

1. עמותת ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים (ע.ר. 58-003743-0)
2. חגית עופרן

העותרות

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או שלומי זכריה ו/או נטלי רוזן ו/או נטע פטריק, כולם מרח' אחד העם 49, תל-אביב 65206; טל: 03-6206947/8/9, פקס': 03-6206950

-- נ ג ד --

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, האלוף גדי שמני

המשיב

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים

עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לבוא וליתן טעם, באם יחפוץ:

(א) מדוע לא יפוננו האזרחים הישראלים היושבים בתוך המתקן הצבאי המכונה "פלוגת המתקנים" הממוקם בלב העיר חברון בחלקות 110 ו-130 בגוש עירוני 34021 של העיר חברון;

(ב) מדוע לא יפונה המתקן הצבאי הצבאי הנ"ל, ולחילופין, מדוע לא יקוימו הליכים מסודרים לתפיסה שטח לצרכים צבאיים, הכוללים בין היתר - הוצאת צו תפיסה לצרכים צבאיים בכתב המנמק את סיבת התפיסה, התוחם במדוייק את אזור התפיסה הצבאית ומגדיר את משך הזמן הנדרש לתפיסה; הזמנת בעלי הזכויות בקרקע הנתפסת להשיג על צו התפיסה ומתן החלטה מנומקת בהשגה אם תוגש, הכל כמקובל לגבי צווי תפיסה לצרכים צבאיים.

א. מבוא

1. עניינה של עתירה זו בתפיסה שטח לצרכים צבאיים שנעשתה בשנת 1983 במספר חלקות בעיר חברון, אשר שימשו עד לתפיסה כתחנת אוטובוסים של העיר.
2. כפי שיוצג להלן בפירוט רב, תפיסת השטח נעשתה **בעל-פה** ועד היום 25 שנים לאחר התפיסה לא הוצא צו תפיסה בכתב בניגוד לכללי מינהל תקין ובעיקר בניגוד להנחיה מפורשת של בית המשפט הנכבד ושל היועץ המשפטי של איו"ש.
3. אבל עיקר עניינה של עתירה זו במעשה בלתי שיגרתי ולטעמנו בלתי חוקי באופן קיצוני שנעשה ע"י המשיב בקשר לשטח התפוס. מתברר כי המשיב התיר למספר משפחות של **אזרחים ישראלים** להתגורר בתוך השטח התפוס במקביל לקיומו של בסיס צבאי בו.
4. המשמעות הישירה של מעשה זה היא כי המשיב הפר את הוראותיו הבסיסיות ביותר של המשפט הבינלאומי בשני מימדים:

א. ראשית, המשיב הפר ומפר את הכלל הראשון במעלה בדיני העימות המזויין הבינלאומיים, הוא כלל ההבחנה המחייב הבחנה בין לוחמים לאזרחים. באופן ספיציפי, המשיב הפר ומפר את האיסור הנגזר מכלל ההבחנה על מיקום אזרחים בתוך מתקן צבאי ועל-ידי כך הפיכתם של אזרחים למטרה לגיטימית להתקפה על-ידי הצד היריב.

ב. שנית, המשיב, בהופכו את השטח התפוס ליישוב אזרחי, גילה דעתו כי תפיסת השטח נעשתה **שלא לצרכים צבאיים** אלא לצרכים מדיניים – התנחלותיים. כידוע, תפיסת שטח יכולה להיעשות אך ורק לצרכים צבאיים ומקום שמתברר כי מטרת התפיסה הייתה שונה, היא נפסלה ע"י בית המשפט הנכבד (ראו: בג"ץ 390/79 **עזת מחמד מוסטאפא דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'**, פד"י לד(1) 1 (פרשת אלון מורה); בג"ץ 2732/05 **ראש מועצת עיריית עזון, עבד אלטיף חסין ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'**. תק-על 2006(2), 3672, (15/6/2006) (פרשת גדר הפרדה בצופין).

5. הנה כי-כן, בפנינו תפיסה צבאית שנמשכת זה רבע מאה ללא שהתקיימו הליכים מסודרים בעניינה, ללא שהוצא צו תפיסה בכתב המנמק אותה, התוחם את גבולותיה הגיאוגרפיים ונוקב בתאריך תפוגתה, ואשר נעשה בה שימוש לצרכי ההתנחלות הישראלית בחברון בניגוד לכלל ההבחנה ובניגוד לעקרונות המאפשרים תפיסה צבאית.

ב. רקע עובדתי

I – הצדדים לעתירה

6. העותרת מס' 1, עמותת "ש.ע.ל מפעלים חינוכיים", הינה עמותה רשומה, העוסקת, בין היתר, בפעילות חינוכית לקידום השלום באמצעות פרסום חומרי הסברה, כינוס אסיפות הסברה וכיו"ב. בין היתר ממננת העמותה בחלקה את פעילות תנועת "שלום עכשיו".

7. העותרת מס' 2, גב' חגית עופרן הינה רכזת צוות מעקב התנחלויות של תנועת שלום עכשיו שהיא תנועה פוליטית חוץ-פרלמנטארית הנאבקת למען שלום צודק ובר-קיימא בין ישראל לשכנותיה ולעם הפלסטיני. במסגרת תפקידה, העותרת מס' 2 מסיירת דרך קבע בגדה המערבית ומתעדת את הבנייה בהתנחלויות ובמאחזים.

תצהירה של הגב' חגית עופרן, רכזת צוות מעקב ההתנחלויות בתנועת "שלום עכשיו" מצ"ב ומסומן נספח א'.

8. המשיב מס' 1, האלוף גדי שמני, הוא מפקד כוחות צה"ל בגדה המרבית, ובידו מצויות כל סמכויות הניהול והחקיקה של השטח המוחזק על-ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית וזאת בהתאם לכללי המשפט ההומניטארי הבינלאומי ולדיני התפיסה הלוחמתית. בפרט, אמון המשיב 1 על שמירה על הסדר הציבורי והגנה על רכוש התושבים באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, וכן על שמירה ויישום בפועל של כללי המשפט הבינ"ל ההומניטארי, כפי שיוסבר בהמשך העתירה.

9. העותרות פנו ללשכת היועץ המשפטי של המנהל האזרחי באיו"ש, על מנת לברר את זהותם של המשפחות המתגוררות במתחם. נכון לכתובת שורות אלו, טרם התקבלה תשובה עניינית לבקשה. **העותרות יבקשו להדגיש כבר כעת כי הן אינן מתנגדות לצירופם של הדיירים המתגוררים במתחם כמשיבים לעתירה, באם יחפצו לעשות כן.**

העתק מפניית הח"מ אל רס"ן עאסם חאמד מיועמ"ש איו"ש מתאריך 13/7/2008 ומתשובת הביניים שניתנה בעניין מאותו יום מצ"ב ומסומנים כנספחים ב1 ו-ב2.

II – הרקע ההיסטורי לקיומו של הבסיס הצבאי, העתירות הקודמות בנושא ומתן ההיתר לאזרחים ישראלים לגור בתוך המבנה

10. בתוך העיר חברון קיים מתחם הממוקם על חלקות 110 ו-130 בגוש שומה עירוני מס' 34021, בסמוך לבית רומנו. ייתכן כי חלק מחלקות אלו היו בעבר הרחוק בבעלותם של יהודים (שכן על פי הידוע לעותרים בספרי המס מהתקופה הירדנית הן רשומות על שם יוסף יצחק שלום שניאורזון/שירזוק). גודלו של המתחם כשני דונמים.

11. עם כניסת הכוחות הירדניים לאזור בשנת 1948, עבר הנכס בכללותו (ביחד עם נכסים אחרים ברחבי הגדה המערבית בכלל ובעיר חברון בפרט), לידי של האפוטרופוס הירדני על נכסי אויב, אשר מצידו השכיר את הנכס לעיריית חברון לצורך הקמת חניון אוטובוסים במתחם. חניון האוטובוסים אכן הוקם ושירת את תושביה הפלסטינים של העיר חברון.
12. עם כניסת כוחות צה"ל לגדה המערבית בשנת 1967 והפיכת השטח לשטח כבוש הנתון לתפיסה לוחמתית, עבר הנכס לניהולו של הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש במנהל האזרחי, וזאת על פי האמור בצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967, שכן המדובר ברכוש שהיה עובר לכיבוש הגדה המערבית, רכוש בבעלות ממשלתית ירדנית.
13. הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש המשיך להשכיר את המתחם לעיריית חברון החל משנת 1967, והמתחם המשיך לשמש כתחנת אוטובוסים והושכר בשכירות משנה לחברת האוטובוסים בעיר. יצויין, כי השכירות במתחם הפכה ברבות השנים לשכירות מוגנת על פי הדין החל באזור. שכירות זו נמשכה בפועל עד שנת 1983.
14. בשנת 1983 הוחלט בצבא כי יש לתפוס את המתחם ושטח נוסף הסמוך לתחנת האוטובוסים. תפיסה זו נעשתה בפועל על ידי הפיכת המתחם למקום למגורי חיילים וביטולו של חניון האוטובוסים באזור, אשר הועתק למקום אחר בעיר חברון. ברם, מעמד השוכרת כ- "שוכרת מוגנת" מעולם לא בוטל.
15. **תפיסה זו מעולם לא גובתה בצו תפיסה בכתב על ידי המשיב או קודמיו, ועל כן צו התפיסה נשוא העתירה אינו מצורף לה. על כך עוד נרחיב בהמשך.**
16. בשנת 1991 ניתנו היתרים שונים על ידי המשיב וגורמים אחרים במשרד המשפטים שאפשרו את מגוריהם של אזרחים ישראלים במתחם זה, כאשר לעותרות לא ידועים נכון להיום מספרם המדויק של ההיתרים שהונפקו או זהותם של מקבלי ההיתרים, אולם להערכתם המדובר במס' משפחות (ככל הנראה 6 משפחות) המתגוררות במבנים יבילים (בין 5-6 מבנים יבילים). ויודגש כבר כעת, כי העותרות אינן מתנגדות להצטרפותם של המתגוררים במתחם לעתירה כמשיבים ומבקשים שהמשיב יעביר לעותרים את רשימת המשפחות המתגוררות במתחם כדי שהעותרות תוכלנה לבצע להן מסירה של עותק כתב העתירה.
17. סופו של דבר הוא שכיום, ככל שהדבר ידוע לעותרות ועל סמך מסמכים המצויים ברשותם, המתחם **מחולק**, באמצעות שער ברזל, לשטח בו שוכנת הפלוגה הצבאית ולשטח שבו מתגוררות 6 המשפחות הישראליות.
18. מובן, כי העותרות אינן יכולות לצלם את המתחם על מנת להציג בפני בית המשפט תמונה מלאה של המצב בשטח, בשל היותו של המקום בסיס צבאי.

III – העתירות הקודמות

19. כאמור, בעבר הוגשו שתי עתירות בנושא המתחם נשוא עתירה זו.
20. העתירה הראשונה, בג"ץ 469/83 **חברת האוטובוסים הלאומית ואח' נגד שר הביטחון ואח'** (לא פורסם; פסק הדין מיום 1/4/1992, להלן: "העתירה הראשונה" או בג"ץ 469/83), הוגשה מטעמה של חברת האוטובוסים הלאומית אשר שכרה את המתחם בשכירות משנה מעיריית חברון עד לתפיסתו ע"י הצבא. העתירה התמקדה בשאלת חוקיות התפיסה ובטענה שהתפיסה נעשתה לצרכים התנחלותיים ולא למטרות ביטחוניות.
21. בעת הגשת העתירה הראשונה, אכן לא התגוררו אזרחים ישראלים במתחם, אולם לקראת ההכרעה בה, אוכלס המתחם בראשוני האזרחים הישראלים בו, סוגייה אשר עלתה לדיון בעתירה השנייה (בג"ץ 1634/92 **וקף תמים א-דרי ואח' נגד שר הביטחון ואח'**, (לא פורסם; פסק הדין מיום 16/3/93), להלן: "העתירה השנייה").
22. פסק הדין בעתירה הראשונה דחה את הטענה כי המניע לתפיסת המתחם היה התנחלותי וקבע כי נכון לעת ההיא, היה קיים צורך צבאי לתפיסה זו, ועל כן התפיסה אושרה כחוקית. במהלך בירור העתירה נודע כי לא הוצא למתחם צו תפיסה בכתב. עניין זה קיבל ביטוי בפסק-הדין שבו אמר כב' השופט (בתוארו דאז) ברק, את הדברים הבאים:
- "[...] ברצוננו לציין כי סדרי מינהל תקינים מורים כי אף שיש היתר ליתן צו בעל-פה, עם עבור הדחיפות, ובמקום שהדבר מוצדק, יש ליתן צו בכתב."*
- פסק הדין בעתירה הראשונה מצ"ב לעתירה זו ומסומן כנספח ג'
23. הנה כי כן, קבע בית המשפט כי אמנם על פי האמור בצו בדבר הוראות ביטחון, יכול הצו להינתן בעל פה. אולם, עם חלוף הדחיפות שבהוצאתו, ועפ"י סדרי מנהל תקינים שהמשיבים כפופים להם בשל היותם אורגן של המדינה המחוייב בכללי המשפט המנהלי, עליהם לנקוט בהליכים להוצאת צו התפיסה בכתב. על כך עוד נרחיב בחלק המשפטי.
24. על מנת להבהיר את התמונה כבר כעת נוסיף ונאמר כי כיום, עשרים וחמש שנים לאחר תפיסת המתחם ולמעלה מחמש עשרה שנים לאחר מתן פסק הדין ובו קביעתו של כב' השופט ברק, לא מצאו המשיבים לנכון להוציא צו תפיסה בכתב למתחם התפוס.
25. העתירה השנייה, (בג"ץ 1634/92 **וקף תמים א-דרי ואח' נגד שר הביטחון ואח'**, (לא פורסם) פסק הדין מיום 16/3/1993), תקפה גם היא את השימוש שנעשה במתחם לצורך אכלוסם של תלמידי ישיבת "שבי חברון", אולם עם גלישת העתירה לנושאי בעלות וזכויות קנייניות במתחם, היא נמחקה בהסכמה, עת הוצע לצדדים לברר את המחלוקות

ביניהם בבית המשפט המחוזי, למעט השאלות הנוגעות לתפיסה הצבאית או אלו המתייחסות למשפט הציבורי.

העתק מהחלטת בית המשפט המוחקת את העתירה השנייה (בג"ץ 1634/92) מצ"ב לעתירה ומסומנת כנספח ד'.

IV – מיצוי הליכים

26. העובדה כי בבסיס הצבאי שהוקם על המתחם התפוס מתגוררים אזרחים ישראלים נחשפה בשנת 2007, עת פורסמה בעניין כתבה בעיתון "הארץ" (בתאריך 8/2/2007). הכתבה מצורפת לעתירה ומסומנת כנספח ה'.

27. עם פרסום הכתבה, בתאריך 11/2/2007, פנו הח"מ בשם העותרת מס' 1 אל המשיב דאז, האלוף יאיר נווה. במכתבם זה, ביקשו העותרות לקבל לידם העתק של צו התפיסה שהוצא למתחם. כמו כן, ביקשו העותרות לדעת כיצד מתיישב עניין מגוריהם של אזרחים ישראלים בשטח שנתפס ע"י הצבא עם העובדה שתפיסה כזו יכולה להיעשות אך ורק "לצרכים צבאיים".

העתק פניית הח"מ אל המשיב מצ"ב ומסומנת כנספח ו'.

28. בחלוף חודש, בתאריך 12/3/2008, התקבלה תשובת נציגת המשיב. בתשובה זו נמסר כי המתחם נתפס לצרכים צבאיים, וכן כי "בפסק הדין שניתן בעתירה בבג"ץ 469/83 אושרה התפיסה על פי צו בעל פה."

עוד נמסרו בתשובת המשיב הדברים הבאים:

"מתחם "פלוגת המתקנים" נתפס בשנת 1983 בשל צרכים ביטחוניים ולא לצורכי התיישבות. עם זאת, בשנת 1991 ניתנה חוות דעת מאת משרד המשפטים שקבעה כי המפקד הצבאי יכול להרשות כניסה של מתיישבים ישראלים לשטח, כולל אזרחים, למגורים זמניים, אם ובמידה שהדבר מתיישב עם צרכי הצבא במקום."

העתק ממכתב נציגת המשיב מיום 12/3/2007 מצ"ב ומסומן כנספח ז'.

29. עם קבלת מכתב זה פנו הח"מ פעם נוספת אל המשיב, בתאריך 25/3/2007, וביקשו לקבל תשובות לסוגיות הבאות:

(א) מהו הצורך הצבאי המחייב או בגינו נדרשים המגורים של אזרחים ישראלים בכפיפה אחת עם חיילים במחנה צבאי אשר עובר למועד התפיסה היה מוחזק על ידי פלסטינים?

(ב) מהו פרק הזמן הנחשב בעיני המשיב כ- "זמני" או "מגורים זמניים", כאמור בתשובת המשיבים, היכן שהאזרחים הישראלים יושבים במתקן כ-15 שנים?

(ג) בנוסף, ביקשו העותרות לדעת האם העובדה שבפסק הדין בעניין 469/83, קבע בית המשפט כי עם חלוף הדחיפות, יש להוציא צו תפיסה בכתב אשר מגדיר את משך התפיסה ואת תיחומה (וזאת בניגוד לנטען במכתב התשובה של המשיב, אשר הסיק מפסק הדין כי ניתן להסתמך לעד על התפיסה בעל פה). ניכר, כך נטען במכתב העותרות, כי הצורך הדחוף בגינו נתפס כבר השטח כבר חלף זה מכבר (הואיל והשטח נתפס כאמור מלפני כרבע מאה!).

העתק ממכתב הח"מ מיום 25/3/2007 מצ"ב ומסומן כנספח ח'.

30. הואיל והמשיב לא השיב לפנייה מפורטת זו, פנו העותרות פעמיים נוספות, בתזכורות, בבקשה לקבל מענה לפנייתן.

העתק מתזכורות הח"מ אל המשיב מיום 25/4/2007 ומיום 25/6/2007 מצ"ב ומסומנות כנספחים ט' ו- י'.

31. תשובת נציג יועמ"ש המנהל האזרחי באיו"ש, רס"ן סיוון ביבר, התקבלה בסופו של יום, בתאריך 25/6/2007. בתשובה זו מסר רס"ן ביבר את הדברים הבאים:

- כי עדיין קיים צורך צבאי בתפיסת המתחם בעיר חברון;
- כי מגורי המתדיישים הישראלים אינם מתנגשים עם הצורך הצבאי בגינו נתפס המתחם;
- כי התפיסה הינה זמנית וכך גם מגורי האזרחים הישראלים הנמצאים במתחם;
- ולגבי הוצאת הצו בכתב – כאן "הסכים" בטובו רס"ן ביבר עם העותרות (ועם בית המשפט הגבוה לצדק) כי אכן מדובר בפרקטיקה ראויה, ועל-כן מסר כי בימים אלו המשיב עמל על הוצאת צו כאמור. עוד הוסיף נציג המשיב, כי במקרה דנא "נקבע" כי היותו של הצו בעל פה אינו גורם לחוסר מידע לגביו או בפגיעה בזכויות אחרות.

העתק ממכתבו של רס"ן ביבר מיום 25/6/2007 מצ"ב ומסומן כנספח י"א.

32. נאמר כבר כעת, כי מכתבו של רס"ן ביבר נכתב בעקבות חוות דעת פנימית אשר גובשה על ידי היועץ המשפטי ליהודה ושומרון, אל"ם שרון אפק, ועל האמור בה ועל משמעויותיה של חוות דעת זו עוד נרחיב בהמשך.

33. עוד יצויין, כי הח"מ פנו פעם אחר פעם אל רס"ן ביבר, המשמש כראש מדור מקרקעין ביועמ"ש איו"ש על מנת להתעדכן בדבר הוצאתו של צו תפיסה כתוב למתחם. התשובות שנמסרו לח"מ היו כי טרם הוצא צו כאמור, ועם הוצאת הצו כאמור הוא יועבר לידי הח"מ. נכון לכתובת שורות אלו, שנה לאחר מכתבו של רס"ן כי המשיב "עמל על הוצאת צו כאמור", וכרבע מאה לאחר תפיסת השטח, טרם הוצא צו תפיסה בכתב כאמור, אשר מגדיר ומתחם את השטח הנתפס על ידי המשיבים, מטרת התפיסה, ומועד פקיעתו של צו זה.

34. כמו כן, ניכר כי המשיב נצמד לחוות הדעת אשר ניתנה בשנת 1991 במשרד המשפטים, כמספקת אישור להמשך המצאם של אזרחים ישראלים בכפיפה אחת עם המתקן הצבאי. ברם, כפי שנוכיח להלן, גם המשיב עצמו ויועציו המשפטיים מודעים לבעייתיות (בלשון המעטה) של היתר זה, ולמרות זאת הוא בוחר להסתתר מאחורי חוות הדעת משנת 1991, כאשר ברור לכל כי היא נטולת כל ביסוס משפטי, אם לא מנוגדת באופן חזיתי לכללים משפטיים בסיסיים של המשפט הבינלאומי ההומניטארי והמשפט המנהלי הישראלי, כפי שיפורט בחלק המשפטי.

35. בין לבין, התגלגלה לידי העותרים חוות הדעת של היועץ המשפטי ליהודה ושומרון, אל"ם שרון אפק, אשר ניתנה לצורך הכנת מכתב התשובה לעותרות שהוזכר לעיל (חוות הדעת נחשפה ע"י פרקליטי היישוב היהודי בחברון במהלכו של הליך משפטי בוועדת הערר הצבאית, ערר 18/07 **אגודת היישוב היהודי בחברון ואח' נגד הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באיו"ש ואח'**).

חוות הדעת העונה לשם "**מגורי מתיישבים ישראלים במתחם "פלוגת המתקנים" בחברון מיום 7/6/2007 מצ"ב לעתירה ומסומן כנספח י"ב.**

36. בחוות דעת זו קבע אל"ם אפק, כי הפרקטיקה בה נוהגים המשיבים עצמם, עת לא הוציאו צו תפיסה בכתב וכי עצם מתן ההרשאה לאזרחים ישראלים לגור במתחם בעייתית וספק האם היא חוקית ו/או נכונה בנסיבות המקרה.

37. עוד נקבעו בחוות הדעת, בין היתר, הדברים החשובים הבאים (ההדגשות שלנו; מ.ס., ש.ז):

- "**המתחם הוא רכוש ממשלתי מסוג "אדמות יהודים" המנוהל על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי, אך יש בו זכויות דיירות מוגנת לעיריית חברון. דיירות מוגנת זו מעולם לא הסתיימה בצו שיפוטי, כנדרש בחוק הירדני, ולאור עמדת משרד המשפטים כיום, ספק אם ניתן יהיה לסיימה**

בעתיד הנראה לעין. לפיכך, נדרש צו תפיסה על מנת לעשות שימוש במתחם."

(פסקה #3 לעיקרי המסמך).

- "באשר לאופן שבו יש לעגן את התפיסה הצבאית נקבע בבג"ץ 469/83 :

"עם זאת, ברצוננו לציין כי סדרי מנהל תקינים מורים כי אף שיש היתר ליתן צו בעל פה, עם עבור הדחיפות, ובמקום שהדבר מוצדק, יש ליתן צו בכתב."

בעניין זה אין לנו אלא להסכים עם הטענה, שהועלתה על יד עו"ד ספרד [ב"כ העותרות הח"מ] כי אין הצדקה אמיתית לכך שעד היום, בחלוף 15 שנים [ממועד מתן פסק הדין בבג"ץ 469/83, מס. ש.ז.], טרם פורסם צו תפיסה בכתב בנוגע למתחם."

(פסקה #33 לחוות הדעת)

- "בחוות הדעת של הגב' אלבק ז"ל [הכוונה היא לעו"ד המנוחה פליאה אלבק, אשר שימשה בשעתו כמנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה וייצגה את המשיבים בעתירות הקודמות. על בסיס חוות דעת זו ניתן ההיתר למגורי ישראלים במתחם. מ.ס. ש.ז.], אין כל התייחסות לזכות הדיירות המוגנת במתחם ולהחלטת ממשלה מס' 145 מיום 11/11/79, הקובעת שהקמת והרחבת יישובים ישראלים באזור תעשה על קרקע שבבעלות המדינה בלבד. בדיון שהתקיים ביום 31/10/05 בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), עו"ד מלכיאל בלס, בשאלת האפשרות לשכן מתיישבים ישראלים נוספים במתחם (מפוני השוק הסיטונאי בחברון), הובהר כי חוות הדעת של הגב' אלבק ז"ל אינה כוללת ביסוס משפטי לגישתו (ולכן לא הייתה ניתנת על ידי משרד המשפטים כיום)."

(פסקה #39 לחוות הדעת)

- ובחלק ההמלצות, קובעת חוות הדעת בין היתר את הדברים הבאים (פסקה #42):

א. הכנת דמ"צ על ידי חטי יהודה לתפיסת המתחם בהתאם לעמדתו הביטחונית והעדכנית של מח"ט יהודה. לאחר אישור הדמ"צ ניתן יהיה לפרסם צו תפיסה בכתב ביחס למתחם. (ההדגשה במקור).

ב. הכנת רשימה של המתיישבים הישראלים המתגוררים במתחם.

ג. כיוון שלא צפוי שינוי בסטטוס קוו בטווח הקצר, אנו ממליצים כי קמ"ט משהב"ט במנהא"ז [הכוונה היא לקצין מטה משרד הביטחון במנהל האזרחי, מ.ס., ש.ז.], יכין היתרים אישיים למתיישבים הישראלים הקיימים, שייאפשרו שהייה זמנית בשטח התפוס. ההיתרים יועברו לחתימת מח"ט יהודה, וניתן יהיה לחדשם מדי שנה (בדומה להיתרי השהייה הניתנים כיום "בבית הדסה").

ד. [...]

38. יודגש כבר כעת, כי עמדת העותרות היא כי מגורי ישראלים במתחם אשר נתפס לצורך צבאי הינה בלתי חוקית, וההמלצה בעניין של אל"ם אפק, חרף מודעותו ומודעות בכירי משרד המשפטים להעדר התשתית המשפטית המאפשרת מגורים מהסוג הנזכר במתחם, אינה נכונה והיא מתעלמת הן מעמדות משפטיות בעניין (ובכלל זה אלו המובאות בחוות דעתו עצמה) והן מהבטים משפטיים נוספים עליהם לא ניתנה הדעת בחוות הדעת, והן יפורטו במסגרת הטיעון המשפטי של העתירה.

39. מכל מקום, ולמרות שחוות הדעת התומכת דה-פקטו בשני ראשי עתירה זו נכתבה עוד בחודש יוני שנת 2007 (למעלה משנה טרם הגשת עתירה זו), לא מצאו המשיבים לנכון לא להוציא את צו התפיסה בכתב, ולא להתייחס לגופו של עניין לבעייתיות של מגורי אזרחים ישראלים המתגוררים במקום.

40. מכאן עתירה זו.

ג. הטיעון המשפטי

41. להלן יטענו שלוש טענות משפטיות שלהבנתנו יחייבו מתן הסעד המבוקש בעתירה:

א. כי היתר לאזרחים לגור במתקן הצבאי שבשטח התפוס מהווה הפרה אסורה של עקרון ההבחנה;

ב. כי תפיסת השטח נעשתה שלא לצרכים צבאיים ועל-כן אינה חוקית ודינה להתבטל;

ג. כי תפיסת שטח במשך 25 שנים אינה יכולה להיעשות ללא צו תפיסה מפורט בכתב והליכים מסודרים בטרם הוצאתו והיות והשטח התפוס נשוא עתירה זו נתפס ללא צו בכתב והליכים כאמור, דין צו התפיסה שבע"פ להתבטל.

I – עקרון ההבחנה והפרתו

42. שורשיו של המשפט הבינלאומי ההומניטארי שלושה הם – הראשון, הוא עקרון ההבחנה, המחייב את ביצוע ההבחנה בין לוחמים ובין אזרחים, כמו גם ההבחנה בין מטרות צבאיות למטרות שאינן צבאיות. העקרון השני הוא עיקרון המדתיים המסייג התקפה מותרת לכזו שמגיבה בעוצמה התואמת את הסיכון ושהתועלת הצבאית הצפויה ממנה עולה על הנזק שעלול להיגרם בשלה למטרות אזרחיות. והעקרון השלישי הוא עקרון הצורך הצבאי, הקובע כי הפגיעה באויב מותרת היכן שקיים צורך צבאי לעשות כן. שלושה עקרונות אלו, הם היוצרים את ליבת המשפט ההומניטארי, אשר מטרותם העיקרית היא הוצאת הגורמים אשר אינם נוטלים חלק במעגל הלחימה מחוץ למעגל זה, ולא להכניסם בכוח למעגל זה.

43. חלק זה של העתירה יעסוק בעיקרון הראשון, הוא עקרון ההבחנה, אשר לדידינו הוא סיבת קיומם (Raison D'etre) של דיני העימות המזויין.

44. על פי עקרון זה, מוטלת **חובה** על הכוחות הלוחמים להבחין בין יעדים צבאיים לבין יעדים אזרחיים (כמו גם בין לוחמים ואזרחים), ורק היעדים הצבאיים יכולים לשמש כיעד לגיטימי וחוקי להתקפה.

45. מכאן נובעות ההבחנות הנדרשות בין לוחמים ובין כאלו שאינם לוחמים; בין מטרות לגיטימיות לתקיפה ובין מטרות שאינן לגיטימיות לתקיפה; איסור התייחסות לאגד מטרות אזרחיות וצבאיות כמטרות צבאיות בלבד; חובת אזהרה של האוכלוסיה האזרחית, במידת האפשר, מפני תקיפה אפשרית לצורך הרחקתה מהיעד, וכדומה כללים ועקרונות רבים הנגזרים מעקרון ההבחנה ושמטרת כולן אחת: להרחיק את האזרחים משדה הקרב ולהקטין למינימום את הפגיעה בהם ובאובייקטים אזרחיים.

46. מעקרון ההבחנה, העובר כחוט השני בכל המסמכים המכוננים של הדין ההומניטארי הבינ"ל, נגזרים איסורים וחובות פוזיטיביות שונים החלים על הצדדים ללחימה, ושמטרת כולם ליצור ולהעמיק את ההבחנה הנ"ל, והיכן שהיא כבר קיימת, לפעול על פי הבחנה זו ולהמנע מפעולות שעלולות ליצור בלבול בין אזרחים ולוחמים או אובייקטים אזרחיים לאובייקטים צבאיים.

47. לכן, למשל, חלה החובה על לוחמים לשאת את נשקם בגלוי ולענוד סימן היכר כגון מדים אשר יבדיל אותם מהאוכלוסיה האזרחית (ראו סעיף A4 לאמנת גינבה השלישית בדבר היחס לשבויי מלחמה). הסנקציה על הסתרת הנשק ואי-לבישת סימן מבדיל כאמור הוא נטילת מעמד הלוחם מאת המפירים, ועימו ביטול הזכות להלחם ועימו הזכות לקבל מעמד של שבוי מלחמה לנתפסים.

48. אם-כן, עקרון ההבחנה יוצר חובה דו-מימדית ובמקביל לחובת הלוחמים לכוון נשקם ליעדים צבאיים בלבד, קיימים מספר איסורים וחובות המוטלים עליהם שמטרתם שימור

יכולת ההבחנה בינם לבין אזרחים. בין היתר, וחשוב ביותר לענייננו, המשפט ההומניטרי קובע – כנגזרת ישירה לעקרון ההבחנה - איסור על מיקום אזרחים במתקנים צבאיים, דבר אשר עלול להפוך את האזרחים ליעד לתקיפה. וכפי שמטייבים להגדיר זאת המלומדים פרופ' יובל שני ופרופ' אורנה בן-נפתלי:

"על הצד המותקף מוטלות גם חובות מוגדרות מכוח עקרון ההבחנה. אלו כוללות איסור למקם אזרחים בסמוך למתקנים צבאיים על מנת להשתמש בהם כמגנים אנושיים; וחובה להתאמץ להרחיק אזרחים מקרבתם של יעדים צבאיים."

(יובל שני ואורנה בן נפתלי, המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום, תל אביב: 2006, בעמ' 151; להלן יכונה: "שני ובן-נפתלי").

49. העיר חברון, בה בוצעה התפיסה הצבאית, כמו כל הגדה המערבית, נתונה למשטר של תפיסה לוחמתית. על פי משטר זה, כידוע, השטח הכבוש הוא שטח הנתפס במהלך סכסוך מזויין. על שטח זה חלים דיני התפיסה הלוחמתית ודיני הסכסוך המזויין.

50. על כן, גם בפעולות המשיב 1, כמפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, חייב הוא בקיומן של הנורמות המשפטיות הבסיסיות החלות על האזור ועליו, לרבות החובה בדבר עקרון ההבחנה. עמד על כך כבר בית המשפט הנכבד בפסק דינו המכונן שפסל את הפרקטיקה הידועה כ"נוהל שכך" (בג"ץ 3799/02 עדאלה ואח' נגד יצחק איתן ואח', (תק-על 2005) 4) 49 (6/10/2005); להלן "פרשת עדאלה"):

"אין לנצל את האוכלוסיה האזרחית לצרכיו הצבאיים של הצבא התופס (ראו פלק, עמ' 218). אין "לנדב" אותם לשיתוף פעולה עם הצבא."

(שם, פסקה 24 לפסק דינו של הנשיא (בדימו') ברק).

וגם:

"עקרון אחר של המשפט ההומניטרי הוא שיש לעשות הכל להפרדה בין האוכלוסיה האזרחית לבין הפעילות הצבאית (ראו פלק, עמ' 169). התחולה המרכזית של כלל זה היא בחובה להרחיק תושבים מקומיים תמימים מתחום פעולות האיבה (ראו כלל 24 למשפט הבינלאומי ההומניטרי). עם זאת, מתבקשת מכלל זה הגישה כי אין להכניס תושב מקומי, אף לא בהסכמתו, אל תוך התחום בו מתקיימת פעולה לחימתית."

(שם, שם).

51. אמנם, פסק הדין עסק בשאלת עירובם של תושבים מוגנים בפעילויות הצבא הכובש, ואילו בענייננו המדובר באזרחי המעצמה הכובשת אשר נכנסים מרצונם לבסיס צבאי, אולם דברים אלו שנכתבו בפסק הדין נכונים ביתר שאת היכן שמדובר באוכלוסייתו של

הכוח הכובש, אשר לגבי אוכלוסייה זו מידת השליטה של הכוח הצבאי היא הרבה יותר משמעותית.

52. ההנמקה בבג"ץ **עדאלה** לעיל הסתמכה כולה על עקרון ההבחנה תוך יציקת תוכן תכליתי לכלל הברור. וכלשונו של הנשיא ברק, בסיום פסק דינו, אשר מתייחס לנוהל שכן, אשר הפר באופן בוטה עקרון בסיסי זה:

"הוא [הכוונה היא לנוהל האזהרה המוקדמת כפי שבוצע על ידי כוחות הצבא, מ.ס., ש.ז.] מתקרב יתר אל המידה אל "הגרעין" הנורמטיבי האסור, והוא מצוי באזור האפלולי היחסי (ה-punumbra) הבלתי ראוי."

(בג"ץ **עדאלה**, פסקה 25 לפסק דינו של הנשיא (בדימו) ברק).

53. לענייננו, העותרות תטענה כי מתן היתר לאזרחים ישראלים להתגורר באורח קבוע (או ארוך טווח) בתוככי מתקן צבאי, היא הפרה של עקרון ההבחנה עליו עמדנו, מסכנת חיי אזרחים ועלולה להפוך אותם ליעד להתקפה. פירוט הטענה להלן.

(ב) החובה לנקוט באמצעי זהירות נגד השפעותיהן של התקפות על אזרחים והחובה להרחיק את האוכלוסייה האזרחית מהמטרות הצבאיות

54. כאמור, לצד החובה להמנע מהתקפה מכוונת על אוכלוסייה אזרחית והצבתה כיעד תקיפה לגיטימי, עומדת החובה להרחיק, ככל האפשר, את האוכלוסייה האזרחית ממטרות צבאיות, על מנת שאלו לא ייפגעו כתוצאה מעימות מזוין או חמור מכך – על מנת שהם לא יהוו מטרה בפני עצמם.

55. הסעיף המרכזי החל בענייננו הינו סעיף 58 לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977. סעיף זה, אשר בא להבהיר את החובה הקבועה הזו ולחדד הבטים נוספים של עקרון ההבחנה קובע כי:

Article 58.-Precautions against the effects of attacks

The Parties to the conflict shall, to the maximum extent feasible:

(a) Without prejudice to Article 49 of the Fourth Convention, endeavour to remove the civilian population, individual civilians and civilian objects under their control from the vicinity of military objectives;

(b) Avoid locating military objectives within or near densely populated areas;

(c) Take the other necessary precautions to protect the civilian population, individual civilians and civilian objects under their control against the dangers resulting from military operations.

56. סעיף זה הינו תלת-ראשי, כאשר לענייננו רלוונטי בעיקר האמור בפסקה הראשונה. פסקה זו קובעת כי על המדינות להוציא אוכלוסייה אזרחית ומטרות אזרחיות המצויות תחת שליטתן מקירבת (vicinity) האובייקטים הצבאיים (כגון בסיסי-צבא), זאת בכפוף ומבלי לפגוע באמור סעיף 49 לאמנת גנבה הרביעית.

57. הפרשנות של הסעיף כפי שהיא מופיעה בקומנטאר הרשמי של הצלב האדום קובעת לגבי סעיף זה את הדברים הבאים:

2239 This article is a corollary of the numerous articles contained in the Protocol for the benefit of the population of enemy countries. It is not concerned with laying down rules for the conduct to be observed in attacks on territory under the control of the adversary, **but with the measures which every Power must take in its own territory in favour of its nationals, or in territory under its control.**

Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, (Eds. Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann, Geneva, 1987, at p. 692)
(ההדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז.)

58. ודוק: הכפפת הסעיף לאמור בסעיף 49 לאמנת גינבה הרביעית כיוונה להוראה בפסקה השנייה בסעיף זה, המאפשרת את פינויה אוכלוסייה אזרחית הנדרש לצורך צבאי, וזאת על מנת שתיווצר אחידות בין הסעיפים ולא סתירה לכאורה. מטרת קריאה הרמונית זו של הסעיפים מובילה למסקנה כי אין לעשות שימוש ציני בסעיף, על מנת לגרש תושבים מקומיים לצורך "הקמתם" או הכרזתם של מטרות אזרחיות כצבאיות.

59. יחד עם זאת, הרי שהפסקה האחרונה של סעיף 49 המורה כי אין להעביר את אוכלוסיית הכוח הכובש לשטח האזור הכבוש (והאוסרת לפיכך, מקל וחומר, הקמת התנחלויות), משתלבת גם היא עם הוראת סעיף 58 לפרוטוקול, שכן הכוונה המשתמעת (והמתבקשת בנסיבות העניין) משילוב שני הסעיפים, מובילה לכך שמחברי המסמכים הללו רצו למנוע

מצב זה בדיוק, בו אוכלוסייה של צד אחד תהפוך בידי מפקדיה או מנהיגיה של מדינה זו חלק ממטרות צבאיות לגיטימיות. וכך גם מניחה הפרשנות של הרשמית של הפרוטוקול:

2247 It is clear that the authorities with the sense of duty will endeavour to remove the civilian population from areas where the risk of attack is greatest. Sometimes only certain categories of the population may be removed in this way: children, mothers, the elderly, the sick etc. Evacuation requires preparatory measures, often taken even in peacetime. Sometimes the whole of the population is evacuated.

2248 [...] It is conceivable that a Party to the conflict would not wish to jeopardize movement of its own armed forces by allowing civilians to take over the roads and trains.

Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, at p. 693.

60. כאמור, הסעיף מחייב להוציא אוכלוסייה ו/או מטרה אזרחית ממתחם המטרות הצבאיות. קל וחומר בן בנו של קל וחומר, היכן שהמדובר בהכנסה מודעת של אזרחים לתוך שטח צבאי, אשר נתפס והוקם לצורך מטרה צבאית ומהווה בסיס צבאי אשר בא לענות על צורך צבאי ועל-כן הופך מיידית למטרה לגיטימית להתקפות של היריב.

61. בעבר, כבר נדרש בית המשפט הנכבד לשאלת חוקיותה של תפיסה צבאית לצורך הקמת יישובים ישראלים ברחבי הגדה (ראו בג"ץ 606/78, **סלימן תופיק איוב ואח' נגד שר הביטחון ואח'**, פד"י לג(2) 113 ("פרשת בית-אל"); בג"ץ 390/79 **עזת מחמד מוסטאפא דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'**, פד"י לד(1) 1 ("פרשת אלון מורה")). השורה התחתונה של פסקי דין אלו הייתה כי היכן שהמדובר בצרכים צבאיים, מותר לתפוס את השטח על מנת להקים בו יישוב ישראלי; לא כך הדבר, היכן שהמדובר בצרכים התנחלותיים. בשולי הדברים נעיר, כי כלל לא ברור שהלכת **איוב** המוזכרת לעיל, ממשיכה לחול כיום כאשר אין יותר טענה כי הקמת התנחלויות נעשית "לצרכים צבאיים", ועל-כן בית המשפט הנכבד משך ידו מעיסוק בשאלה נכבדה זו בקובעו בשורה של פסקי-דין כי הנושא "אינו שפיט" (בין היתר ראו: בג"ץ 4481/91 - **גבריאל ברגיל ו-2 אח' נ' ממשלת ישראל**. פ"ד מז(4), 210; בג"ץ 7957/04 **מרעבה נ' ראש הממשלה** (ניתן 15.9.2005))

62. מכל מקום, פסקי הדין של שנות השבעים בפרשת בית אל ואלון מורה לא עסקו כלל במהותו של עקרון ההבחנה, אשר היה בבחינת עקרון מנחה עוד באותה עת ובוודאי שכיום, עת הוא מהווה ללא כל מחלוקת משפט מנהגי. כבר באותה עת, נשמעה ביקורת

על פסק הדין בעניין בית-אל שאישר צו תפיסה "לצרכים צבאיים" לשטח שבו עמדו להקים יישוב אזרחי (בית-אל). בין המבקרים הרבים של פסקי הדין זכור לכל מאמרו של פרופ' יורם דינשטיין, אחד המומחים הגדולים בעולם בנושא דיני המלחמה, אשר קבע כי מחדלו של בית המשפט הנכבד מלבחון את הנושא באספקלריה של עקרון ההבחנה ואי-עמידתו על המשמעות המשפטית של הצבת אזרחים במקום "לצרכים צבאיים", עלולה להוביל לתוצאה הרת אסון:

"הגם שדבריהם של השופטים לגבי היות יישובים אזרחיים יהודיים בשטחים המוחזקים חלק מן המערך הבטחוני של צה"ל נאמרו בראש ובראשונה בהדבק של המשפט הישראלי המנהלי (כדי להראות שהטעמים אשר הובאו על ידי הממשל הצבאי לתפיסת המקרקעין לא היו טעמי סרק), נודעת להם משמעות רבה בתחום המשפט הבינלאומי דווקא. ספק אם בית המשפט, והפרקליטות שפיתחה את הרעיון של התיישבות אזרחית במסגרת צבאית, נתנו דעתם לנפקות של רעיון זה בתחום אחר לגמרי. כידוע, מבחינים דיני המלחמה בין מטרות צבאיות (אותן מותר לתקוף בעת לחימה) לבין מטרות אזרחיות (האסורות בתקיפה). עד כה היה מקום להניח, כי יישובים יהודיים אזרחיים בגדה המערבית – כמו יישובים אזרחיים בכל מקום אחר – אינם בגדר בסיסי צבא, ואסור לראות בהם מטרה לגיטימית לתקיפה. אולם עתה, משקבע בג"צ בצורה מוסמכת כי יישובים יהודיים אזרחיים בשטחים המוחזקים מהווים חלק מן המערך של צה"ל, ניתן לטעון שלמעשה נשלל מיישובים אלו אופיים האזרחי לא רק לשם השגת היעד אותן חתרה הפרקליטות להשיג, אלא אף בהקשרים אחרים. אין דיני הלחימה מכירים במעמד ביניים, חצי צבאי וחצי אזרחי."

יורם דינשטיין, "התנחלויות וגירושים בשטחים המוחזקים", **עיוני משפט** כרך ז' (תשל"ט-תש"ס) 188, בעמ' 191. (הדגשות הוספו, מ.ס., ש.ז.).

63. ודוק: דברים אלו נאמרו היכן שהיה מדובר בתפיסת שטח שכולו נועד למטרה "צבאית" כביכול, ואילו במקרה דנא המדובר הוא בשטח המפר את עקרון ההבחנה באופן ברור הרבה יותר, עת בצוותא חדא גרות משפחות ישראליות אזרחיות בתוך בסיס צבאי.

(ג) עקרון ההבחנה ככלל מנהגי המשפט הבינלאומי

64. הואיל ועקרון ההבחנה הינו עקרון מרכזי בדיני המשפט ההומניטארי, עוגן או גרעין נורמטיבי כלשונו של בית המשפט העליון של מדינת ישראל, ברי לכל כי המדובר בעקרון מנהגי. למרות שהדבר למעשה הינו כה ברור עד שכמעט לא דורש הוכחה, מצאנו לנכון,

בשל מרכזיות הטיעון בתיק זה, להביא בפני בית המשפט הנכבד את עיקרי הנימוקים להיותו של עקרון ההבחנה כלל מינהגי.

65. האוגדן של הצלב האדום המרכז את הכללים המנהגיים של המשפט הבינלאומי ההומניטארי ("אוגדן הצלב האדום") מציין את כלל ההבחנה ככלל הראשון של שדה משפטי זה:

"Rule 1. The parties to the conflict must at all times distinguish between civilians and combatants. Attacks may only be directed against combatants. Attacks must not be directed against civilians.

ובהמשך:

"Rule 7: The parties to the conflict must at all times distinguish between civilian objects and military objectives. Attacks may only be directed against military objectives. Attacks must not be directed against civilian objects"

J.M Henckaerts and L. Doswald-Beck, **Customary International Humanitarian Law**, Volume I: Rules (Cambridge University Press and ICRC, 2005), p. 3

66. יצוין, כי גם בית המשפט העליון קבע בעבר כי כללים אלו מהווים את שורשיו של המשפט הבינ"ל ההומניטארי המנהגי (ראו בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' ממשלת ישראל ואח', פסק הדין מיום 15/12/2006, פסקה 23 לפסק דינו של הנשיא (בדימי) ברק).

67. בחוות הדעת של בית הדין הבינ"ל בהאג בדבר חוקיות השימוש והאיום בשימוש בנשק הגרעיני, עמד בית הדין על המרכזיות של עקרון ההבחנה ועל הממד המנהגי המובהק של העקרון:

"The cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law are the following. The first is aimed at the protection of the civilian population and the civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; States must never make civilians the object of attack and must consequently never use

weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets [...]”

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons

1996 ICJ 226, at p. 257.

ועוד מצא בית הדין לקבוע בהקשר זה כי :

“These fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law”.

Ibid, at p.79.

68. כללים רבים נוספים שנאספו באוגדן הצלב האדום נועדו לפרוט את עקרון ההבחנה לעקרונות משנה (למעשה כללים 13-2 וכן כללים 24-15 הם כולם איסורים וחובות הנגזרים מעקרון ההבחנה).

69. לענייננו, כלל 24 קובע באופן חד-משמעי את האיסור להציב אזרחים במתקנים צבאיים ואת החובה להוציא אזרחים ממתקנים צבאיים. הכללתו של הכלל באוגדן נועדה להבהיר כי מדובר בכלל מנהגי. לשונו של כלל זה, אשר אומצה בסעיף 58 לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה קובעת את הדברים הבאים :

Rule 24. Each party to the conflict must, to the extent feasible, remove civilian persons and objects under its control from the vicinity of military objectives.

J.M Henckaerts and L. Doswald-Beck, **Customary International Humanitarian Law**, Volume I: Rules, at p. 74.

70. כלל זה, נסמך בין היתר גם על פרקטיקה של מדינות, גם כאלו אשר אינן צד לפרוטוקול הראשון משנת 1977 (וביניהן מדינת ישראל) (ראו, הי"ש 38-36, בעמ' 74 הנ"ל, אשר מצייב לכתב העתירה ומסומן כנספח י"ג). משמעות היותו של הכלל מנהגי היא שהוא מחייב את כל אומות העולם.

71. הכלל הנ"ל מבטא ומיישם את העיקרון הבסיסי של ההבחנה, ובא לאסור כל שימוש באזרחים כמגנים אנושיים או כנוכחים מטעם אחד הצדדים לסכסוך באזור לחימה או

במקום המהווה מטרה צבאית מובהקת. וכדי שלא יהיה ספק: אין זה משנה לצורך האיסור המופיע בכלל האם האזרחים נכנסים למתקן הצבאי מרצונם או בכפייה. בשני המקרים הדבר אסור בתכלית האיסור.

72. כאמור, גם בית המשפט העליון ייחס לכלל מס' 24 של כללי המשפט הבינ"ל המנהגיים שכונסו על ידי הצלב האדום כעקרון מנהגי החל בגדה המערבית היכן שמבוצעים מבצעים צבאיים, וכמובן היכן שמתקן מסויים נתפס לצורך צבאי. וראו לעניין זה, בג"ץ **עדאלה** לעיל, אשר קובע בלשון חד-משמעית וברורה כי:

*ייתחולה המרכזית של כלל זה היא בחובה להרחיק תושבים מקומיים תמימים מתחום פעולות האיבה (ראו כלל 24 למשפט הבינלאומי ההומניטרי). (בג"ץ **עדאלה** לעיל, פסקה 24 לפסק דינו של הנשיא בדימי ברק)*

ולעניין זה ראו גם **שני וכן נפתלי** לעיל, בעמ' 153.

73. לסיכום, ברור לכל, הן על פי המסמכים המכוננים של המשפט ההומניטארי הבינ"ל, ואף לפי פסיקת בית המשפט הנכבד, כי עקרון האבחנה על שלל דרכי ביטוי – לרבות האמור בסעיף 58 לפרוטוקול הראשון משנת 1977 (כלל מספר 24 באוגדן הצלב האדום) – מהווים משפט בינלאומי מנהגי, המחייב את מדינת ישראל, כלפי חוץ וכלפי פנים כאחד.

(ד) מן הכלל אל הפרט

74. כזכור, העתירה דכאן מבקשת מבית המשפט הנכבד לבטל את הנוהל הפסול והנפסד בו נוקט המשיב, עת הוא מתיר לאזרחים ישראלים לגור במתחם אשר נתפס לצרכים צבאיים, מעשה אשר בביצועו מופר עקרון האבחנה בין אזרחים ובין לוחמים, בין מטרות צבאיות ובין מטרות אזרחיות, כאשר המשיב מערבב אלו באלו.

75. ידענו כבר כי לא פעם מתערבבים שיקולים צבאיים בשיקולי הקמת יישובים אזרחיים בגדה המערבית. כך היו פני הדברים בבג"ץ **איוב** ובבג"ץ **דויקא** אשר הוזכרו לעיל. ברם, בשני מקרים אלו, לא דרו תחת קורת גג אחת חיילים ואזרחים, ולא התבצע מעשה המפר את האבחנה באופן כה חד וברור כגון המקרה הנ"ל.

76. כאמור, מתחם "פלוגת המתקנים" נתפס בשעתו לצרכי ביטחון, מהנימוקים שהובאו בשעתו בשתי העתירות הקודמות שעסקו במתחם. על פי חוות הדעת של אל"ם שרון אפק (נספח י"ב לעיל), צרכי ביטחון אלו עדיין קיימים. אולם, גם אם כך הם פני הדברים – הרי לא יעלה על הדעת כי המשיב יעשה שימוש באזרחים ישראלים לצורך מימוש צרכי ביטחון אלו, או שימוש כלשהו באזרחים בכלל לצרכים צבאיים.

77. וגם אם לא עשה המשיב שימוש אלא רק "התיר" לאותם אזרחים לגור בכפיפה אחת במחנה הצבאי, הרי שבכך הפר את ההוראות הברורות והחד-משמעיות של סעיף 58 לפרוטוקול, האוסר על הכנסה מודעת שכזו של אזרחים לתוך הבסיס הצבאי.
78. קביעתו של בית המשפט הנכבד בפרשת **עדאלה** מחזקת את עמדת העותרות. האיסור על הכנסת אזרחים למעגל המטרות הצבאיות קיים, גם אם האזרח עצמו מעוניין (או מסכים) להיות חלק מאותה מטרה צבאית.
79. לסיכום פרק זה, וראש טיעון זה, ברור כי המשיב הפר את חובתו החד משמעית בכך שהוא מאפשר לאזרחים ישראלים לגור בתוך מחנה צבאי, בשטח אשר נתפס ונלקח מהאוכלוסיה המקומית המוגנת לצורך צבאי בשעתו, ואילו כעת הוא משמש בו זמנית גם לצורך הצבאי וגם לצורך התנחלותי.

II – העדרו של צו תפיסה כתוב וחתום והמשמעויות המשפטיות הנובעות מכך

80. כאמור, מעולם לא הוצא צו תפיסה בכתב למתחם נשוא עתירה זו. בשעתו, נומק הדבר בשל "דחיפות" הצורך בתפיסת המתחם. ברם, בעוד שעל-פי התשובה הראשונה של נציגת המשיב אל הח"מ נמסר כי "גם על פי פסיקת בית המשפט הצו יכול להינתן גם בעל פה", הרי שחוות דעתו של אל"ם אפק, המשמש כזכור היועץ המשפטי ליהודה ושומרון, קוראת (נכונה) את דבריו של פסק הדין באופן הפוך לגמרי – כי קיימת חובה עם חלוף הדחיפות להוצאתו של צו בכתב.
81. הוצאת צו התפיסה בכתב, חשובה בשני ממדים: **הראשון**, הוא במובן הפורמאלי, המחייב את המשיב כמו גם את כלל הרשויות המנהליות בישראל, לפעול כמתחייב מסדרי מנהל תקינים, ובהם הוצאת הצו בכתב.
82. כב' השופט ברק קבע בפסק הדין בעתירה הראשונה (בג"ץ 469/83), כי על המשיבים להוציא את צו התפיסה בכתב. במקום אחר, עמד כבר בית המשפט הנכבד על חשיבות הוצאת מסמכים מפורטים בכתב כשמבקשים לתפוס שטח שבחזקה פלסטינית:

"אולם אין ספק, כי על המשיבים לנהוג על-פי סדרי ממשל ומינהל תקינים ומדוקדקים, ועניין מסירת התעודה לפי סעיף ג' לצו מס' 59 מחייב הקפדה יתרה על נהלים, שיבטיחו, כי התעודה תנוסח בפירוט הנאות, אשר יאפשר למי שקורא אותה להבין, מהו הרכוש, שאליו היא מתייחסת, וכי תעודה זו תימסר לכל מי שנוגע בדבר. המדובר בזכויות במקרקעים, ומבלי לגרוע מן החובה להקפיד בזכויות בעלות מכל סוג, לא למותר להדגיש, כי בעניין כגון זה שלפנינו קיימת אצל עובד אדמה רגישות מיוחדת כלפי כל מעשה, אשר ממנו משתמעת פגיעה בזכויותיו,

כפי שהוא מבין אותן. מחובתן של רשויות השלטון לנקוט כל צעד דרוש, כדי שיובהר לכל מי שעלול להיפגע על-ידי ההחלטה, מהי כוונת הרשויות, על מה הן מסתמכות, ובאיזו דרך הוא יכול להביא השגותיו ועררו לידי דיון והכרעה, וכי יינתן לו זמן מספיק לאיסוף החומר הדרוש להוכחת טענתו ולהגשת הערר."

בג"ץ 285/81 - פדיל מוחמד אל נאזר ואח' נ' מפקד יהודה פ"ד לו(1), 701 (1982).

83. האמור בפסק הדין מובילנו אל הממד השני העומד בבסיסו של הצורך בהוצאת הצו בכתב, הוא הממד המהותי. ממד זה מכיל בתוכו את החובה לנמק, להבהיר, לחדד, להסיר ספקות ולהציג תמונה ברורה של האמור בצו התפיסה. כך למשל, צוי תפיסה המוצאים כדרך כלל על ידי המשיב מסי' 1 קובעים את גבולות השטח הנתפס (זאת בצירוף מפה המבארת את גבולות השטח), את משך תוקפו של הצו, את הצורך העומד בבסיסו, את מקור הסמכות להוצאתו, את הדרכים להשיג על הצו וכיו"ב.

84. ראוי להדגיש כי בין היתר צו תפיסה בכתב נוקב במועד פקיעתו, ואילו לא ידוע לנו שהצו שבע"פ נושא תאריך תפוגה כלשהו. הדבר חשוב היות ותפיסה צבאית היא זמנית ואילו תפיסה שאיננה זמנית אלא קבועה היא למעשה הפקעה וזו אסורה בתכלית האיסור וללא חריגים בדיני התפיסה הלוחמתית (ראו סעיף 46 לאמנת ג'נבה הרביעית הקובעת כי הפקעה בשטח כבוש אסורה).

85. חרף הזמן הרב שחלף למן תפיסת השטח בפועל (למעלה מ-25 שנה), וחרף השנים שחלפו מאז פסק בית המשפט בעתירה בבג"ץ 469/83 לעיל, לא מצא לנכון המשיב להוציא צו תפיסה אשר יגדיר את התפיסה, היקפה ומשך הזמן שלה.

86. לכל אלו יש להוסיף את עמדתו של היועץ המשפטי לאיו"ש, אשר קבע בחוות דעתו המובאת לעיל כי "אין לנו אלא להסכים עם עו"ד ספרד בעניין", וכן כי תשובתה הראשונית של נציגת המשיב יחד עם פרשנותה לאמירה בבג"ץ 469/83 עומדת בניגוד לאמור בפסק הדין. ברם, ניכר כי המשיב לא שעה גם להמלצת יועצו המשפטי זו, והמשיך לתפוס את המתחם ללא צו בכתב.

87. התעלמות זו מהמלצת היועץ המשפטי של יהודה ושומרון, כמו גם ההתעלמות מההמלצה להסדיר את מעמדם של המתישבים הישראלים במתחם (הגם שהעותרות חולקות חזיתית על תזה זו המוצעת על ידי היועץ המשפטי, המתעלמת והמנוגדת לעקרון ההבחנה, כמוסבר לעיל), אינה עולה גם היא בקנה אחד עם פסיקת בית המשפט הנכבד.

88. היועץ המשפטי – בין אם של הממשלה ובין אם של מי שבא בנעלי הריבון בגדה המערבית – הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הכפופים לו ברשות המבצעת, כאשר לו נתונה סמכות הפירוש של הדין עבור הרשות המבצעת, ופירושו שלו מחייבה פנימה (וראו לעניין זה בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פד"י מז(5) 404, 425; בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נגד יושב ראש הכנסת פד"י לט(3) 141, 152; וגם לעניין זה בג"ץ

4267/93 "אמיתי" נגד ראש הממשלה יצחק רבין פד"י מז" (5) 441, 473, שם נקבע כי חוות הדעת של היועץ המשפטי משקפת את המצב המשפטי הקיים והרצוי, אולם הוא עדיין כפוף לחוק, וקביעותיו אכן נתונות לביקורת שיפוטית).

89. בכך שלא פורסם צו התפיסה בכתב, הפר המשיב את החובה למלא אחר הנחיית היועץ המשפטי שלו, ובמקביל לא מילא אחר ההוראה של בית המשפט הנכבד (ועליה גם עמד היועץ המשפטי בחוות דעתו). ב(אי) עשותו כן - חרג המשיב מסמכותו. אכן, כפי שכתב בפסק הדין בבג"ץ 469/83, הדרישה להוצאה בכתב אינה מחוייבת מבחינת הדין באזור, אבל היא כן מתחייבת מסדרי מנהל תקינים ומדיני המינהל הציבורי הישראליים. ניכר, כי המשיב החליט כי אין הוא כפוף לסדרי מנהל אלו.

III – איונו של הצורך הצבאי בתפיסת המתחם – האמנם נתפס המתחם לצרכי צבא או לצרכים התנהלותיים?

90. לאור שני הפרקים הקודמים, אשר עסקו בהפרת כלל האבחנה על ידי המשיב עת התיר לאזרחים ישראלים לגור במתחם הצבאי, ובאי הוצאת צו התפיסה בכתב חרף כל האמירות הרבות בנושא, קשה להשתחרר מהרושם כי כל מטרת תפיסת המקום בסופו של יום הייתה לצורך שיכונם של האזרחים הישראליים במתחם.

91. אין מחלוקת בין כל הגורמים הנוגעים בדבר כי המצב בעיר חברון היום שונה בתכלית מהמצב עת הוצא צו התפיסה, בשנת 1983. אולם, ניכר כי מרגע שבמקום מתקיים לו יישוב ישראלי, נולד לו צורך צבאי "חדש", המחייב להמשיך את צו התפיסה לצורך שמירה על יישוב זה. וכך, טשטוש ההבחנה בין מטרות צבאיות ואזרחיות "מאזרח" את המתחמים הצבאיים לצד הפיכת האזרחים הישראליים לחלק מהכוח הצבאי בשטח. לא ברור במציאות אבסורדית זו, מי משרת את מי, איזה גורם פועל עבור משנהו, ומה צופן העתיד במדיניות קלוקלת זו. לגישתו (השגויה, לטעמנו) של המשיב, ניתן לשכן באזור את האזרחים הישראליים כל עוד קיים צורך בטחוני; ומאידך גיסא, כל עוד קיימים אזרחים ישראלים במתחם, קיים לו הצורך הבטחוני. ומתוך חד-גדיא זה, עולה ומרהיבה אי-חוקיות ההתנהלות סביב המתחם במלוא העוז.

92. כב' השופטת (בדימי) מרים בן פורת, עמדה בעבר על ההבדל בין הזמני והקבוע במציאות הבלתי אפשרית בגדה המערבית, בבג"ץ איוב הנזכר לעיל:

"הטרידה אותי השאלה שמא מלמד הכינוי "יישוב קבע" על כוונה לשלול את המקרקעין עולמית, אך הגעתי למסקנה שיש להתייחס אל התואר "קבע כאל מושג יחסי גרידא. אין המדובר בעוברי אורח הנוטים ללון, או באזרחים הבאים לביקור ארעי למספר שבועות או חודשים, כי באנשים שיראו במקום זה את

ביתם. (בג"ץ 606/78, איוב נ' שר הביטחון, פסקה ד' לפסק דינה של השופטת בן פורת).

93. לאור דברים אלו, תשובתו של רס"ן ביבר (נספח י"א לעיל), כי המגורים במקום הינם "זמניים" (חרף העובדה כי מתגוררים בו אזרחים למעלה מחמש עשרה שנים!), מעלה תהיות, לכל הפחות. העובדה ש-"צורך" אחד מזין את השני, מכיל ויוצר אותו, מביאה אותנו למעגל קסמים, מבוך ללא מוצא.

94. צו התפיסה, אשר הפקיע בפועל את השימוש מעיריית חברון (ללא סיום התפיסה הצבאית הנראה לעין), נועד מלכתחילה לצרכים בטחוניים, כפי שנמסר בתשובת המדינה בעתירה בבג"ץ 469/83, וכפי שחזר עליה היועץ המשפטי ליהודה ושומרון. ברם, ניכר כי עם השנים, ובעקבות אכלוס המתחם, השתנתה מטרת התפיסה והאינטרס העומד בגינה.

95. בית המשפט הנכבד כבר קבע בעבר כי רשות המפקיעה נכס אינה רשאית ואינה מוסמכת לעשות בקרקע המופקעת ככל העולה על רוחה – משל הייתה בעלים פרטי – וכפופה היא למשטר של שימושים ציבוריים (או בטחוניים, במקרים של תפיסה צבאית) מסוימים בקרקע (וראו לעניין זה בג"ץ 2390/96 יהודית קרסיק ואח' נגד מנהל מקרקעי ישראל ואח' פד"י נה(2) 625 (2001); להלן: פרשת קרסיק).

96. עם חלוף המטרה הציבורית בגינה הופקעה או - במקרה שלנו – המטרה הצבאית שבגינה נתפסה הקרקע, חולפת עמה גם ההצדקה החוקית של המשך החזקת הקרקע בידי הרשות. עם זאת, למרות שברור לכל כי במהלך השנים (החל משנת 1991, עת שוכנו האזרחים הישראלים במקום) השתנה הצורך הצבאי והתאדה הצורך של הצבא לעשות שימוש במתחם כולו, (ועובדה היא כי לפחות בחלק מהמתחם לא נעשה שימוש צבאי) ועל פי התנהגותם של המשיבים ברור כי לכל הפחות תפיסת חלק מהמתחם נעשה למטרה חדשה (שיכון האזרחים), ראוי היה לו למשיב, כרשות מנהלית, לבחון בשנית האם יש עדיין צורך בצו התפיסה, ואם כן האם באותה מתכונת. ברור עוד יותר, שאם היה מוצא בשעתו צו תפיסה בכתב, המגדיר ותוחם את המתחם, ניתן היה לעיין בשנית בצו המקורי ולבחון האם הוא עדיין עומד בדרישות הביטחון של המשיב. לא כך הוא כאשר צו התפיסה הינו גורף, כוללני, בלתי מנומק ונעדר הנחיות לערר או השגה עליו. וכך, התפיסה הזמנית של המתחם הופכת לתפיסת קבע.

97. בפרשת קרסיק שהוזכרה לעיל, נקבע באופן ברור וחד-משמעי כי שינוי מהותי בצורך של ההפקעה מביא לביטולה של ההפקעה:

"אם המטרה הציבורית אשר שימשה בסיס להפקעת מקרקעין לפי הפקודה חדלה להתקיים, הרי ככלל (הכפוף לחריגים), ההפקעה מתבטלת, ובעל המקרקעין המופקעים זכאי להשבת המקרקעין."

(שם, בעמ' 706).

98. ולגבי שינוי הייעוד של המטרה הציבורית לגבי ההפקעה נקבעו הדברים הבאים על ידי כב' השופט (בדימו') מ' חשין:

"קביעתה של המטרה הספציפית להפקעה – קביעתה ופרסומה ברבים – כמוהם כחותם-מלכות המוטבע על מעמדה הנורמטיבי של הקרקע לתקופה השנייה בחייה, והם הקובעים את הסטטוס של הקרקע בהמשך חייה."

(שם, בעמ' 669-670)

99. אמנם, במקרה דשם עסק פסק הדין בענייני הפקעת הקרקע לצרכי ציבור, ואילו בעתירה דנא עיקר הטענה נסב סביב תפיסתו של השטח לצרכים צבאיים, אולם הרציונאל החל בשני המקרים זהה הוא, כאשר במקרה של עתירה זו, הוא אף חל ביתר שאת, היכן שמראש מוגדרת התפיסה הצבאית כזמנית (בניגוד להפקעה), והיכן שהמדובר בשטח המוחזק כפקדון ונתון לתפיסה לוחמתית ונתפס מאזרחים מוגנים.

100. וכך, יוצא אפוא, כי בעיר חברון, מתרחש כאוס משפטי, כאשר עתירה זו חושפת פנים מעטות ממנה: התנהלותו של המשיב, המוציאה צו תפיסה "לעולמי עד", ללא שהוא מגובה באסמכתאות וללא שהוא ממפה במדויק את היקפו של השטח התפוס; ניתנת "הרשאה" של המשיב, במפורש או במשתמע, בכוונת מכוון או באדישות מופגנת, למגורים של אזרחים ישראלים בתוך המתחם הצבאי; ניתנת הרשאה מתמשכת לבניית היישוב ולהתבססותו בתוך השטח הצבאי, ונוצר טשטוש אסור של האבחנה בין לוחמים לאזרחים ומכאן בין מטרות אזרחיות ומטרות צבאיות; ולמרות כל אלו, לא נערכת שקילה מחודשת של הצורך בצו התפיסה, ולא מתבררת השאלה האם יש עדיין צורך במתכונתו הנוכחית, ולו מבחינת התפרשותו הגיאוגרפית, היכן שחלק מהמתחם כבר אינו משמש לצורך צבאי אלא לצורך "התיישבותי" גרידא.

101. מצב זה אינו יכול להמשך באשר הוא מהווה הפרה חמורה של דיני המלחמה ושל זכויות האזרחים כולם – האזרחים המוגנים ואזרחי המעצמה הכובשת – המעורבים בעניין.

לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צווים על-תנאי כמבוקש ברישא לכתב עתירה זו ולאחר קבלת תגובת המשיבים ושמיעת טיעון בעל-פה, להופכם למוחלטים.

כמו-כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים וכן בשכר-טירחת עו"ד בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

תאריך: _____

שלומי זכריה, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרות

Z:\Documents\cases\PeaceNow\Hevron-PlugatMitkanim\hevron-6-bagatz.doc