

כתב תשובה לתשובת המשיבים לכתב הערעור

פתח דבר

1. הנטען בכתב תשובה זה בא להוסיף לאמור בכתב הערעור שהוגש, ואין בו כדי לגרוע מטענות המערערים כמפורט בכתב הערעור. כמו כן, אין בהגשת כתב התשובה הזה או בכל האמור בו כדי לגרוע באופן כלשהו מאי-הסכמתנו לאמור בכתב התשובה של המשיבים.
2. בכתב תשובה זה, תהיה למונחים שהוגדרו בכתב התביעה המשמעות כמוגדר בכתב התביעה.

התייחסויות לטענות הנוגעות לחלקה 1

פרשות רוקר ונעמה

3. בהתבסס על ע"א 8661/10 נעמה נ' טורקיה (פורסם בנבו, 19.2.2012) (להלן: עניין נעמה), טענו המשיבים כי על המערערים, כבעלי דין המבקשים לעמוד על זכויותיהם הקנייניות, לפעול באופן הוגן ולהתחשב בהסתמכות הסבירה של הצד האחר (הם) וזאת מכוח עקרון תום הלב. לטענתם, מדובר במקרה הדומה "להפליא לעניין שלפנינו". לשיטתנו, יש לאבחן את שנקבע בעניין נעמה מן המקרה הנוכחי. באותו עניין הרחבת הבנייה על חשבון המערער בוצעה לפני המועד שבו המשיבה-הפולשת התגוררה בנכס. זו אף לא ידעה על דבר קיומה של הפלישה (שם, בעמ' 14). בעניינינו, המתישבים ידעו שמדובר בחלקה פרטית מוסדרת, ולמצער חשדו בכך. הם מציינים כי עקב כך שהמרשם לא היה נגיש להם, לא יכלו לברר את טיב הזכויות בקרקע. אם אכן זהו המצב, הרי שהמשיבים לקחו סיכון ועצמו עיניהם לאפשרות שמדובר בקרקע פרטית. אי-דיוק במרשם מעלה סימני אזהרה מחשידים למעמד הקרקע, במיוחד שמדובר באזור יהודה והשומרון אשר נמצאות בו אדמות רבות בבעלות פרטית פלסטינית. ועל אף זאת המשיבים החליטו לדלג על שלב זה מטעמים שונים. לפיכך, התנהלותם של המשיבים שוללת את טענתם כי פעלו בתום לב (וראו: בג"ץ 953/11 סאלחה נ' שר הביטחון, פס' 44 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (פורסם בנבו, 27.8.2020)).
4. עוד מסתמכים המשיבים על רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999). אולם, נציין כי באותו מקרה בית המשפט קבע במפורש כי אין לפרש את הגבלת הזכות מכוח עקרון תום הלב, ככזו הבאה למנוע מהבעלים, או מבעל הזכות, מלהגן על זכותו מפני אחרים המתנכלים לה (ראו עמ' 240 לפסק הדין). באותו עניין בית המשפט מנה שיקולים אותם יש לקחת בחשבון בעת בחינת תום הלב של בעל זכות קניינית המתעקש על זכותו – עליהם המשיבים מבקשים להסתמך תוך פרשנות, שהיא לדידנו, שגויה (ראו עמ' 243-244 לפסק הדין):
5. השיקול הראשון הוא עוצמתה של זכות הקניין הנפגעת. בעניינינו, מדובר בזכות הבעלות ביחס למקרקעין – הזכות הקניינית היסודית ביותר.
6. השיקול השני הוא עוצמתה של הפגיעה, היקף הפגיעה ומשך הפגיעה. כאן, יישום החלטת הערכאה קמא תהווה תאיין לגמרי, ולצמיתות, את הזכות הקניינית. מעבר לכך, הפגיעה עודנה מתקיימת תקופה ארוכה ביותר ובהיקף נרחב ביותר כפי שציינו בכתב הערעור.

7. השיקול השלישי, אשר משני בחשיבותו ביחס לשיקולים שקדמו לו, הוא עוצמת התוצאות של הסרת הפגיעה מבחינת הפוגע בזכות. נטען שהסרת הפגיעה תפגע פגיעה חמורה וקשה ביותר במרקם החיים של המשפחה שביתה יהרס, כי הם יאבדו את ההשקעה הכלכלית שהשקיעו בביתם וכי לכך יהיו גם השלכות פסיכולוגיות ורגשיות קשות על בני הבית. אולם, בית משפט זה כבר עמד על כך שעקב עקרון הזמניות החל באזור מביא לכך ש"יהיו אלה מקרים חריגים ויוצאי דופן שבהם יקבע בית-המשפט כי הגשמת יעדים לאומיים, חברתיים וביטחוניים בעלי היקף ומשמעות היסטורית אינה אפשרית בשל הנזק הנגרם לאזרחיה המפונים מהשטח הנתון לתפיסה לוחמתית". בעקבות הסתמכות המשיבים על מצגי המדינה, אפשרי לקבוע כי ניתן להם פיצוי בגין פינויים (בג"ץ 1661-05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 579 (2005)).

8. השיקול הרביעי הוא התנהגותם של בעלי הדין. כאן, כפי שצוין לעיל, התנהגותם של המשיבים הייתה חסרת תום לב. לטענת המשיבים, המערערים נהגו בחוסר תום לב משלא הגישו תלונות, אלא לאחר תקופה של תשעה חודשים. אולם, סביר שהמערערים ניסו עוד בטרם הגשת התלונה באופן רשמי להביא לידיעת המשיבים את דבר פלישתם לאדמתם. כיוון שהחלקה משמשת לרעיית צאן, נציג מהמערערים נדרש להיות נוכח באופן קבוע בחלקה, לצורך שמירה על הדיר והצאן, ולכן אין יסוד לטענה שהמערערים זנחו לחלוטין את החלקה שלהם, ולא התלוננו למשך תקופה ארוכה. נדגיש כי התלונה הפורמלית הראשונה הוגשה אחרי תשעה חודשים, וזהו זמן סביר בנסיבות העניין. כידוע, הליך הגשת תלונה ובמיוחד לפלסטינים הוא הליך קשה, מסורבל וארוך. הליך זה הוא פרוצדורה שדורשת מיומנות וגם ידיעת שפה, הגעה והיתרים לכניסה למקומות המיועדים להגיש תלונה, וכן הגשת בקשות מימון לסיוע משפטי מצד ארגוני זכויות אדם שונים.

אי-התערבות בהחלטות המפקד הצבאי, כאשר הן מטיבות רק עם חלק מהאוכלוסייה המקומית

9. לגישת המשיבים, בעבר בית המשפט זה לא מצא לנכון להתערב בשלל החלטות של המפקד הצבאי שהיטיבו רק עם חלקים מסוימים של האוכלוסייה המקומית, וזאת בהתבסס על בג"ץ 1890/03 ועל בג"ץ 2717/96. הסתמכות זו נעשית לצורך חיזוק טענתם כי הפקעת חלקים מחלקה 1 לטובת המתגייסים הישראלים בלבד הינה מותרת. בכל הכבוד, לדידנו המשיבים אינם מפרשים נכונה את פסקי הדין הללו. ראשית, באותן פרשות נידונה השאלה האם ניתן לתפוס קרקע לצורך סלילת כבישים, בעוד שבענייננו מדובר בהפקעה, קרי באינן הזכות הקניינית לצמיתות. שנית, באותן פרשות, צווי התפיסה הוצאו על מנת להבטיח את הבטחון והסדר הציבוריים באזור, תוך הגשמת זכויות נוספות כגון חופש הפולחן והתנועה (בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 736, 753, 760 (2005); בג"ץ 2717/96 ופא ואחרים נ' שר הביטחון, פ"ד נ(2) 848, 854-856 (1996)). כלומר, שבעתירות הללו בית המשפט לא דחה את העתירה ואפשר סלילת כבישים מכיוון שהמפקד הצבאי רשאי לשקול ולקחת בחשבון רק את צורכי הישראלים, אלא שהדבר נעשה בראש ובראשונה לצורך הגשמת צרכים ביטחוניים. כפי שנטען בכתב הערעור, כאן לא מתקיים צורך ביטחוני אשר יצדיק את ההפקעה.

מידתיות ההפקעה

10. לגישת המשיבים מתקיים קשר רציונלי בין ההפקעה לבין המטרות אותן היא נועדה להגשים. בין המטרות אותן הם מציינים ניתן למנות את "שמירת ביטחונם של המתישבים הישראליים" ואת "שמירת הסדר הציבורי ושימור היחסים התקינים בין הקהילות השונות המצויות באזור". לדידנו, בהקשר של מטרות אלו, לא מתקיים קשר רציונלי בינן לבין ההפקעה:

11. **ראשית**, ביחס לטענה הביטחונית, המשיבים ציינו בתשובתם כי סביר שתפרוץ מלחמה עם ירדן, תוך הסתמכות על מאמרי דעה ומאמרים ישנים שהוציא המכון למחקרי ביטחון לאומי. לדידנו, חשש זה אינו מעוגן במציאות ואינו קונקרטי, בלשון המעטה. למעלה מן הצורך נזכיר כי בין המדינות קיים הסכם שלום החל משנת 1994 (ראו: הסכם השלום בין מדינת ישראל ובין הממלכה הירדנית ההאשמית מיום 26 באוקטובר 1994). לגבי המטרות הביטחוניות הנוספות שצינו המשיבים, התייחסנו כבר בכתב הערעור (ראו פסי' 68-71, עמ' 25-26 לכתב הערעור).

12. **שנית**, ביחס לטענה כי הסדר הציבורי יתערער באזור עקב תחושות כעס ובגידה שיחושו מתישבי המאחז כלפי המדינה, וכי אמון הציבור במפקד הצבאי יפגע באם יפוננו, הרי שמדובר במעין פרדוקס. למעשה המשיבים מבקשים לפגוע באמון הציבור במפקד הצבאי וברשויות המדינה עקב מתן תוקף להפרת שלטון החוק, וזאת לצורך שמירת האמון שלהם באותם גורמים. משתמע כי מתישבי המאחז מנסים להלך אימים על המדינה ועל בית משפט זה, תוך שהם מבקשים את ידם של אלו לעודד עבריינות ואי ציות לחוקי המדינה. בית משפט זה ציין בבג"ץ 794/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פורסם בנבו, 21.10.2017) (להלן: בג"ץ **זיאדה**)) כי:

"לא ניתן להלום כי רצונה של המדינה במניעת התנגדות לפינוי ומחויבותה למציאת פיתרון הולם עבור התושבים המפונים יוכפפו לאיום מצד מאן דהוא. על הציות לחוק להוות נקודת המוצא למגעים בין הצדדים – לא נקודת הסיום" (ראו פסי' 81 לפסק דינו של המ"מ לנשיאה ג'ובראן).

13. לגישה דומה אשר ממנה ניתן להקיש למקרה שלפנינו ניתן למצוא בבג"ץ 9593-04 **מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד סא(1) 844 (2006). שם, קבעה כבוד השופטת (כתוארה דאז) ד' בייניש, כי הפעלת הסמכות לסגירת שטחים המוחזקים בידי פלסטינים לצורך הגנה עליהם אינה מקיימת את מבחן המשנה הראשון של המידתיות. ובמילותיה:

"אכן, סגירת השטחים עשויה להשיג את התכלית של הגנה על החקלאים הפלסטינים, אך כאשר שיקול דעתו של המפקד הצבאי בסגירת שטחים מושפע ממעשי עבריינות של גורמים אלימים, הפוגעים בזכויות התושבים לקניינם, יש בכך כדי לפגום בשיקול הדעת. מדיניות המונעת מפני תושבים פלסטינים להגיע לאדמות השייכות להם, לשם השגת תכלית של הגנה עליהם מפני התקפות המכוונות נגדם, הינה כמדיניות המצווה על אדם שלא להיכנס לביתו על מנת להגן עליו מפני שודד האורב לו שם על מנת לתקפו" (עמ' 870-871; ההדגשה הוספה).

בענייננו, קשה להלום כי פגיעה בזכויות הקניין של בעלי הזכויות הפלסטינים בחלקות מוצדקת על רקע החשש מפגיעה בביטחון ובסדר הציבורי באזור בידי גורמים באוכלוסייה הישראלית.

חלקה 3 – פרשות אבו אלקיעאן וכפר אדומים

14. המשיבים דוחים בתשובתם את הטענה לפיה פינוי הבדואים מהחלקה ויישוב המתיישבים הישראליים במקומם מהווה פגיעה חריפה בשוויון והשפלה. לטענתם, פינוי המערערים 6-10 לטובת המאחז ומתיישביו מהווה החלטה מוצדקת שהדרג המדיני נוקט בה כיוון שמתקיימות נסיבות חריגות. זאת, בהסתמך על רע"א 3094/11 **אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.5.2015) (להלן: פרשת **אבו אלקיעאן**), שם אושר מתווה הפינוי של בני שבט בדואי, לטובת הקמת הישוב היהודי חירן, ולא נקבע כי הפינוי בתוצאתו מהווה השפלה של האנשים המפונים.

15. לגישתנו, ישנו שוני בין המקרה של אבו אלקיעאן לבין המקרה שלפנינו. **ראשית**, אותו מקרה התרחש בתוך מדינת ישראל, בעוד המקרה שלפנינו מתרחש בשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית. בהקשר זה נפנה לכתב הערעור ולטענותינו בדבר הזהירות בה יש לנקוט כאשר מתכוונים לפגוע בזכויותיהם של תושבים מוגנים (ראו פס' 29-33, עמ' 10-12 לכתב הערעור).

16. **שנית**, באותו מקרה המדובר היה בפינוי של 13 מתיישבים בדואים, ואילו בענייננו סביר ששבט אבו-ג'אבר מונה אנשים רבים (נציין שבפרשת אבו אלקיעאן, השבט מנה בין 750-1000 נפשות).

17. **שלישית**, המשיבים טוענים כי ניתן למצוא חלופות למערערים, אשר יקטינו את הפגיעה עקב פינויים. אולם, מדובר ברעיון שאינו קונקרטי ואף הערכאה קמא לא התייחסה לחלופה כלשהי בפסק דינה. נזכיר כי בפרשת **אבו אלקיעאן** המדינה ביקשה להעביר את המפונים לישוב הבדואי חורה (המצוי בקרבה יחסית ואשר אליו כבר מרבית בני השבט עברו מבעוד מועד) ולחלופין, הוצע להם לעבור לשכונה בתוך היישוב חירן עצמו שעתיד לקום, ואלו תוך פיצוי על השקעות בבניה שעשו (אף שזו היתה לא חוקית) (ראו עמ' 17 לפסק הדין). בענייננו, המדינה מפנה את המערערים ללא שום חלופה נראית לעין, וללא תמורה או פיצויים. בנוסף, פרשת **אבו אלקיעאן** בית המשפט קבע שהחלטה לפנות בדואים וליישב במקומם יהודים אינה חורגת ממתחם הסבירות עקב כמה שיקולים: היה פתרון מיידי וזמין עבור המפונים לעבור ליישוב אחר שבו הוכנו שכונות שהקימה וסידרה המדינה לקליטתם, והתקיים משא ומתן עם הבדואים כבר משנות ה-80 בסוגיית פינויים, כך שבמובן הזה הם היו מודעים לדבר הפינוי (וראו פס' לה, מ לפסק דינו של המ"מ לנשיאה א' רובינשטיין).

18. עוד מסתמכים המשיבים על בג"ץ 5665-11 **כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 10.10.2012), בו הוכרע כי יש לפנות את בני השבט הבדואי ג'אהלין ואת בית הספר שבנו ממתחם אל אחמאר. נדגיש כי באותו פסק דין, אחת הסיבות בגינן הוחלט לפנות את השבט מהקרקע הייתה שהמבנים נבנו על מקרקעין שייעודם התכנוני הוא לדרך, והם נמצאים בקרבה מסוכנת לכביש ראשי (שם, עמ' 7). בדיון מאוחר יותר באותו עניין, ובדומה לפרשת **אבו אלקיעאן**, מודגש בפסק הדין כי הייתה חלופה קונקרטית לבדואים, אשר דנו בה ובחנו אותה במשך מספר שנים טרם הפינוי, ואף אם היא לא הייתה לרוחם של הבדואים, היא לפחות הייתה קיימת, ידועה וברורה. יתרה מכך, באותו מקרה המדינה תיכננה להקצות את אותה קרקע חלופית לבדואים ללא תמורה (ראו: בג"ץ 2242-17 **כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 24.5.2018)).

19. כללם של דברים, המשיבים לא הרימו את הנטל שרובץ על כתפיהם להצדיק את אי השוויון באכיפה ובהכשרה בדיעבד ולפיכך, ובהצטרף לשאר טענותינו המובאות בכתב הערעור, אין לפנות את המערערים מחלקה 3 לטובתם.

סוף דבר

20. עיון בכתב התשובה של המשיבים שהגישו המשיבים מלמד שאין למשיבים כל טענה ראויה לשמה נגד כתב הערעור. משכך, ולאור האמור בכתב הערעור ובכתב תשובה זה, מתבקש בית המשפט הנכבד להיעתר ולקבל את הערעור שהוגש.