

1. מוחמד עבד מחמוד אלחרוב, ראש מועצת הכפר דיר סאמט
 2. וליד חליל עיסא אבו שראר, ראש המועצה האזורית כפרי דורא
 3. מוחמד אחמד אסמאעיל סויטי, מנכ"ל עיריית בית עווא
 4. בדאווי מוחמד וואלד מוחמד
 5. האגודה לזכויות האזרח בישראל
- ע"י ב"כ עוה"ד לימור יהודה
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
ת.ד 34510, ירושלים 91000

העותרים

טל': 02-6521218; פקס': 02-6521219

נ ג ד

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
 2. מפקד חטיבת חברון
- על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים ירושלים
- טל': 02-6466157; פקס': 02-6467011

המשיבים

תגובה משלימה מטעם המשיבים

1. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 6.8.06, מתכבדים המשיבים להגיש תגובה משלימה מטעמם, במסגרתה יבקשו להתייחס בעיקר להודעת העותרים מיום 3.10.06.
 2. כזכור, עניינה של העתירה בשתי הגבלות תנועה שהוטלו על תושבים פלסטיניים באזור צומת בית עווא:
- הגבלה ראשונה, עניינה היה בחסימות קבועות שהוצבו בשעתו על-ידי המפקד הצבאי על כביש 354 (להלן – **כביש האורך**), מדרום ומצפון לצומת בית עווא, ומניעת מעברם של פלסטינים בצומת, ברגל וברכב. הגבלה זו, שהיא הגבלת התנועה הפוגענית יותר מבין השתיים, איננה קיימת עוד, ואין עוד כיום מניעה של מעבר פלסטינים בצומת בית עווא מצפון לדרום, ברכב וברגל.
- הגבלה שנייה עניינה באיסור תנועה המוטל על תנועת פלסטינים, ברגל וברכב, בכביש החוצה אף הוא את צומת בית עווא, המחבר בין שטח מדינת ישראל ממערב, אל נגהות. (להלן – **כביש הרוחב**). נציין, כי כביש זה ממשיך לכיוון הכפר דורא ולעיר חברון במזרח, אך תנועת ישראלים מזרחה נעשית רק בליווי צבאי, כשבשאר הזמן נחסמת תנועתם של תושבי נגהות מזרחה. תנועת פלסטינים בקטע הכביש שממזרח לנגהות איננה מוגבלת.

3. ביום 1.8.06 הוגשה תגובת המשיבים לעתירה. בתגובה נכתב, כי חסימת התנועה בצומת בית עווא ואיסור התנועה על **ציר הרוחב** נעשו מתוך צורך בטחוני מובהק, שעניינו הגנה על תושבי נגוהות והגנה על מדינת ישראל. עוד טענו המשיבים כי אמנם, חסימה זו גורמת לאוכלוסיה המקומית פגיעה מסוימת, אך אין מדובר בפגיעה חמורה במיוחד.

באשר ל**ציר האורך**, נכתב בתגובה כי הצבתם הצפויה של מחסומים חשמליים בצומת עתידה להסדיר את רובם המוחלט של קשיי התנועה באזור.

המשיבים הוסיפו וטענו, כי בהתחשב בצורך הביטחוני מצד אחד, ובפגיעה באוכלוסיה המקומית מן הצד השני, בנסיבות העניין, נקט המפקד הצבאי באמצעים מידתיים לשם שמירה על ביטחונם של הישראלים המתגוררים בנגוהות ותושבי מדינת ישראל.

4. **ואכן, כפי שיפורט להלן, הצבת המחסומים החשמליים בצומת הוסדרה, וכעת מתאפשרת בו תנועת פלסטינים מצפון לדרום בצורה סדירה, ברכב וברגל.**

5. נוסף, כי לאחר הגשת התגובה המקדמית מטעם המשיבים התקיים דיון בעתירה ביום 6.8.06, ובהתאם להחלטת בית המשפט מאותו היום, הוגשה תגובה מטעם העותרים לתגובה המקדמית מטעם המדינה.

במסגרת תגובה משלימה זו, יבקשו, כאמור, המשיבים להתייחס לטענות הנוספות המועלות על-ידי העותרים בתגובתם.

6. בטרם נפנה לפירוט עמדת המשיבים, נבקש להפנות את תשומת לבו של בית המשפט הנכבד לכך, שהעותרים לא צירפו את היישוב נגוהות ואת תושביו כמשיבים לעתירה. המשיבים סבורים, כי במצב העניינים היום, כאשר הוסרה הגבלת התנועה מצפון לדרום והעתירה עוסקת, כל-כולה, בהגבלת תנועה על ציר הגישה לנגוהות – וליתר דיוק: ציר הגישה היחידי המוביל לנגוהות – היה מקום לצירוף תושבי נגוהות כמשיבים לעתירה, שהרי אם תתקבל העתירה יהיו הם הנפגעים הפוטנציאליים העיקריים מכך. מדובר, בנסיבות העניין, בפגם מהותי (השוו: פסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) ביניש בבג"ץ 5662/99 **עמותת נפגעי הבורסה נ' יו"ר ועדת הבוררים לנפגעי מניות**, תקדין-עליון (3)99, 145 (1999)).

תמצית טענות העותרים

7. העותרים טוענים, כי פתיחתו של צומת בית עווא לתנועה בציר האורך (מצפון לדרום) אינה הופכת את העתירה לבלתי אקטואלית, משום שלטענתם קיים צורך להכריע ב"שאלה העקרונית", נוכח הודעת המשיבים כי גם לאחר פתיחת הצומת תמשיך להיאסר תנועת פלסטינים בציר הרוחב.

8. בחלק הראשון של תגובתם מיום 3.10.06 מעלים העותרים טענות עובדתיות רבות, וטוענים כי טענות שונות אשר נטענו על ידי המדינה בתגובה המקדמית אינן נכונות או אינן מדויקות.

בין השאר, טוענים העותרים כי פתיחת הצומת לא תייתר את העתירה, מכיוון שעדיין תיגרמנה לתושבים פגיעות כתוצאה מסגירת ציר הרוחב (מניעת גישה לאדמות שלאורך הציר, פגיעה במשפחת ג'דאללה, הארכה מסוימת של הדרך).

יתרה מכך, העותרים טוענים כי המדינה אינה מקיימת את הצהרתה כי הצומת ייפתח החל מסוף חודש אוגוסט 2006.

9. יצוין בהקשר זה, כי העותרים פנו אל המשיבים בטענה כי שוטרי מג"ב המאיישים את הצומת פתחו אותו לתנועה רק בשעות היום ולאחר שלושה ימים סגרו את הצומת לחלוטין. בעקבות פנייתה של לשכת היועץ המשפטי לאיו"ש לחטיבה המרחבית ולמת"ק הסתבר למשיבים, כי אכן, כטענת העותרים, נסגר הצומת בימים הראשונים עקב אי הבנה של הכוח שאייש את הצומת, אך התקלה נפתרה ותוך מספר ימים נפתח הצומת.

על אף האמור, העותרים שבים עתה וטוענים, כי הצומת אינו פתוח לתנועה חופשית. לטענתם, שוטרי מג"ב ממשיכים לסגור את הצומת לתנועה פלסטינית מהשעה 19:00 ועד השעה 07:00, וכי נערך במקום בידוק קפדני של תעודות הזהות של הנוסעים בכלי הרכב הפלסטינים, אשר יוצר תורים ארוכים וממושכים.

10. בחלק השני של תגובתם חוזרים העותרים על טענותיהם המשפטיות, לפיהן חסימת כביש הרוחב לתנועה פלסטינית הינה בגדר אפליה פסולה על בסיס שיוך אתני-לאומי.

כן טוענים העותרים, כי לא ניתן לסגור את הכביש לתנועה פלסטינית בלא צו בכתב. את טענתם זו סומכים העותרים על פסיקתו של בית המשפט העליון בפרשת **מוראר** (בג"ץ 9593/04 **ראשד מוראר, ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל**, תק-על 2006(2), 4362, (2006)), לפיה סגירת שטחים חייבת להיעשות, ככלל, על פי צו בכתב (למעט סגירה נקודתית לפרק זמן קצר כאשר מתעוררות נסיבות בלתי צפויות).

11. בחלק השלישי של התגובה מטעמם טוענים העותרים, כי אין צורך ביטחוני המחייב את סגירת הכביש בפני התושבים הפלסטינים, וכי קיימות חלופות ביטחוניות אחרות להגנה על התנועה הישראלית בכביש, בלא צורך לאסור על תנועת פלסטינים בכביש. את טענותיהם בחלק זה תומכים העותרים בחוות דעתו הביטחונית של תא"ל (מיל') אילן פז.

נשיב עתה לטענות העותרים.

עמדת המשיבים

התייחסות לטענות העובדתיות של העותרים

12. כאמור, העותרים מעלים טענות עובדתיות רבות, וטוענים כי טענות שונות אשר נטענו על ידי המדינה בתגובה המקדמית אינן נכונות או אינן מדויקות.

ראשית, נציין שמקצת מטיעוני העותרים מתייחסים לאמור בתגובת המדינה בנוגע להסדרי המעבר **לפני פתיחת הצומת לתנועת צפון-דרום**. בהקשר זה, איננו מוצאים מקום להתייחס לטענות העותרים, בהתחשב בכך שיהא זה ויכוח עובדתי-תיאורטי, הנוגע למצב עובדתי שחלף מן העולם.

מעבר לכך, הרי שבטיעוניהם, העותרים אינם מבחינים בין טענות שהיו, לכל היותר, רלוונטיות לפני פתיחת הצומת לתנועת צפון-דרום, לבין טענות שרלוונטיות במצב דהיום, וכן מבססים את הטיעונים על עדויות המתייחסות לתקופה שקודמת לפתיחת הצומת. משכך, רבות מטענות העותרים אינן מדויקות, אינן רלוונטיות ואינן מבוססות.

13. חרף פגמים חמורים אלו בטיעוני העותרים, נתייחס בהמשך תגובה משלימה זו לטענות העותרים, ככל שהן מתייחסות למצב העובדתי דהיום.

14. על-מנת לבחון את טענות העותרים במישור העובדתי התקיים, ביום 28.1.07, סיור באזור העומד בבסיסה של העתירה. בסיור נטלו חלק נציגי החטיבה המרחבית, נציג היועץ המשפטי לאיו"ש והח"מ. בבדיקה נבחנו באופן מדוקדק הדרכים הקיימות כדרכים חלופיות לציר הרוחב, ונמדדו זמני הנסיעה בציר הרוחב ובדרכים החלופיות.

כבר עתה נבהיר, כי הסיור העלה, כפי שיפורט להלן, שרוב תושבי הכפרים המתגוררים מצפון לצומת בית עווא **אינם נפגעים כמעט כלל מסגירת ציר הרוחב**, שכן הכביש החלופי הצפוני, המוליך מכיוון בית עווא לכיוון דורא מהווה עבור רובם חלופה עדיפה או לכל הפחות שווה לכביש הסגור מבחינת משך הנסיעה. תושבי הכפרים שמדרום לצומת בית עווא נפגעים **לכל היותר** פגיעה קלה כתוצאה מסגירת הכביש: מרבית תושבי הכפרים שמדרום לצומת, ביחוד תושבי היישובים חרבת אמרה ומרח אל בקר, אינם נפגעים כלל כתוצאה מסגירת הצומת מבחינת משך הנסיעה שלהם לעיירות ולכפרים שממזרח.

קיומן של דרכים חלופיות לשימוש התושבים הפלסטינים

15. העותרים טוענים, כי נמנעת גישתם של תושבי האזור לאדמות חקלאיות בצידי הכביש, וכי הדרכים החלופיות משובשות ואף מסוכנות לנסיעה. בכל הנוגע להארכת הדרך הנובעת מאיסור התנועה, מביאים העותרים מספר דוגמאות.

16. בהקשר זה, נתייחס לדוגמאות שמביאים העותרים, ונראה כי מדובר בטענות בלתי מבוססות, המתעלמות מהשינויים העובדתיים שהתרחשו עם פתיחת הצומת. בשל כך, נבקש להציג עתה את העובדות העדכניות לאשורן.

17. קיימות שתי דרכים חלופיות לכביש הרוחב, המוליכות מאזור הכפרים המערביים (בית עווא, אל מג'ד, אדנא, א-סיכא) לכיוון העיירות הגדולות והכפרים הגדולים באזור, המצויים ממזרח (דורא, יטא, דאהריה):

דרך אחת – **הדרך הצפונית** – מובילה מצומת דיר צמת מזרחה לכיוון דורא ומשם מזרחה לכיוון חברון, או דרומה לכיוון חרסה (המקום שסמוך אליו מגיע גם הכביש מושא העתירה). נציין כי **אין מדובר בדרך משובשת, אלא בדרך מוסדרת וסלולה**.

דרך חלופית שנייה – **הדרך הדרומית** – מוליכה מכיוון צומת בית עווא דרומה לכיוון דיר אל עסל א-תחתא ומשם מזרחה לכיוון ח'רבת מרח אל בקר, עבדה, וצפונה לכיוון אלח'ידב.

אף דרך זו היא דרך סלולה, אם כי באיכות טובה מעט פחות משתי הדרכים שמצפון לה – כביש הרוחב והדרך החלופית הצפונית. הסיור שנערך במקום העלה כי קיימים שני קטעים קטנים ביותר בדרך החלופית הדרומית, האחד באורך של כ-25 מטרים והאחר באורך של כ-15 מטרים שהאספלט בהם ניזוק. יחד עם זאת, שאר הדרך סלולה וגם הקטעים שניזוקו מאפשרים מעבר של כל סוגי הרכב בכל מזג אוויר.

נציין, כי שתי הדרכים מקבילות במהותן לכביש מושא העתירה, האחת מצפון והשנייה מדרום.

18. לעניין הטענות הפרטניות של העותרים, נבחן, למשל, את הדוגמה הראשונה שמביאים העותרים, בסעיף 32 לתגובתם, הנוגעת לזמן הנסיעה בין הכפר ח'רבת א-סיכה, שהוא הכפר הצפוני ביותר מבין הכפרים שמדרום לצומת בית עווא, לעיירה בית-עווא. טוענים העותרים, כי מרחק הנסיעה הינו כ-2 ק"מ, אך אורכה של ה"דרך החלופית" הינה כ-31 ק"מ, ומשכה בין שלושת רבעי השעה לשעה.

דא עקא, **טענת העותרים מתעלמת מהעובדה שהצומת נפתח לתנועה**, וכיום הדרך הקצרה בין ח'רבת א-סיכה לבית-עווא היא דרך צומת בית עווא – דרך ישירה, קרי 2 ק"מ בלבד. משך הנסיעה שנמדד על-ידי המשיבים בקטע זה הוא **כ-3 דקות בלבד**.

19. המצב דומה בכל הנוגע למרחק הנסיעה מח'רבת א-סיכה ואל מג'ד לדורא. לטענת העותרים, אורכה של הדרך החלופית היא כ-20 ק"מ, ומשכה למעלה ממחצית השעה. המדידה שערכו המשיבים העלתה, כי ניתן להגיע מכפרים אלה לדורא באחת משתי הדרכים שהוצגו לעיל. נראה כי הדרך הקצרה יותר היא דווקא הדרך החלופית הצפונית, שתוביל את תושבי אל מג'ד למבואות המערביים של דורא בתוך כ-18 דקות (לתושבי ח'רבת א-סיכה תימשך הנסיעה כ-15 דקות בלבד). תושבי שני הכפרים יוכלו להגיע לדורא גם דרך הדרך החלופית הדרומית, אלא שאז תימשך הנסיעה כ-23 דקות (עבור תושבי אל מג'ד) או 26 דקות (עבור תושבי ח'רבת א-סיכה).

נוסיף כי הנתון המוגזם דלעיל המובא בתגובת העותרים ניתן להפרכה פשוטה אף מבלי לבצע בדיקה בשטח: בדיקה פשוטה על-גבי המפה, תעלה כי אורכה של הדרך החלופית הדרומית הוא כ-13 ק"מ בלבד (מאל מג'ד אל דורא), בדרך המובילה דרומה מאל מג'ד לצומת המצוי בסמוך לדיר אל עסל תחתא, משם מזרחה לכיוון עבדה, ומשם צפונה, דרך הכפר חרסה, לדורא. מדובר, למעשה, בדרך שארוכה בכ-3 ק"מ בלבד מהדרך שהייתה קיימת עובר להטלת הגבלות התנועה.

מהדוגמאות הללו עולה כי עם פתיחת הצומת לתנועת צפון-דרום, אין עוד הארכה בעלת משקל בדרכם של התושבים הפלסטינים.

20. על מנת להציג דברים כהווייתם, נציין כי נראה כי הפגיעה החמורה ביותר יחסית, מבחינת משך הנסיעה, נגרמת לתושבי ח'רבת פקיקיס המבקשים לנוע **מערבה** לכיוון בית עווא. מכיוון שח'רבת פקיקיס נמצאת בסמוך לנגוהות ממזרח, קרוב למקטע החסום של ציר הרוחב, הרי שלו היה הציר פתוח עבור תושבי ח'רבת פקיקיס לנסיעה מערבה, היו יכולים התושבים להגיע לבית עווא בתוך כ-6 דקות ברכב, ואילו במצב הדברים הקיים כיום תיארך הדרך בין כ-23 דקות (על הציר החלופי הצפוני) לכ-22 דקות (על הציר החלופי הדרומי).

דא עקא, על אף הפגיעה דלעיל, חשוב לציין בהקשר זה שבדיקת המת"ק, כמו גם בדיקה אקראית שנערכה עם אחדים מתושבי ח'רבת פקיקיס בעת הסיור שנערך במקום, העלתה **באופן מובהק וברור** כי מרקם חייהם של תושבי ח'רבת פקיקיס קשור לעיירה דורא, ולא לכפר בית עווא. זיקות מרקם החיים בתחומי החינוך, הרפואה, רכישת מצרכים וקשרי משפחות הם לדורא ולא לבית עווא. בהקשר זה נדגיש, כי הדרך של תושבי ח'רבת פקיקיס לדורא איננה נפגעת כלל כתוצאה מהגבלת התנועה על ציר הרוחב, והיא אורכת דקות ספורות. נציין, כי מהמת"ק נמסר, כי בח'רבת פקיקיס קיים בית ספר משותף לבנים ולבנות, שבו ניתן ללמוד עד כיתה י'. לאחר מכן, הלימודים מתבצעים בדורא.

הדברים ברורים מאליהם, שכן גם בעתירה מוצגת הגבלת התנועה בציר הרוחב כהגבלה הפוגעת בעיקר בקשר של הכפרים באזור בית עווא עם העיירות והכפרים הגדולים שממזרח – לשם קשורים התושבים בקשרי מרקם חיים.

21. נפרט כעת את זמני הנסיעה ברכב בין הכפרים השונים במרחב, כפי שנמדדו בעת הסיור שנערך ביום 28.1.07. בסוגריים מצוינת הארכת הזמן הנגרמת כתוצאה מחסימת ציר הרוחב לעומת מצב תיאורטי שבו ציר הרוחב היה פתוח ולא היה נערך כל בידוק לנוסעים בו. המדידה נעשתה תוך נסיעה איטית יחסית ברכב צה"לי:

בית עווא לדיר צמת – 5 דקות נסיעה (אין כל הארכה בזמן הנסיעה – ההגבלות אינן קשורות לנסיעה זו).

דיר צמת לדורא – 8 דקות נסיעה (אין כל הארכה בזמן הנסיעה – ההגבלות אינן קשורות לנסיעה זו).

בית עווא לדורא – 13 דקות נסיעה (אין כל הארכה בזמן הנסיעה – ההגבלות אינן קשורות לנסיעה זו).

א-סיכה לבית עווא – 3 דקות נסיעה (אין כל הארכה בזמן הנסיעה **לאור פתיחת תנועת צפון-דרום בצומת בית עווא**).

א-סיכה לדיר צמת – 8 דקות נסיעה (אין כל הארכה בזמן הנסיעה **לאור פתיחת תנועת צפון-דרום בצומת בית עווא**).

א-סיכה לאל מג'ד – 2 דקות נסיעה (אין כל הארכה בזמן הנסיעה – ההגבלות אינן קשורות לנסיעה זו).

אל מג'ד לדיר אל אסל תחתא – 2 דקות נסיעה (אין כל הארכה – ההגבלות אינן קשורות לנסיעה זו).

דיר אל אסא תחתא לאמריש – 10 דקות נסיעה (אין כל הארכה – ההגבלות אינן קשורות לנסיעה זו).

חורסה לחירבת פקיקיס – 7 דקות נסיעה (אין כל הארכה).

פקיקיס לדורא – כ-10 דקות נסיעה (אין כל הארכה – ההגבלות אינן קשורות לנסיעה זו). פקיקיס לבית עווא – 22 דקות (הארכה של כ-16 דקות לעומת מצב תיאורטי בו ציר הרוחב פתוח וללא כל בידוק).

פקיקיס לא-סיכה – 25 דקות (הארכה של כ-19 דקות לעומת מצב תיאורטי בו ציר הרוחב פתוח וללא כל בידוק).

משפחת ג'דאללה

22. העותרים טוענים, כי ההיתר שניתן למשפחת ג'דאללה לנוע על ציר הרוחב לא סייע למצבם כלל וכלל, מכיוון שאין הם יכולים ללכת לאורכו של הכביש, ומכיוון שאין להם כלי רכב.

במענה לטענה זו נדגיש שוב: **הגבלות התנועה החלות על משפחת ג'דאללה, הן ברגל והן ברכב, הוסרו**. אין כל הגבלת תנועה המוטלת על בני משפחת ג'דאללה. בנסיבות הללו, לא ברור על מה מלינים העותרים.

בנוגע לאי-יכולתם של בני המשפחה לנוע על הציר בשל כך שאין ברשותם כלי רכב, הרי שכל פתרון פרקטי שיוצע על-ידי העותרים יבחן לגופו. כמו כן, כל בקשה פרטנית מטעם משפחת ג'דאללה להתיר לכלי רכב אחר, כגון מונית, לנוע בציר, במקרה פרטני, תבחן לגופה.

לסיכום, הסדרי התנועה הקיימים מאפשרים את תנועת בני המשפחה על הציר. החטיבה המרחבית והמת"ק הגזרתי ימשיכו לפעול לשם מתן פתרון מהיר לכל בעיה העולה מצד המשפחה.

הפגיעות שנתרו עם פתיחת הצומת

23. בהקשר זה, מעלים העותרים שתי טענות עיקריות. ראשית, כי פתיחת הצומת לוותה בקשיים רבים, והתנועה, למעשה, אינה חופשית. שנית, טוענים העותרים, כי פתיחת הצומת לא מייתרת את עיקרה של העתירה, מכיוון שפגיעות רבות בהן עוסקת העתירה נותרות בעינן, לרבות ייקור של עשרות אחוזים בעלות התחבורה הציבורית באזור, מניעת גישה לאלפי דונמים של אדמות חקלאיות המצויות בצידו כביש הרוחב, ניתוקה ובידודה של משפחת ג'דאללה וכן פגיעה אנושה בשוויון ובכבוד של תושבי המקום הנובע מייחוד הכביש לתנועתם של תושבי נגהות.

24. בכל הנוגע לטענה הראשונה, הרי שאכן, כפי שצוין לעיל, כתוצאה מאי-הבנה בקרב כוחות מג"ב המאיישים את צומת בית-עווא, נמנעה בשעתו באופן חלקי תנועת פלסטינים בכיוון צפון-דרום.

עניין זה הוסדר זה מכבר, והכוחות המאיישים את הצומת תודרכו לאפשר בו תנועה כאמור בתגובת המדינה, וכך נעשה הדבר היום. בעת הסירור שנעשה באזור בירר הח"מ עם אנשי מג"ב שאיישו את המחסום מה ההוראות שקיבלו לעניין מעבר פלסטינים בצומת מצפון לדרום ונמסר לו במפורש כי המעבר, ברכב וברגל חופשי. בזמן הסירור אף חצו את הצומת מספר הולכי רגל ומספר מכוניות.

25. בכל הנוגע לטענה בדבר מניעת הגישה לאדמות חקלאיות המצויות בצידו כביש הרוחב, הרי שעניין זה זהה לסוגיות דומות של גישה לשטחים חקלאיים באזור, כגון בתחומי שב"מים, בתחומי יישובים ישראלים ועוד. מבדיקה שנעשתה עם מפקדת התיאום והקישור עולה, כי לא ידוע על כל קושי בהגעת פלסטינים לחלקותיהם באזור מושא העתירה. נציין, כי מרבית השטחים החקלאיים המצויים בשני צידיו של ציר הרוחב מצויים בואדיות, שהגישה אליהם נעשית באמצעות דרכי עפר הקיימות בשטח, אשר נתנו, עוד לפני פתיחת צומת בית עווא לתנועת צפון-דרום, מענה מלא לגישה לחלקות. זאת ועוד: כיום מתאפשרת גישת חקלאים לחלקותיהם, לרבות באמצעות כלי רכב (חקלאיים או אחרים), גם דרך ציר הרוחב, וזאת בתיאום מראש עם המת"ק ולאחר בידוק. כך ימשיך להיעשות גם בעתיד.

חשוב לציין, בהקשר זה, כי בתקופת המסיק האחרונה המת"ק נערך לקיום העבודות במקום, בין השאר על-ידי מיפוי מוקדם של החלקות וביצוע סיורים מקדימים באזור. בעת המסיק המת"ק וידא, באמצעות סיורים בשטח, כי המסיק מתנהל בצורה תקינה.

26. למותר לציין בהקשר זה כי תנועת פלסטינים בציר הרוחב תותר גם בכל עת שיתעורר מקרה הומניטארי, וזאת בתיאום פרטני עם מת"ק חברון.

הצורך הביטחוני

27. באשר לצורך הביטחוני העומד בבסיס הגבלות התנועה בהן עסקינן בעתירה זו, נזכיר, בראשית דברינו, כי מדינת ישראל מתמודדת, מאז ספטמבר 2000, עם מתקפת טרור עזה וחסרת תקדים, המופנית כלפי תושבי מדינת ישראל והישראלים המתגוררים והנעים באזור.

לעניין, זה, ראו, לדוגמא, דברי כב' הנשיא (בדימו) ברק, בפרשת **אלפי מנשה** (בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, תקדין-עליון 2005(3), 3333 (2005)), כדלהלן:

"הטרור והתגובה לו

1. בספטמבר 2000 פרצה האינתיפאדה השנייה. מתקפת טרור עזה נחתה על ישראל ועל הישראלים שבאזור יהודה והשומרון ובחבל עזה (להלן - האזור). מרבית פיגועי הטרור הופנו כלפי אזרחים. הם פגעו בגברים ובנשים, בזקנים ובטף. משפחות שלמות איבדו את יקיריהן. הפיגועים נועדו לפגוע בחיי אדם. הם כיוונו לזרוע פחד ובהלה. הם ביקשו לשבש את אורח החיים של אזרחי ישראל. הטרור הפך להיות איום אסטרטגי. פיגועי הטרור מבוצעים בתוככי ישראל ובאזור. הם מתרחשים בכל אתר ואתר, ובכלל זה בתחבורה הציבורית, במרכזי קניות ובשווקים, בבתי קפה ובתוככי בתים וישובים. היעד העיקרי של הפיגועים הוא מרכזי הערים בישראל. **כן מכוונים הפיגועים כלפי הישובים הישראליים באזור, וכלפי צירי התנועה.** ארגוני הטרור עושים שימוש במגוון אמצעים. בהם פיגועי התאבדות ("פצצות אדם מונחות"), מכוניות תופת, הנחת מטעני חבלה, השלכת בקבוקי תבערה ורימונים, פיגועי ירי, ירי פצצות מרגמה וירי רקטות. מספר נסיונות לפיגועים ביעדים אסטרטגיים ("מגה פיגוע") נכשלו. כך, למשל, סוכלה כוונה למוטט את אחד ממגדלי עזריאלי בתל-אביב באמצעות מכונית תופת בחניון (אפריל 2002). נסיון אחר שנכשל היה לפוצץ משאית בחוות מיכלי הגז בפי גלילות (מאי 2003). מאז תחילת פעולות הטרור הללו ועד לאמצע יולי 2005 בוצעו בתחומי מדינת ישראל קרוב לאלף פיגועים. **בתחומי יהודה והשומרון בוצעו כ-9,000 פיגועים.** אלפי פיגועים בוצעו בחבל עזה. למעלה מאלף ישראלים קיפחו את חייהם. כמאתיים מהם באזור יהודה והשומרון. כשבעת אלפים ישראלים נפצעו. כשמונה מאות מהם באזור יהודה והשומרון. רבים מהפצועים הפכו לנכים קשים. גם בצד

הפלסטיני גרם העימות המזויין להרוגים ופצועים רבים. השכול והכאב שוטפים אותנו.

2. ישראל נקטה בשורה של צעדים להגנה על חיי תושביה. נערכו פעולות צבאיות כנגד ארגוני הטרור. הן נועדו להכריע את תשתית הטרור הפלסטינית ולמנוע הישנותם של פיגועי הטרור (ראו בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נז(2) 349. להלן - פרשת מרעב; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385). פעולות אלה לא נתנו מענה מספיק לצורך המיידית בהפסקת פעולות הטרור הקשות. אנשים תמים המשיכו לשלם בחייהם ובשלמות גופם... " (ההדגשה הוספה)

ראו גם דבריו של כב' המישנה לנשיא (בדימ.) חשין, בפרשת עדאלה (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2) 1754 ((2006)).

28. כפי שצינו כב' הנשיא ברק והמישנה לנשיא (בדימ.) חשין, בלחימה המתמשכת בטרור ניצבים כוחות הביטחון בפני איומים שונים ומגוונים. בכדי לתת מענה לאיומים המופנים כלפי מדינת ישראל וכלפי הישראלים המתגוררים והנעים בצירים באזור, המפקד הצבאי רשאי, ואף מחויב, לנקוט בצעדים ביטחוניים מסוגים שונים, שיהיה בהם כדי לתת מענה, ככל האפשר, לאיומים.

29. המשיבים יטענו, כי את הצעדים הביטחוניים הנתקפים בעתירה זו יש לראות כחלק ממכלול האמצעים שהמפקד הצבאי נאלץ לנקוט בהם, בעת הזאת, ובהתחשב בצרכי השעה. כמו כן, יש לראותם על רקע מידת הפגיעה הנגרמת לתושבי האזור, שלאחר פתיחת ציר האורך היא פגיעה קלה, ובוודאי מידתית: המשיבים סבורים כי אחרי שנפתח צומת בית עווא לתנועת צפון-דרום הפגיעה בתושבי האזור כתוצאה מחסימתו של ציר הרחב לתנועת פלסטינים היא פגיעה קטנה ביותר, אם בכלל, כפי שמוכיחות העובדות שפורטו לעיל.

30. לגופו של עניין, העותרים טוענים, כי טענות המדינה הנוגעות לצורך הביטחוני אינן מגובות בפירוט הנתונים העובדתיים והשיקולים המקצועיים המבססים אותן, ולביסוס טענות אלו צירפו חוות דעת ביטחונית שנכתבה על-ידי תא"ל (מיל') אילן פז, שכיהן, בין השאר, כראש המנהל האזרחי, בתקופה שבה צומת בית עווא וכביש הרחב היו סגורים לתנועת פלסטינים.

טענת העותרים בהקשר זה היא, למעשה, כפולה, ככל שניתן להבינה. ראשית, טוענים העותרים שהנימוק הביטחוני שהוצג על-ידי המדינה אינו מבוסס דיו, ושנית, שהנימוק הביטחוני המוצג על-ידי המדינה אינו נכון או אינו מדויק.

31. המשיבים סבורים, כי תשובת המדינה לעתירה הינה מבוססת, ומפרטת כדרוש את הנימוקים הביטחוניים העומדים בבסיס הגבלת התנועה. לעניין זה הוצגה בתגובת המדינה שורה ארוכה של אירועים שהתרחשו באזור בכלל ועל ציר הרוחב בפרט.

כפי שפורט בתשובת המדינה, מדובר באזור מבודד יחסית, שאין בו נוכחות צבאית משמעותית. בשל היותו של האזור מבודד מחד גיסא, והיותו עורק התנועה היחידי עבור תושבי נגוהות מאידך גיסא, הוגדר המקום כ"פרוזדור", והוחלט על נקיטה באמצעי ביטחון שונים. בין השאר, נסגר הכביש (בכפוף לחריגים) לתנועה פלסטינית רכובה והוקמה עמדת שמירה בצומת בית עווא.

32. נדגיש, כי **תושבי נגוהות אינם מורשים לנוע על ציר הרוחב בחלקו שממזרח לנגוהות, אלא בליווי צבאי** (רוב האזור שממזרח לנגוהות נמצא ב"שטח A"). מנגד, ברור כי התושבים הפלסטינים באזור רשאים לנוע באופן חופשי על ציר הרוחב בחלקו שממזרח לנגוהות.

33. הצעדים שנקטו בכדי להגן על חייהם של תושבי נגוהות נבחרו בהתחשב באופי המיוחד של האזור כאזור מבודד ומאויים ביטחונית, ואשר אין לאורכו תנועה אינטנסיבית של כוחות צבא כבצירים אחרים, מרכזיים יותר, באיו"ש. האופי של איומים אלה פורט בתשובת המדינה, והובאו דוגמאות לאירועים שהתרחשו במרחב. האיומים אף פורטו בחוות הדעת הביטחונית שהוגשה על-ידי העותרים. לפי תא"ל (מיל') אילן פז, המאפיינים העיקריים לפיגועים הינם זריקת אבנים מן המארב, זריקת בקבוקי תבערה מן המארב, פיגועי ירי מן המארב, פיגועי ירי מרכב חולף או עוקף ופיגועי מטען. לאיומים אלה יש להוסיף, מטבע הדברים, גם איומים שונים על היישוב נגוהות עצמו.

לאיומים המגוונים הללו מספקים כוחות הביטחון פתרונות שונים מסוגים שונים, הכוללים סיורים, אמצעים אלקטרוניים, עמדת תצפית ואמצעי מיגון נוספים. ברם, המפקד הצבאי סבור שאין בכך די, וכדי להגן כראוי על חייהם של תושבי נגוהות, יש גם לאסור על תנועת פלסטינים בציר הרוחב, וזאת כדי לתת מענה לאיום הביטחוני הנובע מחיכוך בין תנועת פלסטינים לבין תנועתם של תושבי נגוהות על הציר **היחיד** המוליך לנגוהות.

34. טוענים העותרים, כי "יצירתם של כבישים המיועדים לתנועת ישראלים בלבד מביאה להגדלת הסיכון הכולל ולא להפחתתו" (סעיף 4 לחוות הדעת של תא"ל (מיל.) פז), וכי מניעת נסיעת פלסטינים על הציר אפשרה את ביצוע הפיגועים על הציר ביתר קלות. כמו כן, העותרים טוענים, שעמדת המדינה אינה סבירה, בהתחשב בכך שמשימת ההגנה על תנועתם של ישראלים בצירים אינה משימה ייחודית לאזור מושא העתירה, וכי בכבישים אחרים נמצאו פתרונות אחרים להגנה על תנועתם של ישראלים.

35. לעניין הטיעון הראשון נשיב, כי המפקד הצבאי המופקד על הביטחון באזור סבור, לאחר שקילת מכלול השיקולים הרלוונטיים, כי מדובר בצעד ביטחוני נחוץ, שמהווה חלק חשוב מן האמצעים הבאים לשמור על חייהם של תושבי נגוהות. זאת בעוד שטענת העותרים היא טענה ספקולטיבית, המנותקת מהמציאות הביטחונית, שהרי מרבית האירועים בגזרת יהודה ובשאר הגזרות באיו"ש אירעו בצירים בהם נוסעים ישראלים ופלסטינים כאחד (שהם רובם המוחלט של הצירים באיו"ש).

יתרה מכך, בשל העובדה כי מדובר בציר קצר מאוד באופן יחסי, ובהתחשב בכך שהכניסה לציר מכיוון נגוהות או שקף נצפית, הרי שהמפגע הפוטנציאלי יכול להבדיל בקלות יחסית בין רכב ישראלי או פלסטיני הנע בציר.

למעשה, מתווה הפיגוע היחיד העלול להיות מושפע באופן ישיר מהעובדה שפלסטינים אינם נעים בציר הינו אירוע הפעלת מטען בציר לעבר כלי רכב ישראלים. אלא שבהתחשב במכלול הנתונים הביטחוניים, העמדה הביטחונית של המפקד הצבאי, הנושא באחריות לביטחון, לרבות אחריות לחייהם של תושבי נגוהות, היא שאיסור התנועה נחוץ לצורך השמירה על ביטחונם וההגנה על חייהם של תושבי נגוהות, וזאת בהתחשב באיומים הביטחוניים הנובעים מתנועת פלסטינים בציר הרוחב, העובדה שמדובר באזור מבודד יחסית שהנוכחות הצבאית בו דלה יחסית, ובהתחשב במורכבות משימת ההגנה על הנוסעים בכביש והתורפה המבצעית שתנועת פלסטינים בציר יוצרת.

36. המפקד הצבאי סבור, אם כן, כי היתרונות הביטחוניים הגלומים במניעת תנועה פלסטינית על הציר – הרחקת מפגעים פוטנציאליים מהציר ומאזור נגוהות, שליטה ופיקוח על כלי הרכב הנכנסים לציר וכי' – עולים על החסרונות הביטחוניים. זאת, כמובן, לצד העובדה שהפגיעה הנגרמת לתושבים הפלסטיניים באזור כתוצאה מחסימת הציר היא פגיעה קלה ושולית.

עמדה זו הוצגה, כאמור, בתגובת המדינה, שגובתה בתצהיר של מפקד אוגדת איו"ש, תא"ל יאיר גולן.

37. כידוע, על פי ההלכה הפסוקה יש להעדיף את חוות דעתו הביטחונית של המפקד הצבאי אשר נושא הן בסמכות והן באחריות לביטחון באזור על-פני חוות דעת פרטיות. יפים דבריו של כב' הנשיא ברק, בפרשת **בית סוריק** (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5), 807 (2004)), כדלקמן:

"העתירה שלנו מתייחדת בכך שהוגשו לנו חוות דעת מטעם המועצה לשלום ולביטחון. חוות דעת אלה עסקו בהיבט הצבאי של גדר הפרדה. הן ניתנו על ידי מומחים בענייני צבא וביטחון, שגם מפקד האזור הכיר במומחיותם. ניצבים אנו, איפוא, בפני חוות דעת צבאיות סותרות באשר להיבטים הצבאיים של מיתווה

גדר ההפרדה. חוות דעת אלה מבוססות על תפיסות צבאיות נוגדות... במצב דברים זה, החופשיים אנו לאמץ לעצמנו את חוות הדעת של המועצה לשלום ולביטחון? תשובתנו היא בשלילה. ביסוד גישתנו זו עומדת התפיסה, המאפיינת את פסיקתו של בית משפט זה, לפיה עלינו לתת משקל מיוחד לחוות דעתו הצבאית של הגורם אשר עליו מוטלת האחריות לביטחון. עמד על כך מ"מ הנשיא, השופט מ' לנדוי, באחת הפרשות בהן ניצב בית המשפט בפני שתי חוות דעת, האחת של אלוף המכהן בתפקידו בתפקיד של מתאם הפעולות בשטחים והאחר אלוף במילואים. וכך כתב בית המשפט:

"במחלוקת כזאת בשאלות צבאיות-מקצועיות, שבה אין לבית-משפט ידיעה מבוססת משלו, נעמיד את המצהיר מטעם המשיבים, המדבר בשם אלה המופקדים בפועל על שמירת הביטחון בשטחים המוחזקים ובפנים הקו הירוק, בחזקתו שטעמיו המקצועיים הם טעמים כנים. דרושות ראיות משכנעות מאוד כדי לסתור חזקה זו" (בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, 92).

דברים דומים כתב השופט א' ויתקון בפרשת דויקאט, בו ניצב בית המשפט בפני ניגוד בין חוות דעת בענייני ביטחון האזור של הרמטכ"ל המכהן, לבין חוות דעתו של מי שהיה רמטכ"ל. וכך נקבע באותה פרשה:

"בענייני ביטחון, כאשר העותר מסתמך על חוות דעתו של מומחה לענייני ביטחון, ואילו המשיב מסתמך על חוות דעתו של האיש שהוא גם מומחה וגם האחראי למצב הביטחון במדינה טבעי הדבר שניתן משקל מיוחד לדעתו של זה האחרון" (בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 25).

על כן, בבחינתנו את השיקולים הצבאיים הנוגדים בענייננו, אנו נותנים משקל מיוחד לכך שמפקד האזור הוא האחראי לביטחון. משנקטנו בגישה זו, הננו סבורים - ועל הפרטים נעמוד בהמשך - כי העותרים לא הרימו את הנטל המוטל עליהם, ולא שכנעו אותנו כי עלינו להעדיף את חוות הדעת המקצועית, של חברי המועצה לשלום ולביטחון על פני עמדתו הביטחונית של מפקד האזור. עניין לנו בשתי גישות צבאיות. לכל אחת מהן מעלות וחסרונות בתחום הצבאי. במצב דברים זה עלינו להניח את חוות דעתו של המפקד הצבאי ביסוד פסק דיננו. כך נעשה בהמשך פסק הדין."

עוד ראו לעניין זה, מהעת האחרונה: פסק הדין בעניין תוואי הגדר באזור ביר נבאלה – בג"ץ 4289/05 מועצה מקומית ביר נבאלה נ' ממשלת ישראל (תקדין-עליון 2006(4), 1903), בפסקאות 36-37 לפסק הדין.

38. לא זו אף זו: לעניין טענה זו לגופה, הרי שניתן למנות כמות גדולה מאוד של אירועי ירי והנחת מטענים כנגד ישראלים, שהתרחשו על צירים בהם נעים גם ישראלים וגם פלסטינים.

39. לעניין הטיעון השני של העותרים, לפיו הגנת תנועתם של ישראלים בצירים אינה משימה ייחודית לאזור נשוא העתירה, הרי שדווקא טיעון זה, לגישתנו, מהווה חיזוק לעמדה הביטחונית המוצגת בתגובת המדינה ומחליש עד מאוד את טענת העותרים לפיה הגבלת התנועה היא בגדר הפליה על בסיס לאומי-אתני. כפי שציינו העותרים, כוחות הביטחון מתמודדים עם הצורך להגן על ישראלים הנוסעים בכבישים רבים אחרים ברחבי אזור יהודה והשומרון, ובכל ציר על פי מאפייניו השונים והייחודיים, נבחן הפתרון הביטחוני אשר יאפשר, לדעת המפקד הצבאי, מתן הגנה יעילה לנוסעים הישראלים בו.

כידוע, במרבית המקרים לא ננקט צעד של סגירת ציר לנסיעה פלסטינית או לנסיעת ישראלים. במקרים הנדירים בהם מחליט המפקד הצבאי לסגור ציר כזה או אחר לתנועת ישראלים או לתנועת פלסטינים נעשה הדבר רק לאחר שהובהר כי הדבר מתחייב מטעמי ביטחון, ורק בתנאי שהפגיעה הנגרמת לישראלים או לפלסטינים כתוצאה מהגבלת תנועה מסוג זו היא פגיעה מידתית. כך היה גם במקרה הזה.

40. ודוק: כביש הרחוב הוא הכביש היחיד בגזרה האסור לתנועת פלסטינים. כדוגמא לכבישים מרכזיים בהם לא נאסרת תנועת פלסטינים, ניתן להביא כבישים אחרים באותה הגזרה ובגזרות סמוכות, כגון כביש 317, כביש 60 ועוד. המשיבים סבורים, כי דווקא עובדה זו מצביעה על כך שהמפקד הצבאי, בבואו לנקוט באמצעי ביטחון בכלל, והגבלת תנועה בפרט, מפעיל שיקול דעת ביטחוני פרטני, תוך שקילת מהותם ומשקלם של האיומים הביטחוניים הפרטניים בכל מקרה ומקרה, ואיזון בין הצורך הביטחוני הנובע משיקולים אלו, מחד גיסא, והפגיעה בתושבים המקומיים, מאידך גיסא.

כידוע, איזון זה אף הוביל את המפקד הצבאי לפתוח את צומת בית עווא לתנועת צפון-דרום, כמפורט לעיל, ובכך הופחתה עד מאוד הפגיעה הנגרמת לתושבים הפלסטיניים באזור.

אין בכך כדי לומר שלא היה צורך ביטחוני בסגירת צומת בית עווא לתנועה מצפון לדרום. ברור, כי סגירת הצומת הייתה מסייעת רבות לשיפור בביטחון. עם זאת, בשים לב לפגיעה בתושבים הפלסטיניים המקומיים החליטו המשיבים כי אין להותיר את החסימה על כנה. לא כך הם הדברים בעניינו של ציר הרחוב, כאשר הפגיעה בתושבים הפלסטיניים המקומיים כתוצאה מהגבלת התנועה בו היא מצומצמת ביותר, ואילו התועלת הביטחונית רבה ביותר.

41. זאת ועוד: כפי שצוין בתגובת המדינה ובפירוט העובדתי לעיל, הפגיעה באוכלוסיה המקומית הינה מצומצמת, בהתחשב בקיומן של דרכים חלופיות לתנועת פלסטינים, שאינן מאריכות את הדרך משמעותית.

42. כפי שיפורט להלן, לאחר שקילת הצורך הביטחוני, מחד גיסא, והפגיעה באוכלוסיה המקומית מאידך גיסא, המפקד הצבאי יטען כי עמדתו היא סבירה ומידתית, ואין הצדקה להתערבות של בית המשפט בשיקול דעתו.

המסגרת המשפטית הנורמטיבית

43. כפי שנכתב בתגובת המדינה לעתירה, הדין החל באזור הינו דיני התפיסה הלוחמתית, ומכוח מערכת דינים זו, חל גם הדין המקומי, לרבות תחיקת הביטחון. מעבר לכך, חלים על החלטת המפקד הצבאי גם עקרונות המשפט המינהלי הישראלי.

הן בעתירה והן בתגובת העותרים לתגובת המדינה, מפנים העותרים לכללים שונים המהווים חלק מדיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי, וטוענים כי המפקד הצבאי כפוף למערכת כללים אלה. הטענות המועלות בעתירה ביחס להפרות, לכאורה, שמפרה ישראל את אמנות זכויות האדם, דומות לטענות המועלות ביחס להפרות, לכאורה, של המשפט הבינלאומי ההומניטארי, המהווה ממילא Lex Specialis בנסיבות העניין. מכאן, שדי להידרש לטענות הנוגעות למשפט הבינלאומי ההומניטארי, המגולמות למעשה בטענות הפרטניות של העותרים.

דחיית הטענה בדבר הפליה על בסיס לאומי-אתני

44. העותרים טוענים, שאיסור התנועה מהווה הפליה פסולה על בסיס מוצא לאומני-אתני. טיעון זה מחולק למספר טיעוני משנה.

ראשית, טוענים העותרים כי ענייננו בהפליה פסולה ולא באבחנה מותרת (הן על-פי המשפט הבינלאומי והן על-פי המשפט הישראלי). **לאחר מכן**, טוענים העותרים כי אין לסטות מהאיסור על הפליה על בסיס לאומי-אתני גם במצבי חירום. **לבסוף**, נטען כי היותו של האיסור גורף פוגם בחוקיותו.

להלן נדון בטיעונים אלו, שבבסיסם התעלמות מוחלטת של העותרים מהקונטקסט הרלוונטי.

מדובר באבחנה מותרת ולא בהפליה פסולה

45. השאלה הראשונה הצריכה להישאל בענייננו, במסגרת הניתוח המשפטי, היא האם הגבלת התנועה בציר הרוחב מהווה הפליה פסולה או אבחנה מותרת.

46. בבג"ץ 986/05 פלד ואח' נ' עיריית תל אביב-יפו, תקדין-עליון 2005(2), 161 (2005), נקבע, בין השאר, כך:

"... עקרון השוויון בא לשרת מטרה של השגת תוצאה צודקת. לא השוויון ה"טכני" או "הפורמאלי" הוא הראוי להגנה, אלא השוויון המהותי, דהיינו השוויון בין שווים. בני האדם, או קבוצות בני אדם, שונים לא אחת זה מזה או זו מזו בתנאיהם, בתכונותיהם ובצורכיהם, ולעתים יש צורך להפלות בין מי שאינם שווים כדי להגן על החלש או הנזקק, לעודדו ולקדמו. שוויון בין מי שאינם שווים אינו, לעתים, אלא לעג לרש. לפיכך, השאלה המתעוררת כשנטענת טענת אפליה אינה רק אם פלוני מופלה לטובה לעומת אלמוני, אלא יש גם לברר, אם ההפליה היא בלתי מוצדקת. דהיינו, האם מסיבות זהות גררו אחריהן יחס שונה. ההבחנה בין מסיבות שונות, מאידך, אין בה משום אפליה (בג"צ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297, 299-300).

9. הנה-כי-כן, עצם ההחלטה לנהוג בקבוצה זו או אחרת באופן שונה אינה מקימה, לכשעצמה, טענת אפליה. החלטה תיחשב למפלה באם החילה יחס שונה כלפי מי ששווים במאפייניהם הרלוונטיים. אותם "מאפיינים רלוונטיים" המחייבים יחס שווה נמדדים, לא אחת, באספקלריה של "קבוצת השוויון" אליה משויכות הקבוצות נשוא הדיון - "החובה לנהוג בשוויון חלה תמיד כלפי קבוצה מסוימת של אנשים או גופים, המהווים את קבוצת השוויון, ולא כלפי אנשים או גופים מחוץ לקבוצה זאת" (בג"צ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259, 281). כך, במקרה שלפנינו, תלוי פתרון המחלוקת בשאלה אם תלמידי בתי הספר "הוותיקים" ותלמידי בתי הספר "החדשים" מהווים יחדיו - לעניין תכנית הבחירה המבוקרת - קבוצת שוויון אחת.

דברים אלה נותנים ביטוי להבחנה המשפטית הבסיסית הקיימת כאשר אנו באים לבחון האם מעשה מסוים מהווה הפליה פסולה – ההבחנה בין הפליה אסורה לבין אבחנה מותרת.

47. אבחנה זו, בין אבחנה מותרת להפליה אסורה, אף מעוגנת היטב במשפט הבינלאומי. לדוגמא, כתב Ahcene Boulesbaa (A comparative study between the Internatioal Law and the United States Supreme Court Standards for Equal and Human Rights in the treatment of aliens), 4 Geo. Immigr. L.J. : (445)

"The principle of non-discrimination under both international and U.S. law does not require absolute equality or identity of treatment without consideration of the different circumstances of individuals. What is prohibited under both legal systems is unreasonable, arbitrary, or invidious

distinctions based on race, color, origin, sex, or nationality."

48. עקרון זה בא לידי ביטוי גם במאמרו של פרופ' Patrick Thornberry, שהינו חבר בוועדת האו"ם ליישום האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית (Patrick Thornberry) "Confronting Racial Discrimination: A CERD Perspective" 5 Hum. Rts. L. (Rev. 239, 255):

"On the core notion of discrimination, General Recommendation XIV observes that 'differentiation of treatment will not constitute discrimination if the criteria for such differentiation, judged against the objectives and purposes of the Convention, are legitimate'. The term 'discrimination' itself does not signify uniformity if there are differences in situation between one person or group and another. Like cases are to be treated alike, and unlike cases according to 'the extent of the 'unlikeness'

49. כלל זה אף מעוגן היטב בפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם (בהקשר של האמנה האירופית לזכויות אדם). בפרשת Ünal Tekeli v. Turkey, Application) Ünal Tekeli (No. 29865/96 at para. 50-51 נכתב כך :

"According to the Court's case-law a difference of treatment is discriminatory within the meaning of Article 14 if it has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the principles which normally prevail in democratic societies...

In other words, the notion of discrimination includes in general cases where a person or group is treated, without proper justification, less favourable than another... Article 14 does not prohibit distinctions in treatment which are founded on an objective assessment of essentially different factual circumstances"

לדיון מעמיק בסוגיה זו, ראו גם: D.J. Harris, M. O'Boyle and C. Warbrick *Law of the European Convention on Human Rights* (London, Dublin and Edinburgh, Butterworths, 1995) at chapter 15.

ראו גם הדיון בסוגיה זו בפרשת Sidabras and Džiautas v) Sidabras and Džiautas (Lithuania, Applications no. 55480/00 and 59330/00 27.7.2004

50. מעבר לעיקרון הבסיסי שפורט לעיל, המבחין בין הפליה אסורה לאבחנה מותרת, הרי שכפי שציינו העותרים עצמם, אכן יש לבחון את קיומה של שונות רלוונטית לאור המטרה הפרטיקולארית שלשם השגתה מיושמת ההבחנה.

51. לגופו של עניין, העותרים טוענים כי המטרה הפרטיקולארית שלשמה מיושמת ההבחנה הינה לשם הגנתם של הנוסעים הישראלים בכביש, תכלית שהינה פסולה על פניה.

על טענה זו נשיב להלן:

ראשית, המשיבים אינם רואים כל פסול **במטרה הפרטיקולארית** כפי שהציגה אותה העותרת. מדובר בצורך ביטחוני לגיטימי, שנוקט המפקד הצבאי לשם הגנה על חייהם של ישראלים. נזכיר כי מדובר בצורך שהוכר על-ידי בית המשפט העליון בפסקי דין רבים. לדוגמא, ברובן המוחלט של העתירות בנוגע לתוואי גדר הביטחון שנדונו בפניו.

שנית, המשיבים סבורים כי טענת העותרת, המפורטת לעיל, מנתחת את "המטרה הפרטיקולארית" בצורה מוטעית. יש לראות את מטרתו של המפקד הצבאי, בבואו לנקוט באמצעי ביטחון שונים, כשמירה על הביטחון והסדר הציבורי באזור (ראו: תקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני ומנהגי הלחימה ביבשה, 1907 (להלן – **תקנות האג**)).

בבואו לנקוט באמצעי ביטחון שונים, לא רק שהמפקד הצבאי **רשאי** לאבחן בין שונים, כך שהאמצעים יינקטו רק כנגד אלו המהווים סיכון ביטחוני, אלא שהמפקד הצבאי **חייב** לעשות כן, ואם לאו, ייחשב הצעד כבלתי-חוקי.

בית המשפט הנכבד חזר בפסיקתו, שוב ושוב, על החובה המוטלת על המפקד הצבאי לשמור על חייהם וביטחונם של הישראלים המתגוררים בשטחים. לעניין זה ראו, למשל, דברי בית המשפט הנכבד **בפרשת טנא** (בג"ץ 3680/05 **ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל**, תקדין-עליון 2006(1), 1426 (2006)), כדלקמן:

"מסקנה זו בדבר סמכותו של מפקד האזור להגן על חייהם וביטחונם של ישראלים המתגוררים באזור מתבקשת הן מכללי המשפט הבינלאומי והן מכללי המשפט החוקתי של ישראל. ראשית, סמכותו הכללית של המפקד הצבאי, הקבועה בתקנה 43 לתקנות האג, הינה "להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים". סמכות זו, על-פי לשונה ועל-פי תכליתה, אינה מוגבלת אך לאנשים המוגנים על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. זוהי סמכות כללית, המשתרעת על כל אדם המצוי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. סמכות זו משתרעת, אפוא, על המתיישבים הישראלים באזור".

עוד ראו, לעניין זה: פרשת אלפי מנשה.

52. במקרה דנן, אין מדובר בהפליה כלל ועיקר, כי אם באבחנה מותרת במובנה הקלאסי, המבוססת על טעם ביטחוני מובהק ומבוסס היטב. כידוע, חובתו של המפקד הצבאי לשמור על הביטחון והסדר הציבורי הינה חובתו הבסיסית על פי המשפט הבינלאומי, ואף מהווה מעין "הוראת על" הבאה לתת "הסדר נורמטיבי למכלול שלם של מקרים" (בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4) 785, בפסקה 17 (1983)).

חובה זו כוללת, בבסיסה, את חובתו של המפקד הצבאי להגן על חייהם ושלמות גופם של כל הנמצאים באזור. חובה זו חלה גם כלפי אנשים שאינם נופלים לקטגוריה של "אנשים מוגנים", הלא הם המתישבים הישראלים באזור.

53. בכדי לקיים חובה זו, על המפקד הצבאי לנקוט בצעדים ביטחוניים הולמים, שיש בהם כדי לתת מענה, בכל מקרה ומקרה, לסיכונים הביטחוניים הפרטניים הרלוונטיים.

כך, כאשר הסיכון הרלוונטי הינו לחייהם של ישראלים תושבי האזור, והסיכון נובע ממפגעים פלסטיניים הזוממים להוציא אל הפועל פיגועים כנגד אותם ישראלים, ברור כי על הצעד הביטחוני לתת מענה לאיום זה. מצד שני, כאשר האיום הוא לחייהם ושלומם של פלסטינים, והסיכון נובע ממתישבים ישראלים, על הצעד הביטחוני להיות, מעצם טבעו, מופנה לאיום זה (השוו, למשל: בג"ץ 7489/06 ג'רונר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש תקדין-עליון 2006(4) 2148 (2006)).

בכל מקרה ומקרה, על הצעד הביטחוני הספציפי הנבחן לתת מענה לאיום הספציפי.

54. הדברים דלעיל נכונים לא רק כאשר הצעד בו נוקט המפקד הצבאי מופנה כלפי אדם ספציפי. הם נכונים גם במקרים בהם טעמי הביטחון מחייבים נקיטה בצעד המופנה כלפי קבוצת אנשים, וזאת בתנאי שהצעד עומד במבחנים המשפטיים הרלוונטיים, ובתנאי שלא מדובר בענישה קולקטיבית. כך, במקרים מסוימים נוקט המפקד הצבאי בצעדים המופנים כלפי ישראלים תושבי האזור בלבד. כדוגמה לכך ניתן למנות את צווי הסגירה שהוצאו בשנת 2006, אשר סגרו שטחים מסוימים באזור בתקופת המסיק – צווי סגירה שהופנו כלפי ישראלים.

במקרים אחרים, כגון במקרה נשוא העתירה, נוקט המפקד הצבאי בצעדים המופנים כלפי פלסטינים. השוני בין הצעדים השונים בהם נוקט המפקד הצבאי הוא תוצר של השוני באיומים הביטחוניים שעימם מתמודד המפקד הצבאי. שוני זה הינו, ללא ספק, **שוני רלוונטי**. בהתאם לאמור, כאשר האיום הינו לחיי תושבים ישראלים הנעים בציר מסוים, והמפקד הצבאי סבור כי הצעד הביטחוני הנחוץ לצורך מתן מענה לאיום הביטחוני הינו הטלת הגבלת תנועה על פלסטינים, אין בכך כל הפליה פסולה.

לסיכום נקודה זו: האיום הביטחוני הקונקרטי בכל מקרה ומקרה פרטני מהווה את השוני הרלוונטי בין אנשים שונים (במקרה בו עסקינן מדובר בשוני רלוונטי בין ישראלים לפלסטינים, אך במקרים אחרים ייתכן שוני בין יישובים או אזורים גיאוגרפיים שונים, בין נשים לגברים, או כל הבחנה אחרת הרלוונטית לאיום הביטחוני הפרטני).

לא זו אף זו: אילו המפקד הצבאי היה נוקט באמצעי ביטחון באופן ש"עיוור" לשאלה האם הסיכון הביטחוני הפרטני נובע מפלסטינים (באופן כללי או מפלסטינים ספציפיים) או ממתיישבים ישראלים (באופן כללי או ממתיישבים ישראלים ספציפיים), המפקד הצבאי היה חוטא לחובותיו, והצעדים הביטחוניים היו חסרי כל אפקטיביות (בהיותם מופנים כנגד איום ביטחוני לא רלוונטי), ומוטלים באופן גורף ולמעלה מן הדרוש (בהיותם מופנים גם כלפי אוכלוסיות שאינן מהוות חלק מן האיום הביטחוני הרלוונטי).

גם מצב בו היה נמנע המפקד הצבאי מנקיטה באמצעי ביטחון רק מן הטעם שאמצעי זה מופנה, בבסיסו, כלפי קבוצת אוכלוסייה כזו או אחרת, הוא מצב בו היה חוטא המפקד הצבאי לתפקידו כאחראי על הביטחון באזור.

55. העותרים ממשיכים וטוענים, שהבחנה הרלוונטית לענייננו איננה, כפי שנטען לעיל, בין ישראלים לפלסטינים, אלא בין פלסטינים המהווים סיכון ביטחוני לפלסטינים שאינם מהווים סיכון ביטחוני. בדבריה מסתמכת ב"כ העותרים, על מה שהיא רואה כמעין "עמדת רוב מהותית" של בית המשפט בפרשת עדאלה, ומביאה מדבריו שם של כב' הנשיא ברק.

דא עקא, שגם קריאה מדוקדקת של דבריו של הנשיא ברק בפרשת עדאלה מובילה למסקנה שמדבריו לא נובעות המסקנות אותן גוזרים העותרים, כאילו "הוראותיהם של המשיבים אינן יכולות להיחשב כהבחנה רלבנטית אף לו היינו מקבלים את התכלית כפי שהגדירו אותה לעצמם המשיבים".

בבואו לבחון את מידתיותה של הוראת השעה לחוק הכניסה לישראל, ציין כב' הנשיא כי התכלית המונחת בבסיס החוק היא תכלית ראויה:

"האם הפגיעה בזכות למימוש חיי המשפחה בישראל של בן הזוג הישראלי-ערבי והפגיעה בזכותו לשוויון הנגרמת על ידי כך, מהווה מטרה חברתית מהותית? האם היא פרי צורך חברתי לוחץ? תשובתי על שאלות אלה היא בחיוב. הטרור מכה בתושבי המדינה. רצח חפים מפשע ופגיעה של רבים אחרים מאפיינים פעולות טרור אלה. נקיטה באמצעים המקטינים ככל האפשר את הסיכון של טרור זה הינה מטרה חברתית מהותית. היא צורך חברתי לוחץ. הנה כי כן דרישתה של פסקת ההגבלה כי תכליתו

של החוק הפוגע תהא "ראויה" התמלאה. (פסקה 83 לפסק הדין).

לא זו אף זו, כאשר בחן כבי הנשיא ברק את מידתיותו של החוק, נדונה גם שאלת הצורך בבדיקה אינדיבידואלית (פסקה 69 לפסק הדין):

"כמובן, ייתכנו מצבים בהם הבדיקה האינדיבידואלית לא תגשים את תכליתו הראויה של החוק, ויש לנקוט באיסור גורף. עם זאת, בטרם מגיעים למסקנה זו יש להשתכנע, על בסיס נתונים ראויים, כי אין תחליף ראוי לאיסור הגורף. לעתים הבחירה באיסור הגורף באה בשל כישלון בעיצוב הבדיקה האינדיבידואלית ולא משום שבדיקה כזו אינה יעילה."

56. הנה כי כן, ניתוח של דברי כבי הנשיא ברק בפרשת עדאלה, מהם מנסים העותרים להיבנות, מביא למסקנה כי לא ניתן לקבוע שכל מקרה שבו הרשויות לא נוקטות באבחון פרטני של הסיכון הביטחוני מהווה הפליה פסולה של קבוצת אוכלוסייה. מה שניתן לומר הוא, כי כאשר ניתן לנקוט בצעדים אינדיבידואליים, אך הרשויות בוחרות בנקיטה בצעד קבוצתי גורף מטעמים בלתי ענייניים, עלול הדבר להיחשב לפסול.

גם המשיבים סבורים כי כאשר ניתן להגיע, באמצעים סבירים, להבחנה בין אלה המהווים סיכון ביטחוני לבין אלו שאינם מהווים סיכון ביטחוני, ראוי ללכת בדרך זו. עם זאת, כאשר לא ניתן לנקוט בצעדים אינדיבידואליים, הרי שההבחנה שוב הופכת להיות רלוונטית. נשוב לדון בסוגיה זו בהמשך, כאשר נדון לעומק בטענות העותרים כי מדובר בענייננו באיסור "גורף".

57. לא זו אף זו: קיים הבדל משמעותי בין העניין שבפנינו לבין פרשת עדאלה. ההבדל נוגע למהות הפגיעה ולעוצמתה, **שהם הבסיס לניתוח המשפטי**: בעוד שבפרשת עדאלה דובר באיסור מוחלט שהוטל על קבוצה מסוימת, כאשר האיסור מנע לחלוטין את איחוד המשפחות (לפחות בכל הנוגע למקרים בהם המבקש אינו עומד בתנאים של אחד החריגים המנויים בהוראת השעה), הרי שבענייננו מדובר באיסור תנועה מוגבל שהוטל על ציר קצר מסוים, אשר איננו מונע מאף פלסטיני להגיע מיישוב ליישוב, ואף איננו מאריך את דרכו של אף פלסטיני מנקודה לנקודה באופן משמעותי. כאמור, קיימים בענייננו שני צירי נסיעה חלופיים, המהווים חלופה סבירה בהחלט, שמאפשרת את תנועת הפלסטינים במרחב, ומשום כך ענייננו בפגיעה קלה ביותר בחופש התנועה של הפלסטינים באזור.

58. כפי שפורט לעיל, הגבלות התנועה המוטלות על כביש הרוחב מהוות הבחנה מותרת, המבוססת על נימוקים רלוונטיים. לפיכך, אין אנו כלל עוסקים ב"הפליה", כטענת העותרים, אלא בצעדים ביטחוניים לגיטימיים בהם נוקט המפקד הצבאי לשם הגנה על חייהם של תושבי נגהות.

אין מדובר בהפליה אסורה על בסיס "לאומי-אתני"

59. הן בעתירה והן בתגובת העותרים, טוענים העותרים כי ענייננו בהפליה על בסיס לאומי-אתני, וככזו, היא אסורה על-פי המשפט הבינלאומי. על-מנת לבסס טענות אלה מציגים העותרים מגוון רחב של אסמכתאות משפטיות, לרבות פסקי דין של בתי המשפט העליונים של ארה"ב ואנגליה, אמנות בינלאומיות, ופסקי דין של בית הדין הפלילי הבינלאומי (הזמני) ליוגוסלביה לשעבר.

60. אנו סבורים, כי טיעוני העותרים בסוגיה זו פגומים בשני מובנים. ראשית, האבחנה שבבסיס הגבלת התנועה איננה, **בשום פנים ואופן**, מבוססת על בסיס לאומי-אתני. שנית, כאמור, האבחנה מושתתת על בסיס רלוונטי, ומשכך אין כלל מדובר בהפליה, אלא באבחנה לגיטימית.

61. האבחנה הרלוונטית לענייננו הינה אבחנה בין תושבים פלסטינים לבין אזרחים ישראלים, על רקע טעמים ביטחוניים ולא על בסיס לאומי או אתני, וזאת רק לגבי הסיכון שבנסיעתם על כביש הגישה היחיד ליישוב נגוהות. כפי שנכתב בתגובת המדינה לעתירה, הרי שאין כל מניעה כלשהי שערבים אזרחי ישראל ינועו בציר הרחב. זאת ועוד, במקרים הומניטאריים מתאפשרת גם תנועת פלסטינים ברכב או ברגל על ציר הרחב, וכן מתאפשרת תנועת חקלאים המעבדים חלקותיהם בסמוך לכביש הרחב. גם משפחת גידאללה, שאיננה יכולה לנוע ממקום מגוריה בציר חלופי, רשאית לנוע על ציר הרחב. מכאן, שלטענה כי הגבלת התנועה על ציר הרחב מהווה הפליה על רקע לאומי-אתני גם אין על מה להסתמך בפועל.

נשוב ונדגיש, כי לפלסטינים תושבי האזור קיימים צירים חלופיים, המאפשרים להם לנוע באופן חופשי בכל המרחב. הפגיעה האמיתית בפלסטינים – הפגיעה שנגרמה כתוצאה מחסימת הצומת לתנועת צפון-דרום – הוסרה, וכעת אין מדובר, למעשה, אלא בפגיעה קלה ביותר בתושבי האזור.

62. כידוע, אבחנה – גם אבחנה בין קבוצות – אינה מהווה הפליה אסורה כאשר היא מבוססת על נימוקים ביטחוניים רלוונטיים, ומיועדת לשם שמירה על חיי אדם ושלמות הגוף. להלן נביא מקרים רבים ואסמכתאות רבות לדבר, הן בדין הישראלי, והן בדין המשווה:

א. **הסדרי התפילה במערת המכפלה**: פסיקת בית המשפט העליון הכירה בצורך הביטחוני שבקיום הפרדה מוחלטת בין מתפללים יהודים לבין מתפללים מוסלמים במערת המכפלה (ולא יכול להיות ספק לכך שהפליה על בסיס דת הינה, ככלל, אסורה). רק לאחרונה נדרש בית המשפט העליון לסוגיית הסדרי התפילה במערה (אם כי השאלה הייתה הצבת משטחים שקופים ממוגני ירי), ובמסגרת פסק הדין בבג"ץ 4661/06 **הוועד לפיתוח חברון נ' מדינת ישראל**, תקדין-עליון 2006(2), 4447 (27.6.2006), נקבע כך:

"בשנת 1967, עם כיבוש העיר חברון, הושג הסדר שיאפשר תפילת יהודים במערת המכפלה. במהלך השנים הושגו הסדרים נוספים שמטרתם לצמצם עימותים אפשריים בין המתפללים בני הדתות השונות המגיעים למקום. קדושתה הדתית לבני דתות שונות שמחלוקות ומאבקים ניטשו ביניהם העמידו את מערת המכפלה פעמים רבות בצלו של סיכון לפגיעה בשלומם של המתפללים. בשנת 1994 התממש סיכון זה כאשר 29 מתפללים מוסלמים נרצחו במקום מנשקו של מרצה יהודי. בעקבות הטבח הוקמה ועדת שמגר שהמליצה, בין היתר, להנהיג הסדרים שיביאו להפרדה מוחלטת בין המתפללים המוסלמים למתפללים היהודים, בכדי להבטיח את ביטחונם של כלל המתפללים ולמנוע חיכוכים ומעשי אלימות (דו"ח ועדת שמגר, בע' 246). (ההדגשה הוספה).

האם ניתן לומר בהגינות, כי הסדרי התפילה במערת המכפלה – הסדרים המפרידים באופן מוחלט בין מתפללים יהודים לבין מתפללים ערבים לשם שמירה על הביטחון ועל חיי אדם – הם הסדרים פסולים? גזעניים? האם גם לגביהם גורסים העותרים כי מדובר בהסדרי אפרטהייד? דומה כי התשובה לשאלה זו היא בשלילה מוחלטת.

ב. עליית יהודים להר הבית: בשורה ארוכה של פסקי דין, קיבל בית המשפט העליון את הערכות גורמי הביטחון, ואישר את החלטת המשטרה למנוע את כניסתם של יהודים להר הבית, וזאת חרף ההכרה בחשיבותו של חופש הפולחן. לעתים נמנעה עליית יהודים על ההר למשך תקופות ארוכות ביותר, ואף למשך שנים. ראו, לדוגמא, בג"ץ 3641/03 **תנועת נאמני הר הבית נ' צחי הנגבי**, תקדין-עליון 2003(2), 762 (28.4.2003); בג"ץ 2697/04 **גרשון סלומון נ' ניצב מיקי לוי**, פ"ד נח(4) 572 (2004), 4604/03 **תנועת נאמני הר הבית נ' השר לביטחון פנים**, תקדין-עליון 2003(2) 2082 (27.5.2003).

ג. כניסת ישראלים לרצועת עזה: בבג"ץ 9293/01 **חה"כ מוחמד ברכה נ' שר הביטחון**, פ"ד נו(2), 509 (2002) נדונה הוראה לפיה נאסרת כניסת ישראלים לתוך שטחי הרשות הפלסטינית ברצועת עזה. בהכרזה נכתב:

"(א) השטח הוא שטח סגור.

(ב) לא ייכנסו ישראלים לשטח הסגור ולא ישהה בו.

(ג) ישראלי הנמצא בשטח הסגור חייב לצאת ממנו לאלתר".

מהנוסח הנ"ל, ברור כי מדובר בהוראה המבחינה, במפורש, בין ישראלים לפלסטינים. בדונו בסוגיה זו, ציין בית המשפט כי:

"...המפקד הצבאי רשאי היה להכריז על השטח האמור "שטח צבאי סגור". נמצא, כי מפקד האזור רשאי לשקול שיקולים הנוגעים לשמירת הסדר והביטחון, עת מפעיל הוא את סמכותו, בין היתר, בשאלת הכניסה לשטח הסגור עצמו, ואת סמכותו שלא להתיר כניסת ישראלים לשטח הסגור, משיקולי ביטחון.

זאת ועוד: לשיקולי הביטחון והסדר הציבורי חשיבות עיקרית והם גוברים על השיקולים האחרים שבנדון."

ד. דעת המיעוט בפס"ד (Korematsu v US 323 US 214 (1944): בתגובת העותרים

מוזכרת פרשת Korematsu, תוך הפניה לדברים מדעת המיעוט בפרשה זו. עם זאת, עיון מעמיק בדעות המיעוט בפרשה מצביע דווקא על מסקנה, כי אילו היו נימוקים ביטחוניים אמיתיים בבסיס הצווים, הרי שצווים אלו היו חוקתיים. הביקורת הרבה על פסק הדין, שבאה לידי ביטוי, בין השאר, בדעות המיעוט החריפות, מבוססת על כך שה"סיכון הביטחוני" הנדון היה, למעשה, לא יותר מאשר גזענות מוסווית. ספק אם העותרים שבפנינו יכולים לטעון ברצינות ובהגינות, כי סגירת ציר הרוחב לתנועת פלסטינים נבעה מטעמים גזעניים. מכל מקום, ולאור האמור לעיל בדבר הטעמים הביטחוניים, ברור כי זה אינו המצב במקרה דנן, ואנו נבקש לדחות את ההשוואה לפסה"ד קורמצו מכל וכל.

ה. סגירת צירי תנועה באזור בפני ישראלים: דומה כי ההוכחה המובהקת ביותר

למופרכותה של טענת העותרים, לפיה עצם סגירתו של כביש באזור לתנועת פלסטינים מעידה, מניה וביה, על כך שמדובר בהפליה אסורה מטעמים גזעניים-אתניים, טמונה במצבים בהם נסגרו כבישים באזור לתנועת ישראלים. קיימות שלוש דוגמאות מובהקות לעניין:

ראשית, "ציר ולרשטיין", המוביל מבית אל לכיוון "גוש טלמונים" (טלמון, דולב) סגור מזה זמן רב לתנועה, באמצעות חסימה פיזית. אמנם אין מדובר בכביש שנאסרה בו תנועת ישראלים בלבד, אלא בכביש שנמנעת בו התנועה כליל, הן של ישראלים והן של פלסטינים. דא עקא, שברור כי הציר שימש בעיקר ישראלים.

הטעם לסגירתו של הכביש ולפגיעה שנגרמה עקב כך לישראלים תושבי האזור היה טעם ביטחוני מובהק – חוסר היכולת של גורמי הצבא להתמודד, באמצעים סבירים, עם הסכנה הביטחונית הנעוצה בנסיעת ישראלים על הציר.

דוגמה שנייה, היתה כמעט למקרה שבפנינו, היא סגירת כביש אדם-קלנדיה (כביש 45) מצפון לירושלים לתנועת ישראלים. כביש זה נסגר **בצו**, החל מיום 31.12.06, **לתנועת ישראלים בלבד** ותנועת פלסטינים עליו מותרת. גם כאן ברור, שסגירת הכביש לא נבעה מטעמים של גזענות כלפי המתישבים הישראלים, אלא מטעמי ביטחון הכרחיים. יוער שסגירתו של הכביש גורמת להארכה של משך הנסיעה של תושבי יישובי "מטה בנימין" לכיוון תל-אביב.

דוגמה שלישית, הינה סגירתו בפני ישראלים של כביש "עוקף ביתוניא", אשר קישר בין תושבי "גוש טלמונים" לבין גבעת זאב וירושלים. סגירת הכביש נעשתה בשנת 2001, מטעמים ביטחוניים, לאור הסיכון הרב הנשקף לישראלים הנוסעים בו. כתוצאה מסגירתו של כביש זה הוארכה דרכם של תושבי "גוש טלמונים" לירושלים.

שלוש הדוגמאות דלעיל מצביעות על כך, שטענת העותרים בעניין זה היא טענה חסרת בסיס ומופרכת. סגירה של צירים באזור לתנועת פלסטינים או לתנועת ישראלים איננה עניין שכיח כלל, אך במקרים הבודדים בהם נדרש הדבר מטעמי ביטחון, במקומות בהם אין הצבא מסוגל להקנות ביטחון באמצעים סבירים אחרים, נקט הצעד של סגירת הכביש לתנועת ישראלים או לתנועת פלסטינים, לפי העניין.

אין פירושו של דבר, כי כל חסימת כביש לתנועת ישראלים או פלסטינים היא מותרת: על הגבלה מסוג זו, כמו על כל הגבלת תנועה, חלים מבחני הסבירות והמידתיות; על ההגבלה לחול רק מטעמים ביטחוניים מובהקים; ההגבלה מותרת רק כאשר קיימות חלופות תנועה סבירות, שאינן מונעות לחלוטין מעבר ממקום למקום ואף אינן מאריכות באופן בלתי מידתי את דרכם של התושבים באזור.

ההגבלה שבפנינו היא הגבלה כזו.

63. הנה כי כן, במקרה נשוא עתירה זו אין מדובר בהפליה אסורה, לא כל שכן בהפליה אסורה על בסיס לאומי-אתני, כי אם באבחנה מותרת שבבסיסה שיקולי ביטחון לגיטימיים.

נשוב ונציין כי עמדת העותרים, כאילו לא ניתן לערוך כל אבחנה בין ישראלים לפלסטינים, ויהיו טעמיה אשר יהיו, אינה מתיישבת עם פסיקת בית המשפט הנכבד וגם לא עם השכל הישר.

באשר לטענה כי האיסור בלתי-חוקי בהיותו גורף

64. העותרים טוענים, כי האיסור על תנועת פלסטינים על ציר הרוחב הינו איסור גורף, ועל כן מדובר ב"אמצעי החשוד בחוסר מידתיות".

65. המשיבים יטענו, כי במקרה דנן אין כלל מדובר באיסור תנועה גורף, וזאת בשני מובנים:

ראשית, האיסור איננו גורף במובן זה שקיימות חלופות סבירות וראויות לתנועת הפלסטינים באזור.

כפי שפורט לעיל, הפלסטינים יכולים לנוע בכיוונים מזרח-מערב בשני צירי רוחב חלופיים, שמאפשרים להם להגיע לכל יישוב, עיירה וכפר במרחב, מבלי שהדבר כרוך בתוספת משמעותית של זמן הנסיעה.

שנית, האיסור איננו גורף במובן זה שכל תושב פלסטיני בעל אינטרס ממשי לנסוע על הציר רשאי לעשות זאת: משפחת ג'דאללה רשאית לנוע על הציר באופן חופשי; תנועה שנועדה לתת הספקה למשפחת ג'דאללה, דוגמת תנועתן של מיכליות מים אף היא מותרת, בתיאום מראש; חקלאים המבקשים להגיע ולעבד את חלקותיהם נעים אף הם על הציר; תנועה על הציר מטעמים הומניטאריים מיוחדים מותרת, תוך תיאום מראש; בנוסף, וכפי שצוין בתגובת המשיבים לעתירה, כל בקשה אחרת למעבר אשר תוגש למת"ק תיבחן פרטנית על-ידי המת"ק והחטיבה המרחבית, ותתקבל לגביה החלטה לגופו של עניין.

66. זאת ועוד: במקרה דנן, ולאור הצורך הביטחוני, כפי שפורט לעיל, לא היה מצבם של תושבי האזור משתפר גם אילו היה המפקד הצבאי נוקט באמצעי אחר, דוגמת בידוק פרטני של כל פלסטיני בכל אחת מהכניסות לציר הרוחב. במקרה כזה, הדבר היה מחייב הקמת מחסומים מאוישים בכניסות לכביש. במחסומים אלו הכוחות היו עורכים בידוק יסודי של כלי הרכב והנוסעים בו, לצד בחינת פרטי הנוסעים. מלבד העובדה שאין הדבר אפשרי מבחינת סדרי הגודל של הכוחות הנמצאים באזור, ברור שהעיכובים שהיו נגרמים מבדיקות אלה היו מביאים ממילא למצב שלא היה נעשה כמעט כלל שימוש בציר הרוחב לתנועת פלסטינים, מחד גיסא, זאת על רקע העובדה שהדרכים החלופיות אינן מאריכות את זמן הנסיעה עבור רובם המוחלט של תושבי האזור הפלסטינים, ומאריכות את זמן הנסיעה עבור חלק קטן מתושבי האזור בזמן מועט. מאידך גיסא, במצב דברים זה המענה הביטחוני שהיה ניתן היה טוב פחות ומעמיד את החיילים בעמדות הבידוק בכניסה לכביש בסיכון.

לכך יש להוסיף, כאמור, את הגברת הסיכון הביטחוני לנוסעים בכביש הרוחב, בהתחשב בעובדה שמדובר בכביש נידח שאין בו תנועה רבה של כוחות ביטחון.

בית המשפט הנכבד דחה בפרשת ביר נבאלה דרישה דומה, כדלהלן:

"לטענת העותרים, קיים אמצעי שפגיעתו במרקם החיים פחותה, ושיש בו כדי להשיג את התכלית הביטחונית. זאת, אם המשיבים יותירו את כביש ביר נבאללה א-ראם פתוח לתנועה, ויקימו בו נקודת ביקורת ובידוק... אין בידינו לקבל טענה זו. עמדת המשיבים היא שקיים אינטרס ביטחוני בריכוז המעבר לישראל במעבר קלנדיה. כל נקודת מעבר נוספת מגדילה את הסיכון הכרוך בהסתננותם של מחבלים לישראל, ומהווה נקודת חיכוך המגדילה את הסיכון לכוחות הביטחון המופקדים על נקודת המעבר. עמדתו זו של המפקד הצבאי, האמון על שיקולי הביטחון, מקובלת עלינו. בנסיבות אלה, אין לומר שקיים אמצעי שפגיעתו פחותה וששיג את התכלית הביטחונית..." (ההדגשה הוספה – ג.ש) (פסקה 44 לפסק הדין)

67. לסיכום נקודה זו, הרי שקבלת טיעוני העותרים בהקשר זה תוביל להטלת משטר מיותר של עריכת בידוק לכל הנעים בציר, וזאת ללא כל הצדקה, לאור קיומה של אלטרנטיבה זמינה וסבירה ביותר לתנועת פלסטינים במרחב.

68. חרף האמור לעיל, העותרים סבורים כי ניתן לתת מענה לסיכון הביטחוני על-ידי פגיעה בחופש התנועה אך ורק של אלו המהווים סיכון ביטחוני בעצמם, לאחר אבחון פרטני. ברם, כפי שצוין בתגובת המדינה לעתירה, גורמי הביטחון נאלצים להתמודד עם האיומים הביטחוניים המופנים כלפי אזרחי מדינת ישראל, וזאת מבלי לקבל לידיהם רשימה שמית מלאה של גורמים "מסוכנים".

כדי לבסס את טענתם בהקשר זה, העותרים מפנים לפסק הדין של בית המשפט העליון האמריקאי בפרשת Korematsu. ברם, כאמור לעיל, אין לפסק דין זה דבר וחצי דבר עם המקרה דנן.

בפרשת Korematsu, ניתן הכשר, של בית המשפט העליון של ארה"ב, לצעד שעיקרו העברתם של אזרחים אמריקאים למחנות מעצר, אך ורק עקב מוצאם היפני. אין חולק על הפסול שבדבר, ואכן, כפי שצוין בצדק "the decision in Korematsu lies overruled in the court of history".

המשיבים סבורים, כי במקום להשוות את פסק הדין בעניין קורמצו לענייננו באופן בלתי ראוי, כפי שעושים העותרים, יש לבחון מהו, למעשה, הפסול המוסרי החמור כל כך באותו פסק דין – **פסול מוסרי שעליו אין חולק** - והאם הוא כלל קשור, כטענת העותרים, לענייננו.

69. התשובה היא ברורה: הפסול הוא שהאמצעי שבו נקטו ננקט כלפי אנשים ממוצא יפני, אך ורק ממניעים גזעניים טהורים, ללא כל יסוד לחשש ביטחוני שנובע מהאזרחים הללו. כפי שציין השופט Murphey:

"That this forced exclusion was the result in good measure of this erroneous assumption of racial guilt rather than bona fide military necessity is evidenced by the Commanding General's Final Report on the evacuation from the Pacific Coast area. In it he refers to all individuals of Japanese descent as 'subversive,' as belonging to 'an enemy race' whose 'racial strains are undiluted,' and as constituting over 112,000 potential enemies at large today' along the Pacific Coast. In support of this blanket condemnation of all persons of Japanese descent, however, no reliable evidence is cited to show that such individuals were generally disloyal, or had generally so conducted themselves in this area as to constitute a special menace...

Justification for the exclusion is sought, instead, mainly upon questionable racial and sociological grounds not ordinarily within the realm of expert military judgment, supplemented by certain semi-military conclusions drawn from an unwarranted use of circumstantial evidence. Individuals of Japanese ancestry are condemned because they are said to be 'a large, unassimilated, tightly knit racial group, bound to an enemy nation by strong ties of race, culture, custom and religion.' They are claimed to be given to 'emperor worshipping ceremonies' and to 'dual citizenship'...

I dissent, therefore, from this legalization of racism. Racial discrimination in any form and in any degree has no justifiable part whatever in our democratic way of life. It is unattractive in any setting but it is utterly revolting among a free people... "

.70 על פרשה זו נכתב, לאחרונה, כי :

"To fully understand the sequence of events that led up to the 1942 mass internment of West Coast residents of Japanese ancestry, one must look to the long history of anti-Asian sentiment that existed in this region...

The evacuation and internment were implemented despite the fact that there was not one demonstrable case of sabotage, espionage, or fifth column activity committed by an American citizen of Japanese ancestry or by a resident Japanese alien on the West Coast during the entire war. However, in view of the latent fears harbored by the West Coast population about the yellow peril, and the preexistent prejudice and resentment toward Japanese Americans who were proving to be economically prosperous and upwardly mobile, stories of disloyalty on the part of individuals of Japanese ancestry were widely believed. Japanese Americans and resident Japanese aliens were looked upon as traitorous and dangerous as a group, and there was widespread desire fueled by wartime hysteria to do something about "the Japanese menace." Individuals living in the region were said to "feel that they are living in the midst of a lot of enemies." Thereafter, the Western Defense Command and local West Coast politicians encouraged by fearful constituents applied pressure

to authorities in Washington such that evacuation could eventually be ordered".

(Christine Ann Lobasso, "Elevation of the Individual: International Legal Issues that Flow From the American Internment of the West Coast Japanese During World War

II" 8 Touro Int'l L. Rev. 45, 47-48).

71. במקרה דנן, ענייננו בצעד **ביטחוני**, שננקט על-ידי המפקד הצבאי כנגד איום טרור מוחשי ביותר, אשר גבה את חייהם של למעלה מאלף אזרחים ישראלים, ופצע אלפים רבים נוספים. איום זה בא לידי ביטוי, בין השאר, כנגד הנוסעים על כביש הרוחב נשוא עתירה זו וכנגד תושבי נגוהות. כמפורט לעיל, המפקד הצבאי נקט צעד ביטחוני המתחייב לצורך הגנה על אזרחים אלה.

72. בית המשפט העליון אישר, בשורה של פסקי דין, אמצעי ביטחון שיש בהם פגיעה גם בזכויותיהם של בני אדם שאינם מעורבים בפעולות טרור, ובלבד שאמצעים אלה נדרשים לצורך השגת התכלית הביטחונית ועמדו במבחני המידתיות. נביא עתה מספר דוגמאות לפעולות שננקטו על-ידי הרשויות ואשר אושרו על-ידי בית המשפט הנכבד חרף היותן פוגעות גם בבני אדם שאינם מעורבים בטרור. נדגיש, כי חלק מהפעולות אותן נציג עתה היו פוגעניות בהרבה מחסימתו של כביש הרוחב במקרה שלפנינו – חסימה שכאמור לעיל, ובהתאם למדידות שערכו המשיבים על הצירים החלופיים אינה פוגעת כמעט כלל בתושבי האזור.

73. **בפרשת עלאונה** (בג"ץ 2847/03 **עלאונה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, תקדין-עליון 2003(2), 3829 (2003)) נדונה עתירה שהופנתה כנגד חוקיות כתר שהוטל על מספר כפרים בגזרת שכם. בפסק הדין, כתב השופט (כתוארו דאז) חשין:

"כולנו נסכים כי מצבם של תושבי הכפרים אינו קל, אלא שחייבים אנו לתת דעתנו בה-בעת גם לשיקולי הביטחון אשר הביאו להכבדה על הנסיעה בדרכים.

כפי שהסביר לנו בא-כוח המדינה, הן בכתב הן על-פה, העיר שכם מהווה מקור למחבלים היוצאים למשימות הרג והרס בשטחים ובישראל, וכל אותם אמצעים שנקט בהם הצבא לא באו אלא כדי להגן על חייהם של תושבי ישראל ומתיישבים ביהודה ובשומרון.

שמענו את טיעוניהם של באי-כוח העותרים, ועם כל האמפתייה שנחוש כלפי העותרים - והרי כולם או, למיצער, רובם בוודאי לא חטאו - לא נמצאה לנו עילה לומר למשיב כי מעשים שעשה חורגים הם משדה הסבירות או מן המידתיות הראויה. אכן, יכול היה המשיב לנקוט גם בדרכים אחרות להגן על החיים, אך לא נמצא לנו שהדרך שהלך בה נפלו בה פגם או סירכה."

74. בהקשר דומה, דן בית המשפט בכתר שהוטל על בית לחם ובית-ג'אלה (בג"ץ 2410/03 למיא אל ער'ג'א נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, תקדין-עליון 2003(2), 3469 כדלקמן : (2003),

"אין ספק כי חסימת היציאה החופשית מבית-ג'אלה מכבידה, לא במעט, על תושבי השכונה המערבית, היא שכונת "טליתא-קומי". לתושבי השכונה נגרמת אי-נוחות רבה והכול מסכימים על-כך. ואולם המחסומים שהוקמו במקום שהוקמו נועדו להצלת חיי-אדם, ולמרות כל הנאמר בעתירה ובטיעונים על-פה ששמענו, לא נמצא לנו כי שלטונות הצבא חרגו מן המידה הראויה בבקשם להגן על חיי-אדם".

75. **בפרשת אלראזי** (בג"ץ 7960/04 **אלראזי נ' מפקד כוחות צה"ל-חבל עזה**, תקדין-עליון 2004(3), 3384 (2004) נדונה עתירתם של מספר סטודנטים, תושבי עזה, אשר ביקשו ללמוד באוניברסיטת בית לחם. בדחותו את העתירה, ציין בית המשפט כך :

"הגענו לכלל מסקנה כי בנסיבות הקשות השוררות לעת הזאת אין להתערב בהחלטת המשיב. הננו נכונים להניח כי לפחות חלק מן העותרים ביקשו לצאת לבית-לחם במטרה ללמוד שם, ולא לשום מטרה אחרת. עם זאת שוכנענו כי בהתרת יציאתם מאזור חבל עזה כרוך סיכון מהותי לביטחון הציבור בישראל ובאזורים".

76. **בפרשת אלרחמן** (בג"ץ 854/03 **ד"ר סופיאן עבד אלרחמן נ' מפקד כוחות צה"ל**, תקדין-עליון 2003(2), 3483 (2003)) עסק בית המשפט בהטלת עוצר ממושך על אזור H2 בחברון, ושם נכתב, מפי השופט מצא (כתוארו אז), כדלקמן :

"אין ספק שלתושבי השכונות בחברון, שבהן נאליץ המשיב בחודשים האחרונים לצוות - פעם אחר פעם - על הטלת עוצר, אכן נגרם סבל רב. ואולם מן הפירוט שהובא בהודעות שהוגשו מטעמו, ביחס לאירועים ולנסיבות שבהם החליט המשיב להטיל עוצר, ומהחלטותיו החוזרות ונשנות בדבר ביטולו של עוצר שהוטל, הגבלתו לשעות החשיכה בלבד, כמו גם לעניין קביעת הפסקות בעוצר כדי לאפשר לתושבים להצטייד במזון ובתרופות ולהזקק לשירותים חיוניים, לא נובע, כלל ועיקר, שהמשיב השתמש בסמכותו להטיל עוצר בשירות-לב או באורח מופרז. אדרבה, מן העיון בפירוט העובדתי נקל להתרשם, כי המשיב מודע היטב לכך שהטלת עוצר מהווה אמצעי דרסטי, שאין להפעילו אלא בנסיבות שבהן הוא נדרש, באופן חיוני, להגנת חייהם של אזרחים וחיילים, לשמירת הביטחון ולסיכול פעילות טרוריסטית. הא ראייה, כי הוראותיו להטיל עוצר מוחלט באו תמיד סמוך לאחר ביצוע פיגועים רצחניים, וכי ימים ספורים לאחר מכן - משנתגבשה הערכה חדשה אודות עוצמת הסיכון הכרוך בהסרתו או הקלתו של העוצר - החליט המשיב לבטל את העוצר או להגבילו לשעות החשיכה בלבד. למרבה הצער,

בעקבות ביצוע פיגועים רצחניים חדשות לבקרים, שכל מבצעייהם יצאו מחברון, נאלץ המשיב - שוב ושוב - להחזיר על כנו את העוצר". (ההדגשה הוספה)

77. נזכיר, בהקשר זה, את פסק הדין בעניין ח"כ ברכה דלעיל, שם נדונה הוראה לפיה נאסרת כניסת ישראלים לתוך שטחי ברשות הפלסטינית ברצועת עזה (הכרזה בדבר סגירת שטח (איסור כניסה ושהייה) (ישראלים) (אזור A)) (הוראות ההכרזה צוטטו לעיל).

78. זאת ועוד: אף גדר הביטחון פוגעת בחופש התנועה של רבים מתושבי האזור. לעתים, הפגיעה של הגדר בחופש התנועה היא פגיעה קשה, ובוודאי קשה יותר מהפגיעה הקלה הנגרמת בענייננו. חרף זאת, אישר בית המשפט הנכבד בשורה של פסקי דין את תוואי גדר הביטחון במקומות רבים, לאחר בחינת מידתיותה של הפגיעה.

79. אכן, אמצעי הביטחון שנדונו בפסקי הדין שהובאו לעיל, כמו גם אמצעי הביטחון העומד במרכז של עתירה זו, פוגעים, לעיתים, בזכויות, לרבות חופש התנועה, של תושבים פלסטינים תמימים, שאינם עוסקים בטרור. ברור כי רוב האוכלוסייה הפלסטינית אינה עוסקת בטרור. אך במקרה דנן, כאשר הפגיעה בתושבים הפלסטינים הינה כה מינורית, וכאשר פגיעה זו מונחת על הכף מול האיום הביטחוני המוחשי והמוכח לחייהם ושלמות גופם של ישראלים, תושבי נגוהות, מדובר באיזון ראוי, סביר ומידתי.

דחיית הטענה לפיה איסור התנועה הוטל ללא עיגון והסמכה חוקיים

80. לטענת העותרים, בנוסף על אי-החוקיות המהותית בה נגועים מעשיו של המפקד הצבאי, פסולים המעשים אף בשל כך שהם נעדרים עיגון חוקי, וזאת משום שהגבלות התנועה אינן מעוגנות בצו כתוב.

לביסוס טענה זו, מפנים העותרים לפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת מוראר, שם נפסק כי, ככלל, סגירת שטח צריכה להיעשות בדרך של הוצאת צווים בכתב. כידוע, פרשת מוראר עסקה בצווי סגירת שטח אשר הוצאו בנוגע לשטחים חקלאיים, בבעלות פלסטינית, לשם הגנה על אותם החקלאים במקרים מסוימים, ולשם הגנה על יישוב ישראלי סמוך, במקרים אחרים.

המשיבים סבורים, כי את דברי בית המשפט בפרשה זו יש להבין לאור עובדות המקרה, בו נסגרו לעיתים שטחים חקלאיים, פתוחים, בבעלות פרטית, ללא הוצאת צו כתוב. ברור כי הדבר אינו דומה, כלל ועיקר, למצב בו נחסמת הגישה **לכביש ציבורי** והאיסור נאכף על-ידי כוחות צבא, דוגמת אלה המוצבים בצומת בית עווא.

משכך, המשיבים יטענו כי המפקד הצבאי עשה שימוש כדין בסמכותו, המעוגנת בדין האזור בסעיף 88 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תש"ל – 1970, כדלהלן:

"מפקד צבאי, או אדם הפועל בהרשאתו הכללית או המיוחדת של מפקד צבאי, רשאים בצו או על-ידי מתן הוראות או באופן אחר: לאסור, להגביל או להסדיר את השימוש בדרכים מסוימות או לקבוע מסלולים שבהם יעברו כלי רכב או בעלי-חיים או בני-אדם בין באופן כללי ובין באופן מסויים"

81. כאמור, מהסעיף נובע כי ניתן להטיל הגבלות תנועה "בצו או על-ידי מתן הוראות או באופן אחר". במקרה דנן, הגבלת התנועה נעשתה ונאכפה בפועל, בשטח, הן על-ידי חסימות פיזיות והן על-ידי הצבת כוחות בצומת. משכך, נעשה פרסום ראוי להגבלות התנועה, אשר נעשו על-דרך של מתן הוראות וב"אופן אחר", כאמור בסעיף 88.
82. מכל מקום, ולמען הסר ספק, בכוונת המשיבים לעגן בצו כתוב, במהלך הימים הקרובים, את הגבלת התנועה בכביש.

ניתוח חוקיותה של הגבלת התנועה בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה

83. על בסיס כל האמור לעיל, נבקש לנתח כעת, לסיכום, את הגבלת התנועה בצומת בית עווא בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה.
84. **במישור הסמכות**: סמכותו של המפקד הצבאי להורות על הגבלת התנועה על-מנת לשמור על חייהם וביטחונם של תושבי נגוהות נגזרת מעקרונות המשפט הבינלאומי (ר' **פרשת אלפי מנשה**), מעקרונות המשפט החוקתי והמינהלי הישראלי (ר' **פרשת חוף עזה**, בפסקה 4 לפסק הדין) והיא עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית המשפט הנכבד (ר', למשל, **פרשת בית סוריק**).
85. **באשר לשיקולים הרלוונטיים בהפעלת הסמכות**, הרי שעל המפקד הצבאי לשקול שלושה שיקולים מרכזיים:

השיקול הראשון הוא השיקול הביטחוני-צבאי, מכוחו רשאי המפקד הצבאי לשקול שיקולים שעניינם ההגנה על ביטחון המדינה וביטחון הצבא. **השיקול השני** עניינו טובתה של האוכלוסייה הפלסטינית המקומית. **השיקול השלישי**, עניינו בטובתם ובאינטרסים של המתיישבים הישראלים בשטחים.

במקרה שלפנינו, כאמור, הוטלה הגבלת התנועה מתוך צורך ביטחוני החלטי בדמות הגנה על חייהם ושלומם של הישראלים הנעים על הכביש המוביל לנגוהות. שיקול זה שעניינו בשמירה על חייהם של הישראלים באזור הוא שיקול בעל חשיבות עליונה (ראו: בג"ץ 1730/96 **סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד (נ1) 353, 368; בג"ץ 2753/03 **קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל**, פ"ד (נז6) 359, 377 – 378). במובן זה, ברור כי נשקלו השיקולים הראשון והשלישי דלעיל.

המפקד הצבאי גם לקח בחשבון את השיקול השני, השיקול שעניינו בטובתם של הפלסטינים תושבי האזור, זכויותיהם והאינטרסים שלהם. נדגיש, כי מדובר בהגבלה הנוגעת לחופש התנועה של הפלסטינים על גבי ציר הרוחב - הגבלה במובנה "הציבורי", המתייחס לציבור פלסטיני בלתי מסוים, שכן ככל שלפלסטיני באזור אינטרס קנייני בשטחים שהגעה אליהם מצריכה תנועה על ציר הרוחב – הדבר יינתן לו, בכפוף לפניה מוקדמת ולבדיקה. על ההבחנה בין הטלת הגבלה על תנועה במרחב "הציבורי" לבין הגבלה על התנועה במרחב "הפרטי" ראו: בג"ץ 2481/93 ד"ר נ' **מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456, 475; וכן: **פרשת מוראר**.

החובה להתחשב בתושבים הפלסטיניים הביאה את המפקד הצבאי למסקנה כי יש להסיר את מגבלת התנועה מצפון לדרום בצומת בית עווא, ומגבלת תנועה זו שהייתה קיימת במשך שנים איננה קיימת עוד. אף באשר למגבלת התנועה על ציר הרוחב, הרי שהמגבלה נותרה רק לאחר שהוברר כי אין בכך כדי למנוע מכל פלסטיני הגר באזור לנוע מכל יישוב לכל יישוב אחר מבלי שהדבר כרוך במאמץ גדול, בבזבוז זמן, בפגיעה בכבוד וכיו"ב.

86. באשר לסבירותה ולמידתיותה של הגבלת התנועה שבפנינו, הרי שנעשה איזון ראוי בין השיקולים הרלוונטיים לעניין, איזון שעל "מפקד צבאי סביר" לעשות (השוו: **פרשת אלפי מנשה** – בפסקה 32 לפסק הדין). על האיזון לעמוד במבחני המידתיות, כפי שנקבעו בפסיקה:

מבחן המשנה הראשון מחייב קשר של התאמה בין אמצעי למטרה. על פיו, פגיעה היא מידתית, רק אם מתקיים קשר רציונאלי בין המטרה אותה מבקשים להשיג לבין האמצעי שננקט להשגתה. במקרה שלפנינו, נראה כי הוכח בתגובה זו שמתקיים קשר רציונאלי בין המטרה – שמירה על חייהם וביטחונם של הנוסעים הישראלים על ציר הרוחב – לבין האמצעי שננקט – הגבלת תנועתם של פלסטינים בציר. הגבלת התנועה עונה על הצורך הביטחוני, כפי שפורט בתגובת המשיבים ובתגובה משלימה זו בפירוט. בכך מתמלא מבחן המידתיות הראשון.

מבחן המשנה השני מחייב נקיטת האמצעי שפגיעתו פחותה. הפגיעה היא מידתית, רק אם אין אמצעי אחר שפגיעתו פחותה ושיש בו להגשים את המטרה אותה מבקשים להגשים. עמדת המפקד הצבאי היא, כי לא קיים אמצעי אחר, שפגיעתו פחותה, אשר יביא להשגת התכלית של שמירה על ביטחונם של הישראלים תושבי נגוהות והישראלים הנוסעים בציר הרוחב המוביל מנגוהות לישראל. האמצעי היחידי האחר הבא בחשבון – בידוק פרטני של כל פלסטיני המבקש לעלות על ציר הרוחב – איננו פוגעני פחות ואף אין בו כדי להביא להגשמת התכלית הביטחונית במלואה.

ודוק: כאמור לעיל, שימוש בצירים החלופיים לציר הרוחב, הן הציר הצפוני והן הציר הדרומי, אינו מאריך את משך הנסיעה עבור מרבית תושבי הכפרים שבאזור צומת בית עווא, ומאריך בזמן קצר את הנסיעה עבור חלק מהם, ואף זאת רק במקרים מסוימים (הדבר תלוי ביעד, כמובן). בידוק פרטני של כל פלסטיני המבקש לנוע בציר הרוחב תיארך זמן מה, מטבע הדברים, דבר שממילא יביא לכך שלא יהיה בשימוש בציר כדי לצמצם את משך הנסיעה לעומת הצירים החלופיים, ואף יעכב את התנועה הפלסטינית בצומת בית עווא בכיוונים צפון-דרום. בכך, חלופה זו לא תהא פוגענית פחות לעומת החלופה הקיימת, אם לא פוגענית יותר). בנוסף, חלופה זו, שאיננה אפשרית מבחינת כוח האדם העומד לרשות הצבא באזור, אף לא תביא, לדעת המפקד הצבאי, להשגת מלוא התכלית הביטחונית, שכן אין בה כדי לנטרל את כל הסיכונים הטמונים בתנועת פלסטינים על ציר הרוחב המוביל לנגוהות.

מבחן המשנה השלישי קובע כי הפגיעה היא מידתית, רק אם מתקיים יחס ראוי בין הפגיעה בזכויות האדם לתועלת הצומחת ממנה ("המידתיות במובן הצר"). במקרה שלפנינו, היתרון המושג מסגירת השטחים מבחינת הביטחון לתושבים הישראלים וההגנה על הערך של שמירת החיים עולה ללא ספק על הנזק הנגרם מהשימוש באמצעי זה. כאמור לעיל, הפגיעה בתושבים הפלסטיניים הנגרמת מהגבלת התנועה היא פגיעה קטנה ביותר, ואילו התועלת הביטחונית רבה ביותר.

לאור האמור לעיל, המשיבים יטענו, כי בהגבלת התנועה בה עסקינן מתקיימים שלושת מבחני המידתיות. נדגיש שוב: ההגבלה חלה על תנועת פלסטינים ב"מרחב הציבורי" בלבד. ככל שעולה צורך המחייב פלסטיני תושב האזור לנוע דווקא בכביש זה, הרי שכל בקשה שתוגש למת"ק תיבחן לגופה. מעבר לכך, במקרים בהם קיים צורך מובהק בניסעת פלסטינים על הציר, כגון המקרה של בני משפחת ג'דאללה, המתגוררים בסמוך לציר, הדבר מתאפשר.

סוף דבר

87. עניינה של העתירה המקורית בהגבלת תנועת פלסטינים באזור צומת בית עווא – הן בציר האורך, המקשר בין הכפרים הפלסטיניים שמצפון לצומת לבין הכפרים הפלסטיניים שמדרום לצומת, והן באחד מצירי הרוחב באזור – הציר המוביל מנגוהות לשטח ישראל.

הגבלת התנועה על ציר האורך הוסרה, במהלך החודשים האחרונים. הגבלה זו היא שהיוותה את עיקר הפגיעה, מבחינת חופש התנועה, בתושבי האזור הפלסטיניים.

ההגבלה שנתרה – הגבלת התנועה על ציר הרוחב היא הגבלה מינורית, שאיננה פוגעת פגיעה של ממש בתושבי האזור הפלסטינים, שכן קיימים שני צירי רוחב מקבילים באזור המקשרים בין הכפרים שבאזור צומת בית עווא ובין העיירות והכפרים הגדולים שממזרח להם – דורא, דהאריה וכיו"ב. השימוש בצירים אלה איננו מאריך את משך הנסיעה לכיוון מזרח עבור מרבית תושבי האזור הפלסטינים, ומאריך במידה מועטה את משך הנסיעה עבור אחרים.

המפקד הצבאי הטיל הגבלה על תנועת פלסטינים בציר הרוחב, המהווה **נתיב תחבורה יחידי** לתושבי נגוהות אל תחום מדינת ישראל, זאת בניגוד לתושבים הפלסטיניים, עבורם קיימים, כאמור, צירים נוספים המאפשרים תנועה חופשית מכיוון מזרח למערב. הגבלה זו מבוססת על נימוק רלוונטי – הסיכון הביטחוני הנובע לישראלים, תושבי נגוהות, ממפגעים פלסטיניים שינועו על הציר. בנסיבות העניין, בהתחשב בצורך הביטחוני המובהק, שהוצג בפירוט רב בתגובת המדינה ובתגובה משלימה זו, ובהתחשב בפגיעה הקטנה יחסית שנגרמת, מנגד, לאוכלוסיה המקומית, האיזון שנערך הינו סביר, ואין כל עילה להתערבות בית המשפט בשיקול דעתו של המפקד הצבאי.

88. משכך, נשוב ונבקש מבית המשפט הנכבד כי יורה על דחייתה של העתירה.

89. העובדות האמורות בתגובה משלימה זו אושרו על-ידי סגן-אלוף ניר סלומון, סגן מפקד חטיבת יהודה. תצהיר התומך בעובדות יישלח לבית המשפט הנכבד בימים הקרובים.

היום, ט"ז בשבט תשס"ז

4 בפברואר 2007

גלעד שירמן
עוזר לפרקליט המדינה