

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3969/06

1. מוחמד עבד מוחמד 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

תצהיר תשובה מטעם המשיבים

אני, הח"מ, אל"מ יהודה פוקס, מצהיר בזאת כדלהלן:

1. אני משמש כמפקד החטיבה המרחבית יהודה בצה"ל, בשטחה נמצאים צומת בית עווא והיישוב נגוהות.
2. אני עושה תצהירי זה מטעמם של המשיבים, וזאת כתשובה לצו על-תנאי שיצא מלפני בית המשפט הנכבד ביום 21.2.07.

המשיבים יבקשו מבית המשפט הנכבד לדחות עתירה זו, כפי שיפורט להלן.

3. 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 – **ציר 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**, וככלל אין עוד כיום מניעה של מעבר פלסטינים בצומת בית עווא מצפון לדרום, ברכב וברגל.

הגבלה שנייה עניינה באיסור תנועה המוטל על תנועת פלסטינים, ברגל וברכב, בחלק מהכביש החוצה אף הוא את צומת בית עווא, המחבר בין שטח מדינת ישראל ממערב, אל נגוהות. (להלן – **ציר הרוחב**). נציין, כי כביש זה ממשיך לכיוון הכפר דורא ולעיר חברון במזרח, אך תנועת ישראלים מזרחה נעשית רק בתיאום ובליוי צבאי, מספר פעמים ביום, כשבשאר הזמן נחסמת תנועתם של תושבי נגוהות מזרחה. תנועת פלסטינים בקטע הכביש שמזרח לנגוהות איננה מוגבלת.

4. 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 לאוכלוסייה 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, ובאופי הפגיעה באוכלוסייה המקומית מן הצד השני, בנסיבות העניין, נקט המפקד הצבאי באמצעים מידתיים לשם שמירה על ביטחונם של הישראלים המתגוררים בנגוהות ותושבי מדינת ישראל.

5. **ואכן, הצבת המחסומים החשמליים בצומת הוסדרה, ומזה מספר חודשים מתאפשרת בו תנועת פלסטינים מצפון לדרום בצורה סדירה, ברכב וברגל.**

6. 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.

7. ביום 4.2.07 הוגשה תגובה משלימה מטעם המשיבים. בתגובתם המשלימה הודיעו המשיבים, בין השאר, על-כך שתנועת צפון-דרום בצומת הוסדרה, וכי ככלל מתאפשרת בו תנועת פלסטינים לאורך כל שעות היממה.

8. ביום 18.2.07 התקיים דיון בעתירה בפני בית המשפט הנכבד. במסגרת הדיון הציג סגן מפקד חטיבת יהודה, סא"ל ניר סלומון, את עמדתם הביטחונית של המשיבים בפני בית המשפט הנכבד, לפיה הגבלת התנועה על ציר הרוחב היא הגבלה הכרחית, הנובעת משיקולי ביטחון החלטיים. עוד הוסיף סא"ל סלומון, כי אין כל הגבלת תנועה כללית בציר האורך, וכי מעבר פלסטינים בצומת מצפון לדרום הוא, ככלל, חופשי משך כל שעות היממה. דא עקא, שהעותרים החזיקו בעמדתם, גם במהלך הדיון בפני בית המשפט הנכבד, כי ציר האורך סגור במשך שעות הלילה.

9. ביום 21.2.07 החליט בית המשפט הנכבד על הוצאת צו על-תנאי בעתירה. הצו על-תנאי הורה למשיבים לבוא וליתן טעם "מדוע לא ייאסר על כוחות הצבא למנוע את תנועתם של פלסטינים, ברגל וברכב, בצומת בית עווא שעל כביש 354, ובכביש המחבר בין הקו הירוק ממערב, לכיוון הכפר דורא ולעיר חברון במזרח, החוצה את צומת בית עווא, בקטע שבין הקו הירוק והכפר פקיקיס".

מנוסח הצו על-תנאי, המורה למשיבים ליתן תשובה לגבי שתי הגבלות התנועה עולה, לכאורה, כי בית המשפט הנכבד קיבל את טענת העותרים לפיה עדיין קיימות שתי הגבלות תנועה, ולא קיבל את טענת המשיבים, לפיה קיימת הגבלת תנועה אחת – על ציר הרוחב – ואילו הגבלת התנועה על ציר האורך הוסרה, ככלל, לפני מספר חודשים, ותנועת פלסטינים על ציר האורך מתאפשרת משך כל שעות היממה.

10. המשיבים רואים בחומרה רבה את טענת העותרים לגבי ההגבלה בציר האורך, כפי שהוצגה לבית המשפט הנכבד בעת הדיון מיום 18.2.07, אשר מצאה ביטויה בנוסח הצו על-תנאי. מדובר בטענה מטעה, שכן כאמור, במועד הדיון מיום 18.2.07 לא הייתה כל הגבלה כללית על תנועת פלסטינים על ציר האורך, ברגל או ברכב. אף כיום אין הגבלה כללית מסוג זה.

11. על-מנת להסיר כל ספק, ערכה החטיבה המרחבית בזמן האחרון שלוש ביקורות בצומת, שבמסגרתן נבחנו הסדרי התנועה המופעלים בצומת. מהביקורות הללו עולה, כי ללא כל ספק, כוחות הביטחון המאיישים את הצומת מאפשרים תנועת פלסטינים בצומת במשך כל שעות היממה, בהתאם להודעות שהוגשו על-ידי המדינה בעניין.

בשתיים מתוך שלוש הביקורות כלל לא נצפו חיילי צה"ל בצומת עצמו ומכוניות פלסטיניות עברו בצומת מצפון לדרום ומדרום לצפון ללא כל הפרעה וללא כל בדיקה.

בבדיקה השלישית שהו חיילים בצומת, ובדקו כלי רכב בעלי לוחיות זיהוי צהובות וכלי רכב בעלי לוחיות זיהוי ירוקות. בזמן הביקורת נבדקו על-ידי החיילים 5 מכוניות (רכב פלסטיני אחד ו-4 כלי רכב בעלי לוחית צהובה) ו-3 מכוניות עברו בצומת מדרום לצפון או מצפון לדרום ללא בדיקה (שתיים מהן בעלות לוחיות זיהוי צהובות ואחת בעלת לוחית זיהוי ירוקה).

12. מכל מקום, ההנחיה הברורה שהעברתי כמח"ט הגזרה היא לאפשר מעבר פלסטינים מצפון לדרום בצומת בית עווא, ברכב וברגל.

13. **זאת ועוד: לאור הערות בית המשפט הנכבד בדיון שהתקיים ביום 18.2.07, בחנו המשיבים מחדש את סוגיית התנועה על ציר הרוחב.**

לאחר בחינה נוספת של הצורך הביטחוני המובהק בהותרת מגבלות התנועה והסיכון החמור שייגרם לחייהם וביטחונם של תושבי נגוהות אם תוסרנה המגבלות כליל, מחד גיסא, ולאור אופייה של הפגיעה הנגרמת למרקם החיים הפלסטיני באזור (מדובר בפגיעה מינימאלית, כמפורט בתגובות המקדמיות), מאידך גיסא, הוחלט, בשלב זה, כי לא ניתן להתיר תנועה חופשית כאמור.

עם זאת, הוחלט כי בתוך חודש יינתן לתושבי חרבת פקיקיס היתר לנוע על ציר הרוחב, וזאת 3 פעמים ביום בשעות שייקבעו על-ידי המח"ט ויימסרו לתושבי חרבת פקיקיס. בכך, יש כדי להפחית בצורה משמעותית את הפגיעה שנגרמה לתושבי חרבת פקיקיס כתוצאה מהגבלת התנועה על ציר הרוחב.

14. הנה כי כן, מאז שהוגשה העתירה, התמודדו המשיבים עם שתי בעיות מרכזיות – מרכזיות גם לשיטתם של העותרים, כפי שעולה מכתבי בי-הדין שהגישו – ומצאו להם פתרונות ראויים:

ראשית, הוסרה כליל הגבלת התנועה הכללית על ציר האורך בצומת בית עווא. תנועת פלסטינים בצומת מצפון לדרום מתאפשרת, ברגל וברכב, ללא כל הגבלה קבועה (קיימות, לעתים, בדיקות אקראיות, כמו במקומות רבים אחרים באזור).

שנית, לאור הערות בית המשפט הנכבד בדיון שהתקיים ביום 18.2.07 הוחלט לאפשר לתושבי חרבת פקיקיס, שהיו הנפגעים העיקריים מהגבלת התנועה על ציר הרוחב, לנוע על הציר בשעות קבועות, 3 פעמים ביום.

הפתרונות דלעיל בהם בחרו המשיבים הפחיתו בצורה משמעותית את הפגיעה הנגרמת לתושבים הפלסטיניים כתוצאה מהגבלת התנועה על ציר הרוחב.

15. המשיבים סבורים, כי בנסיבות אלה נוצר איזון ראוי בין שני השיקולים העיקריים הצריכים לעניין – ביטחונם של תושבי נגוהות מחד גיסא, לבין החובה לשמור על מרקם החיים של התושבים הפלסטינים, מאידך גיסא.

הפתרון שנבחר יוצר איזון בין הסיכון הביטחוני הנגרם עקב פתיחה מסוימת של הכביש לתנועת פלסטינים, לבין התועלת לאותו חלק באוכלוסיה הפלסטינית שסגירת הכביש פגעה בו בצורה בעלת משקל (גם אם פגיעה קלה ביותר, לדעתנו, כפי שיפורט להלן) – תושבי חרבת פקיקיס.

ודוק: פתרון זה מאפשר מתן מענה סביר לתושבי ח'רבת פקיקיס, שהם היחידים שנפגעים במידה בעלת משקל (גם אם משקל קטן) ממגבלות התנועה על ציר הרוחב, וזאת מבלי ליצור סיכון ביטחוני חמור ובלתי-מידתי לתושבי נגוהות ולחיילי צה"ל.

לא למותר יהיה לציין, כי תנועת ישראלים על כביש הרוחב מזרחה מנגוהות אסורה ככלל, אך מתאפשרת מספר פעמים ביום, בליווי צבאי בכלי רכב ממוגנים בלבד. על-פי הפתרון החדש שהוצג לעיל, תתאפשר תנועת הפלסטינים באופן דומה, כלומר: תותר תנועה של תושבי ח'רבת פקיקיס (שהם, כאמור, הנפגעים העיקריים ממגבלת התנועה) על כביש הרוחב מספר פעמים ביום, וזאת תוך נטילת סיכון ביטחוני מסוים – סיכון מוגבל, המתחייב מהרצון להתחשב במרקם החיים הפלסטיני באזור.

16. בטרם נפנה להצגת טענות העותרים ולפירוט 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, ועניינה של העתירה כעת 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 99(3), 145 (1999)).

תמצית טענות העותרים בעתירה ובהודעה מיום 3.10.06

17. לשם הבהרת טיעוני הצדדים נציין, כי צומת בית עווא בנוי כך, שתושבי נגוהות, אשר נוסעים על ציר הרוחב מכיוון נגוהות לכיוון ישראל (לכיוון מערב) מגיעים לצומת "טי", פונים שמאלה, ולאחר כמה עשרות מטרים פונים ימינה, להמשך הציר לכיוון ישראל. בסופו של דבר, מגיע הציר לשער בגדר הביטחון, הממוקם בסמוך ליישוב שקף.

צילום מפה של האזור מצורף ומסומן **מש/1**.

18. העתירה מתארת בהרחבה ובפירוט רב את האזור בו עסקינן ואת זיקות מרקם החיים בו. בקליפת האגוז, נטען בעתירה, כי כביש 354 וכביש הרוחב מהווים את צירי הגישה המרכזיים באזור, וחסימת הגישה פוגעת בתושבי 22 כפרים ועיירות באזור, כאשר מספרם הכולל של התושבים הפלסטיניים נאמד בכ-45,000. כן נטען, כי חלק מן היישובים הקטנים ביותר נעדרים שירותים בסיסיים, כגון שירותי בריאות, חינוך ודת, ובשל כך הינם תלויים, באופן מוחלט, ביישובים העירוניים הגדולים שבאזור.
19. העתירה הוגשה בעקבות פניות "האגודה לזכויות האזרח" מיום 15.8.05, ומכתביהם הנוספים מה-30.10.05, 1.1.06 ו-5.4.06.
20. העותרים טענו, בהודעתם האחרונה, 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.
21. 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 טענו כי המדינה אינה מקיימת את הצהרתה כי הצומת ייפתח החל מסוף חודש אוגוסט 2006.
22. יצוין בהקשר זה, כי בסמוך לאחר המועד שבו אמור היה הצומת להיפתח לתנועת צפון-דרום, פנו העותרים 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 שבו וטענו, גם בדיון בפני בית המשפט הנכבד, 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.

23. עוד טוענים העותרים, כי חסימת ציר 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)), לפיה סגירת שטחים חייבת להיעשות, ככלל, על פי צו בכתב (למעט סגירה נקודתית לפרק זמן קצר כאשר מתעוררות נסיבות בלתי צפויות).

24. העותרים מוסיפים וטוענים, 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

התנועות באזור

25. כאמור לעיל, יש להבחין בענייננו בין שני "סוגי תנועות" עיקריים:

תנועת האורך (צפון-דרום) - היא התנועה בין הכפרים הנמצאים מצפון לצומת בית עווא לבין הכפרים הנמצאים מדרום לצומת בית עווא.

תנועת הרוחב (מערב-מזרח) - היא התנועה המוליכה מהכפרים "המערביים" שבאזור צומת בית עווא (אלה שמצפון לצומת ואלה שמדרום לו) אל המרכזים העירוניים העיקריים באזור, אליהם קשורים הכפרים המערביים בקשרי מרקם חיים (חברון, דורא ודהריה).

26. לעניין הנסיעה בציר הרוחב, הרי שענייננו בציר היחיד המשרת את תושבי נגוהות, ומחבר אותם אל תוך תחומי מדינת ישראל. עובדה זו היא משמעותית ביותר לעתירה שבפנינו: **בעוד שציר הרוחב הוא הציר היחיד המשרת את תושבי נגוהות ומחברם לישראל, הרי שציר הרוחב איננו הציר היחיד המשרת את הפלסטינים תושבי האזור (פרט למשפחת ג'דאללה, לה מותר להשתמש בציר).**

קיימים צירי רוחב נוספים בהם יכולים פלסטינים תושבי האזור לעשות שימוש, מבלי שזמן נסיעתם יוארך במידה משמעותית, כל עוד הנסיעה היא מהכפרים ה"מערביים" (בית עווא, דיר צמת וכו') למרכזים העירוניים שממזרח (בעיקר דורא וחברון). זמן הנסיעה הוארך **בעבר** בעיקר כאשר דובר בנסיעה מהכפרים ה"מערביים" שמצפון לצומת בית עווא לכפרים ה"מערביים" שמדרום לצומת (אל מג'ד, סיכה, דיר אל עסל א-תחתא וכיו"ב) – במקום לנסוע מצפון לדרום (או להיפך) על ציר 354, נאלצו התושבים לנסוע בצירים חלופיים שהאריכו את זמני הנסיעה בכ-20 דקות.

אלא, שכיום אין עוד, ככלל, הגבלות על ציר האורך. משכך, עיקר הפגיעה בחופש התנועה של התושבים הפלסטינים, שהתקיימה בעבר, **איננה קיימת עוד**. הפגיעה הממשית היחידה שנותרה היא חסימת ציר הרוחב. נפנה עתה לבחון את הטעמים לחסימה, את מהות פגיעתה באוכלוסיה ואת עמדת המשיבים בעניין.

הצורך הביטחוני

27. הגבלת התנועה בציר הרוחב נעשית משיקולים ביטחוניים מובהקים, ועל סמך שיקול הדעת הביטחוני של המפקד הצבאי.

28. האזור המדובר, הכולל את היישוב נגוהות ואת הכפר בית עווא, הינו אזור מבודד יחסית, שאין בו נוכחות צבאית משמעותית. בנוסף, בשנים האחרונות, הכפר בית עווא הוכיח עצמו כמוקד טרור בעייתי במיוחד. הכפר מתאפיין בתושבים רבים המעורבים בפעילות מטעם חמאס, כולל מספר פעילים אשר ידועים כסייענים של מג'יד דודין, שהינו מבוקש חמאס בכיר, אשר היה מעורב במספר רב של פיגועי טרור בשנות ה-90, פיגועים שגרמו למספר רב של הרוגים ופצועים.

29. באזור הכפר נרשמו בשלוש השנים האחרונות עשרות אירועים, אשר כללו מספר אירועי ירי, הנחת מטענים, מעל 50 אירועי זריקת אבנים, חלקם אירועי זריקת אבנים מאסיביים כלפי כוחות צה"ל, וכ-10 אירועי זריקת בקבוקי תבערה. אירועים אלו הביאו למותם ולפציעתם של מספר אנשים.

כדוגמא, נביא את האירועים הבאים :

ב-14.12.2000, בוצע ירי לעבר רכב ישראלי בצומת בית עווא. אזרח, נהג הרכב, נהרג.

ב-4.2.2002, הופעל מטען חוטי לעבר רכב ישראלי בציר. שני אזרחים נפצעו מרסיסים.

ב-28.9.2005, הופעל מטען העשוי ממתץ במשקל 6 ק"ג. הפעלתו של המטען הייתה בצורה סלולארית. לא היו נפגעים.

30. היישוב נגוהות סבל ממספר אירועי טרור, אשר הגיעו לשיאם בניסיון החדירה ליישוב של פעיל חמאס ביום 7.3.03, ובאירוע חדירה ליישוב ביום 26.9.03, בו נהרגו שניים מתושבי היישוב, ונפצעו שניים נוספים. מעבר לכך, הרי שכאמור לעיל, בשנים האחרונות כלי הרכב שנעו על ציר הרוחב היוו מטרה למספר רב של אירועי זריקת אבנים, זריקות בקבוקי תבערה, אירועי ירי והנחת מטענים.

31. באזור אף אירע מקרה שבו הונח על ציר הגישה ליישוב מטען, שחובר למצבר של כסא גלגלים חשמלי. הנכה, בעל כסא הגלגלים, היה אמור להפעיל את המטען, לעבר הנעים בציר.

32. בשל האיום על תושבי נגוהות בכלל, ועל תנועתם בציר הרוחב בפרט, עלה הצורך לתת מענה, שיש בו כדי לאפשר את תנועתם הבטוחה, ככל האפשר, על הכביש. **נבהיר, כי להערכת המפקד הצבאי, הרי שמבחינת היחס בין מספר הנוסעים המועט, יחסית, בציר לבין מספר אירועי הפח"ע שאירעו באזור הציר בשנים האחרונות, מדובר באחד הצירים המסוכנים ביותר ביהודה ושומרון.**

33. עקב הסיכונים הביטחוניים החמורים שפורטו לעיל, גורמי הביטחון החליטו כי תיעשה הפרדה בין תנועת פלסטינים ותנועת ישראלים באזור צומת בית עווא. לצורך כך, נאסרה תנועת פלסטינים על הציר בין היישוב נגוהות לבין ישראל, תוך הפניית התנועה הפלסטינית לדרכים חלופיות. יצוין, כי הדרכים החלופיות כמעט ואינן מאריכות את משך הנסיעה של רובם המוחלט של פלסטינים תושבי האזור לכיוון מזרח.

כפי שיפורט להלן, הפגיעה היחידה שניתן להגדירה כבעלת משמעות מסוימת (אם כי פגיעה קטנה בלבד) **הייתה** הפגיעה בתושבי חרבת פקיקיס המבקשים לנוע מערבה, על ציר הרוחב, לכיוון בית עווא. **בשל כך הוחלט, כאמור, על פתרון שיהיה בו כדי לצמצם באופן משמעותי את הפגיעה בתושבי חרבת פקיקיס: תושבי חרבת פקיקיס יורשו לנוע, מספר פעמים ביום על ציר הרוחב, וזאת על-אף שמבחינה ביטחונית יש בכך חסרונות ברורים ואף סיכון ביטחוני מסוים בכל הנוגע ליכולת להגן על תושבי נגוהות ועל החיילים באזור.**

34. נוסף, באשר לצורך הביטחוני העומד בבסיס הגבלות התנועה בהן עסקינן בעתירה זו, 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 כבי הנשיא (בדימי) 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. כך מכוונים הפיגועים כלפי הישובים הישראלים 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 המידי בהפסקת פעולות הטרור הקשות. אנשים תמים המשיכו לשלם בחייהם ובשלמות גופם... " (ההדגשה הוספה)

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

35. כפי שצינו כב' הנשיא ברק והמישנה לנשיא (בדימו') 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 ראשי, ואף מחויב, לנקוט בצעדים ביטחוניים מסוגים שונים, שיהיה בהם כדי לתת מענה, לאיומים.

36. 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, ובוודאי לאור העמדה העדכנית, לפיה תתאפשר תנועתם של תושבי פקיקס על ציר הרוחב מספר פעמים ביום, הפגיעה בתושבי האזור כתוצאה מחסימתו של ציר הרוחב לתנועת פלסטינים היא פגיעה קטנה ביותר, אם בכלל, ומכל מקום - סבירה ומידתית, כפי שמוכיחות העובדות שפורטו לעיל.

37. 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, שכיחן, בין השאר, כראש המנהל האזרחי, בתקופה שבה צומת בית עווא וכביש הרוחב היו סגורים לתנועת פלסטינים.

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

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

כפי שפורט לעיל, 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.

39. 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.

40. הצעדים שננקטו כדי להגן על חייהם של תושבי נגוהות נבחרו, בין השאר, **בהתחשב באופיו המיוחד של האזור כאזור מבודד ומאויים מבחינה ביטחונית**, ואשר אין לאורכו תנועה אינטנסיבית של כוחות צבא כבצירים אחרים, מרכזיים יותר, באיו"ש. האופי של איומים אלה פורט לעיל, 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, פיגוע 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 סוורים, 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, ככלל, על תנועת פלסטינים בציר הרוחב, וזאת כדי לתת מענה לאיום הביטחוני הנובע ממיכוד בין תנועת פלסטינים לבין תנועתם של תושבי נגוהות על הציר **היחיד** המוליך לנגוהות. נזכיר, כי באזור נגוהות, בתחומי איו"ש, אין כל נקודת התיישבות ישראלית נוספת.

41. העותרים טוענים, 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.

42. 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 ככלל אינם נעים בציר (פרט למשפחת ג'דאללה ותושבי חרבת פקיקיס) 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.

43. 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 וכו' – עולים על החסרונות הביטחוניים. זאת, כמובן, לצד העובדה שהפגיעה הנגרמת לתושבים הפלסטיניים באזור כתוצאה מחסימת הציר היא פגיעה קלה ושולית.

44. 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 ההפרדה. 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: 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.

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

46. 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 שצינו 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.

47. דוק: כביש הרוחב 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 וכיו"ב. 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 אלה, מחד גיסא, לבין הפגיעה 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. כעת אף הוביל האיזון הנדרש להחלטה לאפשר תנועתם של תושבי חרבת פקיקיס על ציר הרוחב מספר פעמים ביום, ובכך פחתה אף יותר הפגיעה הנגרמת לתושבי האזור הפלסטינים.

אין בכך כדי לומר שלא היה צורך ביטחוני בסגירת צומת בית עווא לתנועה מצפון לדרום או כי התרת מעברם של תושבי חרבת פקיקיס על ציר הרוחב מספר פעמים ביום היא נטולת סיכון ביטחוני. ברור, כי סגירת הצומת הייתה מסייעת רבות לשיפור בביטחון וברור כי התרת מעברם של תושבי פקיקיס על ציר הרוחב היא צעד "טוב פחות" מבחינה ביטחונית גרידא, לעומת צעד של סגירה מוחלטת של הציר. **עם זאת, בשים לב לפגיעה בתושבים הפלסטיניים המקומיים החליטו המשיבים כי אין להותיר את החסימה מצפון לדרום על כנה, וכן כי אין למנוע את מעברם של תושבי חרבת פקיקיס על הציר בצורה גורפת.**

כיום, אם כן, הפגיעה בתושבים הפלסטיניים המקומיים כתוצאה מהגבלת התנועה בציר הרוחב היא מצומצמת ביותר, ואילו התועלת הביטחונית רבה.

48. זאת ועוד: כפי שצוין לעיל ועוד יצוין להלן, הפגיעה באוכלוסיה המקומית הינה מצומצמת ביותר, בהתחשב בקיומן של דרכים חלופיות לתנועת פלסטינים, שאינן מאריכות את הדרך משמעותית.

49. 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.

התייחסות לטענות העובדתיות של העותרים

50. העותרים העלו בעתירתם, בהודעה שהגישו ביום 3.10.06, ובעת הדיון בפני בית המשפט הנכבד טענות עובדתיות רבות. העותרים טענו, 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.

51. בהמשך תצהיר התשובה נתייחס לטענות העותרים, ככל שהן מתייחסות למצב העובדתי דהיום. כבר כעת נשוב ונבקש מבית המשפט הנכבד לדחות על-הסף את טענתם המטעה של העותרים, עליה חזרו שוב ושוב, כאילו קיימות הגבלות תנועה כלליות על ציר האורך. לדעת המשיבים, טענה זו של העותרים היא טענה מטעה, וחלקה זה של העתירה איננו אקטואלי עוד, משנפתח הצומת לתנועת פלסטינים מצפון לדרום.

52. 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 ונציג פרקליטות המדינה. בבדיקה נבחנו באופן מדוקדק הדרכים הקיימות כדרכים חלופיות לציר הרחב, ונמדדו זמני הנסיעה בציר הרחב ובדרכים החלופיות.

53. 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, בייחוד 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

54. 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.
55. 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.
56. 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 – ציר הרוחב בו עוסקת העתירה והדרך החלופית הצפונית. הסיוור 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.
57. 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.

58. המצב דומה בכל הנוגע למרחק הנסיעה מח'רבת א-סיכה ואל מגיד 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 מגיד 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 מגיד) 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 מגיד אל דורא), בדרך המובילה דרומה מאל מגיד לצומת המצוי בסמוך לדיר אל עסל תחתא, משם מזרחה לכיוון עבדה, ומשם צפונה, דרך הכפר חרסה, לדורא.

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

59. על מנת להציג דברים כהווייתם, ציינו המשיבים עוד במסגרת התגובה המשלימה מטעמם, כי נראה שהפגיעה החמורה ביותר יחסית, מבחינת משך הנסיעה, נגרמה 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 שאם 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).

על-מנת למנוע פגיעה זו, בכוונת המשיבים, כאמור, לפתוח את ציר הרוחב לנסיעתם של תושבי ח'רבת פקיקיס מספר פעמים ביום. בנסיבות אלה, הפגיעה היחידה בעלת המשמעות בתושבי האזור הפלסטינים, שנבעה מהגבלת התנועה על ציר הרוחב, תופחת במידה ניכרת.

לא למותר לציין בהקשר זה שבדיקת המת"ק 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.

60. 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 לח'רבת 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

61. 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 לגופו.

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 לתנועת צפון-דרום

62. 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 בצדי כביש הרוחב, ניתוקה ובידודה של משפחת ג'דאללה וכן פגיעה אנושה בשוויון ובכבוד של תושבי המקום הנובע מייחוד הכביש לתנועתם של תושבי נגהות.

63. 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 הסיור שנעשה באזור בירר נציג הפרקליטות 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 הסיור אף חצו את הצומת מספר הולכי רגל ומספר מכוניות.

64. בכל הנוגע לטענה בדבר מניעת הגישה לאדמות חקלאיות המצויות בצידי 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.

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

המסגרת המשפטית הנורמטיבית

66. 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

67. העותרים טוענים, שאיסור התנועה מהווה הפליה פסולה על בסיס מוצא לאומי-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 בהבחנה מותרת ולא בהפליה פסולה

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

69. 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.

70. אבחנה זו, בין אבחנה מותרת להפליה אסורה, אף מעוגנת היטב במשפט הבינלאומי. לדוגמא, כתב Ahcene Boulesbaa (A comparative study between the Internatinoal 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."

71. 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'

72. כלל זה אף מעוגן היטב בפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם (בהקשר של האמנה האירופית לזכויות אדם). בפרשת Ünal Tekeli v. Turkey, Application (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

73. 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.

74. לגופו של עניין, העותרים טוענים כי המטרה הפרטיקולארית שלשמה מיושמת ההבחנה הינה לשם הגנתם של הנוסעים הישראליים 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 12006(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 הישראליים באזור".

עוד ראו, לעניין זה: **פרשת אלפי מנשה**.

75. 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 לו(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 המתיישבים הישראלים באזור.

76. 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 פלסטינים הזוממים להוציא אל הפועל פיגועים כנגד אותם ישראלים, ברור כי על הצעד הביטחוני לתת מענה לאיום זה.

בהתאמה, כאשר האיום הוא לחייהם ושלומם של פלסטינים, והסיכון נובע ממתיישבים ישראלים, על הצעד הביטחוני להיות, מעצם טבעו, מופנה לאיום זה (השוו, למשל: בג"ץ 7489/06 גרונר 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.

77. 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. כדוגמא 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.

78. 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 כב' 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."

79. הנה כי כן, ניתוח של דברי כב' הנשיא ברק בפרשת עדאלה, שמהם 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".

80. 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, שאינו חל על תושבים פלסטיניים אשר אי-שימוש בכביש יפגע בהם פגיעה שהיא מעבר לקלה ביותר; שהוטל על ציר קצר מסוים; שאיננו 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 הפלסטיניים במרחב, ומשום כך ענייננו בפגיעה קלה ביותר בחופש התנועה של הפלסטיניים באזור.

81. כפי שפורט לעיל, הגבלות התנועה המוטלות על כביש הרחוב 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"

82. 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.

83. 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.

84. 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 גוהות.

אין 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 ג'ידאללה, 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.

85. 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 ירל), ובמסגרת פסק הדין בבג"ץ 4661/06 **הוועד לפיתוח חברון נ' מדינת ישראל**, תקדין-עליון (2)2006, 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 בצל 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 2955/07 **תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל**, תקדין-עליון 2007 (2) 32 (2007); בג"ץ 3641/03 **תנועת נאמני הר הבית נ' צחי הנגבי**, תקדין-עליון 2003 (2) 762 (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 (2003).

ג. כניסת ישראלים לרצועת עזה: בבג"ץ 9293/01 **ח"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 ייכנס ישראלים לשטח הסגור ולא ישהה בו.

(ג) ישראלים 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, הזוהה כמעט במקרה 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.

86. 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

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

88. 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; כאמור לעיל, אף תנועתם של תושבי פקיקיס על הציר תתאפשר מספר פעמים ביום; 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.

89. 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 סיכון 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 ושמשיג את התכלית הביטחונית..." (ההדגשה הוספה – ג.ש) (פסקה 44 לפסק הדין)

90. 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.

91. 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.

92. התשובה היא ברורה: הפסול הוא שהאמצעי שבו נקטו 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... "

.93 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).

94. 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.

95. 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.

96. **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 שכס. 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 שכס 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 האמפתיה 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."

97. בהקשר דומה, דן בית המשפט בכתר שהוטל על בית לחם ובית-גיאלה (בג"ץ 2410/03 **למיה אל ערג'א נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, תקדין-עליון 2003(2), 3469 (2003)), כדלקמן:

"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".

98. **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".

99. **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 נאלץ 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 ולהיזקק לשירותים חיוניים, לא נובע, כלל ועיקר, שהמשיב השתמש בסמכותו להטיל עוצר בשרירות-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 חיייהם של אזרחים וחיילים, לשמירת הביטחון ולסיכול פעילות טרוריסטית. הא ראה, 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)

100. 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).
101. 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.
102. אכן, אמצעי הביטחון שנדונו בפסקי הדין שהובאו לעיל, כמו גם אמצעי הביטחון העומד במרכזה 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

103. 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"

104. 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.

105. מכל מקום, מפקד הפיקוד חתם ביום 13.2.2007 על ההוראות בדבר תנועה ותעבורה (הגבלת תנועה בכביש שקף – נגוהות). משכך, טענה זו של העותרים איננה אקטואלית עוד, ודינה להידחות.
העתק חתום מהוראות אלו הוגש לבית המשפט בדיון שהתקיים ביום 18.2.2007.

ניתוח חוקיותה של הגבלת התנועה בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה

106. על בסיס כל האמור לעיל, נבקש לנתח כעת, לסיכום, את הגבלת התנועה בצומת בית עווא בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה.

107. 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).

108. 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 (נ6) 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 **דיין 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. כמו כן, החובה להתחשב בתושבים הפלסטיניים הביאה את המפקד הצבאי למסקנה לפיה יש להתיר, מס' פעמים ביום, את תנועתם של תושבי חרבת פקיקיס על ציר הרוחב.

109. במסגרת העתירות העוסקות בחוקיות הקמת גדר הביטחון עלתה לא פעם סוגיה הקרובה לזו שבפנינו – סוגיית בניית גדר הביטחון לשם הגנה על הנוסעים בכביש כזה או אחר והשארנו בצד הישראלי של הגדר. כלומר, כבישים אלו יוחדו לתנועת ישראלים ופלסטינים נושאי היתר בלבד.

בפרשת **מנצור**, שעסקה בתוואי גדר הביטחון באזור היישובים עמנואל, מעלה שומרון וקרני שומרון (בג"ץ 2942/05 **ד"ר נאפז ח'דר מנצור נ' מדינת ישראל**, תק-על 2006(4), 761), נכתב כי:

"אכן, מודעים אנו לכך שתוואי הגדר במקטע השלישי, במתכונתו הנוכחית, יגביל את המעבר של תושבי הכפרים אל מעבר לגדר. הוא אף מתוכנן בעתיד לחסום את כביש מס' 55, המשמש את תושבי האזור. המדובר בפגיעות שאין להקל בהן ראש. אך בעניין זה, רשמנו לפנינו את הודעת המשיבים (מיום 26.6.2006), לפיה יסופקו לתושבי הכפרים מספר פתרונות: ראשית, בכוונת המשיבים לסלול כביש חדש צפונית לכביש מס' 55. עד לסלילת הכביש החדש, לא תחסום הגדר את כביש מס' 55; שנית, לא תיחסם הגישה מכפר לאקף לכביש מס' 55, עד לסלילת הכביש החדש; שלישית, לאחר סלילת הכביש החדש, וחסימת כביש מס' 55, ייקבע בגדר שער חקלאי, שיאפשר גישה לאדמות כפר לאקף, המצויות דרומית לגדר; רביעית, מאחר ותוואי הגדר קוטע את ציר הגישה מהכפר עזון לכיוון אדמותיו החקלאיות המצויות מעבר לגדר, יוצב במקום שער חקלאי שיאפשר גישה לאדמות הכפר. חמישית, תמורת קרקעות פרטיות שתיתפסנה ישולמו פיצויים ודמי שימוש. בנסיבות אלו, לא מצאנו עילה המצדיקה את התערבותנו בתוואי הגדר המתוכנן." (פסקה 19 לפסק הדין)

והשוו גם, בבג"ץ 7957/04 מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל, תקדין-עליון 2005(3), (3333). שם, נכתב על-ידי כב' הנשיא ברק:

"...לטענתם, ניתן להגן על הישראלים באמצעות גדר אשר תוקם על הקו הירוק. טיעון זה אין בידינו לקבלו. בצדק ציינו המשיבים בטיעוניהם בפנינו, כי הקמתה של גדר ההפרדה על הקו הירוק תותיר את אלפי מנשה בצד המזרחי של הגדר. היא תישאר חשופה לפיגועי הטרור מקלקיליה, חבלה ושאר ערי וכפרי השומרון. התנועה ממנה לישראל וחזרה תהא חשופה לפעולות טרור. אכן, כל תוואי של הגדר צריך להתחשב בצורך להעניק ביטחון ל-5,650 תושביה הישראלים של אלפי מנשה." (פסקה 112 לפסק הדין. ההדגשה הוספה – ג.ש.)

110. **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 היחיד 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, ואשר תגביר את הסיכון הביטחוני הנשקף לחיילים שיאיישו את עמדות הבידוק, 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. זאת ועוד, הפגיעה בתושבי חרבת פקיקיס, שסגירת ציר הרוחב פגעה בעיקר בהם, הופחתה במידה ניכרת וזאת לאור ההחלטה לאפשר תנועתם על הציר במשך מספר פעמים ביום. אף לכך יש משקל משמעותי בבואנו לבחון את מידתיות הפגיעה בהתאם למבחני המידתיות השני והשלישי.

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, בייחוד לאור ההחלטה החדשה הנוגעת לתושבי חרבת פקיקיס, ואילו התועלת הביטחונית רבה ביותר.

מתחם המידתיות

בית משפט נכבד זה הכיר, זה מכבר, בפסיקתו בקיומו של מתחם מידתיות, שעל-פיו יש לבחון את פעולות המינהל. מדובר במצבים בהם קיימות מספר דרכים למימוש תכליתו של המעשה המנהלי, שכולן דרכים סבירות ומידתיות. במקרים כאלה, הבחירה בין הדרכים השונות נתונה לבעל הסמכות – במקרה שבפנינו המפקד הצבאי.

111. במאטריה דומה לזו שבפנינו, נקבע בבג"צ 1890/03 - עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל - **משרד הבטחון**, תקדין-עליון 2005(1), 1114, 1130 (2005).

"זאת ועוד, משהגענו למסקנה כי הפגיעה הטמונה באמצעי שנבחר על ידי המשיבים אינה פגיעה קשה ומשמעותית בחופש התנועה, וכי אמצעי זה אינו חורג ממתחם האמצעים המידתיים והסבירים הנתונים למשיבים, איננו נדרשים להכריע בדבר יעילותם והתאמתם של האמצעים שהציעו העותרים. **אכן, לא פעם קיימות מספר דרכים למימוש התכלית. אשר כולן מידתיות וסבירות. הבחירה בין הדרכים הללו נתונה למפקד הצבאי וכל עוד לא חורג המפקד הצבאי מ"מתחם המידתיות" ומ"מתחם הסבירות", לא יתערב בית המשפט בשיקול דעתו (פרשת בית סוריק הנ"ל, בפסקה 42). אכן: "אך מובן שבית המשפט איננו נכנס בנעלי הגורם הצבאי**

המחליט... כדי להמיר שיקול-דעתו של המפקד בשיקול-דעתו של בית המשפט, הוא זן בשאלה, אם לאור מכלול הנתונים מצויה הפעלת האמצעי האמור בתוך המיתחם של האמצעים, אשר ניתן לראותם, בנסיבות העניין, כסבירים...
 (הנשיא שמגר בבג"ץ 1005/89 אגא נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(1) 536, 539; וראו גם: פרשת עג'ורי הנ"ל, בע' 375-376; פרשת בית סוריק הנ"ל, בפסקה 46)."

עוד ראו לעניין זה: בג"ץ 6027/04 ראש מועצת הכפר אלזאויה נ' שר הביטחון, תקדין-עליון 2006 (3) 2665 (2006); בג"ץ 2942/05 מנצור נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 2006 (4) 761 (2006).

112. 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 בנסיעת פלסטינים על הציר, כגון המקרה של בני משפחת ג'דאללה, המתגוררים בסמוך לציר, הדבר מתאפשר. כאמור לעיל, לאחרונה אף התקבלה החלטה לאפשר נסיעתם על הציר של תושבי חרבת פקיקיס, וזאת מספר פעמים ביום.

סוף דבר

113. 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, עוד לפני הדיון האחרון בבית המשפט הנכבד. הגבלה זו היא שהיוותה את עיקר הפגיעה, מבחינת חופש התנועה, בתושבי האזור הפלסטינים. ההגבלה שנותרה – 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 החליט כי הגבלת תנועה זו תופחת אף יותר, וכאמור לעיל, תתאפשר תנועתם של תושבי פקיקיס על ציר הרוחב מספר פעמים ביום.

המפקד הצבאי הטיל הגבלה על תנועת פלסטינים בציר הרחב, המהווה נתיב תחבורה יחידי לתושבי נגהות 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 נגהות, 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.

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

115. העובדות המפורטות לעיל הן אמת למיטב ידיעתי ואמונתי.

116. הטענות המשפטיות הן על פי עצה משפטית שקיבלתי.

117. זהו שמי, זו חתימתי, ותוכן תצהירי אמת.

אל"מ יהודה פוקס

א י ש ו ר

אני הח"מ, _____ עו"ד, מאשר בזה כי ביום _____ הופיע בפני אל"מ יהודה פוקס, המוכר לי אישית, ולאחר שהזהרתיו כי עליו לומר אמת, שאם לא כן יהיה צפוי לכל העונשים הקבועים בחוק, חתם בפני על תצהירו.

עו"ד,