

**חוות דעת מומחים**  
**בעניין עתירתם של תושבי הכפרים שבשטח אש 918**  
**כנגד הכוונה לפנותם מבתיהם**

אנו הח"מ נתבקשנו על ידי האגודה לזכויות האזרח בישראל לתת חוות דעת מומחה בעניין חוקיות פינויים של תושבי הכפרים הפלסטיניים שבשטח אש 918 ובדבר חוקיות ההכרזה על האזור כשטח אש. חוות דעת זו מבוססת על הוראות המשפט הבינלאומי.

**א. רקע**

כרקע לחוות דעתנו, נציין את עיקרי העובדות הנוגעות לעניין כפי שנמסרו לנו:

חוות דעת זו מתייחסת לאזור גיאוגרפי המשתרע על פני כ-33,000 דונם באזור הסמוך לעיר יטא שבדרום הר חברון, אשר הינו חלק מתא שטח גדול יותר המכונה "מסאפר יטא". באזור זה שוכנים 12 כפרים היסטוריים, בהם מתגוררים כיום כ-1,300 תושבים פלסטינים. לפחות שליש מהשטח הוא אדמות פרטיות, על פי המיפוי של המינהל האזרחי.

בראשית שנות ה-80 של המאה הקודמת הכריז המפקד הצבאי על השטח שמדרום מזרחית לעיר יטא שבדרום הר חברון כשטח אש שמספרו 918. ההכרזה חודשה בתחילת שנות ה-90 ושוב במאי 1999. לאחר חידוש אחרון זה, חילק צה"ל צווי פינוי לפלסטינים שהתגוררו באזור והורה להם לעזוב את מקומותיהם. חלק מהתושבים פונו בכח על ידי כוחות הצבא ובסך הכל כ-700 פלסטינים גורשו מהאזור.

עקב כך הוגשו שתי עתירות לבג"ץ: האחת על ידי עורכי דין מהאגודה לזכויות האזרח בשם 117 עותרים (בג"ץ 517/00) והשנייה על ידי עו"ד שלמה לקר בשם 82 עותרים (בג"ץ 1199/00). הדיון בשתי העתירות אוחד ולבקשת העותרים ניתן צו ביניים אשר הורה להשיב את המצב לקדמותו ולאפשר לתושבי הכפרים שבשטח האש לחזור לבתיהם, לעבד את שדותיהם ולרעות את צאנם. בית המשפט קבע בצו הביניים שיש לשמור על הסטטוס קוו עד לקבלת החלטה אחרת בעניין.

בשנת 2012, לאחר שנים רבות בהן ההליכים היו רדומים, חידש בית המשפט את הדיונים וביקש את עמדת משרד הביטחון. עמדה זו הוגשה לבית המשפט ביולי 2012 ולפיה שר הביטחון עומד על הצורך ברובו של שטח האש ודורש את פינויים של תושבי הכפרים שבתוכו, כ-1,000 במספר לפי נתוני האגודה לזכויות האזרח. הצו בדבר הוראות ביטחון אינו מתיר הוצאה של תושבים קבועים מאזור המוכרז שטח צבאי סגור, אולם לטענת המשיבים תושבי האזור אינם תושבים קבועים ועל כן אין מניעה לסלקם (טענה אותה העותרים דוחים). עוד לפי עמדת שר הביטחון, חלק קטן משטח האש ובו מיעוט התושבים שבאזור, יהפוך לשטח אש לא פעיל, כלומר שלא יתקיימו בו אימונים באש חיה, ויתאפשרו בו מגורי קבע, בכפוף לחוקי התכנון והבנייה שחלים בשטח C.

על פי הודעת המדינה מיולי 2012, שטח אש 918 חיוני לצורך שמירת הכשירות הכללית של צה"ל, במיוחד לאור הפקת הלקחים מהמלחמה בלבנון ב-2006, ובהתחשב בתוואי השטח הייחודי המצוי בו. המשיבים לא הצביעו על צורך צבאי ספציפי הרלוונטי לשטח שבתפיסה לוחמתית.

בעקבות הודעת המדינה נתן בית המשפט פסק דין המורה על עתירת המחיקות, תוך שהוא מאפשר לעותרים להגיש עתירות חדשות נגד עמדת שר הביטחון כפי שהובאה בהודעה מיולי 2012.

## **ב. היבטים המשפטיים**

1. האזור המדובר בדרום הר חברון, אשר הוגדר על-ידי הצבא כשטח אש 918, הוא אזור הנתון לתפיסה לוחמתית עליו חלים כללי המשפט הבינלאומי שעניינם תפיסה לוחמתית ובכללם תקנות האג משנת 1907 (להלן – תקנות האג), אמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה משנת 1949 (להלן אמנת ז'נבה), והפרוטוקול המשלים הראשון לאמנות ז'נבה משנת 1977 (להלן – הפרוטוקול). ישראל אינה צד לתקנות האג, אך אלה מוכרות כמשפט מנהגי ולכן מחייבות את ישראל וחלות גם במשפט הפנימי. ישראל צד לאמנת ז'נבה. סעיף 49 ו-53 לאמנת ז'נבה, וכן סעיפים 46 ו-52 לתקנות האג מקובלים בקרב מדינות ובפסיקה הבינלאומית כמשקפים משפט מנהגי ולכן חלים גם במשפט הישראלי הפנימי. ישראל אינה צד לפרוטוקול אך ההוראות בהן תדון חוות דעתי מקובלות כמשקפות משפט מנהגי ולכן אף הן חלות במשפט הישראלי.

לפירוט ההתנהגות העקבית של המדינות ופסיקות בתי המשפט הלאומיים והבינלאומיים בהקשר הרלוונטי לנושא העתירה ראו

International Committee of the Red Cross (ICRC), Practice Relating to Rule 129. The Act of Displacement

[http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule129](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule129)

### **ב.1. העברה בכפייה של אוכלוסיה מוגנת**

2. סעיף 49(1) לאמנת ז'נבה 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."

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

3. לא רק שהאיסור עצמו הוא מנהגי, אלא שהסנקציה על הפרתו, שהיא סנקציה עונשית, גם היא מנהגית. הפרה של סעיף 49(1) מהווה הפרה חמורה של אמנת ז'נבה על פי סעיף 147 לאמנת ז'נבה, והינה אחת מהעבירות הנתונות לסמכותו של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג על פי סעיף 8(2)(a)(vii) לחוקת ה-ICC (International Criminal Court) (אמנת

Rome Statute of the International Criminal Court, 1998, U.N. Doc. 2187 - רומא -  
 U.N.T.S. 90, *entered into force* July 1, 2002. (להלן חוקת ה-ICC).

4. סעיף 49(1) לאמנת ז'נבה מתייחס לכל העברה של אוכלוסייה מוגנת ממקום הימצאה, בין אם מדובר על העברה ("transfer") בתוך השטח הכבוש, בין אם על העברה אל מחוצה לו ("deportation"). כך עולה במפורש מדברי ההסבר (travaux preparatoire) של אמנת ז'נבה.

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

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

בית הדין הפלילי בעניין יוגוסלביה (ICTY), כאשר נאלץ להתמודד עם פרשנות סעיף 49(1), קבע מפורשות כי הסעיף מתייחס לשני מצבים אסורים: המושג "Deportation" מתייחס לגירוש אוכלוסייה אל מחוץ לגבולות השטח הכבוש, בעוד שהמושג "Forcible Transfer" מתייחס להעברה כפויה של אוכלוסייה בתוך השטח הכבוש. בית הדין הדגיש כי העיקרון שקובע הסעיף הוא איסור מוחלט על כל סוג של הרחקה של תושבים מוגנים (Protected Persons) ממקומותיהם ותכליתו להגן על האוכלוסייה מפני ההשלכות החמורות שיש לגירוש – כל גירוש של אדם מביתו, בין אם מדובר בתוך גבולות המדינה או מחוצה לה. וכך נאמר:

"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.

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

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

6. האיסור הוא מוחלט ללא חריגים והוא אינו מותנה בתושבות קבע של התושבים במקום. האיסור אינו כולל קריטריונים ספציפיים אשר מגדירים מיהם התושבים הנהנים מהגנה לפי סעיף זה. הם בודאי לא צריכים להיחשב "תושבי קבע" לפי הגדרות צווי המפקד הצבאי, שהרי אילו זה היה המצב, המפקד הצבאי היה יכול בעקיפין – למשל, על ידי חקיקת הוראות בנושא תכנון ובנייה או כל דין אחר שהיה מסווג את התושבים כארעיים או לא חוקיים מכל סיבה שהיא – להתיר את מה שאסור לו לעשות במישרין. לא זו אף זו, מנוסח סעיף 249(2), ניתן ללמוד כי נקודת ההתייחסות של הסעיף הינה למקום שניתן לראותו כמקום של מגורי קבע ממנו התושבים מפונים, שהוא אותו מקום המשמש להם בפועל "בית". וזהו נוסח הסעיף:

"Persons thus evacuated shall be transferred back to their **homes** as soon as hostilities in the area in question have ceased." (emphasis added)

7. **פינוי** של תושבים מוגנים, להבדיל מהעברה, מותר לפי ס' 249(2) בשני מצבים: המצב הראשון והעיקרי הינו במקרים בהם מתרחשים קרבות באזור האמור, והמצב הביטחוני באזור זה מהווה סכנה לתושבים עצמם – על-כן, יש לפנותם על-מנת לדאוג לביטחונם. המצב השני הינו במקרים בהם ישנו צורך צבאי הכרחי זמני אחר. גם במידה וישנו צורך צבאי הכרחי, יש לדאוג כי פינוי התושבים יהווה אמצעי זמני, כך שברגע שישתיים, התושבים המוגנים יוחזרו אל בתיהם. וכך כתב ז'אן פיקטה, בקומנטר של הצלב האדום:

"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.

((J.S. Pictet Commentary: IV Geneva Convention – Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, pp. 281 (להלן: (פיקטה או "קומנטר הצלב האדום"))

See ICRC commentary, available at:

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

8. מדברי ההסבר ניתן ללמוד על הרציונאל שעומד מאחורי סעיף 249(2) – מדובר על חריג לכלל, לפיו אך ורק לצרכים צבאיים **מבצעיים דחופים וזמניים**, ניתן לפנות אוכלוסיה מוגנת

ממקום מושבה, וגם זאת באופן זמני ותוך הבטחת זכותם של המועברים לחזרה מיד בסיום הקרבות באזור. כלומר, ניתן לפנותם רק כאשר שהותם של התושבים במקום מסכלת את הפעילות הצבאית במהלך העימותים.

9. על פי האיסור המוחלט על העברה בכפייה שבס' 149(1), במצבים שאינם מצבי לחימה בפועל, שיקולים ואילוצים שאינם קשורים לביטחון האזרחים המוגנים המועברים, או לצרכים צבאיים הכרחיים ומידיים, לא יכולים לשמש בסיס ל"איזון" אל מול זכותם המוחלטת של האזרחים המוגנים להישאר במקומם.

המוחלטות של האיסור נובעת מההיסטוריה האפלה של מלחמת העולם השנייה, בה רווחו תופעות הגירוש מסיבות מגוונות. כפי שמזכיר פיקטה בקומנטר של הצלב האדום:

"These mass transfers took place for the greatest possible variety of reasons, mainly as a consequence of the formation of a forced labour service. The thought of the physical and mental suffering endured by these "displaced persons", among whom there were a great many women, children, old people and sick, can only lead to thankfulness for the prohibition embodied in this paragraph, which is intended to forbid such hateful practices for all time." (פיקטה, בעמ' 279)

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

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

על כך ראו את פסיקתו העקבית של ה-ICTY:

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

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

וכן:

519. Transfers motivated by an individual's own genuine wish to leave, are lawful. In determining whether a transfer is based on an individuals [sic] "own wish" the Chamber is assisted by

Article 31 of the Geneva Convention IV. It provides for a general prohibition of physical and moral coercion covering pressure that is direct or indirect, obvious or hidden and further holds that this prohibition “applies in so far as the other provisions of the Convention do not implicitly or explicitly authorise a resort to coercion”. The jurisprudence of the Tribunal also supports that the term ‘forcible’ should not be restricted to physical coercion. [...] The determination as to whether a transferred person had a “real choice” has to be made in the context of all relevant circumstances on a case by case basis. Forcible transfer is the movement of individuals under duress from where they reside to a place that is not of their choosing.

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

וגם :

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

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

במקרה אחר מזכיר בית הדין פעולות כגון פיטורים מעבודה, חיפושים בבתים וניתוק הבתים ממים, חשמל וטלפון כחלק ממהלך של יצירת תנאי מחייה קשים עבור התושבים, שנועדו לגרום לאנשים לעזוב את בתם, דבר העולה כדי העברה כפויה האסורה כאמור לעיל (ראו ICTY, Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Case No. IT-00-39-T, Trial Chamber (I, Judgment, (2006), para. 729).

12. חוקת ה-ICC מתייחסת כאמור אף היא לאיסור על העברה בכפייה ועל גירוש של תושבים מוגנים. על פי חוקת ה-ICC, כדי להקים את היסוד הנפשי של העבירה אין צורך בכוונה לגרום לגרוש, אלא די בידיעה לגבי תוצאה צפויה שכזו.. סעיף 30 לחוקת ה-ICC קובע:

1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.

2. For the purposes of this article, a person has intent where:  
i. In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;

- ii. In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.
- 3. For the purposes of this article, "knowledge" means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly.

ראו גם :

The ICC Elements of Crime, Article 8 (2) (a) (vii)-1: War crime of unlawful deportation and transfer, para. 3: "The perpetrator was aware of the factual circumstances that established that protected status."

## **2.ב. שימוש במשאבי הקרקע של השטח הכבוש לצורכי אימונים צבאיים**

13. הוראות הדין הבינלאומי, אשר קובעות את ההסדרים הנוגעים לתפיסת מקרקעין בשטח כבוש, הן שילוב של סעיפים 46 ו-52 לתקנות האג, וכן סעיף 53 לאמנת ז'נבה. בבג"ץ **בית סוריק** נדון הנושא בהרחבה, ונקבע כי על-מנת להכריע בנושא תפיסת מקרקעין, יש לערוך איזון כפי שעולה מסעיפים אלו, בין זכויות האדם והצרכים של האוכלוסייה המקומית לבין צורכי הביטחון מנקודת ראותו של המפקד הצבאי (בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5) 807, 835 (2004)).

14. סעיפים 46 ו-52 לתקנות האג, וכן סעיף 53 לאמנת ז'נבה, קובעים שורה של איסורים ומגבלות לגבי השימוש, ההחרמה וההחרבה של רכוש פרטי או ציבורי של האויב. תולדת איסורים אלו בעיקרון הבסיסי שחלש עד המאה ה-19 לפיו *War must support war*. על פי אותו עקרון, הצד שניגף בקרב חייב לפצות את המנצח על עלויות הלחימה. מובן שעקרון זה איבד את אחיזתו כבר בשלהי המאה ה-19. מאותה תקופה, כללי המשפט הבינלאומי, ובפרט תקנות האג, קבעו הסדרים מתקדמים יותר בנוגע לסוגיה זו. כפי שנכתב בספרו של המלומד אופנהיים (בעריכת לאוטרפכט):

"The Hague Regulation made a progressive settlement of the question by enacting rules which put it on a wholly new basis. That war must support war remains a principle under these Regulations also. But they were widely influenced by the demand that the enemy State as such, and not the private enemy individuals, should be made to support the war, and that only so far as the necessities of war demanded it, should contributions and requisitions be imposed."

Oppenheim, International Law – A Treatise, 7th edition, edited by Hersch Lauterpacht, Vol. II, Disputes, War and Neutrality, London, 1952, p. 409 ("אופנהיים")

סעיף 52 לתקנות האג הגביל את העקרון האמור וקבע באופן חד משמעי כי ניתן לעשות שימוש ברכוש של אזרחי האויב רק במקרים בהם הוא זרוש לצרכים צבאיים של הצבא הכובש:

"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."

ספרו של אופנהיים, בפרשנותו לסעיף זה, מדגיש כי הצרכים הצבאיים צריכים שיהיו של הצבא הכובש בשטח הכבוש, ולא של צבא המדינה הכובשת באופן כללי:

"According to Article 52 of the Hague Regulations, requisitions may be made from municipalities as well as from the inhabitants, but so far only as they are really necessary for the army of occupation. They must not be made in order to supply the belligerent's general needs."

(אופנהיים, בעמ' 410)

15. כפי שעולה מדבריו של אופנהיים, תכלית התנאי שנוגע לצורך הצבאי הספציפי הינה לאפשר לצבא הכובש לספק את צרכיו המידיים לקיום על-ידי שימוש במשאבי השטח הכבוש, וזאת בעתות מלחמה, אז כוללים הצרכים דברים כמו: מזון, מקום לינה, בגדים, אמצעי תחבורה וכדומה (אופנהיים, בעמ' 410).

16. פרשנות דומה ניתנה לסעיף בפסק הדין בפרשת *Krupp*, במסגרת משפטי נירנברג:

"As all authorities are agreed, the requisition and services which are contemplated and which alone are permissible, must refer to the needs of the Army of occupation... All authorities are again in agreement that the requisition in kind and services referred in article 52, concern such matters as billets for the occupying troops and the occupation authorities, garages for their vehicles, stables for their horses, urgently needed equipment and **supplies for the proper functioning of the occupation authorities, food for the army of occupation**, and the like."

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

17. פרשנות מקובלת זו מתייחסת לצורך צבאי זמני בעיתות מלחמה כאשר הצורך הוא צורך ישיר ומידי של הצבא הכובש ואינה מאפשרת שימוש במשאבים פרטיים כדבר שבשגרה או כאשר הצורך הוא של הצבא שאינו קשור למשימת הכיבוש.



18. התייחסות לצורך הצבאי הנדרש לפי תקנה 52 לתקנות האג מופיעה אף בפסיקה הישראלית בקובעה כי הצורך הצבאי, אליו מתייחסות תקנות האג, אינו כולל צרכי ביטחון כלליים של המדינה הכובשת. כך למשל, נקבע בבג"ץ 390/79 **דויקאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(1) 1 (1979):

"...אבל השאלה החוזרת ועומדת לפני בית-משפט זה בעתירה זו, היא אם השקפה זו מצדיקה נטילת קניינו 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 שהזכרתים זה עתה.**"

(פסק דינו של השופט לנדוי, בעמ' 17).

19. הדרישה שהצורך הצבאי יתייחס לצורך של הצבא בשטח המוחזק בלבד עולה גם מתקנה 43 לתקנות האג שמתווה את העקרון הבסיסי של דיני התפיסה הלוחמתית בדבר היקף הסמכויות של הכוח הכובש. כך עולה גם מפסיקתו של בית המשפט העליון:

"אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו... אפילו צורכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב..."

(בג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון**, פ"ד לז(4) 794, 785 (1983))

20. מלבד התנאי הראשון, לפיו על השימוש הזמני במשאבי האויב לשרת את הצבא הכובש לצרכים מבצעיים מיידיים ובאופן זמני בלבד, ישנם ארבעה תנאים נוספים ומצטברים: על השימוש במשאבים להיות פרופורציונאלי למשאבים של השטח הכבוש, אסור השימוש שיעשה יאלץ את התושבים המקומיים לקחת חלק בלחימה נגדם, רק המפקד הצבאי רשאי להתיר שימוש במשאבי אויב, וצריך להינתן בגינם פיצוי הולם.

21. מחובת הפיצוי, אשר מופיעה כתנאי אחרון בסעיף, ניתן ללמוד כי ככלל על הצבא הכובש חל איסור להחרים (to appropriate) רכוש פרטי של תושבים מוגנים של השטח הכבוש. סעיף 46 לתקנות האג קובע איסור זה מפורשות. וזהו נוסח הסעיף:

"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)

22. האיסור המוחלט מתייחס כאמור רק **להחרמה** (Confiscation) של רכוש פרטי, לצרכים צבאיים הכרחיים בעת לחימה, ולא **לשימוש זמני** (Requisition) ברכוש. אפשרות השימוש הזמני ברכוש נועדה למקרים כגון שימוש במבנים של תושבי המדינה האויבת והפיכתם לבתי חולים, בסיסים צבאיים וכדומה (**אופנהיים**, בעמ' 404).

23. לצד המגבלות על הפקעה של רכוש האויב ועל שימוש בו לפי סעיפים 46 ו-52 לתקנות האג, קובע סעיף 53 לאמנת זינבה איסור מפורש על החרבת רכוש האויב, בין אם מדובר ברכוש

פרטי ובין אם מדובר ברכוש ציבורי. האיסור הוא כולל, למעט במקרים בהם קיים צורך צבאי הכרחי בהחלט. וזו לשון החוק:

"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."

24. לפי לשון הסייג, יש לפרשו באופן צר כדברי פיקטה:

"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, עמ' 302)

25. יוער, כי הסעיף מתייחס להחרבה של רכוש אשר נמצא בתוך השטח הכבוש, ומתבצע על-ידי הכוח הכובש, לעומת סעיף 7)23 לתקנות האג אשר אוסר על החרבה של כל רכוש אשר נמצא בשטח המלחמה, ולא רק בשטח הכבוש עצמו (פיקטה, עמ' 301). כלומר, ההגנה הניתנת בסעיף 53 לאמנת ז'נבה היא צרה יותר מההגנה הניתנת בסעיף 7)23 לתקנות האג.

## ג. החלת הדין בנושא השימוש בקרקע על עובדות המקרה

### 1. החלת הוראות סעיף 49 לאמנת ז'נבה על עובדות המקרה

26. בהתבסס על כתבי בית-הדין בבג"ץ 517/00 הן מטעם העותרים (תושבי הכפרים שבשטח אש 918), הן מטעם המשיבים (שר הביטחון ואחרים), אין חולק כי בסוף שנת 1999 קיבלו העותרים תושבי 12 הכפרים, צווי פינוי בשל "מגורים בלתי חוקיים בשטח אש". בעקבות זאת הועברו בכפייה למעלה מ- 700 תושבים, חלקם בכוח פיסי ממש, תוך כדי הריסת בתים ובורות מים והחרמת רכוש. משמעות פינויים של העותרים מכפריהם אשר מצויים באזור דרום הר חברון, הינו "העברה בכפייה" של תושבים מוגנים כמשמעותה בסעיף 49(1) לאמנת ז'נבה. אין חולק כי ההעברה נעשתה תוך הפעלה של כוח ישיר.

27. האיסור על העברה בכפייה של תושבים מוגנים, כפי שפורט לעיל, חל על העברה בתוך השטח הכבוש ומחוצה לו. איסור זה הוא מוחלט, מלבד הסייג המופיע בסעיף 49(2) ומתייחס למקרים חריגים בלבד.

28. כפי שפורט לעיל, הסעיף קובע איסור מפורש על כל העברה של תושבים מוגנים ממקום הימצאם, וזאת לאור ההשלכות הקשות של גירוש אדם מביתו. הסעיף אינו מפרט מיהם אותם תושבים מוגנים עליהם הוא חל, אך בוודאי שאינו מצביע דרישה כי אותם תושבים מוגנים צריכים להיות בהכרח "תושבי קבע" כהגדרתם בצו בדבר הוראות ביטחון.

29. תושבי הכפרים שבשטח אש 918, מעידים כי שם נמצא ביתם. בשטח האמור נמצאים הכפרים ונמצאת הקהילה. שם נמצאת גם פרנסתם - הם מעבדים את אדמותיהם ורועים את צאנם. במילים אחרות, זהו בפועל ביתם ממנו אסור לפנותם.

30. בהתייחס לסייג המופיע בסעיף 49(2), אשר מתיר פינוי זמני של תושבים במצבי חירום, במקרה שלפנינו, ברור כי פינוי תושבים לא נועד להגנתם מפני קרבות וכן כי שהותם אינה מונעת קיום של מבצעים צבאיים, שהרי לא זה הצורך לשמו מבקשים המשיבים את פינוי העותרים וממילא לא מתקיים כעת עימות מזוין בגדה המערבית, ובפרט באזור המדובר. אי לכך, החריג שבסעיף 49(2) אינו מתקיים בענייננו.

### 2. החלת הדין בנושא השימוש במשאבי קרקע על עובדות המקרה

31. השטח המוגדר כשטח אש 918 משתרע על פני כ- 30,000 דונם - חלקם אדמות פרטיות, וחלקם אדמות סקר. הגבלת השימוש בשטח, מכוח ההכרזה על השטח האמור כשטח אש, הינה הפרה של הדין הבינלאומי מהטעם שיפורט להלן.

32. כפי שהוסבר לעיל, לפי סעיף 52 לתקנות האג, שימוש ברכוש האויב מותר אך ורק בתנאי שהוא נעשה לצורך צבאי של הצבא הכובש עצמו, כלומר לצורך צבאי שקשור לפעילותו של הצבא הכובש בשטח הכבוש ולא לצרכים כלליים של המדינה הכובשת.

33. עמדת המדינה, כפי שמבוטאת בהודעת המשיבים מיום 19.7.2012, הינה כי הצורך הצבאי הדרוש לשימוש בשטח האש הספציפי, הינו לצורך אימונים כלליים, אשר אינם אימונים

הנוגעים לצרכי הלחימה בשטח הכבוש. בהודעה נכתב כי מאז שנת 2006, ובעקבות מלחמת לבנון השנייה, נחשפה נקודות תורפה בכשירות צבא היבשה. לכן, השטח המדובר אמור לשמש לאימונים אשר נוגעים ללחימה מהסוג הנדרש במלחמת לבנון, וזאת בניגוד לסוג הלחימה בשטח הכבוש (סעיף 12 להודעת המשיבים).

34. פרשנות מרחיבה של התקנה, לפיה ישנו היתר לשימוש במשאבי הקרקע של השטח הכבוש, ובפרט בקרקע פרטית, לביצוע אימונים צבאיים לצרכי ביטחון כלליים של המדינה הכובשת, אינה מתקבלת על הדעת בשל הנימוקים שפורטו לעיל, ואף נדחתה על-ידי בית המשפט במספר מקרים בהם דנו בהפקעת קרקעות בשטח כבוש, הכל כפי שפורט לעיל (פסקאות 19-18 לפרק ב.2).

35. בנוסף, כיוון שמדובר על שטחים נרחבים של עשרות אלפי דונמים, ספק רב אם השימוש בהם עומד בתנאי היחסיות ביחס למשאבי השטח הכבוש, וגם מסיבה זו השימוש בשטח אינו מקיים את תנאיו של סעיף 52 לתקנות האג.

36. יתר על כן, מניעת נגישות ושימוש סביר ברכוש הפרטי של התושבים המוגנים עשויה לעלות כדי החרמה של רכוש פרטי, האסורה באופן קטגורי על ידי סעיף 46 לתקנות האג. המשיבים הציעו לאפשר לתושבים גישה לשטח בסופי שבוע, בחגים ובשתי תקופות בנות חודש כל אחת, לטובת עיבוד האדמה. אולם בהסדר כזה תימנע ראשית באופן מוחלט האפשרות של התושבים להתגורר בבתיהם, שנית תימנע היכולת לרעות צאן באופן שגרת, ושלישית תיפגע האפשרות לעבד את האדמה בצורה גמישה כמתחייב מאופייה של חקלאות הבעל באזור.

37. ולבסוף, השימוש בשטח כשטח אש עלול לגרום נזק רב לאדמות באזור, עד כדי החרבתן, וזאת בניגוד לסעיף 53 לאמנת ז'נבה, האוסר על החרבת רכוש, אלא אם הדבר הכרחי בהחלט לצרכים צבאיים. כלומר, לשון הסייג בסעיף זה מצמצמת אפילו יותר מזו של סעיף 52 לתקנות האג. אם סייג הצורך הצבאי אינו מתקיים לגבי סעיף 52 לתקנות האג, על אחת כמה שאינו מתקיים כאן.

38. על כן, כל עוד לא ניתן לקבוע כי סגירת השטח לצורך אימונים צבאיים משרתת צורך צבאי הכרחי, מיידי וזמני של הצבא הכובש בהתאם לנדרש על פי הדין הבינלאומי, השימוש בשטח עומד בניגוד להוראות הסעיפים 46 ו-52 לתקנות האג, וכן לסעיף 53 לאמנת ז'נבה.