

- העותרים : 1. יאסר מחמוד מוחמד אבו אלכבאש, ת"ז -----
2. וליד סלימאן אפריג אבו אלכבאש, ת"ז -----
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל, ע"ר 580011567

ע"י ב"כ עוה"ד רוני פלי ו/או דן יקיר ו/או אבנר פינצ'וק
ו/או עודד פלר ו/או שרון אברהם-ויס ו/או גיל גן-מור
ו/או עביר גיוראן דכוור ו/או משכית בנדל ו/או טל חסין
ו/או אן סוציו ו/או רגד ג'ראיסי ו/או סנא אבן ברי
ו/או ספיר סלוצקר עמראן

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 6515417
טל': 03-5608185 ; פקס: 03-5608165 מייל: roni@acri.org.il

- נ ג ד -

- המשיבים : 1. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון
2. ראש המינהל האזרחי

באמצעות פרקליטות המדינה, משרד המשפטים,
רח' צלאח אל-דין 29, ירושלים 97110
טל': 02-6466463, פקס: 02-6467011

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יימנע מפינוי העותרים ושאר תושבי חירבת חומסה בבקעת הירדן, 98 תושבים מתוכם כ-56 ילדים, מבתיהם, לטובת אימונים צבאיים במהלך חודש הרמדאן ועיד אל פיטר.

בקשה לצו ביניים ולדיון מוקדם

בית המשפט הנכבד מתבקש להרות למשיבים להימנע מפינוי העותרים ותושבי חירבת חומסה מבתיהם לצרכי אימונים עד להכרעה בעתירה, ולקבוע את העתירה לדיון דחוף.
ביום 7.5.2019 נמסרו לידי העותרים ועוד משפחות המתגוררות בכפר חומסה שבבקעת הירדן צווים המורים להם להתפנות מבתיהם ולפנות את עדריהם ורכושם. לצווים צורפה טבלה המפרטת את מועדי הפינוי הנדרש, כל התאריכים של האימונים הם במהלך חודש הרמדאן ותחילת חג אל פיטר. הפינויים הם למשך שלושה ימים

בכל שבוע, עם הפסקה של מספר שעות באמצע. (הפינויים בין: הימים 12.5.2019 בשעה 14:00 – 15.5.2019 בשעה 14:00, עם הפסקה קצרה ביום 13.5.2019 בין השעות 10:00-16:00; הימים 19.5.2019 בשעה 14:00 ועד 22.5.2019 בשעה 14:00, עם הפסקה קצרה ביום 20.5.2019 בין השעות 10:00-16:00, הימים 26.5.2019-29.5.2019 עם הפסקה קצרה ביום 27.5.2019 בין השעות 10:00-16:00 ובימים 2.6.2019 בשעה 14:00 – 5.6.2019 בשעה 14:00, עם הפסקה קצרה ביום 3.6.2019 בין השעות 10:00-16:00).

יצויין כי הצבא משתמש בשטח זה לאימונים, והוא מוגדר כשטח אש. יחד עם זאת, כפי שעולה מתצהיר העותר 1 ותושב נוסף ובהתאם לדיווחי ארגון בצלם הצבא לא קיים מתחילת השנה הנוכחית אימונים בשטח זה. כך שלא ברור מה הבהילות והדחיפות לקיום האימונים דווקא בתקופת הרמדאן וחג אל פיטר. בנוסף, המשיבים אינם מספקים לתושבים מקום חלופי למגורים בתקופת האימונים, ותושבי החירבה לרוב לא מוצאים מקום שמארח אותם או חלקם, כמו העותרים 1 ו-2 ומשפחותיהם. כתוצאה מכך הם נאלצים למצוא מחסה מתחת לעצים ולישון תחת כיפת השמיים בחום הכבד שמאפיין את איזור בקעת הירדן.

המשיב פוגעים בצורה קשה בזכויותיהם של תושבי המקום המוגנים דווקא בתקופת הרמדאן, שנחשב לא רק כחודש שבו המוסלמים צמים, אלא גם החודש שמוקדש לתפילות ולחיזוק הקשר המשפחתי באמצעות ארוחות חג חגיגות והזמנת בני משפחה לשולחן האיפטאר. המשיבים אף התעלמו ממועד חג אל פיטר וקבע אימונים גם במהלך אותו חג ובכך פגע בשמחת החג של המשפחות והילדים המתגוררים בחירבה.

העובדה כי מסירת הצווים נעשתה אך ימים ספורים טרם הפינוי, לא הותירה לעותרים ברירה אלא לפנות בבהילות ולבקש סעד מבית המשפט הנכבד, כדי שיוכלו להישאר במקום מגוריהם ולקיים את מנהגי דתם בביתם. בהתחשב בעובדה שהפינויים כבר החלו ולעותרים ולשאר תושבי חירבת חומסה לא הוצע מקום חלופי למגורים בתקופה זו וכתוצאה מכך הם נאלצים לשהות בוואדי תחת לכיפת השמיים, מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד לעצור את המשך שגרת הפינוי וכן לקבוע דיון דחוף בעתירה.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

עניינה של עתירה זו הוא בצווי פינוי שנמסרו לעותרים ולתושבים המתגוררים בחירבת חומסה בבקעת הירדן. צווים אלה מורים ל 98 מתושבי החירבה, גברים נשים 56 ילדים וקשישים לפנות את בתיהם עדריהם ורכושם למשך 12 ימים במהלך חודש הרמדאן וחג אפיטר, ולמצוא לעצמם מקום חלופי לשהות בו במשך שעות וימים, כל זאת מבלי שהמשיב יספק להם מקום חלופי לשהות הזמנית או קורת גג. הפינוי נכפה על העותרים, משפחותיהם ושכניהם על מנת שכוחות המשיב יוכלו לערוך אימונים באש חיה בשטח המכונה שטח אש 903, בו הם מתגוררים. כך מצאו עצמם העותרים, בני משפחתם וקהילות שכניהם בעיצומו של חודש הרמדאן לנים תחת כיפת השמיים, ללא קורת גג וללא מקום לבשל בו את סעודות החג.

רקע עובדתי

1. העותרים 1-2 הם שניים מתושבי חירבת חומסה אשר הוצאו להם צווים המורים להם ולמשפחותיהם לפנות את ביתם בכל שבוע המהלך חודש הרמדאן. לעותר 1 יש שישה ילדים ולעותר 2 תשעה ילדים בהם שבעה קטינים.

בשל קוצר הזמן ובשל כך שחלק מהתושבים חששו מהתנכלות מצד הצבא אם יהיו בין העותרים, עתירה זו מוגשת בשם שני בעלי משפחות.

2. העותרת 3 (להלן: העותרת) הינה עמותה העוסקת בהגנה על זכויות האדם בישראל ובשטחים הכבושים.

3. המשיב 1 אמון על קיום האימונים בגדה המערבית והוא שקובע את מועדם ומיקומם. צווי הפינוי הם תחת אחריותו של המשיב 2.

4. הכפר חירבת חומסה נמצא באזור שהוכרז בראשית שנות ה-70 של המאה הקודמת כשטח אש מספר 903. חלק מן התושבים חיים בכפר עוד קודם לכיבוש הישראלי של הגדה המערבית.

5. תושבי הכפר עוסקים ברובם ברעיית צאן ובחקלאות. הם גרים במבנים ארעיים ולחלק מבתיהם הוצאו צווי הריסה על ידי המנהל האזרחי. העותרים נאבקים להכרה בכפרם ע"י רשויות המשיבים. בפני בית משפט נכבד זה תלויה ועומדת עתירה נגד סירוב המינהל האזרחי לקבל את התוכנית המפורטת שהגישו תושבי הכפר (בג"ץ 8222/17 אבו אלכבאש נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית).

6. ביום 7.5.2019 מסרו פקחי המינהל האזרחי צווים לידי העותרים ושכניהם שכותרתם "התראה בדבר פינוי משטח סגור". לצווים צורפה טבלת מועדים, בה נכתב, בעברית בלבד, מתי עליהם לפנות את בתיהם. לפי הטבלה נדרשים העותרים לפנות את בתיהם לשלושה ימים ושני לילות בכל שבוע מארבעת השבועות של חודש הרמדאן וביומו הראשון של עיד אל פיטר, בימים הללו:

12.5.2019 משעה 14:00 עד שעה 10:00 ביום שלמחרת
 13.5.2019 משעה 16:00 עד שעה 10:00 ביום שלמחרת
 14:00 עד שעה 7:00
 15.5.2019 משעה 7:00 עד שעה 14:00
 19.5.2019 משעה 14:00 עד שעה 10:00 ביום שלמחרת
 20.5.2019 משעה 16:00 עד שעה 10:00 ביום שלמחרת
 14:00 עד שעה 7:00
 22.5.2019 משעה 7:00 עד שעה 14:00
 26.5.2019 משעה 14:00 עד שעה 10:00 ביום שלמחרת
 27.5.2019 משעה 16:00 עד שעה 10:00 ביום שלמחרת
 14:00 עד שעה 7:00
 29.5.2019 משעה 7:00 עד שעה 14:00
 2.6.2019 משעה 14:00 עד שעה 10:00 ביום שלמחרת
 3.6.2019 משעה 16:00 עד שעה 10:00 ביום שלמחרת
 14:00 עד שעה 7:00
 5.6.2019 משעה 7:00 עד שעה 14:00

התושבים יכולים לשהות בבתיהם בכל שבוע בימי ראשון עד השעה 14:00, בימי שני משעה 10:00 עד 16:00, מיום שלישי בשעה 10:00 עד יום רביעי ב-07:00 ומיום רביעי ב-14:00 למשך סוף השבוע.

העתק הצו והטבלה המצורפת מצורפים ומסומנים ע/1.

7. חמש עשרה המשפחות המפונות כוללות 98 אנשים, מתוכם 56 ילדים.

8. בעוד העותרים מנסים להכשיר את שהייתם במקום, מגבירים המשיבים את השימוש של כוחות הצבא בשטח אש 903 כשטח אימונים. לפי נתונים שנאספו ע"י ארגון בצלם, בשנת 2015 נדרשו תושבים בקהילה להתפנות במשך 13 ימים שונים לטובת אימונים צבאיים, בשנת 2016 נדרשו תושבים להתפנות למשך שבעה ימים שונים וכן ללילה אחד. בשנת 2018 היו חמישה פינויים שאחד מהם כלל את כל תושבי הכפר. את הפירוט ניתן למצוא באתר בצלם בכתובת: <https://bit.ly/2JEEuz9>.

ריכוז נתוני בצלם מצורף ומסומן כנספח ע/2

9. מגמה זו באה לידי ביטוי גם בדברים שאמר קצין אג"מ בפקוד מרכז בדיון סגור שנשא את הכותרת "בניה בלתי חוקית פלסטינית בשטחי סי", שהתקיים ביום 27 באפריל 2014 בוועדת המשנה לוועדת חוץ וביטחון בכנסת, ונחשפו בעיתון "הארץ":

"אני חושב שאחד ההליכים הטובים שיכולים לחמוק בין האצבעות הם חזרה של שטחי אש למקום שבו הם אמורים להיות והם עדיין לא שם. (זו) אחת הסיבות המרכזיות שאנחנו מורידים כמערכת צבאית הרבה מהאימונים לבקעה. זאת אומרת, כל מי שמסתכל על תרגיל האוגדה האחרון עם מטוסי קרב, מסוקים וטנקים שיוורים וכולי, אני מנסה ללכת עשורים אחורה ולא אזכור את זה. אנחנו עכשיו מכניסים תרגיל אוגדה נוסף במרחב הזה. הסיפור הזה של המאבק על שטחי האש הוא יותר מהוועדה כאן ומעבודת הפיקוח המצוינת שעושה מרקו (בן שבת, מנהל יחידת הפיקוח באיו"ש של משרד הביטחון, ע"ה) יחד אתנו. אני חושב שהתנועה של רק"ם (רכב קרבי משוריין) ורכב וכולי במרחב הזה ואלפי חיילים שהולכים, היא מזיזה הצדה. כאשר הגייסות דורכים, אנשים זזים הצדה ואני לא עושה כאן הבחנה בין יהודים לפלסטינים אלא אני מדבר באופן כללי... יש מקומות כאלה, (בהם) רידדנו את כמות האימונים בצורה משמעותית, צמחו שם יבליות."

עמירה הס "צה"ל מודה: אימונים בשטחי אש בגדה משמשים לסילוק אוכלוסייה פלסטינית" "הארץ" 21.5.2014

הכתבה מצורפת ומסומנת כנספח ע/3

10. אף שהקהילות מפונות לכמה ימים בכל פעם, המשיבים לא מספקים להם קורת גג חלופית. הן נשלחות לשטח הפתוח. לא ניתנים להם אוהלים או פיתרונות שהייה, לא לימים בהם הם מפונים לשעות ספורות ולא במקרים בהם הם מפונים ללילות שלמים. כך, למשל, בני משפחתו של העותר 1 ישנים על הארץ מתחת לעץ, אלא אם הם מוצאים חברים שיכולים לארח אותם. גם למשפחת שכנו, חרב אבו כבאש, לא

נותנים מקום חלופי לשהות בו, ולכן הם ישנים בואדי בלילות בהם נאסר עליהם להיות בביתם. את העדר נאלץ העותר 1 להותיר מאחור, ללא שמירה, דבר שמדיר שינה מעיניו משום שכל פרנסתו תלויה בעדר הזה.

11. הקושי חמור עוד יותר בחודש הרמדאן. במהלך חודש זה העותרים צמים מעלות השחר ועד שקיעת החמה. הארוחה המפסקת המבשרת את ראשית יום הצום נקראת סוחור. את הצום נהוג לשבור מידי יום בארוחה משפחתית הנקראת איפטאר. בנוסף לצום ולארוחות ניתן למצוא בין מנהגי החג גם ביקור קרובי משפחה. את כל אלה לא יכולים העותרים לקיים עת הם מפונים מבתיהם. אין להם היכן לבשל את ארוחת שבירת הצום או את הארוחה המפסקת. ביומיים בהם פונו הם שברו את הצום בארוחה הכוללת עגבניה, לחם, גבינה וזיתים. הם אינם יכולים לארח קרובים או להזמין לארוחת איפטאר כמקובל. השעות בהן הם נדרשים להתפנות או רשאים לשוב לביתם לפי הטבלה הן שעות צום, בהם הם אינם אוכלים או שותים. כך משך 12 ימים במהלך חודש הרמדאן ובחג אל פיטר. בסוף חודש הרמדאן מציינים את עיד אל פיטר. זהו אחד מן החגים המרכזיים של דת האיסלם והוא מסמל את המועד בו על פי האמונה נסתיימה כתיבת הקוראן. החג הוא חג של מחילה, שלום, קהילתיות ואחוה. לכן נהוג לבקר במהלכו קרובים וחברים.

12. ביום 12.5.2019 פנתה העותרת למשיב 1 בדרישה כי יורה להימנע מפינוי העותרים ושכניהם לצורך אימונים במהלך חודש הרמדאן.

העתק פניית העותרת מיום 12.5.2019 מצורף ומסומן כנספח ע/4

13. ביום 14.5.2019 נתקבל מענה מאת רס"ן חגי רוטשטיין, רמ"ד מבצעים ביועמ"ש איו"ש. במענה נטען כי שטח האש 903 נדרש באופן הכרחי לאימוני צה"ל, המתקיימים בו במסגרת תוכנית עבודה רב שנתית. האימונים נדרשים לצורך שמירה על כשירות יחידות צה"ל לשעת חירום. כך בכל השנה וכך גם בארבעת השבועות של חודש הרמדאן. עוד נטען כי המשפחות מתגוררות במבנים ללא היתר בניה בתוך שטח אש רשמי הנתון תחת צו סגירה צבאי. למרות שהמשיבים רואים בתושבים פולשים, הם מבקשים לשמור על שלום, ומשום כך קיבלו התראה על התרגיל. התרגיל, כך נכתב, נערך למנוע פגיעה ברכוש התושבים ויתיר להם לשוב לבתיהם בסוף האימונים ועד לאימון הבא. על כן, כך נכתב, הבקשה שבפניה נדחת.

לטענות העותרת לגבי מועד האימונים והפגיעה הקשה מנשוא כאשר אלה מתרחשים בעיצומו של הרמדאן, לא ניתן כל מענה בתשובת המשיבים.

העתק מענה רס"ן רוטשטיין מיום 14.5.2019 מצורף ומסומן כנספח ע/5

הטיעון המשפטי

14. התנהלותו של המשיב 1 בפינויים של תושבי חירבת חומסה סותרת את חובותיו הבסיסיות ביותר של המפקד הצבאי על פי הדין הבינלאומי החל בשטח כבוש. מדיניות המשיב הינה דחיקת רגליהם של העותרים מבתיהם, תוך שימוש במשאבי הקרקע של השטח הכבוש ובקניין פרטי שנתפס לצורך כך.

15. על פעולות המעצמה הכובשת והמפקד הצבאי, הפועל בשטח הכבוש מטעמה, חלים הכללים והנספחים לתקנות האג בדבר חוקיה ונוהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן: "תקנות האג") והוראות אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה משנת 1949. כמו כן חלות על המפקד הצבאי החובות על פי משפט זכויות האדם הבינלאומי.

16. נוסף על הכללים של הדין הבינלאומי חלים על המפקד הצבאי גם עקרונות היסוד של המשפט הציבורי הישראלי (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 443, 455 (2005)).

17. על פי המשפט הבינלאומי ועל פי המשפט החוקתי הישראלי, חובתו של המשיב לכבד את זכויות האדם ולהגן עליהן, ולהימנע מפגיעה בהן ובתושבים הפלסטינים, הנחשבים על פי הדין הבינלאומי לתושבים מוגנים.

חובתו של המפקד הצבאי להבטיח חיים תקינים ולכבד את אמונות הדת ומנהגי הפולחן

18. חובת הכוח הכובש להבטיח את הסדר הציבורי והחיים התקינים של התושבים המוגנים נשענת על תקנה 43 לתקנות האג, המכונה בספרות "החוקה של דיני התפיסה הלוחמתית". הפרשנות שניתנה על-ידי בית המשפט לחובה זו הינה פרשנות רחבה, 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)

19. עיקרון בסיסי בדיני התפיסה הלוחמתית, שמקבל ביטוי גם בתקנה 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 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח (3) 443, 455-456 (2004), להלן – בג"ץ הס)

20. החובה שבתקנה 43 "להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים" 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 ברק בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 836 (2004) (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'שליטית'; עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זוהי חובתו ה'חיובית'."

21. הוראות אלה מדגישות את חובתו של המפקד הצבאי לכבד את אמונות הדת ומנהגי הפולחן של התושבים המוגנים. לטענת העותרים הפינזיים העיתיים לצורך אימונים כלשעצמם עומדים בקנה אחד עם הוראות הדין הבינלאומי. אסור למעצמה הכובשת להפוך את השטח הכבוש למגרש האימונים שלה. בשל הדחיפות מתרכזים העותרים בטענה שפינוי דווקא בימי צום הרמדאן, ולא בשל סיבות דחופות, סותר את הוראות תקנה 46 לתקנות האג וסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית.

האיסור על העברה בכפייה של תושבים מוגנים והחריג לאיסור

22. ככלל, פינוי תושבי השטח הכבוש מביתם עומד בניגוד 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."

23. איסור הגירוש או ההעברה בכפייה שבסעיף 1)49 לאמנת ג'נבה מתייחס באופן גורף ל"תושבים מוגנים" (Protected persons), כהגדרתם בסעיף 4 לאמנת ג'נבה:

"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."

24. 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 (פיקטה))

25. מהפרשנות של פיקטה ניתן ללמוד על היקפה הרחב של ההגדרה הנוגעת למיהות "התושב המוגן" – כל אדם שמוצא עצמו תחת שליטתו של הכוח 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 ג'נבה הרביעית. מכאן יש להסיק שעל פי לשונו חל סעיף (1)49 בענייננו על כל מי שנמצא בשטח האמור והוא אינו אזרח ישראלי.

26. 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."

27. 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 למקום מגוריהם מיד בסיום הקרבות באזור. סעיף (2)49 מאפשר איפוא אך ורק פינוי בנסיבות חירום ובאופן זמני. 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." (280)

28. 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 מיידיים (Yoram Dinstein **The International Law of Belligerent Occupation** ((2009) p. 171.)

29. מכאן עולה, כי אימונים צבאיים קבועים ושוטפים אינם יכולים להיחשב צורך צבאי הכרחי כמשמעו בסעיף 49(2), ולכן סייג זה אינו חל בענייננו.

הפגיעה בזכויות האדם אינה סבירה ואינה מידתית

30. בידי המפקד הצבאי נתונה הסמכות להורות על סגירת שטח לצרכי ביטחון, ולהגביל את התנועה אליו ומתוכו. בגדה המערבית סמכות זו מעוגנת בסעיפים 70א ו-90 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), התש"ל-1970. המסגרת הנורמטיבית, אשר בהתאם לה חייב המפקד הצבאי להפעיל את שיקול דעתו בטרם יפעיל את סמכותו זו, מורכבת מחד גיסא - מהאילוצים הצבאיים של הצבא המחזיק בשטח, ומאידך גיסא - משיקולים הקשורים בזכויות היסוד של התושבים המוגנים ושמירה על רקמת חייהם ורווחתם.

31. לכן, על המפקד הצבאי להשתמש בסמכותו להורות על סגירה או פינוי משטח במשורה, תוך שקילה מעמיקה של ההשפעות על חייהם של התושבים המוגנים. לפינוי העותרים בעת הרמדאן השלכות פוגעניות במיוחד על העותרים ובני משפחתם והוא פוגע אנושות ביכולתם לקיים את מנהגייהם הדתיים ואף פוגע בשלומם.

32. זאת ועוד: החובה לאפשר לעותרים לקיים את מנהגייהם בהתאם לדתם ותרבותם אינה נובעת אך ורק מהחוק הבינלאומי ומדיני התפיסה הלוחמתית (בג"ץ הס, בעמ' 462), אלא אף מדינייה הפנימיים של שיטת המשפט הישראלית - זכות זו עוגנה במגילת העצמאות וקיבלה משנה תוקף עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו(ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל. 683(2018)

33. הזכות לקורת גג שהינה אחת הזכויות הבסיסיות ביותר שיש לאדם, נפגעת גם היא בפנינויים למחציתו של השבוע ושליחת העותרים לשהייה תחת כיפת השמיים. 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."

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

הזכות לדיוור הולם מצאה ביטוי במגוון אמנות בינלאומיות נוספות, בעיקר תוך התייחסות להגנות על קבוצות פגיעות במיוחד (ראו סעיפים 16(1) ו-27(3) לאמנה בדבר זכויות הילד וסעיף 14(2)ח לאמנה לביעור כל צורות האפליה נגד נשים).

34. בענייננו, פינויים של העותרים ובני משפחותיהם והשארתם למצוא לעצמם פתרונות מגורים פוגע בזכותם לקורת גג ומותיר אותם משך ימים ולילות ללא בית וללא מחסה, ועל כן מהווה פגיעה בזכותם הבסיסית לקורת גג ולמחסה.

35. הפינויים פוגעים גם בזכותם של העותרים לפרנסה. הזכות לפרנסה הינה זכות יסוד, כיוון שהיא מהווה תנאי הכרחי לקיום בכבוד ולקיום בכלל.

36. 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..."

37. בענייננו, הגבלת הגישה של התושבים לאדמותיהם ולשטחי המרעה משך שלושה ימים בשבוע במשך חודש פוגעת ביכולתם לרעות את צאנם. זהו תחום העיסוק של תושבי הכפר וזוהי פרנסתם. על-כן הפינויים התכופים פוגעים ישירות ביכולתם להתפרנס, וכתוצאה מכך אף בזכות לקיום בכבוד.

38. פינוי העותרים ובני משפחותיהם דווקא בחודש הרמדאן אינו סביר ואינו מידתי. 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.

39. מידת הפגיעה בזכויותיהם של העותרים בעת הצום אינה סבירה. אימונים צבאיים אינם גזירת גורל. מועדם תלוי בתכנון של הגורמים הצבאיים ואינו תלוי בנסיבות חיצוניות. ההחלטה לפנות את העותרים לצורך אימונים דווקא בזמן צום הרמדאן מעידה כי לכל הפחות שיקול זה לא נלקח בחשבון ושהחלטת הפינוי בעת הזו היא החלטה שרירותית ולכן לוקה בחוסר סבירות.

40. זאת ועוד: תנאי נוסף לחוקיות הפגיעה בזכויות האוכלוסייה המקומית הוא, כי הפגיעה תהיה מידתית (פרשת בית סוריק, בעמ' 836). פעולות המשיבים פוגעות בצורה קשה וחמורה בזכויות יסוד בעלות מעמד בכורה, הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי. על כן על ההחלטה לפנות את העותרים להיות מידתית.

41. לפי מבחן המידתיות השני על המשיבים היה לבחון חלופות לפינויים אינטנסיביים בתקופת הרמדאן וחג אל פיטר. כך, למשל, היה עליהם לבחון אימונים במקום אחר אשר בו אין צורך לפנות אנשים, לבחור בזמן אחר בו אנשים לא צמים, לבחור שלא לפנות משפחות שלמות לימים ולילות, לכל הפחות לדאוג למקום מגורים חלופי לשהות בו.

42. המשיבים לא עשו את כל אלה. הם לא שינו מיקום או מועד, לא הורידו תכיפות, לא ויתרו על לילות, לא דאגו למחסה חלופי ולמעשה לא עשו דבר כדי למזער את הפגיעה הקשה בזכויותיהם של תושבי חירבת חומסה. אי ההתחשבות המוחלטת של המשיבים ברמדאן ובעיד אל פיטר הופכת את הפגיעה הקשה שפוגעים הפינויים העיתיים בזכויות תושבי החירבה ממילא, לפגיעה קשה מנשוא שאינה מידתית.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש ולאחר קבלת תשובת המשיבים לעשותו
למוחלט.

16 במאי 2019

רוני פלי, עו"ד
ב"כ העותרים