אישיותו, וכפועל יוצא לעצב ולשמר את תרבותו ואת אורח חייו (ראו אהרון ברק, **פרשנות חוקתית** 421 (תשנ"ד)). התביעה של קהילה להבטיח מסגרת שתשמר ותבסס את תרבותה ואת אורחות חייה, היא זו אשר תאפשר לשמר ולפתח את זהותם האישית של יחידה (וראו אייל בנבנישתי, "נפרד אבל שווה" בהקצעת מקרקעי ישראל למגורים", **עיוני משפט** כ"א 769, 777 (תשנ"ח)).

160. יתר על כן, בית המשפט כבר התייחס בעבר בצורך להכיר בקבוצות מובחנות, להן אורח חיים ייחודי, ואף לחובה לפעול על-מנת לשמר אורח חיים זה (ראו: בג"ץ 528/88 **אליעזר אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מג(4) 297, 304-305 (1989)).

161. העותרים ושאר תושבי הכפרים של מסאפר יטא מקיימים אורח חיים ייחודי, על-פי מסורת אבות אבותיהם. עד היום מתגוררים חלקם במערות שחצבו בני משפחתם, שלושה-ארבעה דורות לפניהם, ואוגרים מים בבורות שהם חפרו. העותרים מתפרנסים מגידול צאן ומחקלאות חרבה בשיטות מסורתיות ומקיימים חיים בסיסיים וקשיי יום בכפריהם, ללא חיבור לחשמל או מים. עקירתם של העותרים ממקומותיהם ומשורשיהם תפגע אנושות ביכולתם להמשיך ולקיים את אורחות חייהם ובכך תביא לפגיעה חמורה בנכסי תרבות יקרי ערך.

ה.3. הזכות לקניין פרטי

162. הזכות לקניין פרטי הינה אחת מזכויות הפרט הבודדות, אשר זכו להגנה נפרדת ונרחבת על-פי דיני הכיבוש. זכות זו, מוגנת בתקנה 46 לתקנות האג, לפיה ככלל, יש לכבד את רכושם הפרטי של התושבים. בפרט קובע הסעיף איסור על החרמה של רכוש כזה:

"Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected.

Private property cannot be confiscated."

163. איסור נוסף לפגיעה בזכות הקניין מופיע בסעיף 23(7) לתקנות האג:

"Art. 23. In addition to the prohibitions provided by special Conventions, it is especially forbidden:

...

(g) To destroy, or seize the enemy's property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war"

164. מסעיפים אלו עולה כי לתושבים מוגנים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית זכות מוגנת לקניינם, שעל הכח הכובש לכבד, אלא אם צרכים צבאיים מבצעיים מחייבים אחרת. לשאלת ההכרח הצבאי התייחסו באריכות לעיל בפרק ד. לטיעון המשפטי.

165. יש להדגיש, כי פיצוי על מניעת שימוש ברכוש או על הגבלת השימוש אינו מכשיר את הפגיעה בזכות ולא נותן כשלעצמו לכח הכובש רישיון לפגוע בזכות. כדי שהפגיעה בזכות תהיה מוצדקת עליה לעמוד בקריטריונים של המשפט הבינלאומי (ראו: דינשטיין, בעמ' 225).

166. הזכות לקניין ולהגנה על הקניין מפני פגיעה שרירותית מעוגנת גם בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם, היא מסמך היסוד של דיני זכויות האדם הבינלאומיים:

"1. Everyone has the right to own property alone as well as in association with others.

2. No one shall be arbitrarily deprived of his property."

(Universal Declaration of Human Rights, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc A/810 at 71 (1948))

167. הזכות זכתה למקום של כבוד גם בשיטתנו המשפטית. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ד-1992, אימץ נוסח מרחיב, לפיו "אין פוגעים בקנינו של אדם." כלומר, העיקרון הוא שכל אדם רשאי ליהנות מקניינו ללא התערבותם של אחרים, אלא אם הפגיעה עומדת בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד.

168. הגבלת שימוש משמעותית בקניינו של אדם יכולה לעלות כדי פגיעה בזכות הקניינית ממש, כפי שקבעה השופטת (כתוארה אז) בייניש בפרשת **מוראר**:

"משנמנעת, אפוא, מן העותרים הגישה לאדמות המהוות את קניינם, וכן נמנעת מהם האפשרות לטפל בגידולים החקלאיים השייכים להם, הרי שבכך מתבצעת פגיעה חמורה בזכותם לקניינם וביכולתם ליהנות ממנו"

(בג"ץ 9593/04 **ראשד מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון** (לא פורסם, ניתן ביום 26.6.06), פס' 14 לפסק דינה של השופטת בייניש)

169. מימוש עמדתו של המשיב 1 תהווה פגיעה ישירה בזכויות הקניין של העותרים. ראשית, על פי עמדת המשיב 1 העותרים יועתקו מבתיהם ומנכסיהם. שנית, קיומם של אימונים צבאיים בשטח הכפרים יפגע באדמותיהם הפרטיות בכפרים ובסביבותיהם. שלישית, נוסף על הפגיעה הפיזית באדמות, תוגבל משמעותית נגישותם לאדמות החקלאיות ולשטחי המרעה המשמשים אותם באופן אשר יפר את חובותיהם של המשיבים לכבד את ולהגן על זכותם של התושבים המוגנים לקניין.

170. הזכות לפרנסה הנה זכות יסוד, כיוון שהיא מהווה תנאי הכרחי לקיום בכבוד ולקיום בכלל. הזכות להתפרנס מעוגנת היטב במשפט זכויות האדם הבינלאומי והופיעה לראשונה בסעיף 23(1) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם:

"Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment"

171. הזכות להתפרנס והזכות לחופש העיסוק עוגנו בסעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966:

"The right to work... includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses and accepts..."

172. על הקשר בין הזכות להתפרנס לבין היכולת לממש זכויות יסוד נוספות ולהתקיים בכבוד, כתבה הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות של האו"ם בהערה 18:

"The right to work contributes at the same time to the survival of the individual and to that of his/her family, and insofar as work is freely chosen or accepted, to his/her development and recognition within the community... The right to work, as guaranteed in the ICESCR, affirms the obligation of States parties to assure individuals their right to freely chosen or accepted work, including the right not to be deprived of work unfairly. This definition underlines the fact that respect for the individual and his dignity is expressed through the freedom of the individual regarding the choice to work, while emphasizing the importance of work for personal development as well as for social and economic inclusion."

(UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 18: The Right to Work (Art. 6 of the Covenant)*, 6 February 2006, E/C.12/GC/18).

173. הזכות לפרנסה נובעת מהזכות לחופש העיסוק, ולפיכך מוגנת אף בשיטת משפטנו בחוק-יסוד: חופש העיסוק, התשנ"ב-1992. הגבלה של זכות זו פוגעת ביכולת לממש זכויות נוספות, כגון הזכות לקיום בכבוד, הזכות לדיור, הזכות חינוך, הזכות לחיי תרבות וכדומה.

174. בענייננו, הגבלת הגישה של התושבים לאדמותיהם פוגעת ביכולתם לעבד את אדמותיהם ולרעות את צאנם. אלו תחומי העיסוק של תושבי האזור וזוהי פרנסתם. על-כן, ההכרזה על השטח כשטח אש, פוגעת ישירות ביכולתם להתפרנס, וכנגזרת, לחיות בכבוד.

175. הזכות לחופש תנועה כוללת את הזכות לצאת מהמדינה ואת הזכות לנוע בתוך השטח. זכות זו היא הביטוי המרכזי לאוטונומיה של אדם, לבחירותיו החופשית ולמימוש יכולותיו וזכויותיו. צווי סגירה צבאיים בכללותם, יש בהם כדי לפגוע בחופש התנועה של האזרחים. על אחת כמה וכמה, יש בהם כדי לפגוע בחופש התנועה של האוכלוסייה האזרחית באזור.

176. זכות זו מעוגנת היטב הן במשפט הבינלאומי המנהגי הן במשפט הישראלי. ראו סעיף 12(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות:

"Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence"

כן ראו סעיף 2 לפרוטוקול 4 לאמנה האירופית לזכויות האדם 1950, וסעיף 13 להכרזה לכל באי בעולם בדבר זכויות האדם 1948.

177. על אודות מעמדה של הזכות לחופש תנועה בפסיקה הישראלית ראו דבריה של השופטת (כתוארה אז) ביניש:

"חופש התנועה הוא מזכויות היסוד של האדם והוכר במשפטנו הן כזכות יסוד העומדת על רגליה היא... הן כזכות הנגזרת מן הזכות לחירות... כמו כן יש הגורסים כי חופש זה אף נגזר מכבוד האדם... חופש התנועה מוכר כזכות יסוד גם במשפט הבינלאומי. חופש התנועה הפנים־מדינתית מעוגן בשורה ארוכה של אמנות והכרזות בין־לאומיות בדבר זכויות אדם... ונראה כי הוא מעוגן גם במשפט הבינלאומי המינהגי"

(בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736, 754-755 (2005))

178. ההכרזה על שטח אש 918 מגבילה את חופש התנועה של תושבי האזור, ומונעת מהם גישה לבתייהם ולאדמותיהם. כפועל יוצא של הגבלה זו, נפגעת לא רק הזכות לחופש תנועה, אלא אף הזכות לדיור, הזכות לפרנסה והזכות לכבוד. יתרה מכך, יש לתת משקל רב לזכות לחופש תנועה, כאשר המגבלות המוטלות עליה נוגעות לשטחים הפרטיים של התושבים. וראו לעניין זה דבריה של השופטת (כתוארה אז) ביניש בפרשת **מוראר**, אשר עניינה הגבלת הגישה של תושבים פלסטיניים לאדמותיהם החקלאיות:

"חשוב להדגיש כי בענייננו, אין מדובר בתנועה של תושבים פלסטינים באזורים בלתי מסוימים ברחבי יהודה ושומרון, אלא בגישה של התושבים לאדמות השייכות להם. בנסיבות אלה, כאשר התנועה מתבצעת במרחב פרטי, יש ליתן משקל רב במיוחד לזכות לחופש תנועה ולצמצם למינימום את המגבלות המוטלות עליה. ברור, כי יש לבחון מגבלות המוטלות על חופש התנועה במרחב הציבורי באופן שונה ממגבלות המוטלות על חופש התנועה של אדם בתוך המתחם הקשור לביתו שלו ואין דינן של הראשונות כדינן של האחרונות."

(פרשת **מוראר**, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ביניש)

179. והדברים יפים שבעתיים בענייננו, בו הגבלות התנועה לא רק שינתקו את התושבים מאדמותיהם הפרטיות, אלא אף מבתיהם. ברי, כי הגבלות התנועה החמורות הנזרות מעמדת המשיבים מהוות, על פי כל קריטריון, פגיעה חמורה ביותר בחופש התנועה של העותרים (ראו פרשת **עיריית בית לחם**, עמ' 757-758).

ו. היעדר סבירות ומידתיות

180. ההכרזה על שטח אש 918, ובפרט עמדתו של המשיב 1 כפי שהוצגה בהודעת המשיבים מיום 19.7.12, אינה סבירה ואינה מידתית. בבואו להפעיל את שיקול הדעת הנתון לו, חובה על המפקד הצבאי לאזן בין האינטרסים הצבאיים הלגיטימיים של כוחותיו לבין חובותיו להגן על האוכלוסייה המוגנת ולפעול לרווחתה.

181. לטענת העותרים נפלו פגמים חמורים בהפעלת שיקול דעתו של המשיב 1; פגמים היורדים לשורשו של עניין. ראשית, כיוון שהאינטרס הביטחוני המנחה את עמדתו אינו מסוג האינטרסים הצבאיים הלגיטימיים שהמפקד הצבאי רשאי לשקול (ראו דיון לעיל בפרק ד. לטיעון המשפטי), ושנית, משום שעמדת המשיב 1 אינה מביאה כלל בחשבון שיקולים הנוגעים לטובת האוכלוסייה המוגנת, ובוודאי שאינה מייחסת להם את המשקל הראוי. המשיב 1 לא שקל את הפגיעה הקשה והיומיומית בזכויותיהם של העותרים, ותושבי השטח ככלל, שנגרמת להם כתוצאה מההכרזה על שטח האש ואשר תוחרף שבעתיים אם תמומש הכוונה לקיים אימונים באש חיה בחלקו הגדול של השטח. המשיבים אף לא טרחו לקיים הליך בירור מסודר לבחינת משמעויות סגירת השטח עבור תושבי האזור, וממילא לא אפשרו לתושבים לטעון כנגד צו סגירת השטח או צווי הפינוי. לאור כל זאת, סבורים העותרים כי עמדתו של המשיב לוקה בחוסר סבירות קיצוני, אשר מחייב את התערבותו של בית המשפט הנכבד.

182. זאת ועוד: תנאי נוסף לחוקיות הפגיעה בזכויות האוכלוסייה המקומית הוא, כי הפגיעה תהיה מידתית (וראו פרשת **בית סוריק**, בעמ' 836). משראינו כי פעולות המשיבים פוגעות בצורה קשה וחמורה בזכויות יסוד בעלות מעמד בכורה, הן במשפט הבינלאומי הן במשפט הישראלי – מוטל הנטל על המשיבים להוכיח שהאמצעי שנבחר מטעמם, משמע גירוש תושבי 8 הכפרים, הינו מידתי.

183. כבר במבחן המידתיות הראשון – קשר רציונאלי בין המטרה לאמצעי – מתעורר קושי, שכן למרות שבעיקרון ישנו קשר רציונאלי בין הצורך באימונים צבאיים לבין האמצעי של סגירת שטח, בענייננו השטח שנסגר הוא בתוך אזור שבתפיסה לוחמתית ואילו הצורך באימונים נוגע למשימות שמחוץ לאזור זה.

184. גם מבחן המידתיות השני אינו מתקיים כאן, שכן המשיבים לא הראו שבחנו חלופות לשטח האש המדובר ועל כן לא הרימו את הנטל לבחון אפשרויות למימוש מטרותם שפגיעתן פחותה ולבחור באמצעי בעל הפגיעה הקטנה ביותר מבין קשת האפשרויות.

185. יצוין, כי במהלך התקופה של 13 השנים, מאז הגשת העתירה הראשונה ועד היום, ולאור צו הביניים אשר ניתן בשנת 2000, מצאו המשיבים אזורים אחרים להתאמן בהם. לא זו אף זו, המשיבים הם אלו אשר דחו את הכרעת העתירה שוב ושוב, כאשר המשמעות של דחייה זו הינה השלמה משתמעת עם מגורי התושבים באזור ומניעת האפשרות לבצע אימונים בשטח האמור. מכך ניתן להסיק, כי ישנן חלופות אפשריות ואף סבירות, אשר נוצלו במהלך 30 השנים שחלפו מאז הוכרז שטח האש, בפרט ב-13 השנים מאז הוגשה העתירה המקורית.

186. לבסוף, לפי המבחן השלישי, יש לבחון האם נקיטת האמצעי הנדון תעמוד ביחס ראוי לתועלת שתצמח מהפעלתו. קרי, צריך להתקיים איזון סביר בין הצרכים של הכלל לבין הפגיעה בפרט (פרשת **בית סוריק**, בעמ' 850). לענייננו, צריך להתקיים איזון סביר בין הצורך הביטחוני הכללי לבין הפגיעה בזכויות היסוד של העותרים. את האיזון הזה יש לערוך על רקע המבנה הנורמטיבי של המשפט הבינלאומי ההומניטארי, המעניק הגנות מיוחדות לתושבים המקומיים ומדגיש את חובתו של הכח הכובש להבטיח את צורכיהם ואת רווחתם.

187. עקירת העותרים מבתייהם ומאדמותיהם, כפי שפורט לעיל, מהווה פגיעה חמורה ביותר, מן החמורות שקיימות, במגוון זכויותיהם של העותרים. פגיעה זו אינה פרופורציונאלית לתועלת אשר תצמח מסגירת השטח לאימונים צבאיים, שכלל אינם קשורים לשטח הכבוש.

לפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפכו למוחלט.

היום, 16 בינואר 2013

תמר פלדמן, עו"ד
ב"כ העותרים