

בעניין שבין:

עבד אל-חלים עלי סלים בטאט ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד משכית בנדל
/או תמר פלדמן /או דן יקיר
/או דנה אלכסנדר /או אבנר
פינצ'וק /או עאוני בנא /או
לילה מרגלית /או עודד פלר
/או טלי ניר /או גיל גן-מור
/או אשרף אליאס /או נסרין
עליאן /או קרן צפיר /או
ראויה אבורביעה /או רגד
ג'ראיסי /או אן סוצ'יו /או
יונתן בן שושן /או שרונה
אליהו-חי

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

להלן: העותרים

- נ ג ד -

ועדת המשנה לפיקוח על הבניה באיו"ש ואח'

באמצעות פרקליטות המדינה,
רח' צאלח א-דין 29, ת"ד 49029, ירושלים
טלפון: 02-6466194; פקס: 02-6467011

להלן: המשיבים

השלמת טיעון מטעם העותרים

"וְלָרֶשׁ אִיּוֹן-כֹּל, כִּי אִם-כִּבְשָׁה אַחַת קִטְנָה אֲשֶׁר קָנָה, וַיַּחְיֶקָהּ, וַתִּגְדֹּל עִמּוֹ וְעַם-בְּנָיו
יַחְדָּו; מִפֶּתוֹ תֹּאכַל וּמִכִּסּוֹ תִשְׁתָּה, וּבְחִיקוֹ תִשְׁכַּב, וַתְּהִי-לוֹ, כְּבֵת." שמואל ב', יב' ג'.

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 30.7.12 מתכבדים העותרים להגיש בזאת את
השלמת טיעוניהם. העותרים מבקשים אף להתייחס להודעת המשיבים שנתקבלה לידם ביום
23.10.12 (להלן "הודעת המשיבים").

פתח דבר

השלמת טיעון זו ניתנת במסגרת עתירה המכוונת נגד החרבת כפר בשלמותו, הכחדתה של קהילה המקיימת אורח חיים ייחודי וגירוש חבריה מביתם. זאת, בניגוד חריף לחוק הביני"ל ולדיני הכיבוש בפרט. התוצאה של יישום צווי ההריסה שהוצאו למרבית המבנים בכפר תהווה העברה בכפייה של אוכלוסיה מוגנת בשטח כבוש, האסורה באיסור חמור מכוח סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, למעט בסייגים אשר כלל אינם מתקיימים בענייננו.

לא זו אף זו, הפרה בוטה זו של הדין הביני"ל ושל חובות המפקד הצבאי במסגרתו מבוססת על החלטה גורפת, **שנתקבלה על בסיס תשתית עובדתית חסרה ושטחית, אפילו ללא יומרה לבחינת חלופות כלשהן ולפיכך היא אף בלתי סבירה ובלתי מיזתית.**

מדובר גם בהחלטה מפלה המעלה חשש כבד להיותה נגועה בשיקולים זרים. במקרים אחרים, שעה שהיה מדובר בהתנחלויות במקומות בהם היו שיקולים מקצועיים-ארכיאולוגיים כבדי משקל שלא להתיר התיישבות, הסדירו המשיבים את היישוב ואף השקיעו בכך כספים ניכרים.

תושבי ח'רבת זנוטה מהווים קהילה אינטגרלית וותיקה המתגוררת באזור שנים ארוכות. עובדה זו עולה בבירור מן הראיות שמציגים העותרים. עם זאת, למרות שהמשיבים אינם מכחישים שהתושבים מתגוררים במקום מזה דורות – במערות ובהמשך במבנים ארעים - הם ממשיכים, באופן עקבי ומגמתי, להציג לבית המשפט תמונה מסולפת ובמסגרתה לעשות לקהילה זו רדוקציה לאוסף של פורעי חוק בודדים, חסרי שם ופנים, שהתקבצו להם זה מכבר באקראי באוסף של 'מבנים בלתי חוקיים'. בכך הם מקווים להסיט את הדיון מן העובדה כי מדובר בכפר המהווה בית לקהילה היסטורית המורכבת מארבע משפחות מורחבות שלא ניתן לפרקה כלאחר יד ולפזרה לכל רוח, ושמחובתם למצוא לה פתרון כקבוצה.

ומנגד, כשם שלבני האדם ולקהילה המתגוררת בכפר אין שם ופנים, ובהחלטת המשיבים להיסטוריה שלהם אין כל משקל, הם מייחסים חשיבות מכרעת לקיומו של אתר ארכיאולוגי במקום, למרות שלא טרחו כלל למפותו, להכין לו תכניות שימור וכיוצ"ב, למעט שרטוט גבולותיו הכלליים באופן שגוי ומגמתי. בעשותם כך, מתעלמים המשיבים בעקביות מכך שלהחרבת הכפר ולגירוש תושביו קיימות חלופות בנות ביצוע, במסגרתן יותר הכפר במקומו ותינתן הגנה יעילה לאתר הארכיאולוגי.

התושבים מעוניינים להישאר במקום בו נולדו, חיו ומתו הם ובני משפחותיהם מאז ומעולם. הם מעוניינים לקחת חלק פעיל בשימורו של האתר הארכיאולוגי ובהגנה עליו, בהיותו חלק חשוב מן המטען ההיסטורי, התרבותי והדתי שלהם.

א. פעולות העותרים לשם הסדרת מעמדו של הכפר

1. בית המשפט הנכבד הורה לעותרים ליתן מענה לטענת המשיבים בנוגע להיעדר תכנון מפורט של הכפר על ידם שכן לטענת המשיבים, על העותרים לעשות כן.
2. נבקש לשוב ולהדגיש: כנגזרת מחובותיו של המפקד הצבאי לדאוג לרווחת האוכלוסייה הכבושה ולהגן על הסדר הציבורי, חלות עליו גם חובות תכנוניות להסדרת המרחב הציבורי, לטובת התושבים ובהתאם לאורח חייהם. לפיכך, החובה הנורמטיבית למצוא פתרון שיאפשר את הותרת הכפר ח'רבת זנוטה ותושביו במקומם מימים ימימה **מוטלת על המשיבים ולא על העותרים**.
3. נוסף על כך, עקרון מרכזי בחקיקה ראשית המסדירה תכנון ובנייה, ובכללה הדין הישראלי הוא, כי ככלל, החובה לתכנן את המרחב הציבורי חלה על הרשות. בהתאם, חוק התכנון הירדני החל באזור, חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (חוק זמני) מס' 79 לשנת 1966, קובע בסעיף 9(2), כי האחריות הראשונית לתכנון מוטלת **על הרשות**.
4. על רקע זה, העותרים פנו למשיבים חזור ושנה בדרישה להסדרת הכפר ובניסיון לדון בפתרונות שיאפשרו זאת תוך הגנה על האתר הארכיאולוגי, עובר להגשת העתירה ובמהלך ההליך דנא, כמפורט להלן.
5. כבר ביום 24.7.2007 וביום 7.8.2007, עוד טרם הוגשה העתירה, פנו העותרים למשיב 4, ראש המנהל האזרחי דאז, בבקשה לדון עימו בדחיפות בצורך למצוא דרך להסדרת הכפר. (נספחים ע/18 וע/19 לעתירה).
6. המשיב 4 השיב כבר אז לעותרים כי "ע"פי הקריטריונים... אין הצדקה, לכאורה, להכנת תכניות מתאר לאתר" (נספח ע/20 לעתירה).
7. גם בדיון שנערך ביום 30.8.07 בנוגע לצווי הפסקת העבודה לפני ועדת המשנה לפיקוח נאמר לב"כ העותרים, כי אין היתכנות תכנונית לכפר.
8. על עמדה זו חזר ב"כ המשיבים בדיון שהתקיים בפני בית משפט זה ביום 30.7.12 בציינו, כי "אף מהנדס לא יחתום על תוכנית כזו וקשה למצוא תכנית מתאימה. אינני רואה פתרון לאנשים אלה".
9. המשיבים עצמם מציינים, כי "התקיימה חלופת מכתבים בין ב"כ העותרים לבין המנהל האזרחי, בעניין דרישתם להסדיר את הבינוי הבלתי חוקי בח'רבת זנוטה"... "העותרים אף פנו למשיבים בטרם הוגשה העתירה, וביקשו שהמשיבים יכינו תוכנית מתאר מתאימה" (פסקה 6 ופסקה 11 להודעת המשיבים בהתאמה וכן פסקה 22 לתגובת המשיבים לעתירה).
10. אם כן, המשיבים שבים ומצהירים, כי לא היו מאשרים תכנית מתאר לכפר, קל וחומר מאשרים מתן היתרי בנייה פרטניים. על רקע זה טענתם, כי על העותרים היה לפעול להסדרת הכפר נגועה בחוסר תום לב משוע.
11. לפיכך, הגשת תכנית מתאר פרטנית על ידי העותרים מהווה הליך סרק. זאת, גם על רקע העובדה שתוכניות מתאר עבור פלסטינים בשטחי C **אינן מאושרות באופן גורף** ואין כל סיכוי לקבל היתרי בנייה פרטניים שלא מכוח תכנית מתאר או תכנית חלוקה (ראו פירוט

בסעיפים 35-38 לתגובת העותרים מיום 17.7.12, להלן "תגובת העותרים", וכן בסעיפים 37-39 ובנספח 6 לתגובת העותרים).

12. גם בית משפט נכבד זה אף פסק לא פעם, כי במקרים מסוימים עת עסקינן בהליך סרק

אין חובת מיצוי סעד חלופי. יפים לענייננו דבריה של השופטת פרוקצ'יה:

"מושכלות ראשוניים הם כי עקרון חובת מיצוי הסעד החלופי אינו חל מקום שמהלך כזה אינו יעיל, וכאשר מתבקשת התערבות בית משפט זה קודם למיצוי הסעד החלופי כדי למנוע עוול, ומשיקולי צדק כלליים..." (בג"ץ 52/06 [חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ](#) נ' [Simon Wiesenthal Center Museum Corp](#) (לא פורסם, ניתן ביום 29.10.08), עמ' 37, והשור: בג"ץ 1661/05 [המועצה האזורית חוף עזה ואח'](#) נ' [כנסת ישראל ואח'](#), פ"ד נט (2) 481, 581)

כן ראו בג"ץ 6698/95 [קעאדן נ' מינהל מקרקעי ישראל](#), פ"ד נד(1), 258, 268 (פסק דין מיום 8.3.2000)

13. לא זו אף זו, העברת הנטל לתכנון הכפר אל העותרים כרוכה אף בהטלת עול כלכלי בלתי סביר על כתפי העותרים שכן הכנת תכנית מתאר פרטנית באופן פרטי היא הליך יקר ומורכב, כמפורט להלן.

14. תכנון מפורט של כפר הוא הליך הכולל מעורבות של מספר רב של בעלי מקצוע ולפיכך הוא מורכב וארוך ובהתאם יקר ביותר. הערכה [שמרנית](#) של עלות של הכנת תוכנית מתאר על ידי העותרים לכפר עומדת על **למעלה מ-100,000** ₪, כאשר מדידת השטח עולה כ- 40,000 ₪, עלות מתכנן היא כ- 60,000 ₪, עלות שכר יועצים היא כ- 20,000 ₪ ועלות סקרים היא כ- 20,000 ₪.

15. מדובר אם כן בעלות של **כ-3700** ₪, **לכל הפחות**, למשפחה. עבור תושבי ח'רבת זנוטה, רובם ככולם רועי צאן ואיכרים זעירים, מדובר בסכומי עתק שלמרבייתם אין כל יכולת לעמוד בהם.

16. יש לציין כי תכנון הכפר על ידי המשיבים כרוך בעלויות נמוכות באופן משמעותי שכן מדובר בתכנית אחת מיני רבות ובמומחיות, ידע ותשתית מקצועית המצויים בידי המתכננים שהמנהל האזרחי מעסיק ישירות או באמצעות אנשי מקצוע הזוכים במכרזים לתכנון שהוא מפרסם.

17. על רקע המתואר לעיל, ומאחר שהוברר להם שוב ושוב על ידי המשיבים שאין כל סיכוי שמאמציהם יישאו פרי, פנו העותרים לבית משפט נכבד זה להורות למשיבים לתכנן את הכפר.

18. **משעשו כך, עבר הנטל למשיבים להוכיח כיצד פעלו מיום הגשת העתירה לשקול את עמדתם מחדש, לבחון חלופות שונות ולמצוא פתרון לכפר ח'רבת זנוטה ותושביו, דבר שמלכתחילה הוא, כאמור, מחובתם הבסיסית.**

19. על אף האמור לעיל, בינם לבינם פעלו העותרים לשם גיבוש רעיונות ופתרונות כלליים להסדרת הכפר, אולם על רקע עמדת המשיבים הברורה, לא מצאו כל תועלת בהצגתם

בפני המשיבים. גם לאחר הדיון בבקשה לקבלת צו על תנאי שבו ופנו העותרים לב"כ המשיבים בבקשה לדון עם המשיבים בפתרון תכנוני שגיבשו העותרים ואשר יהווה חלופה מידתית להחרבה גורפת של הכפר, אולם בקשתם נענתה בשלילה (בדואר אלקטרוני מיום 4.9.12 ומיום 6.9.12).

20. רק לאחרונה, ביום ה-25.11.12, דנו העותרים עם ראש המנהל האזרחי בסוגייה ומתוך רצון להציג בפניו מתווה שגיבשו. בפגישה זו אמר להם ראש המנהל, כי לא ניתן לתכנן את הכפר ולפיכך המתווה האמור כלל לא זכה להיות נדון.

21. במסגרת המתווה האמור הכינו העותרים חוות דעת תכנונית מקצועית ובה מוצע להתיר בשטח האתר שימושים מסויימים שאין בהם כדי לפגוע בעתיקות בכפוף לעריכת תכנית שימור. במקביל מציעים העותרים להתיר בנייה בשולי האתר בכפוף להגדרה מדוייקת של הפולגון הארכיאולוגי.

חוות דעת תכנונית מקצועית, עמותת במקום 'מתכננים למען זכויות תכנון', מצורפת ומסומנת 1/נ (להלן "המתווה התכנוני").

22. המתווה התכנוני המוצע מתבסס על חוות דעת תכנונית ראשונית שגובשה על מנת לתת פתרון להמשך קיום חיים בכפר תוך הגנה על האתר הארכיאולוגי. כן מתבססים העותרים על חוות דעת מומחה לשימור אתרי עתיקות הקובע כי דבר זה ניתן לביצוע ואף נעשה על ידו במקומות אחרים באזור דרום הר חברון, כדוגמת סוסיא (להלן "חוות דעת מומחה בשימור אתרי עתיקות").

חוות דעת מומחה בשימור אתרי עתיקות, אדר' גיורא סולר, מצורפת ומסומנת 2/נ

ב. התנערות המשיבים מן החובה למצוא מענה הולם לצרכי התושבים

23. בהתאם לאמור לעיל, בית המשפט הנכבד קבע בהחלטתו כי על המשיבים להתייחס לשאלה:

"מה יקרה עם 27 המשפחות המתגוררות במקום עם ביצוע

צווי ההריסה" (החלטה מיום 30.7.2012).

24. נציין כבר עתה כי השאלה שהפנה בית המשפט למשיבים נותרה ללא מענה והמשיבים מתנערים מאחריותם לגורל תושבי הכפר.

25. המשיבים מבקשים ליצור מצג שווא כאילו תושבי הכפר זה מקרוב באו למקום, וכי יש להם בתים במקומות אחרים. הם טוענים כי יאפשרו לתושבים "לשוב לכפרי מגוריהם..." (פסקה 14 להודעת המשיבים). גם במכתב בשם העומד בראש המשיב 4, ראש המנהל האזרחי דאז מצויין כי, "ע"פ הידוע למנהל האזרחי, לכל הרועים... בתי קבע בכפר דהרייה" (ע/20 לעתירה).

26. אם כן, עובר לבדיקה כלשהי, כבר החליטו המשיבים כי לתושבים בתי קבע במקומות אחרים, כאשר כלל לא ברור על מה מתבססת הנחתם זו שכן כל ראייה התומכת בכך לא

הוצגה בפני בית המשפט ואף על פי שהם מודים בריש גלי כי אין בידם ראיות כאלו
(פסקה 13 להודעת המשיבים).

27. בשולי הדברים נבהיר כי יש לדחות מכל וכל את ההישענות על הניסיון הכושל לאיתור כתובות המגורים החליפיים לכאורה של העותרים, ככזה הפותר את המשיבים, לשיטתם, מחובתם ליתן תשובה לשאלה המפורשת שהפנה אליהם בית המשפט ומחובותיהם כדין.

28. ראשית, כאמור, מן הטעם העקרוני שהמשיבים קבעו כבר את עמדתם ולפיכך אפילו בעיניהם אין כל משמעות לאיתור כתובות זה, שכן מבחינתם לתושבים בתים "בכפריהם" או "בדהרייה".

29. בכל מקרה לו רצו המשיבים יכלו לפנות אל ב"כ העותרים אשר היו מוסרים להם ברצון את מספרי תעודות הזיהוי של העותרים, אולם המשיבים כלל לא טרחו לעשות כן. ובנוסף, לו היו המשיבים מעמיקים בתגובת העותרים היו מגלים בנספחיה שלושה תצהירים נושאי ת.ז של עותרים בעתירה.

30. עם זאת, גם לו היו המשיבים מאתרים כתובת מגורים כזו או אחרת של תושב או עותר ואפילו היה רשום במקום ישוב אחר, אין בכך בכדי לפתור מחובתם. ראשית, עסקינן בכפר שאינו מוכר על ידי המשיבים ולפיכך אין זה סביר כי מי מתושביו יהא רשום כתושב הכפר. דבר זה נכון לגבי תושבי עשרות ישובים ברחבי הגדה המערבית ואין בו כדי להעיד על מגורי קבע בישוב כזה או אחר. שנית, אין באיתור כתובת מגורים חלופית בכדי למצות את החובה החלה על המשיבים למצוא פתרון הולם הכולל חלופה למקור פרנסת התושבים שבכוונתם להכחיד ולחובתם למצוא לתושבי זנוטה חלופה ההולמת את צרכיהם **קקהילה**, ועל כך בהמשך (בפרק ג. 2 שכותרתו "התעלמות מצרכי קהילת ח'רבת זנוטה").

31. כן נציין, כי המשיבים מפנים באופן שגוי את בית המשפט לתקנה 2 ולטופס 1 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984, שעה שאין כל חובה דיונית לציין מספרי תעודות זהות של עותרים והדבר עולה הן מן התקנה האמורה והן מן הטופס הרלוונטי.

ג. מדיניות בלתי חוקית והחלטה מפלה, בלתי סבירה, בלתי מידתית ונגועה בשיקולים זרים שדינה להתבטל

32. מדיניות המשיבים הינה בלתי חוקית. כאמור, מכוח סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, העברה בכפייה של מוגנים אסורה, אלא אם היא נדרשת באופן זמני לשם הבטחת ביטחונם של המועברים או בשל צורך צבאי קונקרטי וממשי. כל אלו אינם מתקיימים בענייננו. חשוב לשוב ולהדגיש, כי העברה בכפייה אינה רק מצב של העברה באמצעות כוח פיסי. יצירת נסיבות כדוגמת, הכחדת מקורות מחייה, או הריסת מבני מגורים הגורמות לעזיבת התושבים, עולה אף היא כדי כפייה (לפירוט ר' פסקאות 57-59 לתגובת העותרים. כן ר' פרופסור איל בנבנישתי, חוות דעת מומחה בעניין איסור העברה כפויה

בכפר סוסיא מיום 30.6.2012, במסגרת ההשגות על צווי הריסה סופיים בעקבות הודעות 11830, 5541, 4573, 4638, 5542, 1424 מיום 1.7.2012).

חוות דעת מומחה בעניין איסור העברה כפויה בכפר סוסיא מיום 30.6.2012, פרופסור איל בנבנישתי, מצורפת ומסומנת נ/3

33. נוסף על כך, כאמור, מדובר בהחלטה שדינה להתבטל שכן היא מבוססת על הליך פגום מן היסוד כמפורט להלן.

ג1. התעלמות מפתרונות שמטרתם לאפשר חיים בצד הגנה על האתר הארכיאולוגי

34. המשיבים לא מספקים תשתית עובדתית בנוגע לחשיבותו של האתר הארכיאולוגי והיקפו – לא בחוות דעת ארכיאולוגית ולא בתצהיר בעל מקצוע התומך בעמדתם. מלבד חפירת הצלה אחת שנערכה בשנת 2005, גם היא בפאתי האתר למיטב ידיעתנו, לא נעשו פעולות אחרות שמהן ניתן ללמוד על חשיבותו ועל היקפו האמיתי של האתר.

35. כאמור, בנוגע להיקף האתר הארכיאולוגי קיימת מחלוקת מקצועית שפתרונה יכול להוות בסיס להותרת הכפר, או לפחות חלקו, במקומו. (עמוד 2 לחוות הדעת הארכיאולוגית, ד"ר אבי עופר, נספח 2 לתגובת העותרים. להלן "חוות הדעת הארכיאולוגית"). ד"ר עופר, מחבר חוות הדעת הארכיאולוגית קובע, כי שטח הפוליגון הארכיאולוגי שמתייחסים אליו המשיבים גדול פי 2-2.5 מן השטח האמיתי! בהתאם, שטח נרחב המשמש את תושבי הכפר ושגם את המבנים שהוקמו בו מבקשים המשיבים להרוס כלל אינו נכלל בתחום האתר וברי כי הערכה מדויקת יותר של שטח האתר יכולה לאפשר קיום חיים במקום בד בבד עם הגנה על האתר האמיתי (ראו סימון הפוליגון הארכיאולוגי שקבע ד"ר עופר במתווה התכנוני המצורף כנספח נ/1 במפה שכותרתה "חי' זנוטה – מצב מוצע").

36. המשיבים אף מתייחסים לאתר כולו כאל מקשה אחת. הם אינם מפרטים האם כל המבנים הינם מבנים לשימור או שמא רק חלקם, אלו מבנים בעלי חשיבות רבה ואלו בעלי חשיבות פחותה וכיוצ"ב. זאת, כיוון שככל הנראה גם למשיבים כלל לא ברור הדבר, שכן הם לא ערכו לאתר בדיקה מקצועית ותכנית שימור.

37. אחד התנאים להתרת שימוש מודרני באתרים ארכיאולוגיים הוא הכנת תכנית שימור. סעיף 76א לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965 החל בישראל (להלן "חוק התכנון והבנייה") והתוספת הרביעית לחוק, בפרק הדין בתוכניות מיוחדות קובע כי "בתכנית לשימור (של אתר ארכיאולוגי מ' ב') מותר לקבוע הוראות בדבר השימושים המותרים באתר, לרבות תוספות בנייה שניתן להוסיף לו..." (סעיף 6 לתוספת הרביעית).

38. דברי ההסבר לתוספת הרביעית לחוק מבארים עקרון זה כדלקמן:

חשוב שנושא שימור מבנים ואתרים ישתלב בחוק העוסק בפיתוח הפיזי בישראל. בצורה זו יראו המתכננים באורח מאוזן הן את צרכי הפיתוח הפיזי והן את צרכי השימור. (דברי ההסבר לחוק התכנון והבנייה (תיקון מס' 31) (תוכנית לשימור אתרים) תשנ"א-1991, ההדגשה הוספה, מ'ב')

גם הפסיקה קובעת, כי

"השילוב של התוספת הרביעית בחוק התו"ב נועד לאפשר למתכננים לאזן בין צרכי הפיתוח הפיזי ובין צרכי השימור, תוך יצירת "מנגנון יעיל, נוח ומאוזן לשימורם של מבנים ואתרים" (ועת"מ) ת"א 1036-08 (תב' לשירותים הנהלה ונאמנות י.ש.ס [בע"מ נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה -ועדת משנה](#), סעיף 4 לפסק הדין, ההדגשה במקור, מ' ב')

39. ובהתאם, ההתייחסות המקובלת במקרים בהם כבר מתקיימים מגורים בשטח אתר ארכיאולוגי הינה לאפשר את המשך המגורים בו (ראו עמ' 2-3 לחוות הדעת הארכיאולוגית וכן חוות דעת בנושא אתרי עתיקות ושילובם בפיתוח יישובים פלסטיניים בשטחי C בדרום הר חברון, נספח 8 לתגובה מטעם העותרים לתגובת המשיבים מיום 17.7.2012, להלן "חוות הדעת בנושא שימור אתרי עתיקות").

40. כך למשל, בישוב היהודי שב"תל רומידה" שבחברון, הותר המשך מגורים במקביל לביצוע חפירה ארכיאולוגית, גם לאחר שהוכח כי מבני המגורים המודרניים מצויים על שרידים עתיקים בעלי חשיבות רבה, רבה לאין ערוך מחשיבות אלו שבחירבת זנוטה. חרף זאת, לא פונו התושבים מהמקום אלא הושקע כסף רב על-מנת לאפשר את מגוריהם תוך שימור הממצאים (עמוד 2 לחוות הדעת הארכיאולוגית).

41. לשם השוואה נציין, כי לצורך הקמת אזור התעשייה של ההתנחלות שמעה, הסמוכה לכפר ח'רבת זנוטה נערכו חפירות הצלה במבנים המצויים בשולי האתר הארכיאולוגי של ח'רבת זנוטה ומהווים ככל הנראה חלק ממנו (רשיון מס' 789 L-; נ"צ רי"ח 2005/5865; רי"י 1505/0865, פברואר-אפריל 1998 באתר רשות העתיקות http://www.hadashot-esi.org.il/report_detail.asp?id=46&mag_id=108).

42. לאור המתואר, הפתרון הראוי בכפר ח'רבת זנוטה הוא שימור השרידים באופן שיאפשר את המשך חיי התושבים במקום כפי שהדבר נעשה במקומות רבים אחרים בגדה המערבית ובישראל. דבר זה עולה הן ממסקנות חוות הדעת הארכיאולוגית שצרפו העותרים (נספח 2 לתגובת העותרים) הן מחוות הדעת המצ"ב של האדריכל גיורא סולר, מומחה בשימור אתרי עתיקות הקובע כי:

"פעילות כזו [בניה באתרים ארכיאולוגיים, מ'ב'] הייתה מקובלת באופן טבעי כהמשכיות החיים באזור לצורך דורות רבים. במידה שהיא מבוקרת ונעשית בהמשך לפעילות הצלה ארכיאולוגית ובפיקוח ארכיאולוגי, הרי שאינה בהכרח שלילית או פוגעת בערכי תרבות של המקום. הרי לולא המשכיות בנייה וחיים, גם באתרים בהם חיו בני אדם בעבר והפכו מכח הגדרה או חוק לאתרים ארכיאולוגיים, העולם היה מכוסה כבר בבנייה".

בנייה כזו בחירבת זנוטה, יכולה וצריכה להיעשות בהתאם לעקרונות אלו :

”... מותנית בהכנת תכנית, ע”י מתכנן מומחה בשימור, או מלווה ביועץ שימור וארכיאולוג, בדרישות מגבילות לגבי מיקום מדויק של הבניה ושימושים מותרים ומיקומם. ההגבלות הללו יכללו גם איסורים והתניות בנושא חומרי בנייה, תשתיות, פינוי פסולת, שימוש בחומרים מהאתר, חפירה וחציבה, וכדומה” (נספח 2/).

43. בהקשר זה חשוב לשוב ולציין, כי התושבים מעוניינים, בהדרכה ראויה, להיות חלק מההגנה על האתר ושימורו. (ראו תצהירי שניים מן העותרים המצורפים ומסומנים 3/ ונ/4). גם חוות הדעת הארכיאולוגית מציינת במפורש, כי דווקא נוכחות התושבים מנעה שוד עתיקות (ע”מ 2 לחוות הדעת הארכיאולוגית), היינו, לתושבים חלק חשוב בהגנה על האתר. כדברי העותר 1, מר עבד אל חלים עלי סלים אל-בטאט :

”אני שומר על האתר. אף אחד לא מעז להתקרב לכאן ולא גונבים או שודדים עתיקות.

האתר חשוב לי מאד. אני רוצה לשמור עליו ושימרו אותו. כאן נולדתי, כאן נולדו הוריי, זו ההיסטוריה שלי” (מתוך תצהירו של העותר 1, מיום 18.11.2012, מצורף ומסומן 4/ א’).

וכדברי העותר 11 לעתירה, מר באגיס סלימן עבד אל-פתאח אל-טל :
”בכפר יש מסגד עתיק. נהגנו להתפלל בו עד שקרס. מאד נרצה שישפצו את המסגד וישמרו אותו. הוא מאד חשוב ועתיק...
אנחנו רוצים מאד לשמור על האתר, אבל זקוקים להדרכה כיצד לעשות זאת.

אם ידריכו אותנו כיצד להגן על האתר ולחיות בצידו, נרצה מאד לקחת חלק בשימור ובהגנה על האתר.

אנחנו שומרים שאיש לא יפגע באתר ויגנוב ממנו עתיקות. האתר הוא חלק מההיסטוריה שלנו ויקר לנו” (מתוך תצהירו של העותר 11, מיום 18.11.2012, מצורף ומסומן 4/ ב’).

44. דברים אלו עולים בקנה אחד עם העקרון הקבוע בצ’רטר להגנה וניהול של מורשת ארכיאולוגית של ארגון איקומוס, הועדה הבינ”ל לשימור אתרים הממליצה על הכרזת אתרי מורשת לאומית לאונסק”ו, הקובע בסעיף 6, כי :

“Local commitment and participation should be actively sought and encouraged as a means of promoting the maintenance of the archaeological heritage. This principle is especially important when dealing with the heritage of indigenous peoples

or local cultural groups. In some cases it may be appropriate to entrust responsibility for the protection and management of sites and monuments to indigenous peoples.”(Charter for the Protection and Management of the Archaeological Heritage, par. 6, ICOMOS)

ג. התעלמות מצרכי קהילת ח'רבת זנוטה

45. מחוות הדעת האנתרופולוגית שצרפו העותרים לתגובתם עולה, כי מדובר בקהילה המקיימת אורח חיים ייחודי הקשור קשר הדוק לכפר ולסביבתו, מבחינה כלכלית ותרבותית (נספח 1 לתגובת העותרים). במידה ויפונה הכפר – תוחרב הקהילה, ואנשיה ייאלצו להתפזר ללא אפשרות ממשית להמשיך ולקיים את תרבותם.

46. בית הדין האירופאי לזכויות אדם פסק לאחרונה, כי פינוי קהילה של צוענים ממחוז סופיה שבבולגריה אינו חוקי, למרות שהם (בניגוד לתושבי הכפר ח'רבת זנוטה), יושבים במקום באופן בלתי חוקי, זאת כיוון שהוא מפר את זכות חבריה לדירור ופוגע פגיעה קשה בזכותם לחיי משפחה וקהילה. בפס"ד הדגיש בית הדין, כי כיוון שאין מדובר באוסף אקראי של אנשים אלא בקהילה אינטגרלית, יש להתייחס אליה ככזו, בשונה מהיחס לבודדים המפרים את החוק. כיוון ששלטונות בולגריה לא מיצו בחינת חלופות לפינוי הקהילה, פסק בית הדין, כי הפינוי שביקשו לבצע אינו חוקי (פס' 125 לפסק הדין).

"The principle of proportionality requires that such situations, where a whole community and a long period are concerned, be treated as being entirely different from routine cases of removal of an individual from unlawfully occupied property. (Case of *Yordanova and Others v. Bulgaria* (2012) ECtHR Application no. 25446/06 par. 121).

47. לא זו אף זו, בית הדין הוסיף וציין כי נוכח העובדה שמדובר באוכלוסיה מוחלשת, ודלת אמצעים, על הרשויות מוטלת החובה האקטיבית לדאוג לביטחונם ולרווחתם, תוך כדי מתן העדפה מתקנת (פס' 129 לפסק הדין).

48. כל זאת, כאשר מדובר באוכלוסיה אשר חיה תחת ריבונות מדינה. הדבר נכון על אחת כמה וכמה, כאשר האוכלוסייה נתונה לשלטון צבאי והמפקד הצבאי אמון על רווחתה מכוח דיני הכיבוש והיא נהנית מהגנות נוספות.

49. גם מדינת ישראל הכירה לא אחת בצורך לשמר קהילות שעמדו בפני פינוי כיחידה אחת. הדבר נעשה גם במקרה של ההתיישבויות בגוש קטיף, אשר לחלק מתושביהן הובטח לעבור כיחידות שלמות לשוב חליפי. דבר זה אף עוגן בחוק יישום תוכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005 בסעיף 85 הקובע, כי "המינהלה רשאית לבקשת קבוצה של מתיישבים,

המעוניינים להעתיק את מקום מגוריהם במסגרת קהילתית אחת... להתקשר בהסכם עם המתישבים, לעניין העתקת המגורים כאמור... (סעיף 85(ב)).

50. רק לאחרונה הודיע ראש הממשלה, בהקשר סוגיית פינוי תושבי גבעת האולפנה, על החלטתו להעתיק שישה מבנים של מהשכונה בשלמותם למקום חלופי בבית אל, תוך השקעת סכומי כסף אדירים לשם כך. מכל אלו ניתן ללמוד על החשיבות שמדינת ישראל מייחסת לשימור קהילות המפונות מיישוביהן, להבדיל מההתעלמות המוחלטת משיקולים דומים בכל הנוגע לפינוי קהילות פלסטיניות כדוגמת זו של ח'רבת זנוטה.

ג3. המשיבים מתעלמים מעובדת היות הכפר ח'רבת זנוטה מיושב ברציפות

51. ח'רבת זנוטה הינו ישוב וותיק המיושב מזה שנים ארוכות. דבר זה עולה באופן חד משמעי ממספר מקורות מידע, הן כתובים והן וויזואליים.

52. **מדובר בעובדה המוסכמת על המשיבים** אשר קובעים בהזדמנויות שונות כי עסקינן בישוב המשמש "רועי צאן למגורים בחדשי החורף" (מכתב בשם ראש המנהל האזרחי, נספח ע/20 לעתירה) וכי "ייתכן שגרו באזור זה תושבים גם בעבר הרחוק, אולם הם התגוררו במערות" פסקה 21 א. ו21 ב. (להודעת המשיבים).

53. גם מחוות הדעת הארכיאולוגית שהגישו העותרים עולה במפורש כי סקרים שונים, הראשון בהם נערך כבר בשנת 1968, העלו כי במקום קיימת קהילה של "רועים ופלאחים המתגוררים בשרידי המבנים הקדומים ומערות המגורים שלידם" (עמוד 1 לחוות הדעת הארכיאולוגית, נספח 2 לתגובת העותרים).

54. תיעוד היסטורי זה אף חופף לתיאור התפתחות היישוב, שהובא בחוות הדעת האנתרופולוגית שהגישו העותרים (נספח 1 לתגובת העותרים).

55. בכפר יש אף בית קברות שהיה בשימוש בשנות הארבעים של המאה הקודמת. (תצלום בית הקברות מצורף ומסומן נ/5).

56. מתצהירי העותרים המצורפים ומסומנים נ/4 א' ונ/4 ב' עולה, כי משפחתם לדורותיה, ובכללה הם והוריהם, נשותיהם והוריהן, נולדו, גדלו, נישאו והקימו משפחות בכפר. מהם ילידי תחילת המאה הקודמת שחיו בכפר תחת ארבעה שלטונות - העות'מאני, הבריטי, הירדני והישראלי.

57. עובדת היות הכפר מיושב מזה שנים עולה גם מתצלומי אוויר שהגישו העותרים בנספח 3 לתגובתם. מתצלום האוויר משנת 1989 עולה בבירור, כי כבר אז היו במקום **עשרה** מבנים ו**שמונה** בורות מים (תצלום אוויר משנת 1989, עליו מסומנים המבנים ובורות המים מצורף ומסומן נ/6). גם תצלומי האוויר משנת 1990 ומשנת 1996 מוכיחים זאת בבירור (נספחים 3ב ו3ג לתגובת העותרים).

58. **לפיכך, דין טענות המשיבים בדבר ותק היישוב להידחות מכל וכל. גם טענת המשיבים בסעיף 4 להודעתם, כי בשנת 1997 היה בכפר מבנה יחיד, היא שגויה.**

59. לסיכום אם כן, מעבר להיות החלטת המשיבים להרוס את הכפר ולגרש בכך את תושביו בלתי חוקית בעליל, המשיבים מתבססים על הליך מנהלי פגום מן היסוד. המשיבים כלל

לא שקלו את השיקולים כבדי המשקל שפורטו לעיל: הם התעלמו מפתרונות שמטרתם לאפשר חיים בצד הגנה על האתר הארכיאולוגי תוך הפלייתם ביחס לקהילות אחרות, הם התעלמו מצרכי קהילת ח'רבת זנוטה והם מתעלמים מעובדת היות הכפר מיושב ברציפות, למרות שהם עצמם מודים בכך בהזדמנויות שונות. למעשה, המשיבים לא שקלו כל חלופה למעט הרס הכפר, ואף לא איזנו את התועלת בהחלטתם אל מול הנזק העצום לתושבים. כל אלו על בסיס טענות בעלמא, ללא שמץ של נסיון לבססן על עובדות או בדיקה רצינית כלשהי.

60. מנגד, המשיבים מבקשים לצייר את העותרים כפורעים מפרי חוק ולא כן הוא. המשיבים מציינים עשרות מקרים של מבנים שנבנו בכפר תוך הפרת צו הביניים שיצא מלפני בית משפט נכבד זה. מדובר בתמונה מגמתית ושגויה שכן בפועל חלק מן המבנים, ובכללם חלק מבורות המים, נבנו עובר להוצאת צו הביניים וקיבלו צווי הריסה רק לאחרונה.

61. חשוב לברר, כי השימוש החקלאי בכפר הוא מחזורי בהיותו תואם את עונות השנה. באופן זה, גדרות בהן מכנסים את הצאן בקיץ, מכוסות ביריעות זמניות בחודשי החורף לשם הגנה מפני הקור. המשיבים מתייחסים לכל פעולה כזו כאל בנייה חדשה ומנפיקים צווי הריסה חדשים לסככות קיימות.

62. העותרים אינם מקלים ראש בחשיבות הציות לצווי בית המשפט. הם ושאר חברי הכפר לא היו מודעים לכך שפעולות שגרתיות ופשוטות כדוגמת כיסוי מבנה קיים ביריעת פלסטיק עולות כדי בנייה ודורשות היתר בנייה. לאחר שהובהר להם הדבר על ידי באי כוחם מיהרו לפרק את מרבית המבנים ולהשיב את המצב לקדמותו (ראו פירוק המבנים העצמי שציינו המשיבים בשנת 2010).

63. עם זאת, העותרים אינם יכולים להמשיך ולנהל כך את חייהם שכן הישרדותם והישרדות בעלי החיים עליהם פרנסתם תלויה בקיום אורח חיים מסורתי זה ואין לעותרים חלופות למעט המבנים הרעועים והדלים בהם הם ובעלי החיים שלהם מוצאים מחסה. לפיכך, מדיניות המשיבים היא פוגענית במיוחד ביחס לאנשים המקיימים אורח חיים כזה.

64. נוסף על כך, כיסו העותרים מחדש חמישה בורות מים קיימים מטעמים של הגנה על ילדים ובעלי חיים מפני נפילה וסכנת פציעה ומוות (בעקבות מקרים שאירעו בסביבה). מדובר במאגרי מים החיוניים להישרדותם ולהישרדות בעלי החיים שלהם. יש להדגיש, אין מדובר בחפירת בארות ולא בשאיבה של מי תהום אלא בבורות פשוטים לאגירת מי גשמים המצויים קרוב לפני הקרקע ונמצאים בשימוש התושבים עשרות ומאות שנים. דבר זה עולה בבירור אף מתצלום האוויר משנת 1989 בו ניתן לראות שמונה בורות מים חלקם קיבלו צווי הריסה רק בשנת 2012!

65. בכל מקרה, כאמור בתגובת העותרים, הכוונה להרוס בורות אלו מנוגדת להוראת סעיף 54 לפרוטוקול המשלים הראשון לאמנת זינבה משנת 1977, שלו מעמד של דין מנהגי המחייב את ישראל. הסעיף אוסר על הריסה או פגיעה במבנים הנחוצים להישרדות האוכלוסייה האזרחית המוגנת.

66. בשולי הדברים נציין, כי טענת המשיבים לפיה יש לדחות את העתירה על הסף בגין אי צירוף תצהיר העותרים, הינה טענה מקדמית ועל-כן היה עליה לעלות בהזדמנות הראשונה. לגופו של עניין מדובר בטענה שגויה – סעיף 4 לתקנות סדר הדין בבית המשפט

הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984 קובע, כי יש לצרף לכל עתירה תצהיר של עותר, אך לא תצהיר מטעם כל אחד מהעותרים. כידוע, האגודה לזכויות האזרח, העותרת מס' 8, צרפה תצהיר העומד בדרישה זו מטעם עובד השטח של האגודה שאסף בעצמו את כל החומר העובדתי הדורש אימות בתצהיר.

67. גם פסקי הדין שצינו המשיבים בהודעתם כלל אינם רלוונטיים, שכן בבג"ץ 7210/98 פולארד נ' ראש ממשלת ישראל (פסק דין מיום 17.11.98) נדונה עתירה שהוגשה ללא תצהיר מקורי והיה קיים פער בין התאריכים של חתימת התצהיר והגשת העתירה, ובבג"ץ DIMACUANGAN 4377/11 נ' ממשלת ישראל (פסק דין מיום 11.10.11) כלל לא הוגש תצהיר התומך בעובדות.

סיכום

68. ביצוע צווי ההריסה משמעו הריסת הכפר ועקירת תושביו תוך הפרה בוטה של האיסור על העברה בכפייה הקבוע בסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית. כאמור מדובר באיסור שאף אחד מן החריגים לו אינו מתקיים בענייננו.

69. החלטת המשיבים שלא לתכנן את הכפר, להחריב את בתיו עד היסוד ולגרש את תושביו המוגנים תוך היעדרה של חלופה הולמת לתושבים בין בכפר עצמו ובין במקום אחר, היא בלתי חוקית בעליל ובשל כך דינה להתבטל. דבר זה מקבל משנה תוקף על רקע זאת שמדובר בהחלטה, בלתי סבירה ובלתי מידתית בעליל.

70. המשיבים לא הציגו בדל ראיה לבדיקה רצינית מטעמם של אפשרות כזו או אחרת למעט החלטה שתוצאתה הקטסטרופלית היא החרבת קהילה שלמה ופיזור חבריה לכל רוח. למרות זאת טוענים המשיבים בריש גלי כי פתרון כזה או אחר, למעט החרבה וגרוש, אינו אפשרי. זאת, **כאשר פתרונות כאלו נמצאו גם נמצאו במקומות אחרים**, ושעה שההשלכות הקשות של עמדה זו ברורות גם להם.

71. חמור מכך, ממכלול הדברים עולה, כי קודם קבעו המשיבים מדיניות ורק אח"כ ביקשו לבססה על המציאות לכאורה בשטח, אך גם בכך כשלו. נראה אם כן כי החלטתם המפלה נתקבלה ממניעים זרים וכל מטרתה לפנות את האזור מתושביו הפלסטינים.

72. העותרים אינם מתעלמים מקיומו של אתר ארכיאולוגי בשטח הכפר. נהפוך הוא, הם מעוניינים להיות חלק מן ההגנה עליו. פתרון תכנוני יצירתי יכול שיגובש ובמסגרתו ימשיך להתקיים הכפר במקביל למתן הגנה אפקטיבית לאתר הארכיאולוגי המצוי במרחב המחיה של התושבים. העותרים צרפו כאמור מתווה אחד לגיבושו של פתרון כזה. ככל שהמשיבים יגלו נכונות אמיתית לדון בפתרונות תכנוניים בלב פתוח ובנפש חפצה, ישמחו התושבים לקחת בכך חלק.

היום, 3 בדצמבר 2012

משכית בנדל, עו"ד

ב"כ העותרים