

העותרים:

מוחמד עבד מחמוד אלחרוב, ראש מועצת הכפר דיר סאמט ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד לימור יהודה ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס ו/או סוניה בולוס ו/או עאזם בשארה ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או מיכל תג'ר ו/או סיגל שהב

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

ת"ד 34510, ירושלים 91000

טל': 6521218 - 02; פקס': 6521219 - 02

- נ ג ד -

המשיבים:

1. **מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**

2. **מפקד חטיבת חברון**

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

תגובה מטעם העותרים לתגובת המשיבים

פתיח

עניינה העקרוני של העתירה

1. עניינה של עתירה זו בחוקיותן של הוראות המטילות איסורי תנועה גורפים בכבישים בתוככי הגדה המערבית, על-פי מפתח לאומי. תוצאתן של ההוראות כמו גם תכליתן – ייחוד השימוש בדרכים ציבוריות לבני לאום מסוים – ישראלים.
2. בתשובתם של המשיבים לעתירה הם מודיעים, כי בכוונתם להמשיך ולאסור על תנועתם של פלסטינים בכביש בית-עווא - דורא, כביש אשר שימש משך שנות דור את אוכלוסיית האזור, ואשר מזה כ-5 שנים סגור הוא בפניהם.
3. עמדתם העקרונית של המשיבים, שהוגשה לבית-משפט זה, דגל שחור מתנוסס מעליה. עמדה זו טוענת לכשרותן המשפטית של הוראות המבססות סגירתה של דרך ציבורית בפני אנשים על בסיס מוצאם הלאומי.
4. מדובר בעמדה שיכולה להתקיים אך ורק תחת משטר משפטי המקעקע תפיסות יסוד מקובלות בעולם הנאור ובמשפטנו שלנו. תפיסות הרואות בהפרדה על בסיס מוצא לאומי או אתני בין אנשים, כהפליה בלתי נסבלת, בלתי חוקית ובלתי מוסרית.
4. ישראל, אולי יותר מכל מדינה אחרת, חייבת הייתה לדחות בשאט נפש פרקטיקה מעין זו – פרקטיקה האומרת - הכניסה למקום ציבורי זה/ התנועה בכביש זה, הינה **אסורה על בני**

לאום מסויים (ודוקו, בני לאום זה, בני המקום הם). **פרקטיקה שמשמעה – ייחוד השימוש בנכסים ציבוריים על-פי שיוכו הלאומי של אדם, ועל פיו בלבד.**

תוהים אנו מהו ההבדל, לעין המתבונן, בין איסור זה שהטילו המשיבים לבין שלט המכריז "אין כניסה לשחורים" או "אין כניסה ליהודים".

מסקנה אחת בלבד אפשרית, והיא – דחייה מכל וכל של פרקטיקה זו.

5. העלתם של "טיעונים ביטחוניים" איננה יכולה לכסות על האפליה על בסיס מוצא לאומי, שהאיסורים נשוא העתירה נגועים בה. דחייתם של טיעונים ביטחוניים אלה הינה הכרח, וזאת עוד בטרם נגיע לבחינתה של "מידתיות" הפגיעה. כך, משום שמדובר בהפרה של איסורים מוחלטים – האיסור על הפליה על בסיס גזעי-לאומי, והאיסור על ענישה קולקטיבית. איסורים, שאין לסטות או להפחית מהם אף במצבי חירום.

6. עמדה חוקית-מוסרית זו נתמכת אף במבחן ההגיון. אין כמעט תכלית, שלא קיימות חלופות שונות על מנת להשיגה. גם בענייננו, קיימות חלופות אחרות להשגת ביטחונם של הישראלים הנוסעים בכביש, שלא באמצעות הטלת איסור גורף על תנועתם של פלסטינים באשר הם בו. ואולם, למרות קיומן של חלופות, מצאו המשיבים לנכון לבחור לא רק את האמצעי הפוגעני ביותר מבחינתה של האוכלוסייה המקומית, אלא אף את האמצעי המושחת והפסול ביותר מבחינה מוסרית.

ואכן, כפי שנראה להלן, באמצעות חוות דעתו של מומחה ביטחוני, עומדות בפני המשיבים חלופות אחרות להגנת ביטחונם של הישראלים, שאינן כוללות שלילת זכותה של האוכלוסייה המקומית לעשות שימוש בדרכיה. לא זו אף זו, על-פי חוות הדעת, דווקא האפשרות של סגירת ציר תנועה בפני האוכלוסייה הפלסטינית וייחודו לשימושם של ישראלים בלבד מגביר את הסיכון הביטחוני הנשקף לישראלים המשתמשים בציר.

7. הפרדה על בסיס לאומי בשטחים איננה פרקטיקה חדשה הנקוטה על-ידי המשיבים. היא החלה עם החלתו של משטר משפטי שונה על המתנחלים וההתנחלויות. היא המשיכה עם המשטר המשפטי הנלווה להקמתה של גדר ההפרדה. בנוגע לסוגייה אחרונה זו פסק בית הדין הבינלאומי לצדק שבהאג, בחוות הדעת המייעצת לעניין חוקיותה של גדר ההפרדה, כי מדובר בהפרה חמורה של המשפט הבינלאומי ההומניטרי ומשפט זכויות האדם. עתירות שהוגשו נגד חוקיותו של "משטר ההיתרים במרחב התפר" עדיין תלויות ועומדות בפני בית משפט זה (בג"צ 639/04 ובג"צ 9961/03).

8. ענייננו כעת ב"עליית מדרגה" נוספת - החרמתם והפקעתם של נכסים ומשאבים ציבוריים, ששימשו משך שנות דור את תושבי המקום, המונים עשרות אלפי בני-אדם, והקרבת זכויות אדם שלהם, על מנת ליחד נכסים אלה לשימושם של מתי מעט ישראלים (כ-150), שבחרו להתגורר מחוץ לגבולות מדינתם, בתוך שטח כבוש, הנתון לתפיסה לוחמתית.

9. לא ניתן להשקיף על מעשיהם של המשיבים במקרה דנן כסטייה נקודתית ש"נפתרה" עם פתיחתו של הצומת לתנועת פלסטינים. כאמור, המשיבים הודיעו, כי בכוונתם להמשיך ולאסור על תנועתם של פלסטינים בכביש הרוחב. כמו כן, איסורי תנועה דומים על-פי

מפתח לאומי, מופעלים במספר כבישים נוספים בשטחי הגדה המערבית, ביניהם כבישים ראשיים אשר אין להם, מבחינת האוכלוסייה המקומית, תחליף, כמו גם על רחובות העיר העתיקה בחברון.

10. בנסיבות אלה, נדרשת הכרעה עקרונית של בית-משפט זה, באשר לחוקיות עמדתם של המשיבים, לפיה אין כל פסול בייחוד כבישים בגדה המערבית לשימוש של אוכלוסייה ישראלית בלבד.

תשובת המשיבים ועיקרי המחלוקת בעתירה

11. תשובת המשיבים, שהוגשה ביום 2.8.2006, הינה למעשה תגובתם הראשונה בעניין נשוא העתירה, מאז החלו פניות העותרים אליהם (בכתב, באמצעות האגודה לזכויות האזרח, בחודש אוגוסט 2005).

12. בתשובתם לעתירה דוחים המשיבים, הלכה למעשה, את הטענות העקרוניות שהועלו בעתירה ומודיעים, כי לשיטתם:

12.1. איסור על תנועתם של פלסטינים בדרך ציבורית, לשם ייחודה לתנועת ישראלים, איננו אפליה פסולה, כי אם "הבחנה מותרת";

12.2. מותר להפקיע דרך ציבורית מרכזית המשמשת את כלל אוכלוסיית האזור, ולייחדה לשימושם של מתי מעט "אזרחי המעצמה הכובשת" העושים בה שימוש;

12.3. איסורי תנועה בדרך, גם כאלה האוסרים תנועה בכביש מסוים למשך תקופה ממושכת, יכולים להיות מוטלים בעל-פה, בלא צו, ללא פרסום לציבור בדרכים ברורות ומקובלות (הכוללות, בין השאר, שילוט ברור) וללא העברה של הוראות מסודרות בכתב.

13. מן הבחינה העובדתית, אישרו המשיבים את עיקר הטענות בעתירה - כי מזה מספר שנים הם אוסרים על תנועתם של פלסטינים בכביש ובצומת בית-עווא. עם זאת, בניגוד לנטען בעתירה הם טוענים:

13.1. לתושבי האזור הפלסטינים קיימות דרכים חלופיות לנוע באזור, המאריכות את משך הנסיעה ב-20 דקות בלבד, ולכן איסורי התנועה הינם מידתיים (לא ברור אם לשיטתם גם איסורי התנועה שהוטלו על בני משפחת ג'דאללה, שנותרו ללא כל דרך גישה לבתיהם הינם מידתיים);

13.2. תנועתם של תלמידים ומורים ברכב בצומת, וכן במצבי חירום רפואיים, הייתה מותרת;

13.3. המעבר של פלסטינים בצומת באופן רגלי מותר בכפוף לבידוק.

14. למרות זאת, ולמרות "מידתיותה" של הפגיעה, לשיטתם, הודיעו המשיבים, כי יפתחו את הצומת בסוף חודש אוגוסט 2006 לתנועת כלי-רכב פלסטינים. עם זאת, כאמור, הם ימשיכו

לאסור על תנועתה של כלל האוכלוסייה הפלסטינית בכביש בית-עווא - דורא (למעט משפחת ג'דאללה), תוך שהשימוש בו יהיה מותר לישראלים בלבד.

15. **הנה כי כן, באשר ללב המחלוקת בתיק זה – קיומו של איסור תנועה בדרך ציבורית על בסיס מפתח לאומי, אין מחלוקת עובדתית בין הצדדים. בכך, מודים המשיבים קבל עם ועדה, כי אוסרים הם על תנועתם של אנשים בדרך ציבורית על פי מפתח לאומי או אתני.**

16. **באשר ליתר הטענות העובדתיות שנטענו על ידי המשיבים, הרי שכפי שיפורט להלן, חלקן של טענות אלה אינן מדוייקות וחלקן אינן נכונות. בנוגע לפתיחת הצומת לתנועה נביא להלן עדויות באשר לשרירותיות, להשפלות היומיומיות ולעיתים לתקיפות האלימות, להן נתונים התושבים המנסים לעבור דרכו מצד כוחות הביטחון המאיישים אותו.**

סדר הטיעון להלן

17. **בחלק א' יפורט המצב העובדתי, תוך שנעמיד על דיוקן טענות שונות שנכללו בתשובת המשיבים לעתירה, ונתייחס למצב הדברים מאז הוגשה העתירה, לרבות מצב הדברים מאז נפתח הצומת לתנועה.**

18. **בחלק ב' נשלים את הטיעון המשפטי, תוך שנמקד את הטיעון באי-החוקיות הגלומה בהטלתם של איסורי תנועה על פי מפתח לאומי, הפרדה שאיננה יכולה להיחשב בשום פנים ואופן כ"הבחנה מותרת".**

19. **בחלק ג' נתייחס לטיעון המשיבים בנוגע לצורך הביטחוני העומד ביסוד איסורי התנועה. טיעוננו בחלק זה נסמך על חוות דעת ביטחונית, שניתנה על ידי תא"ל (מיל') אילן פז, לשעבר ראש המינהל האזרחי, ומפקד חטיבות בנימין ומנשה.**

חוות הדעת הביטחונית מצורפת ומסומנת כנספח ע/10.

תוכן עניינים

6.....	חלק א' – המצב העובדתי
6.....	הטענות שאינן שנויות במחלוקת עובדתית.....
6.....	טענות המשיבים העובדתיות שאינן נכונות או שאינן מדויקות.....
6.....	טענה 1 – קיימות דרכים חלופיות.....
9.....	טענה 2 – הותר מעבר ברכב בצומת במקרים שונים.....
11.....	טענה 3 – תנועתם של פלסטינים ברגל בצומת הייתה מותרת.....
11.....	טענה 4 – העלאת עניינה של משפחת ג'דאללה רק במסגרת העתירה.....
13.....	טענה 5 – פתיחת הצומת לתנועת כלי-רכב תייתר את חלקה הארי של העתירה.....
15.....	הגבלת תנועה בכבישים על-פי מפתח לאומי – לא מקרה יחיד.....
16.....	חלק ב' – היעוץ המשפטי
16.....	פתיח.....
16.....	הפליה פסולה על בסיס מוצא לאומי.....
16.....	א. אפליה פסולה ולא הבחנה מותרת.....
19.....	ב. הפליה על בסיס לאום כלולה באיסור על הפליה.....
21.....	ג. זוהי הפליה אף בהיעדר כוונה להפלות.....
21.....	ד. הפרדה שווה? אין חיה כזו.....
22.....	אין לסטות מהאיסור על אפליה על בסיס השתייכות לאומית אף במצבי חירום.....
24.....	האיסור הגורף.....
26.....	הגבלות ואיסורי תנועה ללא עיגון והסמכה חוקיים.....
29.....	חלק ג' – היעדרו של צורך ביטחוני באיסורי התנועה
29.....	היעדר ביסוס עובדתי לטענות.....
30.....	הגדלת הסיכון הביטחוני עקב איסורי התנועה והחלופות להגנתם של הישראלים.....

חלק א' – המצב העובדתי

איסורי תנועה על בסיס מוצא לאומי והפגיעות באוכלוסייה המקומית

20. בתגובתם מודים המשיבים בכך, שבמהלך השנים האחרונות הם אסרו באופן גורף על תנועתם של פלסטינים בצומת בית-עווא, ובכביש בית-עווא - דורא. עם זאת הם טוענים, כי מעבר רגלי בצומת בכפוף לבידוק היה מותר. בתגובתם נכללו מספר טענות עובדתיות נוספות, שאינן נכונות. להלן נעמוד על הטענות שאינן שנויות במחלוקת, ועל טענות המשיבים שאינן נכונות או אינן מדויקות, תוך פירוט מצב הדברים העובדתי לאשורו.

הטענות שאינן שנויות במחלוקת עובדתית

21. האיסור על תנועת פלסטינים **ברכב וברגל בכביש בית-עווא - דורא** (כביש הרוחב) עומד בתוקפו משך תקופה ארוכה, ולפי הודעת המשיבים הינו צפוי להישאר בעינו (סעיף 7 פסקה רביעית לתשובת המשיבים).
22. איסורי התנועה כללו איסור על תנועת פלסטינים **ברכב גם בצומת בית עווא**. המעבר בצומת ככלל היה אסור, למעט חריגים (שעל היקפם קיימת מחלוקת, כמפורט להלן).
23. איסור התנועה שולל מהאוכלוסייה הפלסטינית שימוש **בכביש מרכזי-אזורי** (סעיף 59 לתשובת המשיבים).
24. במשך כל התקופה שבה היו הצומת והכביש סגורים לתנועת פלסטינים, הם היו פתוחים לתנועה חופשית של ישראלים.
25. איסורי התנועה בצומת ובכביש הוחלו במהלך חמש השנים האחרונות אף על בני משפחת ג'דאללה, שהכביש הוא להם הדרך היחידה לביתם.

טענות המשיבים העובדתיות שאינן נכונות או שאינן מדויקות

טענה 1 – קיימות דרכים חלופיות

26. לטענת המשיבים, לרשות התושבים עומדות דרכים חלופיות המאריכות את דרכם של תושבי האזור הפלסטינים ב-20 דקות בלבד (סעיפים 5, 7 פסקה שניה, ו-16 לתשובת המשיבים).
- טענה זו אינה נכונה בהיבטים מסוימים ואינה מדויקת בהיבטים אחרים. ומעל הכל מדגישה טענה זו את התעלמות המשיבים מצרכי האוכלוסייה המקומית.
27. ראשית, עקב סגירת הצומת והכביש לתנועת רכבים פלסטינים שירותים חיוניים שונים הפכו לבלתי אפשריים, וצרכים שונים נותרו בלא מענה.
28. מאז סגירת הצומת והכביש לתנועה לא מתאפשרת יותר תנועתם של אוטובוסים באזור. מעיד על-כך מנהל חברת האוטובוסים האזורית, מר מחמד עבד דף אללה:

"אני תושב אלמג'ד, עובד כמנהל של חברת האוטובוסים, דורא חברון, שמשרתת את אזור הכפרים בגזרת דורא.

עד לשנת 2001 החברה שלנו הייתה משרתת יותר מ 15 כפרים.

היום אנחנו מספקים הסעות רק לקו סיכה-אלמג'ד. זאת אומרת הקפאנו את רוב הקווים שלנו באזור בגלל סגירת כביש נגוהות וצומת בית-עווא, ובגלל המחסום....

בעבר הנסיעות שלנו היו מגיעות ל-15 כפרים באזור, היו לנו הסעות לאלקום, אלמואק, חרסה, דיר סאמט, אלסימיא, בית עוא, סיכה, אלמג'ד, דיר אלעסל, אלתחתא, דיר אלעסל אלפוקה, בנת אלוש אלתחתא, בנת אלוש אלפוקא, בית מירסם, אלבירה, אלבורג'.

ואולם, משנת 2001 עקב הצבת המחסום ועקב סגירת הכביש הנסיעות הפכו לבלתי אפשריות.

אנחנו איננו יכולים לנסוע בדרכים הקיימות שהן מאד קשות ומסוכנות, וארוכות מאד...."

העתק מעדותו של מר מחמד עבד דיף אללה מצורפת ומסומנת **כנספח ע/11**.

29. כמו כן, לאנשים שלהם אדמות חקלאיות בצידי הכביש אין אף דרך אחרת להגיע לאדמותיהם. לפיכך, מאז חסימת הכביש לא עלה בידיהם להגיע לאדמותיהם ולעבדן.

מעיד על כך מר קאיד שאקר קאיד סויטי :

"אני תושב בית עווא, בן 90 שנה. יש בבעלותי אדמות חקלאיות בשטח של 2234 דונמים. האדמות מצויות בצד הדרומי של הכביש העולה מצומת בית עווא לכיוון פקיקיס ודורא, בין הצומת ונגוהות.

מאז שנת 2001, אני לא יכול להגיע לאדמות.

החלק הגדול של האדמות נטוע בעצי זית, חלק מהאדמות נטוע שקדים, וחלק אחר חיטה וקמח.

מהאדמות הללו היו מתפרנסים כל בני משפחתי שמספרם לפחות 80 איש, וכן כ-30 משפחות נוספות, שבניהן היו עובדים באדמות ומתפרנסים מכך.

משנת 2001, החיילים במחסום מונעים ממני להגיע לטפל באדמות שלי, בני משפחתי במצב כלכלי קשה ביותר.

במשך השנים האחרונות, נודע לנו מתושבים באזור שם, ומרועי צאן, שמתנחלים עקרו לנו עצים. אבל אין באפשרותנו לדעת כמה עצים נעקרו בגלל, שאין באפשרותנו בכלל להגיע לאדמות.

גם הצבא עקר לנו מאות עצים. כל שנה המתנחלים גונבים לנו את הזיתים, ואת היבול. אני ובני משפחתי לא מצליחים אפילו להתקרב לאדמות, ובאותו זמן המתנחלים נכנסים וגונבים ועוקרים בלי שאף אחד יגיד להם דבר על כך.

היום אני ובני משפחתי נשארנו בלי מקור פרנסה, לאחר שאיבדנו את מקור פרנסתנו היחיד.

במהלך השנים היו הרבה ניסיונות לנהל מגעים עם המינהל האזרחי ועם המת"ק לנסות ולתאם להגיע לאדמות, אבל כל הניסיונות שלנו נענו בשלילה, בלי שום

נימוק או סיבה. זכותנו להגיע לאדמתנו לטפל בה, ולהתפרנס ממנה. זו אדמתנו ואנחנו לא נוותר עליה.

באמצע האדמה יש לי גם בית. מאז שנת 2001 ועד היום אני לא מצליח להוציא ממנו את הרהיטים שלי. אני לא יודע מה מצב הבית או האדמות.

בכל פעם שניסיתי להגיע לאדמות החיילים היו מחזירים אותי ומשפילים אותי ואומרים לי "אין לך אדמות ילה לך". החיילים לא מתחשבים בגילי היום אני בן 90.

החלום שלי להגיע לאדמתי לפני שאמות ולראות אותה, ולהחזיר אותה לחיים."

העתק מעדותו של מר קאיד שאקר קאיד סויטי מצורפת ומסומנת **כנספח ע/12**.

30. אף אם היה מדובר בהארכה "רק" של 20 דקות (ולא כך הדבר, כפי שיפורט להלן), שהינה לדעתם של המשיבים עניין של מה בכך, הרי שמבחינת חלקים נכבדים מהאוכלוסייה המקומית הארכת נסיעה זו הפכה צרכים ופעילויות יומיומיות לדברים שהינם מחוץ להישג ידם. הארכת הנסיעה "רק" בעשרים דקות, הביאה להתייקרות עלות התחבורה באזור בין עשרות למאות אחוזים. הגם שהתייקרות זו עשויה להיות התייקרות של שקלים בודדים, הרי שמבחינת האוכלוסייה בשטחי הגדה המערבית מדובר בסכומים שאין ידם משגת. כתוצאה מכך, למשל, סטודנטים נאלצו לנטוש לימודיהם, בני משפחה הפסיקו לבקר קרוביהם ועוד.

31. שנית, המשיבים לא פירטו מה מצבן של הדרכים החלופיות, והאם לפני קבלת ההחלטה על סגירת הכביש לתנועת פלסטינים בדקו לאשורו עניין זה.

לעותרים חשוב להדגיש, כי בעת שכביש בית-עווא – דורא נחסם לתנועה לא עמדו לרשות האוכלוסייה דרכים חלופיות כלל, למעט שבילי עפר משובשים ביותר. בחלוף השנים, ונוכח מצוקת האוכלוסייה, חלקים משבילים אלה צופו באספלט. ואולם, גם כיום, לאחר הסלילה החלקית, מדובר בכבישים משובשים, שבחלקם אף מסוכנים לנסיעה. כמו כן, הנסיעה ב"דרכים חלופיות אלה" מאלצת את התושבים להיכנס בכל נסיעה לתוך העיר דורא, ובשל כך, לנסוע בכבישים וברחובות פקוקים ועמוסים. כל זאת, לעומת הכביש שנחסם לתנועת פלסטינים, שהינו כביש מרכזי-אזורי, המתאים לתנועה בין-עירונית, ואשר שימש את אוכלוסיית האזור מאז שנות ה-30 של המאה הקודמת.

32. שלישית, סגירת הצומת והכביש הביאה במקרים שונים להארכה של הנסיעה בקרוב לשעה, ובמקרים אחרים, בהם ההארכה היא של 20 דקות עד חצי שעה, מדובר בהארכה המכפילה ואף משלשת את זמן הנסיעה המקורי. נמחיש זאת בכמה דוגמאות:

32.1. מרחק הנסיעה מהכפר סיכה המצוי מדרום לצומת, לכפר בית-עווא המצוי מצפונה, הינו כ-2 ק"מ, וזמן הנסיעה דקות בודדות בלבד. אורכה של ה"דרך החלופית" הינו כ-31 ק"מ, ומשכה בין שלושת רבעי השעה לשעה (בהתאם למצב הפקקים). הנסיעה ב"דרך החלופית" כוללת נסיעה דרך הישובים הבאים: מבית עווא, צפונה לדיר סאמט, דרך דורא, חורסה, מרה אל-בקר, ח'ירבית אבו-חמיד, אל-מג'ד לסיכה.

32.2. מרחק הנסיעה מהכפר פקיקיס, המצוי מזרחית לכביש החסום, לבית-עווא המצויה מערבית לו, הינו כ-4 ק"מ, וזמן הנסיעה כ-5 דקות. במקום לנסוע הישר מהכפר פקיקיס מערבה לכיוון צומת בית-עווא וממנה לבית-עווא, למשל, נדרשת נסיעה של כ-20 ק"מ, האורכת בין חצי שעה לארבעים דקות, והעוברת דרך דורא ודיר סאמט עד לבית-עווא.

32.3. מרחק הנסיעה מהכפר בית מירסם שבדרום האזור, לכפר בית-עווא שמצפונו, הינו כ-14 ק"מ. בעקבות חסימת הצומת מרחק הנסיעה שולש ועומד על כ-40 ק"מ.

32.4. מרחק הנסיעה מהכפרים סיכה ואל-מג'ד לדורא הינו כ-10 ק"מ, זמן הנסיעה כ-15 דקות ועלותה עמדה על 3 ש"ח. בעקבות חסימת כביש הרוחב, אורכה של ה"דרך החלופית" הינו כ-20 ק"מ ומשכה למעלה ממחצית השעה. עלות הנסיעה בה הינה 5 ₪, ייקור של 66% לעומת עלות הנסיעה קודם לחסימת הכביש.

טענה 2 – הותר מעבר ברכב בצומת במקרים שונים

33. לטענת המשיבים, גם במהלך השנים בהן הצומת היה חסום לתנועת רכבים פלסטינים, הותרה תנועתם ברכב בצומת של מקרים הומניטריים, ושל מורים ותלמידים (סעיף 18 פסקה שניה לתשובת המשיבים).

טענה זו אינה נכונה.

34. במהלך כל השנים מאז נסגרו הצומת והכביש לתנועה, כוחות הביטחון המוצבים במקום מנעו מעבר של כלי הרכב הפלסטינים, לרבות של מורים ותלמידים.

כך למשל מעיד מר מחמד יוסף גנאם, תושב דיר אל עסל אלתחתא, העובד כמורה בבית הספר בבית-עווא מזה 23 שנים:

"עד לשנת 2001, היינו מגיעים ברכב, עד לבית עווא, שהיא במרחק של 8 ק"מ מהכפר שלי, דיר אל עסל אלתחתא. אבל מאז שהצומת נסגר בפנינו אנחנו נאלצים להחנות את הרכבים שלנו בין ההרים, והולכים ברגל מרחקים גדולים בגלל, שאסור אפילו להתקרב עם הרכב למחסום.

הרבה פעמים במהלך השנים האחרונות, כשחזרנו לרכבים ראינו שהרכבים הושחתו או נפרצו. אנו חושדים שהדבר נעשה על ידי המתנחלים, כי בכמה מקרים היו באזור רועי צאן, שהיו עדים שמתנחלים פגעו והשחיתו את הרכבים שלנו.

כתוצאה מסגירת הצומת והדרך, ובגלל המחסום, במקום לנסוע 8 ק"מ אנחנו נאלצים לנסוע יותר מ-30 ק"מ - מצומת בית עווא לדיר אלעסל, לדורא ומשם חוזרים לבית עווא. זאת אומרת במקום לחצות את הצומת ובתוך דקות בודדות אהיה בעבודה, אני נוסע כ-30 ק"מ הלוך, וכ-30 ק"מ חזור, על מנת להגיע לעבודה, וברוב הימים אני מגיע באיחור לעבודה... היו ימים רבים בהם הגענו לבית הספר באיחור של שעה וחצי או שעתיים. זאת, משום שבמשך השנים האחרונות המשכנו לנסות לעבור דרך הצומת. לשם כך, יצאנו מוקדם מהבית, עשינו דרכנו לכיוון המחסום, וניסינו לעבור, אבל במקרים רבים לא

הצלחנו לעבור במחסום. בשלב זה, היינו מתחילים את הנסיעה הארוכה שלנו בדרך הארוכה העוברת דרך דורא. המעבר בצומת אורך המון זמן גם בשל כך, שמרחק מסוים אנחנו חייבים לעשות אותו ברגל, כי אסור לנו להגיע ברכב עד למחסום. .."

העתק מעדותו של מר גנאם מצורף ומסומן כנספח ע/13.

35. על כך, שהמעבר בצומת לא התאפשר ברכב אף למורים ולתלמידים מעיד אף מנהל חברת האוטובוסים האזורית, מר מחמד עבד דיף אללה (נספח ע/11):

"היום אין הסעות לבית עווא, אנחנו הקפאנו את הנסיעות משנת 2001, לאחר שהחילים במחסום מנעו מאיתנו לעבור את המחסום. מאז גם אין הסעות למורים ותלמידים לבית עווא באמצעות האוטובוסים שלנו."

לעותרים לא ידוע על הסעות או רכבים אחרים בהם התאפשר מעברם ברכב של תלמידים או מורים בצומת.

36. ואולם, אף אמבולנסים ומובילי מים, שמעברם תואם עם הצבא, נתקלו לא אחת בהתנכלויות והתעללויות של כוחות הביטחון המאיישים את המחסום. כך למשל מעיד מר האשם בדוי סלהוב, נהג אמבולנס במרכז הרפואי בבית עווא:

מאז שנת 2001, המצב בלתי נסבל. בכל פעם שהייתי צריך לעבור את המחסום, היינו צריכים לתאם עם הצבא ועם הגורמים השונים במנהל האזרחי, על מנת לקבל אישור לעבור את המחסום.

...

פעמים רבות החיילים במחסום לא איפשרו לי לעבור, והחזירו אותי, למרות שהיה מדובר במקרים דחופים.

לשם הדוגמא, מקרה שהתרחש אך לפני כחודש [לפני פתיחת המחסום – ל' י"]. קיבלתי טלפון מהמרכז הרפואי שיש מקרה דחוף שמצריך פינוי מהיר לבית חולים. המדובר היה במר בדואי ג'אדללה, שגר מעבר למחסום, על כביש נגוהות. מייד ניגשתי למחסום, וביקשתי לעבור על מנת לפנות את החולה באופן דחוף. החיילים שהיו במחסום התחילו לצעוק עלי, והורו לי לחזור תוך שהודיעו לי שאין מעבר. בעקבות כך, פניתי לצלב האדום בחברון, וביקשתי מהם שידברו עם המת"ק באופן דחוף על מנת לתאם את כניסתי. הצלב האדום בתורו יצר קשר עם המת"ק ומסר שהצליח לעשות תיאום. נוכח הודעה זו חזרתי למחסום וביקשתי לעבור. אמרתי לחייל במחסום שהמעבר שלי תואם. החייל במחסום לא השתכנע, ומסר לי שאין תיאום ואין שום דבר, ודרש ממני לחזור. שוב דיברתי עם הצלב האדום, ומסרתי להם כי מונעים ממני את המעבר. הם ביקשו ממני לחכות עד שיצרו קשר עם המת"ק. חיכיתי קרוב לחצי שעה, עד שהצלב האדום דיבר פעם נוספת עם המת"ק. רק בשלב זה החיילים איפשרו לי לעבור לאחר בדיקה קפדנית ומשפילה."

נהג האמבולנס מציין, כי מדובר במקרה אחד מני רבים במהלך השנים האחרונות, וכי בדרך כלל המעבר במחסום, למרות שמדובר באמבולנס, הוא משימה קשה ומתישה, ופעמים רבות אף בלתי אפשרית.

העתק מעדותו של מר האשם בדוי סלהוב מצורף ומסומן **כנספח ע/14**.

37. בנסיבות אלה אך ברור מדוע האפשרות שתושבים יעברו במחסום גם במקרים של צורך הומניטרי דוחק איננה יותר מאשר אפשרות תיאורטית.

טענה 3 – תנועתם של פלסטינים ברגל בצומת הייתה מותרת

38. הגם שטענה זו נכונה מן הבחינה העקרונית, הרי שמן הבחינה המעשית, כוחות הביטחון, שאיישו את המחסומים בצומת ושלטו על תנועת התושבים במקום, מנעו פעמים רבות מתושבים לעבור את הצומת אף ברגל. זאת ועוד, גם כאשר אפשרו בסופו של דבר מעבר רגלי של אנשים, פעמים רבות הדבר היה כרוך בהשפלות, קללות ואף אלימות פיזית של ממש. עמד על כך מר עיסא אסמעיל עומר, תושב בית מרסם, העובד מזה 8 שנים כמורה בבית הספר התיכון בבית-עווא :

"בכל הפעמים, במהלך חמש השנים האחרונות, בהן ניסינו לעבור בצומת, לא עובר יום אחד מבלי שהחיילים במחסום השפילו אותנו, ועיכבו אותנו. לפעמים הם גם תקפו אותנו, והרביצו לנו. הם מעכבים אותנו במשך שעות, בשמש ובגשם.

המצב הוא גרוע ביותר, החיילים מתנהגים איתנו כאילו שאנחנו בעלי חיים ולא בני אדם – דוחפים, צועקים, מקללים אותנו."

עדותו של מר עיסא אסמעיל עומר מצורפת ומסומן **כנספח ע/15**.

כן ראו עדותו של מר גנאם, שצורפה כנספח ע/13.

טענה 4 – העלאת עניינה של משפחת ג'דאללה רק במסגרת העתירה

39. לטענת המשיבים, הטענות בדבר הקשיים הנגרמים לבני משפחת ג'דאללה לא הופיעו בפניות האגודה לזכויות האזרח, ובשל כך, הן נבחנו לראשונה רק לאחר הגשת העתירה (סעיף 73 לתשובת המשיבים).

גם טענה זו אינה נכונה.

40. די אם נפנה למכתב מיום 1.1.2006, אשר צורף כנספח ע/6 לעתירה (ראו סעיף 8 למכתב).

41. ואולם, לא רק שטענה זו איננה נכונה, אלא שהיא גם מקוממת. מצבם של בני משפחת ג'דאללה ידוע היטב מזה שנים ארוכות לכל הגורמים האחראים הנוגעים בדבר – החל ממפקדי הצבא האחראים על האזור, וכלה במינהל האזרחי אליו נעשו עשרות רבות של פניות בעניינה של משפחה זו, הן מטעם המת"ק הפלסטיני הן מטעם ארגונים בינלאומיים. הפניות נעשו, בין היתר, לצורך תיאום הגעתם של אמבולנסים, מובילי מים ואספקת מזון למשפחה שנכלאה.

42. מכל מקום, גם לאחר שנשקל העניין על-ידי המשיבים לא חל כל שיפור מבחינת "תנאי הכליאה" בהם נתונים בני המשפחה.

43. במסגרת תשובתם לעתירה הביעו המשיבים את עמדתם העקרונית, כי איסורים אלה לא יוטלו **מכאן ולהבא** על בני משפחת ג'דאללה: "עם זאת, הרי שעם קבלת העתירה נבחנו הטענות העולות בעתירה בדבר הקשיים הנגרמים לבני המשפחה. הוחלט, על דעת גורמי המנהל האזרחי וגורמי החטיבה המרחבית, כי תותר תנועה של בני המשפחה על ציר הרוחב, כולל תנועה רכובה." (סעיף 74 לתשובת המשיבים).
44. דא עקא, שמצבם של בני המשפחה לא השתנה במאום. בני המשפחה, המונים כ-30 נפשות, אינם יכולים לנסוע או ללכת ברגל לאורכו של הכביש. הם אינם יכולים לנסוע, משום שלבני המשפחה אין רכב. הם אינם יכולים ללכת לאורכו של הכביש, משום שאז הם חשופים להתנכלויות חוזרות ונשנות מצד חיילים ומתנחלים.
45. כך למשל, אירע ביום 9.7.2006. מתנחל וחייל, שראו את גב' סמאהר עאיד מחמד ג'דאללה, אחת מבנות המשפחה הכלואה, כשהיא הולכת על כביש הרוחב בדרכה חזרה לביתה, רדפו אחריה. המתנחל והחייל, שהיו חמושים, איימו עליה בנשק, קיללו אותה, וזרקו לעברה אבנים. מהפחד, ברחו להרים ונפצעה ברגלה. רק לאחר שהצליחה ליצור קשר עם עובד האגודה לזכויות האזרח מר פיראס עלמי, ובעקבות פנייתה של ב"כ העותרים למת"ק הישראלי, נשלחה נידת לחלצה. ואולם, גם החיילים שנשלחו לחלצה התנהגו אליה בגסות תוך שהטיחו בה, כי בכל פעם שהם יוצאים מהבית הם "עושים צרות".
- העתק מרישום שערכה הח"מ במהלך הטיפול באירוע מצורף ומסומן **כנספח ע/16**.
46. גב' סמאהר עאיד מחמד ג'דאללה מתארת את מציאות החיים הבלתי נסבלת ממנה סובלת המשפחה גם בימים אלה:

"מזה שש שנים שאנו נמצאים במצב בלתי נסבל... אין לנו גישה לשום מקום, ואנחנו מנותקים מהעולם. אף בן אדם לא יכול לבקר אותנו.

בשל חסימת הדרך, אנחנו כמעט שלא יוצאים מהבתים שלנו. פשוט, אין לנו דרך ממשית שמאפשרת לנו לעשות זאת. לנסוע על הכביש איננו יכולים – כי לאף אחד מאיתנו אין רכב. ואולם, אפילו ללכת על הכביש איננו ממש יכולים.

הילדים שלי הפסיקו ללכת לבית ספר בגלל שהם לא יכולים ללכת על הכביש, ובגלל הפחד שלהם מהמתנחלים.

...

אם במקרה נחליט לצאת מהבית, זה רק יהיה לצרכים דחופים מאד, כמו למשל להביא מזון או תרופות, או בשל צרכים חיוניים אחרים. גם אז, אנחנו עושים את זה כמו גנבים. הולכים דרך ההרים, בדרכים קשות ומסוכנות ביותר, על מנת שנגיע לבית עווא, או לכל מקום אחר.

לפני האינתיפאדה, הכביש הזה היה כביש ראשי, שנסעה בו הרבה תחבורה ציבורית ששירתה את תושבי האזור. אז יכולנו לנסוע על הכביש, להגיע לביתנו, ולהגיע לכל מקום אחר בלי שום בעיה.

היום לעומת זאת כל שימוש בכביש הוא התאבדות שבילנו. כי בכל פעם שניסינו ללכת עליו, הותקפנו על ידי מתנחלים וחיילים.

כך לדוגמה קרה ביום 16.9.2006. מתנחל התקרב לבתיים שלנו, וראה את בני גיסי שהיו בקרבת הכביש יחד עם העזים. המתנחל התקרב אליהם והתחיל לאיים עליהם בנשק, ולזרוק אבנים לעברם ולעבר העזים.

כך גם קרה ביום 23.9.2006. מתנחל התחיל לרדוף אחרי הילדים שלנו, שהיו בקרבת הכביש, אפילו לא ממש על הכביש. הוא תקף אותם באבנים.

...

מאז שהוגשה העתירה מצבנו לא השתנה במאום. אנחנו עדיין לא מצליחים אפילו ללכת על הכביש, ואם רק נתקרב אל הכביש, החיילים והמתנחלים מתנכלים לנו.

גם כיום, אנחנו מנותקים מהעולם, וכלואים בתוך ביתנו.
"..."

עדותה של גב' סמאהר עאיד מחמד ג'אדללה, מצורפת ומסומנת **כנספח ע/17**.

47. הנה כי כן, הודעתם של המשיבים כי יתירו לבני משפחת ג'אדללה לנוע ברגל וברכב בכביש הרחוב, רחוקה מלהסיר את הפגיעות האנושות מהן סובלים בני משפחה אומללה זו.

טענה 5 – פתיחת הצומת לתנועת כלי-רכב תייתר את חלקה הארי של העתירה

48. בתשובתם לעתירה הודיעו המשיבים על כוונתם לפתוח את צומת בית עווא לתנועת כלי-רכב פלסטיניים מצפון לדרום ומדרום לצפון, "כך שתתאפשר תנועה כמעט חופשית של כלי רכב בצומת" (סעיף 5 פסקה שניה לתשובת המשיבים). בסעיף 71 לתשובה, שבו והודיעו המשיבים, כי "..." המחסומים (החשמליים שיוקמו – ל' י) יחסמו את כביש הרחוב, ויאפשרו תנועה רכובה חופשית של פלסטינים בצומת. כאשר יתקרב למקום רכב, הנוסע על ציר הרחוב (דהיינו, רכב של מתנחלים המתגוררים בנגוהות או במצפה לכיש – ל' י), יוזז המחסום בצורה חשמלית, ויחסום את הצומת לתנועת פלסטינים, עד למעבר הרכב, וזאת לשם יצירת הפרדה בין התנועה הפלסטינית והתנועה הישראלית בצומת, בכדי למנוע חיכוך וסיכון ביטחוני. כלומר, תותר תנועה פלסטינית חופשית לחלוטין מצפון לדרום בצומת, ללא צורך בבידוק." לטענת המשיבים, מתן אפשרות לתנועת כלי-רכב פלסטיניים מצפון לדרום ולהיפך בצומת תייתר את חלקה הארי של העתירה.

49. בעתירה פורטו בהרחבה הפגיעות שנגרמו לתושבי האזור עקב חסימת הצומת וכביש הרחוב לתנועת תושבי האזור.

50. פתיחת הצומת לתנועה חופשית של תושבי האזור הפלסטינים אכן הייתה מקילה מחומרת הפגיעות מהן סובלת האוכלוסייה המקומית. אלא שעד כה, מעברם של פלסטינים בצומת רחוק מלהיות מעבר חופשי, כפי שהצהירו המשיבים. זאת כפי שיפורט להלן.

51. ואולם, אף אם ייפתח הצומת ותתאפשר באמת תנועה חופשית בו (חופשית מעיכובים, השפלות והתנכלויות), הרי שנוכח הודעתם של המשיבים, כי בכוונתם להמשיך ולאסור על

תנועתם של פלסטינים בכביש הרוחב, פגיעות רבות בהן עסקה ובגינן הוגשה העתירה דן נותרות בעינן. בכלל זאת:

- 51.1. התארכות ניכרת של משכי הנסיעה ממקום למקום;
- 51.2. ייקור של עשרות אחוזים בעלות התחבורה באזור, ההופך צרכים ופעילויות יומיומיות שונות לבלתי אפשריות ומחוץ להישג ידם של תושבים רבים. בכלל זאת, המשך מניעתה של תחבורת אוטובוסים באזור, עקב אי-יכולתם לנוע ב"דרכים החלופיות";
- 51.3. מניעת גישה לאלפי דונמים של אדמות חקלאיות המצויות בצידי כביש הרוחב;
- 51.4. ניתוקה ובידודה של משפחת ג'דאללה, המתגוררת בצמוד לכביש הרוחב;
- 51.5. פגיעה אנושה בשוויון ובכבוד של תושבי המקום, הנוכחים לראות, כי כביש אזורי-מרכזי אשר שימש את כלל אוכלוסיית האזור משך שנות דור, מיוחד לשימושם של מתי מעט ישראלים, שהתיישבו בשני מאחזים קטנים באזור.

על דרך החתחתים של פתיחת הצומת לתנועה והמשך הפגיעות במבקשים לעבור בצומת

52. הצומת נפתח לתנועה החל מיום 8.9.2006. שלושה ימים בלבד לאחר פתיחתו הוא שב ונסגר. בימים בהם היה פתוח, שעות הפתיחה היו רק בין השעות 00:18-00:08 לערך. גם במהלך השעות בהן הצומת היה לכאורה פתוח לתנועה, החיילים המוצבים במקום לא אפשרו את מעברו של כל אדם. כך קרה, שאנשים שביקשו לעבור נכנסו לצומת, נבדקו בקפידה על-ידי החיילים, ולמרות כל זאת, הושבו כלעומת שבאו, ללא כל הסבר.
53. התושבים אף התלוננו על מקרים רבים של השפלות, צעקות ואלימות פיזית מצד החיילים במחסום. למרות ניסיונות התושבים לפנות למת"ק הישראלי, לא עלה בידם אפילו להגיש תלונותיהם.
54. ביום 14.9.2006 פנתה ב"כ העותרים בכתב לב"כ המשיבים, לאחר שפניות קודמות של ב"כ העותרים לבירור העניין מול מת"ק חברון לא הניבו כל תשובה. בפנייה פורטה השתלשלות העניינים שקדמה לפניה.
העתק מהפניה מיום 14.9.2006 מצורף ומסומן **כנספח ע/18**.
- העתק מתלונתו של מר מרואן שחאתית, תושב אל מג'ד, נהג משאית שהוכה על ידי שוטר משמר הגבול בצומת בית-עווא, מצורף ומסומן **כנספח ע/19**.
55. ביום 25.9.2006 התקבלה תשובתו של רס"ן אייל טולדנו, ראש מדור ביטחון ופלילי ביועמ"ש איו"ש, בה נמסר כי:

"...אכן כתוצאה מאי הבנה בקרב כוחות מג"ב המאיישים את צומת בית עווא, נמנעה באופן חלקי התנועה הפלסטינית מכיוונים צפון – דרום.

אי ההבנה הוסרה והכוחות המאיישים את הצומת תודרכו לאפשר בו תנועה מכיוונים צפון ודרום, כפי שצוין בתשובת המדינה לבג"ץ במסגרת העתירה שבנדון.

מיותר לציין, את שנאמר גם בתשובת המדינה לעתירה, כי אין באמור כדי לגרוע מסמכותם של כוחות הבטחון לערוך בידוק בטחוני של התנועה העוברת בצומת – הכל לפי הצורך הבטחוני".

העתק מתשובתו של רס"ן טולדנו מצורף ומסומן **כנספח ע/20**.

56. למרות האמור במכתבו של רס"ן טולדנו, עד כתיבתן של שורות אלה, תנועתם של פלסטינים בצומת רחוקה מלהיות חופשית. גם בימים אלה, הצומת פתוח רק בין השעות 7 בבוקר עד 19:00 בערב. כמו כן, כל כלי רכב פלסטיני המבקש לעבור בצומת עובר בידוק – החיילים מתירים רק למכונית אחת להיכנס בכל פעם לצומת, ותעודות הזהות של נוסעי הרכב נלקחות לבדיקה. כתוצאה מכך, תור הממתינים לעבור בצומת משתרך ונמשך זמן ממושך ביותר.

57. לא זו אף זו, אף לו היו המשיבים פותחים את הצומת לתנועה חופשית, חופשית מבידוק, התעללות והשפלה, אף אז, כפופה תנועתם של הפלסטינים ומשנית לצורכי תנועתם של המתנחלים. כפי שהצהירו המשיבים, משייתקרב מתנחל לצומת מיד יוזזו השערים, תנועתם של הפלסטינים תיעצר ותיחסם, עד יעבור, כלאחר כבוד, תושב המאחז נגוהות או מצפה לכיש.

הגבלת תנועה בכבישים על-פי מפתח לאומי – לא מקרה יחיד

58. המעשה בו נוקטים המשיבים בענייננו – איסור תנועתם של תושבי האזור הפלסטינים בכביש מרכזי-אזורי על מנת לייחדו לתנועתם של מתנחלים, איננו בגדר מקרה יחיד. ענייננו בפרקטיקה הנקוטה בידי המשיבים אף בכבישים ובמקומות אחרים בגדה המערבית.

59. כך למשל, ניתן להפנות לאיסור על תנועתם של פלסטינים הנוהג בחמש השנים האחרונות בכביש 443 (בתחומי הכביש המצויים בגדה המערבית).

העתק מפניית העותרת 5 בעניין איסור התנועה בכביש 443 מצורף ומסומן **כנספח ע/21**.

60. כך גם ניתן להפנות להוראות ולצווים על-פיהם נאסרה תנועתם של פלסטינים ברחובות מרכזיים של העיר חברון. בעניין זה הוצאו על ידי המפקד הצבאי 21 צווים המכריזים ומסדירים את איסורי התנועה בעיר.

העתקים של צווים שהוצאו בעיר חברון מצורפים ומסומנים **כנספח ע/22**.

61. פירוט של הכבישים בגדה המערבית אשר יוחדו על ידי המשיב מס' 1 לתנועת מתנחלים בלבד, תוך שעל תושבי המקום הפלסטינים נאסר השימוש בהם מופיע בדו"ח בצלם "משטר הכבישים האסורים", שפורסם בחודש אוגוסט 2004. ניתן לעיין בדו"ח באינטרנט, בכתובת:

http://www.btselem.org/Download/200408_Forbidden_Roads_Heb.doc

חלק ב' – הטיעון המשפטי**"כביש למתנחלים בלבד" - הפרדה והפליה על פי מפתח לאומי****פתיח**

62. בתשובתם לעתירה מודים המשיבים, כי איסורי התנועה בענייננו פוגעים בזכויותיהם של תושבי האזור הפלסטינים, וכי מדובר "בפגיעה שאיננה קטנה בחופש התנועה" (סעיף 59 לתשובת המשיבים). עם זאת, טוענים הם, כי איסורי תנועה אלה, על-פיהם נאסרה תנועתם של פלסטינים בצומת ובכביש הרחב, והותרה תנועתם של ישראלים, אינם בגדר הפליה פסולה אלא הבחנה מותרת. כן כופרים הם בכך שמדובר בענישה קולקטיבית. לפיכך, לשיטתם, די בבחינתה של מידתיות הפגיעה.
63. כפי שהראנו במסגרת העתירה, וכפי שפירטנו לעיל, איסורי התנועה שהטילו המשיבים ושכווונתם להמשיך ולהטיל להבא פוגעים קשות בזכויות אדם יסודיות של האוכלוסייה. כך, בנוגע לכלל תושבי האזור, וכך בנוגע לבני משפחת ג'דאללה שמצאו עצמם כלואים בביתם ומבודדים מהעולם.
64. להלן נתמקד בתשובה לטענת המשיבים, כי אין מדובר בענייננו בהפליה פסולה.
65. כן נתייחס לטענתם של המשיבים, כי איסורי תנועה ממין אלה יכולים להיות מוטלים ללא צו כתוב, וללא פרסום בדרכים מקובלות.
66. ביחס ליתר טענותינו, נבקש להפנות לטיעונים שהועלו בכתב העתירה (ראו עמ' 16-17 לכתב העתירה, לעניין ענישה קולקטיבית; עמ' 22-23 לעניין אי-סבירות; עמ' 23-25 לעניין היעדר המידתיות).

הפליה פסולה על בסיס מוצא לאומי

67. איסורי התנועה נשוא העתירה מעולם לא עוגנו, עד היום, בצו או בהודעה רשמית אחרת מטעם של המשיבים. עד היום, מוטלים איסורים אלה דה-פקטו על-ידי הצבתם של שערים וחסימות, ובאמצעותם של כוחות הביטחון – חיילים ושוטרי משמר הגבול – המוצבים באזור הצומת והמפטרלים לאורך הכביש, והמונעים בפועל את תנועתם של פלסטינים בצומת ובכביש.
68. על פי ההוראות, עליהן הכריזו המשיבים בתשובתם – מותרת, ככלל, רק תנועתם של ישראלים בכביש הרחב, בעוד שתנועתם של פלסטינים נאסרה. לבחינת חוקיותן של הוראות אלה נידרש להלן.

א. אפליה פסולה ולא הבחנה מותרת

69. בתגובתם של המשיבים לעתירה מודים הם לראשונה, כי הם אסרו על תנועתם של פלסטינים, באשר הם פלסטינים, בכביש הרחב ובצומת. כן הם מודיעים, כי בכווונתם להמשיך ולמנוע את תנועתה של כלל האוכלוסייה הפלסטינית בכביש הרחב. מתשובתם

ברור, כי שלילת זכות השימוש בכביש אינה מתבססת על סיכון אינדיבידואלי הנשקף ממי מהתושבים, אלא על בסיס השתייכותם של התושבים לקבוצה לאומית. למרות זאת, לטענתם מדובר בהבחנה מותרת ולא באפליה פסולה:

"הצורך הביטחוני **מחייב לעת הזו**, בשטח בו עסקינן, הפרדה בין תנועה פלסטינית לבין תנועה ישראלית, וזאת לשם שמירה על ביטחון התושבים ועל ביטחונה של מדינת ישראל.

הסיכון, במקרה דנן, נובע ממפגעים פלסטיניים במרחב בכלל, ומהעיירה בית עווא בפרט, ומופנה כלפי התושבים הישראליים, כוחות הביטחון, וכן מדינת ישראל עצמה. כלומר, הסיכון הביטחוני הנובע מתנועת פלסטינים בציר הרוחב ובמעבר צפון-דרום של פלסטינים בצומת בית-עווא הינו נימוק ענייני ורלוונטי, העומד בבסיס פעולתו של המפקד הצבאי במקרה דנן, ומדובר בפירוש בהבחנה מותרת ולא בהפליה אסורה"

(ההדגשה במקור – ל' י')

סעיף 48 לתשובת המשיבים מיום 2.8.2006

70. קיומה של שונות רלבנטית, ההופכת הבחנה בין בני אדם להבחנה מותרת ולא לאפליה פסולה, יש לבחון לאור המטרה הפרטיקולרית שלשם השגתה מיושמת ההבחנה (בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 107).

71. מתוך תגובתם של המשיבים עולה, כי תכליתן של ההוראות הינה להגן על ביטחונם של הנוסעים הישראליים בכביש. דא עקא, שהגדרה זו של התכלית ששמו בפניהם המשיבים הינה פסולה על פניה. כך הדבר, משחובתם של המשיבים היא "להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים" (סעיף תקנה 43 לתקנות האג). אכן, בפסיקתו של בית משפט זה נקבע, כי חובה זו חלה גם על אנשים שאינם נופלים לקטגוריה של "אנשים מוגנים" (בג"צ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (2005) (טרם פורסם), פסקה 18 והאסמכתאות שם). ואולם, אין בכך כדי לפטור את המפקד הצבאי מחובתו הבסיסית - להגן על ביטחונם ושלומם של תושבי האזור (בג"צ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (2006) (טרם פורסם) פסקה 33). חובה זו עליו לקיים כלפי כל בני האדם - יהא מוצאם הלאומי או האתני אשר יהא.

72. הנה כי כן, התכלית הראויה שהיה על המשיבים לשים לנגד עיניהם היא - הגנה על שלומם וביטחונם של כל המשתמשים בכביש (וליתר דיוק, כל הזכאים להשתמש בכביש). לאור תכלית זו, יש לבחון האם ההבחנה בה נוקטים המשיבים הינה הבחנה רלבנטית.

73. המשיבים אינם מכחישים, כי רק מתי מעט מבין תושבי האזור הפלסטינים עשויים להוות "סיכון ביטחוני". למרות זאת, אוסרים הם באופן גורף על השימוש בכביש מכלל התושבים הפלסטינים.

74. אילו מנעו המשיבים את התנועה בכביש מאנשים המהווים סיכון ביטחוני לנוסעים בכביש או אז היה מקום לקבל את הטענה, כי מדובר בשונות שהינה רלוונטית לעניין. ואולם, לא אלו הן הוראותיהם של המשיבים בענייננו. כאמור לעיל, המשיבים אינם שוללים את הזכות

לשימוש בכביש הרחוב מאותם תושבים אשר עשויים להוות סיכון לביטחונם של הנוסעים בכביש, אלא הם שוללים אותה על סמך נתון אחד ויחיד - השתייכותו של התושב לקבוצה לאומית מסוימת. לעומת זאת, הם מעניקים זכות זו לכל ישראלי, באשר הוא ישראלי, אף אם מהווה הוא סיכון לביטחונם של תושבים אחרים המשתמשים (או זכאים להשתמש) בכביש.

75. הנה כי כן, ההפרדה שעושים המשיבים בין ישראלי ופלסטיני, ושלילת זכותו של האחרון לעשות שימוש בדרך ציבורית, נעשית בשל שיוכו הלאומי ובהתבסס עליה בלבד. איסור שכזה איננו יכול לבוא בגדרה של הבחנה רלוונטית ומותרת.

76. קו הטיעון של המשיבים בענייננו דומה לטיעון המדינה בעתירות שהוגשו נגד חוקתיותו של התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל. על כן, שאיסור ממין זה איננו יכול לבוא בגדר "הבחנה מותרת" או הבחנה רלבנטית עמד הנשיא (בדימו') ברק:

"47... קו ההגנה הראשון של המדינה הינו הטענה כי שוני בתוצאה... אינה הפליה פסולה אלא הבחנה מותרת. טענה זו סומכת עצמה על ההגדרה הקלאסית (האריסטוטלית) של הפליה. על-פיה הפליה פסולה היא יחס שונה אל שווים ויחס שווה אל שונים (ראו בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 507). על פי גישה זו, השוויון מוסבר על בסיס תפיסה של רלוונטיות..."

48. על רקע הגדרה קלאסית זו של השוויון, טוענת המדינה כי פגיעתו של החוק בזכותם של בני זוג ישראליים-ערבים לחיי משפחה, ובהם בלבד, מבוססת על שוני רלבנטי..."

49. **אכן, הדין היה עם המדינה אילו קבע חוק האזרחות והכניסה לישראל כי בן זוג ישראלי (יהודי או ערבי) אינו רשאי לממש את חיי המשפחה בישראל במקום שנשקף מבו הזוג הזר סיכון ביטחוני...**

50. לא אלה הן הוראותיו של חוק האזרחות והכניסה לישראל. החוק אינו אוסר כניסה לישראל של בן זוג אשר נשקפת ממנו סכנה לביטחון. החוק אוסר על כניסה לישראל של כל בן זוג פלסטיני מהאזור, בין אם נשקפת ממנו סכנה לביטחון ובין אם לאו. המדינה לא טענה בפנינו, כי מבין ששה-עשר אלף בני הזוג מהאזור שנכנסו לישראל לשם מימוש חיי משפחה בישראל, כולם או רובם או אף חלק ניכר מהם, מהווים סיכון ביטחוני. המדינה טענה בפנינו כי מספרם של בני הזוג המהווים סיכון ביטחוני, והידועים למדינה, הוא קטן. ברור, איפוא, כי גם לפי טענת המדינה, מרבית בני הזוג מהאזור אשר כניסתם לישראל מתבקשת על ידי בני הזוג הישראליים, אינם מהווים סיכון ביטחוני. **ההבחנה עליה מושתת חוק האזרחות והכניסה לישראל איננה, אפוא, ההבחנה בין בני זוג ישראליים המבקשים להביא לישראל בני זוג זרים המהווים סיכון ביטחוני לבין בני זוג ישראליים המבקשים להביא לישראל בני זוג זרים שאינם מהווים סיכון ביטחוני.** הבחנה כזו – גם אם בפועל היא מביאה לתוצאה המבחינה בין בני זוג ישראליים-יהודים לבין בני-זוג ישראליים-ערבים – היא רלבנטית, ואין בתוצאותיה משום פגיעה בשוויון (הפליה). **אלא שחוק האזרחות והכניסה לישראל מושתת על הבחנה אחרת, והיא**

ההבחנה בין בני זוג זרים של ישראלים שהם פלסטינים תושבי האזור, לבין בני זוג זרים של ישראלים שאינם. ביסוד הבחנה זו לא עומד הסיכון הביטחוני הנשקף מבן הזוג הפלסטיני מהאזור, שכן גם אם אין כל נתון באשר לסיכון הנשקף ממנו, ואפילו מוכח הלכה למעשה שאינה נשקפת ממנו סכנה, כניסתו לישראל אסורה. **מסקנתי היא, אם כן, שפגיעתו הקשה של חוק האזרחות והכניסה לישראל במימוש זכותם של בני הזוג הערבים-הישראלים, ושלהם בלבד, לחיי משפחה בישראל, אינה נשענת על הבחנה רלוונטית.** "

(ההדגשה הוספה – ל' י')

(חוות דעתו של הנשיא (בדימ') ברק בבג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (2006) (טרם פורסם). חוות דעת הנשיא הייתה אומנם דעת מיעוט לעניין תוצאת פסק-הדין, ואולם, מבחינה מהותית הינה משקפת את עמדת רוב חברי המותב, אשר קבעו, כי החוק במתכונתו הנוכחית איננו חוקתי)

77. הנה כי כן, הוראותיהם של המשיבים אינן יכולות להיחשב כהבחנה רלבנטית אף לו היינו מקבלים את התכלית כפי שהגדירו אותה לעצמם המשיבים (ולמרות, שכאמור מדובר בהכוונה שגויה של שיקול הדעת). כך הדבר, משום שגם אם התכלית היא להגן על ביטחונם של הישראלים הנוסעים בכביש, הרי שלצורך כך ההבחנה הרלבנטית הינה בין תושבים המציבים סיכון לביטחונם לבין אלה שאינם. ואולם, לא כך נוהגים המשיבים. המשיבים בחרו לנקוט באיסור גורף.

78. מטעמים אלה, נגועות פעולותיהם של המשיבים באפליה אסורה.

ב. הפליה על בסיס לאום כלולה באיסור על הפליה

79. ממשיכים המשיבים וטוענים, כי אין מדובר בהוראות המבוססות על נימוק אתני-גזעני, משום שמדובר בהבחנה בין אנשים על בסיס סוג תושבותם או לאומיותם, ולפיכך, כך אנו מבינים את הטענה, אינן בגדר הפליה פסולה:

"כאמור, פעולתו של המפקד הצבאי בענייננו נעשתה על בסיס ענייני, בהסתמך על הצורך הביטחוני המובהק, ואיננה מבוססת כלל על נימוק אתני-גזעני. ההבחנה היא, ככלל (וגם לכך קיימים חריגים) בין תושבים פלסטינים לבין תושבים ישראלים, ובשום פנים לא בין קבוצות אתניות..

(ההדגשה במקור – ל' י')

סעיף 49 לתשובת המשיבים.

80. לטענה זו אין כל יסוד. לא יכול להיות חולק, כי האיסור על אפליה, אוסר טיפול שונה בבני אדם מטעמי לאום. איסור זה מופיע בהצהרות ובאמנות בינלאומיות, כמו גם בחקיקה הישראלית ובפסיקתו של בית משפט זה.

משפט בינלאומי

81. סעיף 2 להכרזה האוניברסלית על זכויות האדם מ-1948 קובע את האיסור על אפליה מטעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת דעה פוליטית או דעה בבעיות אחרות, **מוצא לאומי** או חברתי, קניין, לידה או מעמד אחר. " (ההדגשה הוספה – ל' י').

82. סעיף 1 לאמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, משנת 1966 **מגדיר אפליה גזעית** כ"כל הבחנה, הוצאה מן הכלל, הגבלה או העדפה המיוסדים על נימוקי גזע, צבע, יחוס משפחתי, **מוצא לאומי** או אתני, שמגמתם או תוצאתם יש בהן כדי לסכל את ההכרה, ההנאה והשימוש, או לפגום בהכרה, בהנאה או בשימוש, על בסיס שווה, של זכויות האדם וחירויות היסוד בחיים המדיניים, הכלכליים, החברתיים, התרבותיים, או בכל תחום אחר בחיי הציבור" (ההדגשה הוספה – ל' י').

83. כן ראו סעיף 26 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מ-1966, האוסר על אפליה על בסיס, בין היתר, מוצא לאומי (כן ראו הערה כללית מס' 18 של ועדת זכויות האדם של האו"ם משנת 1989).

משפט ישראלי

84. סעיף 3 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000, מעגן בחקיקה הישראלית את האיסורים שנקבעו באמנה בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית, תוך שקובע אף הוא איסור על אפליה מטעמי לאום:

3. (א) מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, **לאום**, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי או הורות."

(ההדגשה הוספה – ל' י')

85. אף בפסיקתו העניפה של בית משפט זה נקבע באופן חד-משמעי, ומעל לכל ספק, כי האיסור על אפליה כולל איסור על טיפול שונה מטעמי לאום: **"הכל מסכימים כי השוויון אוסר על טיפול שונה מטעמי דת או לאום"** (בג"צ קעדאן, עמ' 275; כן ראו האסמכתאות המופיעות שם).

86. ככל שטענת המשיבים הינה, כי אין מדובר בהבחנה על בסיס לאום דווקא, כי אם על בסיס "אזרחי", הרי שאף דינה להידחות.

87. ראשית, מן הבחינה העובדתית, שכן הגם שהאיסור כפי שנוסח על ידי המשיבים בתגובתם (וכאמור, לא הועלה על הכתב בדרך של צו או הוראה כתובה אחרת) הוחל על פלסטינים תושבי השטחים, הרי שהלכה למעשה, **ענייננו הוא בהפרדה בין יהודים ופלסטינים**. כך הדבר, משהשימוש בכביש יועד ויוחד, ככלל, לתושבי המאחזים נגוהות ומצפה לכיש, המאוכלסים, למיטב ידיעת העותרים, בישראלים-יהודים בלבד. לפיכך, מבחינת **התוצאה** של האיסורים, ברור, שענייננו בהפרדה בין בני אדם על בסיס מוצא לאומי-אתני.

88. שנית, הבחנה בין התושבים על פי סוג האזרחות או התושבות בה הם אוחזים יכולה הייתה להיות רלבנטית, למשל, אילו עסקנו בזכותם של אלה להיכנס לשטחה של מדינת ישראל, או לבחור בבחירות לכנסת. משענייננו הוא, בזכותם של אנשים לחופש תנועה ולזכויות אדם יסודיות אחרות (ובענייננו, בזכותם לנסוע בכביש מרכזי-אזורי במקום מגוריהם ומחייתם), אין כל רלבנטיות להבחנה בין אנשים על בסיס סוג תעודת הזהות בו הם אוחזים.

(כן השווה הערה כללית מס' 15, משנת 1986 של ועדת זכויות האדם של האו"ם; הערה כללית מס' 30 של הוועדה המפקחת על יישום האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית (משנת 2004)).

ג. זוהי הפליה אף בהיעדר כוונה להפלות

89. טענה נוספת נכללה, ולמצער, משתמעת מתשובת המשיבים והיא, כי אין המדובר בהפליה שכן תכליתן של ההוראות לא היה להפלות, אלא הן ניתנו על בסיס ענייני, בהסתמך על צורך ביטחוני.

90. דא עקא, שבענייננו, אין המדובר בהפליה שהינה תוצאה מסתברת של הוראות המשיבים. כך, שכן הוראות המשיבים עצמן גוזרות פגיעה בזכויות אדם יסודיות, וקובעות באופן ברור וישיר הפרדה בין בני-אדם על בסיס מוצאם הלאומי.

91. ואולם, אף אם היה מדובר ב"תוצאה מסתברת" בלבד הרי שגם אז דינו של טיעון זה להידחות. עמד על כך הנשיא (בדימי) ברק:

"51. קו ההגנה השני של המדינה הינה הטענה כי תכליתו של החוק לא היתה להפלות בין בני זוג ישראלים-יהודים לבין בני זוג ישראלים-ערבים. לחוק תכלית ביטחונית בלבד... טיעון זה אינו יכול לעמוד... להיעדרה של הכוונה להפלות אין השפעה על קיומה של ההפליה. אכן, הלכה פסוקה היא בדיני השוויון, כי הפגיעה בשוויון (או ההפליה) אינה נבחנת אך על פי מטרתה של הנורמה שלפי הטענה יש בה הפליה. על פי הדין הנוהג בישראל הפגיעה בשוויון (או ההפליה) נבחנה גם בתוצאה (ה-impact) הלא מכוונת המושגת על ידה (ראו פרשת נבן, עמ' 759; פרשת דנילוביץ, עמ' 764). כחוט השני עוברת בפסיקתו של בית המשפט העליון התפיסה כי "הפליה היא פסולה גם כשאין ביסודה כוונה להפלות" (השופט א' מצא בבג"ץ 4531/94 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד מח(5) 501, 524); "... השאלה אינה רק מהו המניע של המחליטים; השאלה הינה גם מהי התוצאה של ההחלטה. החלטה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה, נפגע השוויון" (פרשת פורז, עמ' 333).

חוות דעתו של הנשיא (בדימי) ברק, שם. כן ראו קביעתה של ועדת זכויות האדם של האו"ם שצוטטה לעיל (ראו סעיף 83 לעיל).

ד. הפרדה שווה? אין חיה כזו

92. ממשיכים המשיבים וטוענים, כי לא רק על פלסטינים נאסרה תנועה בכבישים שונים ברחבי הגדה המערבית, אלא כי קיימים צירים אחרים בהם הוחלט לאסור דווקא תנועת ישראלים (סעיף 50 לתשובת המשיבים).

93. ככל שירדנו לסוף דעתם של המשיבים, הרי שטיעון זה דומה במהותו לטיעון, שהועלה ונדחה במסגרת בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל (פ"ד נד(1) 258):

"טענה זו, בלבושה המשפטי, הינה כי טיפול נפרד אבל שווה הוא טיפול שווה. כידוע, טענה זו הועלתה בשנות

החמישים בארצות-הברית לעניין מדיניות החינוך בארצות-הברית שהפרידה בין חינוך לתלמידים לבנים לחינוך לתלמידים אפרו-אמריקנים. בית-המשפט העליון החליט (בפרשה של *Brown v. Board of Education of Topeka (1954)* [30]) כי מדיניות של "נפרד אבל שווה" ("separate but equal") הינה מעצם טבעה בלתי שווה ("inherently unequal"). ביסוד גישה זו מונחת התפיסה כי הפרדה משדרת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית. ביטוי לגישה זו ניתן בסעיף 3 לאמנה הבין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית."

בג"צ קעדאן, עמ' 279.

94. ברי, כי העובדה, שבענייננו אין המדובר במיעוט מופלה לרעה, כי אם ברוב המופלה לרעה, אך מחדדת ומעצימה את חומרתה של ההפליה.

95. זאת ועוד, המשיבים כלל לא מתיימרים לשמור על שוויון בין הדרכים המותרות לישראלים בלבד, לעומת אלה המותרות לפלסטינים בלבד. כאשר הכבישים החדשים והרחבים מוקצים לשימושם של ישראלים, ואילו לפלסטינים נותרות, ככלל, הדרכים הצדדיות והמשובשות.

96. **לסיכום**, כל הניסיונות להלביש, להסתיר או לשנות את מהותו של האיסור נשוא העתירה דן לא יעזרו להסוות את מהותו האמיתית – איסור תנועה בכביש המבוסס על מוצאם הלאומי של בני אדם. ככזה, מדובר באיסור מפלה. ככזה, מדובר באיסור שאיננו חוקי – לא לפי המשפט הישראלי, ואף לא לפי המשפט הבינלאומי.

אין לסטות מהאיסור על אפליה על בסיס השתייכות לאומית אף במצבי חירום

97. האיסור על אפליה הינו איסור בסיסי במשפט, איסור העומד בשורשם של דיני זכויות האדם באשר הם. בהיעדרו נשמטת הקרקע תחת תפיסת הזכויות עצמה. עמד על כך המלומד לאוטרפכט:

"The claim to equality before the law is in a substantial sense the most fundamental of the rights of man."

H. Lauterpacht "An International Bill of the Rights of Man" (1945), p 115

מצוטט מתוך פסק הדין של בית הלורדים:

A (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56

98. מדובר באיסור שהינו כה חיוני למערך דיני זכויות האדם עד כי נקבע, שלא ניתן לסטות ממנו אף במצבי חירום. כך נקבע בסעיף 4 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות

ומדיניות מ-1966. עמדה על כך ועדת האו"ם האחראית על יישום האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית:

"10. [States should] **Ensure that any measures taken in the fight against terrorism** do not discriminate, in purpose or effect, on the grounds of race, color, descent, or national or ethnic origin and that non-citizens are not subjected to racial or ethnic profiling or stereotyping."

(ההדגשה הוספה – ל' י')

(General Recommendation 30)

99. כן ראו פסק הדין של בית-הלורדים בעניין *A (FC) and others v. Secretary of State*

56 UKHL [2004] *for the Home Department*, וכן פסק הדין בערעור נוסף בבית

הלורדים בעניין זה *A (FC) and others v. Secretary of State for the Home*

71 UKHL [2005] *Department*, בהם נידונו סעיפים בחוק הטרור המגבילים את תנועתם

והירותם של תושבים זרים במצב חירום. פסקי הדין ניתנים לעיון באינטרנט בכתובת:

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld/ldjudgmt.htm>

100. בית הדין הבינלאומי הפלילי לעניין יוגוסלביה לשעבר עומד על ההקבלה במעמדם של

האיסור על עינויים והאיסור על הפליה גזעית:

"There exists today universal revulsion against torture: .. This revulsion, as well as the importance States attach to the eradication of torture, has led to the cluster of treaty and customary rules on torture acquiring a particularly high status in the international normative system, **a status similar to that of principles such as those prohibiting genocide, slavery, racial discrimination, aggression, the acquisition of territory by force and the forcible suppression of the right of peoples to self-determination. ...**"

(ההדגשה הוספה – ל' י')

Prosecutor v Furundzija [1998] ICTY 3, 10 December 1998

(פרשנותו של המונח אפליה גזעית, הינה זו הכלולה בהגדרת אפליה גזעית על-פי האמנה

לביעור כל צורות האפליה הגזעית, והכוללת אפליה על בסיס מוצא לאומי).

101. ברוח זו פסקו רוב שופטי בית-משפט זה (מבחינה מהותית, להבדיל מאשר מבחינת תוצאת

פסק הדין) בעניין התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל (ראו חוות דעתו של הנשיא

(בדימי' ברק, פסקה 21). בהקשר זה עומד הנשיא ברק על הסכנה שבהכשרתו של דבר

כחוקתי או כחוקי באצטלה, כי הדבר נדרש נוכח שעת חירום הפוקדת את החברה, תוך

שהוא מצטט את השופט ג'קסון מפסק-הדין האמריקאי בעניין *Korematsu* :

“A military order, however unconstitutional, is not apt to last longer than the military emergency... But once a judicial opinion rationalizes such an order to show that it conforms to the Constitution, or rather rationalizes the Constitution to show that the Constitution sanctions such an order, the Court for all time has validated the principle of racial discrimination in criminal procedure and of transplanting American citizens. The principle then lies about like a loaded weapon ready for the hand of any authority that can bring forward a plausible claim of an urgent need... A military commander may overstep the bounds of constitutionality, and it is an incident. But if we review and approve, that passing incident becomes the doctrine of the Constitution. There it has a generative power of its own, and all that it creates will be in its own image”

(Korematsu v. United States, 323 U.S. 214, 245 (1944)).

האיסור הגורף

102. ענייננו כאמור באיסור גורף שהוטל על בני אדם בשל השתייכותם לקבוצה לאומית מסוימת. גם בכך דומה ענייננו לעניין שנדון בעניין Korematsu כמו גם לעניין שנדון במסגרת העתירות שהוגשו נגד חוקתיותו של התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל.

103. על הסכנה הגדולה, הטמונה בהסדרים גורפים, המוחלים על ציבור שלם בלא אבחנה, עמדה השופטת פרוקציה בחוות דעתה בעניין חוק האזרחות. במסגרת זו, הפנתה לעמדתם של שופטי המיעוט בעניין Korematsu. בפרשה זו הובלו תושבים ואזרחים אמריקניים ממוצא יפני, החיים בארצות הברית, למחנות הסגר במדינתם הם, בעת מלחמת העולם השנייה, כאשר ארצות הברית נלחמה נגד יפן. היו יחידים מאותו ציבור, שנחשדו בחוסר נאמנות למדינה. בעקבות כך, הוטלה סנקציה כללית של הסגר על ציבור שלם. אמצעים גורפים אלה אושרו ברוב דעות בבית המשפט העליון האמריקאי, תוך שימוש בהצדקה, המזכירה את טיעונם של המשיבים בענייננו. המיעוט סבר אחרת. לדעתו של המיעוט, לא התקיים קשר רציונלי בין האמצעי שננקט לבין המטרה:

“In adjudging the military action taken in light of the then apparent dangers, we must not erect too high or too meticulous standards; **it is necessary only that the action have some reasonable relation** to the removal of the dangers of invasion, sabotage and espionage. **But the exclusion, either temporary or permanently, of all persons with Japanese blood in their veins has no such reasonable relation.** And that relation is lacking

because the exclusion order necessarily must rely for its reasonableness upon the assumption that all persons of Japanese ancestry may have a dangerous tendency to commit sabotage and espionage and to aid our Japanese enemy in other ways... no reliable evidence is cited to show that such individuals were generally disloyal...or had otherwise by their behavior furnished reasonable ground for their exclusion as a group.”

(ההדגשה הוספה – ל' י')

(Korematsu, id., at. 235-236)

104. בהמשך עומד בית המשפט על הסכנה הגדולה שבהצדקתם של איסורים גורפים :

“[T]o infer that examples of individual disloyalty prove group disloyalty and justify discriminatory action against the entire group is to deny that under our system of law individual guilt is the sole basis for deprivation of rights... is to adopt one of the cruelest of the rationales used by our enemies to destroy the dignity of the individual and to encourage and open the door to discriminatory actions against other minority groups in the passions of tomorrow.”

(Korematsu, at. 240)

105. ועוד נזכיר את שאמרה ממשלת ארה"ב על הלכת הרוב שנפסקה בעניין Korematsu :

“[T]oday the decision in Korematsu lies overruled in the court of history”.

Korematsu v. United States of America, 584 F. Supp. 1406, 1420 (N.D.Ca. 1984)

מצוטט מתוך :

Prosecutor v. Koradic and Cerkez, Case No. IT-95-14/2-T, ICTY (26 February 2001), Article 290.

106. זאת ועוד, הנשיא (בדימי) ברק עמד על כך, כי הגבלה גורפת של זכות הינה אמצעי החשוד בחוסר מידתיות (בג"צ עדאלה, פסקה 70 לחוות דעתו של הנשיא (בדימי) ברק). השופטת (בתוארה אז) ביניש עמדה על כך, שקביעתו של איסור גורף תוך הימנעות מבדיקה אינדיבידואלית "מעניקים שוליים רחבים מדי לערך הביטחון בלא לקיים התמודדות הולמת עם ערכים וזכויות העומדים אל מול ערך זה..." (בג"צ עדאלה, פסקה 11 לחוות דעתה של השופטת ביניש).

107. בתשובתם לעתירה בעניינו, המשיבים לא ניסו אפילו לבסס את הטענה, כי רק קביעתו של איסור גורף ממין זה שנקבע תשרת את התכלית הביטחונית האמורה. על כך, שלרשות המשיבים עומדים אמצעים חלופיים להגנת ביטחונם של הישראלים המבקשים לעשות שימוש בכביש הרוחב נעמוד להלן במסגרת ההתייחסות לטיעון הצורך הביטחוני, באמצעות

חוות דעתו של מומחה ביטחוני. לא זו אף זו, בחוות הדעת, עומד המומחה על כך, כי דווקא האמצעי בו בחרו המשיבים – הפרדת התנועה בין ישראלים ופלסטינים – אך מגביר את הסיכון הכולל לביטחונם של הישראלים.

לסיכום

108. המשיבים בתשובתם לא כפרו בחובתם לנהוג בשוויון, ולהימנע מאפליה, ובדין עשו כך. לפיכך, משהוכח שאיסורי התנועה בענייננו פוגעים באופן גורף וללא הצדקה בעקרון השוויון ובאיסור על הפליה על בסיס מוצא לאומי, הרי שדינם של האיסורים בטלות.

הגבלות ואיסורי תנועה ללא עיגון והסמכה חוקיים

109. בעתירה נטען, כי עד היום לא ניתן ולא פורסם כל צו חוקי האוסר על תנועתם של פלסטינים, או כלי רכב פלסטינים, בצומת או בכביש הרוחב.

110. בתשובתם לעתירה הודו המשיבים, כי אכן עד כה לא ניתן כל צו בכתב המעגן את איסורי התנועה הנדונים.

111. לטענת המשיבים, סמכותו של המפקד הצבאי בסעיף 88(א)(1) לצו בדבר הוראות ביטחון היא כזו, המאפשרת לו להטיל איסור או הגבלה הן בצו, הן על ידי מתן הוראות והן באופן אחר, וכי אין עליו כל חובה ליתן הוראות ממין אלה באמצעותו של צו כתוב, אשר יפורסם כדת וכדין לציבור הנוגע בדבר. הגדילו המשיבים והוסיפו:

"הגבלת התנועה נעשתה בפועל, בשטח, והעותרים לא העלו כל טענה לפיה תושבי האזור אינם מודעים לחסימה או לאיסור התנועה בציר הרוחב. כך, נעשה פרסום ראוי להגבלות התנועה, אשר נעשו על-דרך של מתן הוראות וב"אופן אחר", כאמור בסעיף 88 לצו בדבר הוראות ביטחון."

(סעיף 39 לתשובת המשיבים)

112. נודה – נדהמנו מטענה זו. לא רק משום שהיא מזכירה את הלך הדברים השגור בפי חיילים המטיחים את טיעון המחץ "הם יודעים", אלא שהיא משקפת זלזול מוחלט בערכים בסיסיים של חוקיות המנהל ושל מנהל תקין.

113. עמדתם זו של המשיבים מבקשת להכשיר מתן הוראות המגבילות את חופש התנועה, כעניין שבשגרה, באמצעות הוראות הניתנות בעל-פה, ללא צו חתום המפרש באופן ברור וחד-משמעי את מקור הסמכות מכוחו ניתן, את היקפו, את משך תוקפו ואת זהותו של נותנו וסמכותו. עמדה שכזו מכשירה את הקרקע להפרות גסות ובוטות של זכויות אדם, בלא שהרשות המוסמכת שומרת לעצמה כל מנגנון לבקרה על כך ותוך הענקת חסינות מאחריות. כך גם, היא מתעלמת לחלוטין מחובתה של הרשות לפרסם בדרכים ראויות ומקובלות הוראות המשנות את המצב המשפטי (ואת כללי המותר והאסור) והפוגעות בזכויות אדם, ושוללת את זכותו של הציבור להשיג עליהן. לא למותר לציין, שענייננו בהוראות, אשר על פי הצו בדבר הוראות ביטחון יוצרות איסור שהינו בגדר עבירה פלילית (ראו סעיף 88(ג) לצו).

114. עמדה זו עומדת בסתירה לפסיקתו של בית משפט זה בעניין דומה – הכרזתו של שטח כשטח צבאי סגור :

”... כן יש לציין כי סגירת שטחים חייבת להיעשות על דרך של הוצאת צווים בכתב על ידי המפקד הצבאי ובהעדר קיומם של צווי סגירה אין למנוע מהתושבים הפלסטינים גישה לאדמותיהם.”

בג”צ מוראר, פסקה 21 לפסק-הדין.

115. אכן, בית המשפט עומד על כך, שבמקרים חריגים בלבד, קיימת למפקד בשטח סמכות להורות בעל-פה על סגירה נקודתית של שטח. בית המשפט מבהיר ומדגיש, שמדובר בסמכות חריגה שהשימוש בה מצריך משנה זהירות והקפדה :

”אין באמור כדי לפגוע בסמכות המפקד בשטח להורות בעל-פה על סגירה נקודתית של שטח כלשהו לתקופה קצרה ומוגבלת כאשר מתעוררות נסיבות בלתי צפויות אשר מהן נובע חשש לסכנה מיידית לביטחון שאין ניתן להתמודד עימה באמצעים אחרים. ואולם, יש לעמוד על המשמר ולוודא שהסמכות להורות על סגירה נקודתית של תא שטח ללא צו כדיון, כתגובה להתפתחות של אירועים בלתי צפויים, תוגבל לזמן ולמקום בהם היא נדרשת באופן מידי בלבד. כעיקרון, סגירת שטחים צריכה להיעשות באמצעות צו שהודעה עליו נמסרת למי שנפגע ממנו ואשר ניתנת לתושבים שאדמותיהם נסגרו בפניהם הזדמנות להשיג על תוקפו...”

(שם).

116. אין אנו מוצאים כל מקום להבחנה בין החובה להכריז על שטח צבאי סגור באמצעות צו כתוב, המפרט את השטח עליו הוא חל, משך תוקפו, וזהותו של נותנו, לבין ענייננו – הטלתן של הוראות האוסרות או המגבילות את התנועה בדרך ציבורית.

117. לא למותר לציין, כי אף עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה שהובעה באותו עניין הייתה, כי ככלל, על המפקד הצבאי להורות על סגירתו של שטח באמצעות הוצאת צו בכתב, בצירוף מפה (במסגרת תשובות המשיבים לבג”צ 9593/04). כך גם ניתן להזכיר את העובדה, כי הגבלות תנועה על-פיהן נאסרה תנועת כלי-רכב ברחובות העיר חברון עוגנו אף הם (לאחר הגשתה של עתירה בנדון) בצווים כתובים (ראו נספח ע/22).

118. ברצוננו להתריע על הסכנה החמורה שאנו רואים בעמדה זו שהביעו המשיבים. לצערנו, עמדה זו משקפת במידה רבה את אופן התנהלותם של המשיבים בשטח – פגיעות גורפות בזכויות אדם הנעשות ללא עיגון חוקי, ללא בקרה ופיקוח הולמים על ידי בעלי הסמכות, וללא פרסום נאות לציבור תוך שמירת זכותו להגן על זכויותיו. דרך התנהלות בלתי-חוקית זו חותרת תחת הכללים הבסיסיים של שלטון תקין. היא מונעת מהרשות המוסמכת שליטה ובקרה על אופן הפעלתן של סמכויותיה, גוררת העברתן של הוראות בלתי-ברורות, הזכות לפרשנויות שונות במורד שרשרת הפיקוד תוך שהיא סוללת את הדרך לפגיעות שרירותיות בזכויות אדם. עמדה זו מכשירה את הקרקע למשטר משפטי על-פיו ”כל חייל הוא מלך”, ובו אין דין ואין דיין.

119. נוכח טענת המשיבים, כי לא הועלתה על ידי העותרים טענה בדבר "אי-ידיעת" האיסורים, ולשם השלמת התמונה, מצורפת בזאת עדותו של תושב חברון, שלא ידע על איסורי התנועה בכביש הרוחב. המקרה הסתיים באלמות קשה מצד כוחות הביטחון בצומת כלפיו, אלימות שהביאה לאשפוזו של התושב.

עדותו של מר ג'וודאט עבד אל-פתאח מחמוד עיית', מצורפת ומסומנת **כנספח ע/23**.

120. אשר על כן, נוסף על אי-החוקיות המהותית בה נגועות פעולות המשיבים בענייננו, פסולים מעשיהם אף בשל כך שנעדרים הם עיגון חוקי לפעולותיהם.

חלק ג' – היעדרו של צורך ביטחוני באיסורי התנועה

121. כפי שנראה להלן, טענותיהם של המשיבים הנוגעות לצורך הביטחוני אינן מגובות בפירוט הנתונים העובדתיים והשיקולים המקצועיים המבססים אותן.
122. לא זו אף זו, כמוסבר בחוות דעת ביטחונית מנומקת, שניתנה על-ידי תא"ל (מיל') אילן פז (נספח ע/10), לרשות המשיבים עומדים אמצעים חלופיים להגנתם של הישראלים. מדובר באמצעים חלופיים המשיגים את שתי התכליות – מתן רמת ביטחון שווה (ואולי אף עדיפה) לישראלים, תוך ביטול הפגיעות בתושבי האזור הפלסטינים.

היעדר ביסוס עובדתי לטענות

123. במסגרת תגובת המשיבים לעתירה נכללו מספר טענות המבססות לשיטתם את קיומו של ה"צורך הביטחוני" במכלול מגבלות התנועה שהוטלו על תושבי האזור. עיקר הטענות הן:
- 123.1. הכפר בית-עווא הינו מוקד טרור. לביסוס טיעון זה הובאו טענות כלליות, ופירוט של שלושה אירועים. כן נטען, שהכפר בית-עווא מתאפיין בתושבים רבים המעורבים בפעילות מטעם חמאס (סעיפים 20-23 לתגובת המשיבים);
- 123.2. האיום מופנה נגד יושבי נגוהות ועל תנועתם בכביש הרחוב (סעיף 24 לתגובת המשיבים);
- 123.3. איום ביטחוני נובע מכל "חיכוך" בין תנועה פלסטינית לתנועה ישראלית (סעיפים 24, 28 לתגובת המשיבים);
- 123.4. למרות שגדר ההפרדה באזור הוקמה, טרם הושלמה הקמת שער על הכביש הנכנס לישראל. בשל כך שהשער פתוח, מדובר ב"פרצה ביטחונית חמורה" המסכנת את ביטחון אזרחי מדינת ישראל (סעיף 29);
- 123.5. בשל הסיכונים הביטחוניים, הוחלט שיש צורך בהפרדה בין תנועת פלסטינים לתנועת ישראלים. בשל כך נאסרה תנועת פלסטינים בכביש הרחוב ובצומת.
124. **בנוגע להיות בית-עווא "מוקד טרור" ומידת האיום הנשקפת לתנועה ישראלית בכביש הרחוב** - הטענות שהובאו בתגובה כמו גם דברים נוספים שנאמרו בעל-פה על-ידי סמח"ט הגזרה במהלך הדיון ביום 6.8.2006, לא זכו לביסוס ולפירוט עובדתי. לפיכך, פנו העותרים למשיבים עוד ביום 10.8.2006 בבקשה למתן פירוט ומידע מלאים. למרות הפנייה, לא התקבל עד כה כל מענה או פירוט נוסף.
- העתק מפניית העותרים למשיבים מיום 10.8.2006 מצורף ומסומן כנספח ע/24.
125. **בנוגע לטענה לפיה תנועה על ציר אחד של פלסטינים וישראלים בתוככי הגדה המערבית הינה "נקודת תורפה ביטחונית חמורה ונקודת חיכוך..."** (סעיף 14 פסקה שניה לתשובת המשיבים) ולפיכך יש להפריד את התנועה באמצעות מניעת תנועתם של פלסטינים על הכביש - גם טענה זו, למרות שהינה בגדר ההנחה המרכזית העומדת ביסוד כל טיעון ה"צורך הביטחוני" של המשיבים בתיק זה, לא לוותה בשום הסבר או פירוט. הנחה-טענה זו מועלית בתשובת המשיבים כאכסיומה, שאיננה דורשת לא הסבר ולא הוכחה. לא זו אף

זו, בהעלותם טענה זו המשיבים כלל אינם נדרשים לספק כל הסבר, מדוע דווקא בכביש זה, מבין מאות קילומטרים של כבישים בגדה המערבית, בהם נוסעים גם ישראלים וגם פלסטינים, מדובר ב"נקודת תורפה ביטחונית" כה חמורה, שרק חסימתו המוחלטת של הכביש והצומת לתנועתם של פלסטינים הינה הפתרון היחיד האפשרי.

זאת ועוד, מעניין לציין שדווקא מתוך האירועים שכן פורטו על ידי המשיבים, הרי שלמעט האירוע הראשון, שהתרחש בחודש דצמבר 2000, כל יתר האירועים התרחשו לאחר סגירתם של הצומת והכביש לתנועת פלסטינים. מכאן, שאין זה ברור כיצד יש בעובדת התרחשותם כדי לבסס ולהצדיק את ההחלטה על סגירת הכביש לתנועת פלסטינים, אמצעי שכפי הנראה לא הביא למניעתם.

126. **גם טענת המשיבים, כי למרות שגדר הביטחון במרחב מבצעית ברובה, טרם הושלמה הקמת השער המיועד למעבר תושבי נגוהות לכיוון ישראל, וכי לפיכך התרת תנועה פלסטינית חופשית בצומת תאפשר גישה חופשית וקלה מהמרחב כולו אל תוך תחומי מדינת ישראל (סעיף 29 לתשובת המשיבים) - אינה נכונה.**

כאמור בעתירה, גדר ההפרדה באזור נבנתה זה מכבר. אכן, המשיבים טרם מצאו לנכון לסגור את הגדר מטעמיהם הם (תוך שהם עצמם מגדירים מעשה זה שלהם כהותרתה של "פרצה ביטחונית חמורה המסכנת בצורה חמורה את ביטחון כלל אזרחי מדינת ישראל, ומסכלת את המטרה שלשמה הוקמה גדר הביטחון" סעיף 29 לתשובה), הרי שלמרות התנהלות תמוהה זו – יבהירו העותרים, כי גם כיום אין כל דרך מעשית בה פלסטיני אשר ייסע בצומת או בכביש יוכל להיכנס לשטח מדינת ישראל.

הכביש היחיד היוצא מהצומת והנכנס למדינת ישראל נתון כולו לתצפית מעמדת התצפית בצומת. כמו כן, לאורך הכביש מתבצעים כל העת סיורים של כוחות הביטחון. זאת ועוד, על מנת להיכנס מכביש זה למדינת ישראל יש צורך לעבור דרך קיבוץ שקף. ואולם, המעבר לקיבוץ שקף חסום, ומתאפשר רק לאחר פתיחתו של שער חשמלי. כל רכב שמגיע למקום מלווה על ידי רכב ביטחון כל העת, עד לפתיחת השער, ולאחר מכן עד לסגירתו מחדש. הדרך האחרת מובילה למחנה מג"ב שמוקם בסמוך למקום. דרכים אחרות שמתפצלות מהצומת הינן הדרכים המיוחדות שנסללו כחלק מגדר ההפרדה, והמיועדות לרכבי ביטחון בלבד. כביש זה מגודר משני צידיו. רכב שיעלה על כביש זה יגיע בהכרח לאחת מעמדות התצפית שהוקמו לאורך הגדר. יציאות מדרך זו קיימות, למיטב ידיעת העותרים, רק באזור מחסום תרקומיא בצפון או אשכולות בדרום.

הנה כי כן, גם כיום ואף בהעדר שער בגדר ההפרדה אין כל אפשרות מעשית שפלסטיני הנוסע בצומת בית-עווא יוכל לעשות דרכו לתוככי מדינת ישראל.

הגדלת הסיכון הביטחוני עקב איסורי התנועה והחלופות להגנתם של הישראלים

127. תשובת המשיבים איננה כוללת שום פירוט של חלופות אחרות שנשקלו על-ידם לצורך השגת התכלית הביטחונית הנטענת. כך גם לא פורטו שום שיקולים, שהביאו לפסילתן של

חלופות אלה, ולהחלטה על אימוצם של האמצעים הקיימים – איסור מוחלט על תנועת פלסטינים בכביש הרוחב, ומגבלות שונות על תנועתם בצומת.

128. חסר זה בתשובת המשיבים הינו תמוה במיוחד נוכח זאת, שהמשימה של הגנת תנועתם של ישראלים בשטחי הגדה המערבית איננה בגדר משימה ייחודית לאזור בית-עווא – נגוהות. מדובר במשימה הנוגעת לכלל פעילות הצבא ברחבי הגדה המערבית.

ואכן, בכבישים אחרים נמצאו פתרונות אחרים להגנת תנועתם של הישראלים העושים שימוש בכביש. כך למשל, המשיבים עצמם הצהירו, במסגרת בג"צ 1748/06, כי אין כל הגבלה על תנועתם של פלסטינים בכבישים 317 ו-60 באזור דרום הר-חברון, וכי תנועתם בכבישים אלה, כמו גם בדרכים החוצות אותם, תהיה חופשית (בכפוף להסדרי הביטחון הכלליים הנהוגים באזור).

העתק ממספר עמודים רלבנטיים מתשובת המשיבים לעתירות בבג"צ 1748/06, בג"צ 1845/06, בג"צ 1856/06 מצורף ומסומן **כנספח ע/25**.

129. בחוות דעת מפורטת ומנומקת מסביר תא"ל (מיל') אילן פז (נספח ע/10), **מדוע האמצעי של ייחוד כבישים לתנועתם של ישראלים בלבד, תוך הטלת איסור על האוכלוסייה הפלסטינית המקומית לעשות בהם שימוש, אך מגדיל את הסיכון הביטחוני הכולל, הנשקף למשתמשים בכביש.**

תא"ל (מיל') פז מבהיר את השיקולים בעד ונגד אמצעי זה, תוך שהוא מצביע על חלופות אחרות לאבטחת תנועת הישראלים. חלופות אלה, המתבססות על אמצעים הננקטים על ידי הצבא בכבישים אחרים בגדה, כוללות: הצבת עמדות מאויישות בצידי הדרך, תצפיות, ופטרולים.

עוד מובהר, כי במקרים בהם תהיה התראה נקודתית על כוונה לבצע פיגוע בציר זה ניתן להגביר את ההגנה באמצעות אמצעי אבטחה נוספים: הסעתם של ישראלים ברכבים ממוגני ירי, ליווי צבאי (בדומה לליווי הניתן להם לצורך נסיעה מנגוהות לקרית-ארבע), ולחלופין באמצעות הצבת מחסום בידוק בכניסה המזרחית לכביש.

להערכתו של תא"ל (מיל') פז, הפעילות הביטחונית הננקטת כיום על ידי הצבא באזור זה הינה בעייתית מבחינה ביטחונית. בה בעת, החלופה המוצעת על-ידו נותנת מענה ביטחוני ראוי, ללא יצירת נקודת תורפה ביטחונית, תוך שהיא אף מונעת פגיעה בחפים מפשע.

130. הנה כי כן, לרשות המשיבים עומדים אמצעים אחרים, שאינם כוללים הטלת איסור על תנועת פלסטינים לא בכביש הרוחב ולא בצומת.

היום, 3 באוקטובר, 2006