

- העותרים:
1. עלי חסיין מחמוד אבו צפייה, ראש מועצת הכפר בית סירא
 2. נימר יוסוף נימר פלנה, ראש מועצת הכפר צפא
 3. חסן נמר עבד מפארג'ה, ראש מועצת הכפר בית ליקיא
 4. סאלח סעיד מוסטפא עטייה, ראש מועצת הכפר חרבתא אל-מצבאח
 5. נאג'י עארף נאג'י סלימאן, ראש מועצת הכפר בית עור אל-תחתא
 6. עודה עארף עבד אלחמיד סמארה, ראש מועצת הכפר בית עור אל-פוקא
 7. האגודה לזכויות האזרח בישראל
 8. פארוק מחמד אסמעיל ענקאוי, תושב הכפר בית סירא
 9. מוצטפא סלאמה ג'מיל אבו חשיש, תושב הכפר בית סירא
 10. חלמי עקל אחמד אבו צפיה, תושב הכפר בית סירא
 11. אבראהים מחמוד עודה דאר חג', בית סירא
 12. רשיד מוחמד חסן חמדאן, תושב הכפר בית סירא
 13. חסיין שחאדה עאסי, תושב הכפר בית לקיא
 14. ג'מיל מחמד מחמוד עאסי, תושב הכפר בית לקיא
 15. יוסף עזאת מוסטפא עאסי, תושב הכפר בית לקיא
 16. זיאד בכר אסד עאסי, תושב הכפר בית לקיא
 17. חאלד עבד אלקאדר מוחמד שבלי, תושב הכפר בית לקיא
 18. אסעד יונס מוצטפא מוסא, תושב הכפר בית לקיא
 19. צאלח סעיד מוסטפא עטייה, תושב הכפר חרבתא אל-מצבאח
 20. מוצטפא מחמד סעיד דראג, תושב הכפר חרבתא אל-מצבאח
 21. עוואדי צאלח עוויזי חרפוש, תושב הכפר חרבתא אל-מצבאח
 22. אבראהים עבדאללה אחמד חמודה, תושב הכפר חרבתא אל מצבאח
 23. שאכר עבד אלמעטי עלי מצלח, תושב הכפר חרבתא אל מצבאח
 24. מחמוד סמור מוחמד מצלח, תושב הכפר חרבתא אל מצבאח
 25. נאג'י עארף נאג'י סלימאן, תושב הכפר בית עור-אל תחתא

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 לילה מרגלית ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס ו/או סוניה בולוס ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או נסראת דקואר ו/או גיל גן-מור

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

ת"ד 34510, ירושלים 91000

טל': 6521218 - 02; פקס': 6521219 - 02

1. המשיבים: שר הביטחון
 2. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון
 3. מפקד חטיבת בנימין
- ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים
4. משיבים שצורפו: שורת הדין – Israel Law Center
- ע"י ב"כ עוה"ד ניצנה דרשן-לייטנר /או אח'
5. תנועת גדר לחיים – להקמת גדר הפרדה
- ע"י ב"כ עוה"ד אילן ציאון /או אח'

עיקרי טיעון מטעם העותרים

העותרים מתכבדים להגיש בזאת את עיקרי הטענות מטעמם, המשלימים את הטענות המפורטים בעתירה ובתגובתם מיום 20.11.2007. המהווים חלק בלתי נפרד מעיקרי הטענות, והכל כפי שיפורט להלן:

עתירה זו מעוררת שאלות משפטיות עקרוניות, המחייבות דיון בעקרונות היסוד של משטר הכיבוש, כפי שנקבעו והוצהרו על-ידי המשיבים ובית-משפט זה מאז החלה ההתדיינות בעתירותיהם של תושבים מהשטחים שנכבשו על-ידי ישראל בשנת 1967. תיק זה מהווה מקרה מבחן היסטורי לשלטון הכיבוש הישראלי בגדה המערבית. להכרעה בו תהא השלכה מהותית על הגדרת המצב המשפטי האמיתי, אליבא דמדינת ישראל, השורר בשטח הגדה המערבית וסמכויותיו של המפקד הצבאי בו. קבלת עמדת המשיבים, ואישור איסורי התנועה שהטילו על תושבי האזור הפלסטינים, תהווה קפיצת מדרגה מסוכנת שמשמעותה – מתן הכשר לשימוש במשאבי השטח הכבוש לצרכיה של מדינת הכוח הכובש. פסיקה שכזו תעמוד בסתירה חזיתית להלכה שנפסקה בבג"צ 393/83 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פ"ד לז(4) 785).

להכרעה בעתירה זו אף השלכה על פרשנותה הרשמית של ישראל לאיסור ההפליה הקבוע במשפט הבינלאומי. קבלת עמדת המשיבים בענייננו – המבקשים להכשיר כביש המצוי בתוככי השטח הכבוש כ"כביש לישראלים בלבד" – תיתן גושפנקא משפטית לפרקטיקה של הפרדה בתנועה על בסיס השתייכות קבוצתית של אדם, תוך הפלייתם לרעה של תושבי "המוגנים" של השטח הכבוש.

ואולם, לא רק שאלות משפטיות באשר לדין המהותי עומדות כאן על הפרק, אלא אף שאלות הנוגעות לתקינותו של ההליך השיפוטי ולרצינותה של ההלכה הנקבעת בבית משפט זה.

להלכה שתפסק בתיק זה עשויות להיות אם כן השלכות הרות גורל על שיטת המשפט הישראלית בכללותה.

פתיח

1. עתירה זו הוגשה נגד החלטתם ופעולותיהם של המשיבים לחסום לתנועת פלסטינים את קטע כביש 443, העובר בתוככי הגדה המערבית (להלן: "כביש 443"), תוך ייחוד השימוש בכביש לתנועתם של ישראלים בלבד.
2. כביש 443 מצוי "מרחק נגיעה" מחלק מהכפרים העותרים. עבור תושבי האזור, מניעת התנועה בכביש היא ממשית ונוכחת. כשהם קמים בבוקר, וכשהם הולכים לישון בערב.
3. כביש 443 בתוואי מעט שונה מזה הנוכחי, היווה את דרך התנועה האזורית עבור תושבי הכפרים העותרים, ותושבים פלסטינים מהאזור כולו, מימים ימימה. כביש 443 בתוואי הנוכחי נסלל ביוזמתו של המפקד הצבאי הישראלי במהלך שנות ה-80. הוא נסלל תוך הפקעתן של קרקעות ציבוריות ופרטיות נרחבות של תושבי האזור. טענת הרשויות להצדקתה של ההפקעה הייתה, כי סלילת הכביש דרושה על מנת לשרת את צרכיה התחבורתיים של אוכלוסיית האזור.
4. בסמוך לאחר פרוץ האינתיפאדה השנייה החלו המשיבים לאסור על תנועתם של פלסטינים בכביש. איסורי התנועה לא עוגנו בצו ולא פורסמו בדרך רשמית כלשהי. הם נעשו בשטח, באמצעות חסימתן של דרכי הגישה של כל הכפרים הפלסטינים המצויים בצידו. במאי 2005 פנו העותרים למשיבים בדרישה להסרתן של החסימות. בתשובה לפניית העותרים, השיבו המשיבים, בחודש אוקטובר 2006, כי כוחות הצבא אינם מונעים תנועתם של כלי-רכב פלסטינים בכביש.
5. בינתיים, העובדה, כי המשיבים אוסרים על תנועתם של כלי-רכב פלסטיניים בכביש 443 המצוי בתוך השטח הכבוש כבר איננה שנויה במחלוקת בין הצדדים. כפי שהצהירו המשיבים הם החלו לעשות כן מאז סוף שנת 2000, ובכוונתם להמשיך ולעשות כן. לא מדובר בהחלטה זמנית, שעשויה להשתנות בעתיד הנראה לעין. גם ההסדר הזמני שהציעו המשיבים (מתן היתרים מוגבלים מאוד לכ-80 כלי רכב מהכפרים העותרים) איננו יותר מאשר לעג לרש, אין בו כדי לתת מענה לפגיעות בעותרים, ואין בו כדי לשנות את מהות הדברים – הפקעת הכביש מהתושבים ה"מוגנים" עבורם, לכאורה, נבנה וייחוד השימוש בו לאזרחי הכוח הכובש.
6. טענת המשיבים בעתירה היא – טעמים ביטחוניים. הם עומדים על כך, שמסקנתו של המפקד הצבאי היא אחת בלבד – כי לא ניתן לאפשר בנסיבות הקיימות תנועה של פלסטינים ושל ישראלים גם יחד בכביש.
7. אכן, כבר נפסק לא אחת, כי כאשר ניצבות בפני בית המשפט שתי גישות ביטחוניות, הרי שבית המשפט יעדיף את חוות הדעת של המפקד הצבאי הנוכחי, האחראי לביטחון.
8. ואולם, בעוד המפקד הצבאי הינו המומחה ובעל האחריות בענייני ביטחון, הרי שהמומחה בשאלה מהו חוקי ומה לא, ומהם גבולות סמכויותיו של המפקד הצבאי עת הוא פועל בשטח הכבוש, הינו בית המשפט. לפיכך, אף אם חוות דעתו של המפקד הצבאי היא, כי לא ניתן לאפשר תנועה של פלסטינים וישראלים גם יחד בכביש, עדיין קיים מרחק רב עד לקבלתה של

הקביעה, כי בנסיבות שכאלה, הבחירה החוקית והכשרה היא זו בה בחר המפקד הצבאי: כי רק ישראלים יסעו בכביש.

9. בקליפת אגוז, אלו הן טענות העותרים בדבר אי-החוקיות שנפלה בהחלטתם ובפעולותיהם של המשיבים נשוא עתירה זו:

א. חריגה מסמכות המפקד הצבאי בשטח כבוש - הפרת החובה להבטחת צרכיה של

האוכלוסייה המקומית, מטרה ושיקולים זרים: בפעולתם לאיסור התנועה בכביש גוזלים המשיבים נכס ציבורי בעל חשיבות ראשונה במעלה – כביש ראשי-מרכזי, וכן רכוש פרטי נוסף, מתושבי האזור הפלסטינים על מנת לשמר את כביש 443 כדרך שירות למדינת ישראל ולתושביה. עמדה זו איננה עולה בקנה אחד עם עקרונותיו של המשפט הבינלאומי החל בשטח כבוש, כפי שאף הוגדרו על-ידי בית משפט זה בבג"צ ג'מעית אסכאן. היא אף איננה עולה בקנה אחד עם הצהרותיו של המפקד הצבאי כפי שנמסרו לבית משפט זה עת ביקש הוא לנמק את הפקעתן של אדמות לצורך סלילתה של מערכת כבישים, שכביש 443 מהווה חלק ממנה.

ב. חריגה מסמכות המפקד הצבאי בשטח כבוש - אפליה לרעה של תושביו ה"מוגנים"

לגבי זכות השימוש במשאבי השטח הכבוש: המשיבים מודים, והדבר אף נכתב במפורש בצו עליו חתם המשיב מס' 2, כי עושים הם הבחנה בין כלי-רכב פלסטינים – עליהם נאסרה התנועה בכביש, לבין כלי-רכב ישראלים – להם מותרת התנועה בו, והלכה למעשה – בין פלסטינים לבין ישראלים. עמדתם המשפטית הינה, כי מדובר בהבחנה לגיטימית ומותרת. משמדובר בחופש תנועה מחוץ לגבולות מדינת ישראל, בתוך השטח הכבוש, ובזכות לשימוש במשאביו של השטח הכבוש, ולא בחופש תנועה בתוך מדינת ישראל או לשימוש במשאביה של מדינת ישראל, טענה זו איננה עולה בקנה אחד עם מושכלות יסוד משפטיים. היא סותרת הוראות יסוד במשפט הבינלאומי ההומניטרי, במשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובכלל זאת, את קביעתה המפורשת משנת 2007 של ועדת האו"ם על פי האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית. כן היא סותרת מושכלות יסוד של שיטתנו המשפטית, לרבות פסיקתו העניפה של בית משפט זה.

ג. פעולה בהיעדר הסמכה חוקית ואיון עקרון החוקיות בפעולת הרשות: לפי הצהרת

המשיבים, משלהי שנת 2000 מונעים הם תנועת כלי-רכב פלסטינים בכביש 443. מאז ועד לאחרונה (סוף חודש אוגוסט 2007) הוטלו איסורים אלה ללא צו כתוב, שהוצא על-ידי בעל הסמכות, ובלא שהוגדרו גבולות האיסורים שהוטלו. הצו הכתוב הוצא רק בעקבות הגשתה של העתירה דנן. בתשובת יועמ"ש איו"ש שנשלחה לעותרים בחודש אוקטובר 2006, הכחישו המשיבים, כי נאסרה או נמנעת תנועת כלי-רכב פלסטינים בכביש. עמדתם של המשיבים, כי רשאים הם להטיל מגבלות תנועה ללא צו כתוב, חותרת תחת כללים בסיסיים של מינהל תקין ושל עקרון החוקיות. בעניין זה יסתפקו העותרים בהפנייה לטיעונם בעמ' 25 לכתב העתירה, ובעמ' 35-36 לתגובתם.

ד. **חוסר סבירות והיעדר מידתיות**: אם יקבע בית המשפט, כי איסור התנועה על פלסטינים בכביש איננו מפר את חובתו הבסיסית של המפקד הצבאי, לא הושפע משיקולים ומטרה זרים ואיננו מפר את האיסור על אפליה, יטענו העותרים, לחלופי חילופין בלבד, כי אמצעי זה איננו עומד במבחני הסבירות והמידתיות. ראשית, משום שהמפקד הצבאי לא שם לנגד עיניו את השיקולים הנכונים העומדים על הפרק. בבחינת העניין חייב היה המפקד הצבאי לשקול את הזכויות המוגנות העומדות על הכף: בעוד שלתושבי המוגנים של השטח הכבוש עומדות, מכוח המשפט הבינלאומי, הזכויות לחופש תנועה בשטח הכבוש ולשימוש במשאבי השטח הכבוש השייכים להם, הרי שבהינתן המסגרת המשפטית של שטח כבוש, כניסתם ושהותם של תושבי מדינת ישראל לשטח זה נעשית מכוח היתר שניתן על-ידי המפקד הצבאי. שיקול זה, כעולה מדברי המשיבים, כלל לא נשקל על-ידם. שנית, משום שהמשיבים לא היו רשאים לבחור בחלופה זו – של איסור תנועתם של פלסטינים בכביש. תוך שמחוייבים היו לבחור באחת מבין אפשרויות אחרות העומדות לרשותם. שלישית, משום היעדרו של יחס סביר בין התועלת הנוספת הנובעת מהאיסור על תנועת כלי-רכב פלסטינים בכביש (על-פי הטענה), לבין הנזק הנגרם לאוכלוסיית האזור כולו, אשר תושבי הכפרים העותרים מהווים אך חלק בלבד ממנה.

10. **הערה בנוגע ל"תצהיר התשובה המשלים" שהגישו המשיבים ערב הדיון** – המסמך עב הכרס הנוסף שהגישו המשיבים 1-3 איננו בגדר תצהיר משלים, כי אם תצהיר תשובה חדש ברובו. לגבי מרבית הטענות שהועלו בו מצויה תשובה בכתב העתירה, בתגובת העותרים לתצהיר התשובה, בתצהירים ובעדויות המפורטים שצורפו לשניהם. הרושם המתקבל מקריאת תצהיר משלים זה, העמוס לעיפה בפרטי פרטים, הוא כי המשיבים השקיעו מאמץ רב בניסיון לפגוע בכל דרך באמינותם של העותרים, ובניסיון "להטביע" את בית המשפט בנתונים, כנראה במטרה להסיט את הדיון מהשאלות המרכזיות העומדות להכרעה בענייננו. בהתחשב בהיקף החומר שכבר הוגש לבית המשפט, כמו גם בשל קוצר הזמן שעמד לרשותם, לא הוגשו תצהירים ומסמכים רבים נוספים המתייחסים לכל אחת מהטענות החדשות שנטענו בתצהיר משלים זה. העותרים סבורים כי החומר שהוגש על-ידם עד כה, הכולל תצהירים מפורטים של העותרים, המבוססים על מידע מכלי ראשון, והמצוי בידי האנשים החיים במקומותיהם, המכירים את קהילותיהם, ואשר על גופם ובשרם חווים את ההשלכות שיש למעשיהם של המשיבים בענייננו, הינו רחב דיו ומבסס כיאות את טיעוניהם בעניין זה. במסגרת עיקרי טיעון אלה, יתייחסו העותרים בקיצור לטענות אלה.

11. סדר הטיעון להלן:

התשתית העובדתית -

א. **חלק א' - הרקע ההיסטורי של כביש 443** – התשתית העובדתית הנוגעת לסלילתו של כביש 443, ועד הפיכתו לאוטוסטרדה לישראלים בלבד;

ב. **חלק ב' - הפגיעות באוכלוסייה המקומית** – התשתית העובדתית הנוגעת לפגיעות באוכלוסיית הכפרים העותרים;

התייחסות לטיעון הביטחוני של המשיבים – הצגה חלקית של שיקולים וחלופות;

הטיעון המשפטי –

- ג. **חלק א'** - התשתית הנורמטיבית על פיה נבחנות פעולות המשיבים בשטח הכבוש ;
- ד. **חלק ב'** – חריגה מסמכות – מטרה ושיקולים החורגים מסמכויות המפקד הצבאי ;
- ה. **חלק ג'** – חריגה מסמכות – הפליה פסולה ;
- ו. **חלק ד'** – היעדר סבירות ומידתיות.

תוכן עניינים

8	התשתית העובדתית.....
8	חלק א' – איך כביש המיועד לתושבים "מוגנים" הפך לאוטוסטרדה ישראלית.....
9	א. התנערות המשיבים מהצהרותיהם בעבר.....
13	ב. מי הם הישראלים הנוסעים כיום בכביש 443?.....
14	ג. האיסור על תנועת כלי-רכב פלסטינים.....
16	חלק ב' - הפגיעות באוכלוסייה המקומית.....
17	"הכביש החלופי".....
19	איכות הכביש החלופי - מקרה הטביעה.....
20	הפגיעה באורחות החיים ובזכויות אדם בסיסיות.....
24	"ההסדר החדש" שהוצע על-ידי המשיבים.....
25	כבישי "מרקם החיים".....
26	האיסור אינו "זמני".....
28	הטיעון הביטחוני של המשיבים: הצגה חלקית של שיקולים וחלופות.....
28	הסיכון הביטחוני הנטען ומסקנת המשיבים להיעדרן של חלופות.....
29	האם הוזכרו כל השיקולים שנשקלו על-ידי המפקד הצבאי?.....
30	חלופות שלא הוזכרו על-ידי המשיבים.....
32	התייחסות לטענות המשיבים בעניין כביש ביתוניא-רמאללה (צומת מחנה עופר-ביתוניא).....
34	הטיעון המשפטי.....
34	חלק א' – העקרונות המחייבים את המפקד הצבאי.....
34	עקרון 1 – השטח הוא שטח כבוש.....
35	עקרון 2 – בשטח כבוש למפקד הצבאי סמכויות לפעול לקידום שתי מטרות ושתי מטרות בלבד ...
35	עקרון 3 - מה כולל האינטרס הביטחוני הלגיטימי של המחזיק בשטח הכבוש.....
36	עקרון 4 – הבסיס המשפטי עליו נסלל כביש 443 - צרכי האוכלוסיה האזרחית בשטח הכבוש.....
38	האם יש לישראלים זכויות שימוש בכביש?.....
40	חלק ב' – טיעון I: חריגה מסמכות - מטרה ושיקולים החורגים מסמכויות המפקד הצבאי.....
42	חלק ג' - טיעון II: חריגה מסמכות – הפליה פסולה.....
50	חלק ד' - טיעון III: הפגיעה אינה סבירה ואינה מידתית.....
50	פגם ראשון: איזון לקוי בין אינטרסים מתחרים.....
52	פגם שני: הפגיעה אינה מידתית.....
54	סוף דבר.....

חלק א' – איך כביש המיועד לתושבים "מוגנים" הפך לאוטוסטרדה ישראלית

פתיח

12. כביש 443 הינו כביש ראשי העובר בתוככי השטח הכבוש. הכביש נסלל על יסוד תוואי כביש שהיה קיים בשטח ואשר שירת את תושביו מימים ימימה. במהלך שנות ה-80, קידם המפקד הצבאי תכנית כבישים חדשה בשטח הכבוש. לצורך קידומה, הופקעו אדמות נרחבות מתושבי המקום. טענת המפקד הצבאי דאז: הכבישים נסללים על מנת לשרת את צרכיה הגוברים של האוכלוסייה המקומית.
13. אליבא דמשיבים היום, כביש 443 העובר בתוככי שטח הגדה המערבית הינו כביש ישראלי לכל דבר. כך רואים זאת חיילי צה"ל המשרתים בשטח, כך רואים זאת מפקדי הצבא, וכך אף מוצג העניין בתצהיריהם של המשיבים לבית משפט זה. בתצהירים אלה נכתב, כי הכביש משמש כעורק תנועה ישראלי מרכזי המחבר בין אזור השפלה ומודיעין לירושלים (סעיפים 16, 17-18 לתצהיר התשובה; סעיף 27 לתצהיר המשלים).
14. תפיסה זו, המונחת ביסוד החלטותיהם של המשיבים מתעלמת מנתון בסיסי אחד – העובדה, שהכביש נמצא בתוך שטח המוחזק על-ידי ישראל כשטח כבוש, ובאזור שאיננו מהווה חלק ממדינת ישראל.
15. במעשיהם הנוכחיים ובעמדתם של המשיבים המוצגת לבית משפט זה כיום מתנערים המשיבים מהצהרותיהם בעבר, בין כאלה שניתנו לבית משפט זה, ובין אלה המגולמות במעשיהם – הפקעתן של קרקעות נרחבות, בהן קרקעותיהם של העותרים, ל"צרכי ציבור", בתואנה שהדבר נעשה לרווחתו של ציבור זה.
16. לטענת המשיבים, סגירת הכביש לתנועת פלסטינים נעשתה משיקולי ביטחון, נוכח האיומים הביטחוניים החמורים הנשקפים לישראלים הנוסעים בכביש ולתושבי ישראל. ואולם, בטיעונם מדלגים המשיבים על ההנחה העומדת ביסוד הפעלת שיקול הדעת על-ידם – התכתיב, כי מחובתו של המפקד הצבאי לשמר "בכל מחיר" את כביש 443 כעורק תנועה ישראלי מרכזי לכל דבר, גם אם הדבר כרוך בביטולם של המטרה והייעוד בשם הופקעו הקרקעות.
17. המשיבים מדגישים, כי מדובר בכביש המשרת עשרות אלפי ישראלים ביום, בחלקם תושבי התנחלויות בגדה המערבית. המשיבים לא מסרו נתונים לגבי היקף השימוש בפועל על-ידי מתנחלים דווקא מתוך כלל כלי הרכב הישראליים העושים שימוש בכביש. הישראליים היחידים עבורם השימוש בכביש הכרחי, הם תושבי ההתנחלות בית חורון, המונה כ-900 תושבים. מתשובות המשיבים עולה, כי כלל לא בדקו חלופות שונות אחרות העומדות בפניהם, בהן נקיטה באמצעי ביטחון שונים, הגברת הבידוק בנקודות הכניסה לישראל, או הגבלה חלקית על תנועת ישראלים בכביש.

18. המטרה של ייעוד/שימור הכביש כדרך קיצור נוחה ובטוחה עבור ישראלים הנוסעים בין השפלה לצפון ירושלים וכדרך גישה לישראל אינה מטרה כשרה ורלבנטית לשיקוליו של המפקד הצבאי. כפי שקבע בית משפט זה במפורש בעבר, בבג"צ ג'מעית אסכאן, מטרה זו איננה מטרה ביטחונית, כי אם מטרה ותכלית הנגזרים משיקולים תחבורתיים-כלכליים-לאומיים של ישראל.

א. התנערות המשיבים מהצהרותיהם בעבר

19. הרחבתו המסיבית של כביש 443, והפיכתו לכביש מהיר רב-מסלולי, נעשתה כחלק מתוכנית דרכים שקידם המפקד הצבאי בתחילת שנות ה-80. לצורך מימושה של התוכנית הופקעו קרקעות פרטיות השייכות לתושבי האזור. חלק מבעלי האדמות, שתכננו וקיבלו היתרי בניה להקמתה של שכונת מגורים חדשה למורים, התנגדו לתוכנית הכבישים ואף עתרו לבית משפט זה נגד ההפקעה. אלה היו טענות העותרת, כפי שהובאו בפסק-הדין:

"מבחינה עובדתית, טוענת העותרת, כי מטרתו של תכנון הכבישים אינה לשרת את צורכי האזור אלא את צרכיה התחבורתיים של ישראל. היוזמה היא ישראלית, והממשל הצבאי נגרר אחריה, בלא להפעיל כל שיקול-דעת עצמאי ובלא להעמיד לנגד עיניו את טובתו של האזור. לטענת העותרת, אין האזור זקוק למערכת כבישים מפוארת וראויתנית שכזו. מטרתו של המחלף לשרת קו תנועה ישראלי – מבן שמן לעטרות – ובינו לבין טובת האזור אין ולא כלום.

מבחינה משפטית, טוענים העותרים, כי התכנית והפעולות בעקבותיה (הפקעה ואיסור בנייה) אינן חוקיות, שכן הן נוגדות את המשפט הבינלאומי המנהגי. הטעם לכך הוא כפול: ראשית, משום שמטרתה של התכנית אינה טובת האזור אלא טובתה של ישראל. במצב דברים זה חל איסור על הממשל הצבאי לפעול; שנית, אפילו תאמר, כי מטרת התכנית היא טובתו של האזור, הרי אין ממשל צבאי, שהוא זמני באופיו, רשאי לתכנן ולבצע פעולה, שיש לה השלכות קבע ארוכות טווח...."

(בג"צ 393/83 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד לז(4) 785, 791)

20. המשיבים, ובראשם מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, הכחישו מכל וכל טענות אלה. בתגובה לטענות אלה, הצהירו המשיבים בפני בית משפט זה:

"מבחינה עובדתית, טוענים המשיבים, כי מטרתה של תכנית הדרכים היא לשרת את צורכי האזור. היא תאפשר קשר מהיר בין יישובי יהודה ושומרון לבין עצמם... **המשיבים הדגישו, כי מערכת הדרכים ביהודה ושומרון היא מיושנת, ואין היא יכולה לשאת עוד את הכמות הרבה של מכוניות הנעות עליה.** כך, למשל, ב-1970 היו באזור 5,000 מכוניות ו-7,000 נהגים, ואילו ב-1983 יש באזור 30,000 מכוניות ו-35,000 נהגים. גידול זה מצריך, לדעת המשיבים, תכנונה וביצועה של מערכת כבישים חדשה. אף שבמרכזה של תכנית הדרכים עומד פיתוח האזור לטובת האוכלוסייה שבו, אין המשיבים מתעלמים מכך, כי תכנית זו קשורה בתכנון בישראל, היא מתחשבת בו, ומהווה פרויקט משותף לישראל ולאזור. היא תשרת לא רק את תושבי האזור אלא גם את תושבי ישראל ואת התנועה בין יהודה ושומרון לבין ישראל"

ובהמשך נכתב,

"על ממשל צבאי לנהוג כפי ששלטון מתוקן היה נוהג בכל שטחי החיים, לרבות תחבורה. במסגרת זו, תכנונה של מערכת כבישים וביצועה מהווים פעולה כדין של ממשל צבאי, שכן הם נעשים למען תושבי האזור, ואין בהם משום הקרבת האינטרסים של האזור על מזבח האינטרסים של ישראל. **אמת, תכנון מערכת הכבישים נעשה תוך שיתוף פעולה עם ישראל, אך אין בכך ולא כלום, שכן הוא נעשה – מבחינתו של הממשל הצבאי – מתוך מטרה לקדם את ענייניו של האזור...**"

(ההדגשה הוספה – ל' י')

(שם, בעמ' 791-790)

21. מבחינה משפטית, קיבל בית המשפט את טענות העותרת, לפיהן:

"אין הממשל הצבאי רשאי לתכנן ולבצע מערכת כבישים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית, אם מטרתו של תכנון זה ואם מטרתו של ביצוע זה הן אך להוות "דרך שירות" למדינתו שלו... על כן אם צודקת העותרת, כי מטרת התכנון אינה צרכי האזור (הצבאיים או האזרחיים) אלא אך צרכיה של ישראל, כי אז צודקים הם גם בעמדתם המשפטית, כי מטרה זו זרה היא לשיקוליו של המפקד הצבאי."

(שם, בעמ' 795)

22. ואולם, בהסתמך על הצהרותיהם של המשיבים, ועל יסודן בלבד, דחה בית משפט זה את העתירה, ובלשונו:

"לאור מסקנתנו – בה אין לנו כל פקפוק או הרהור – כי שיקוליה של ישראל וצרכיה האזרחיים לא עמדו ביסוד תכנית הדרכים ובביצועה, לא נותר לנו אלא לדון במחלוקת המשפטית אשר נתגלתה בין הצדדים, ואשר עניינה כוחו וסמכותו של ממשל צבאי לתכנן ולבצע מפעל "אזרחי" באזור בלא כל השלכה צבאית – אשר יש לו השלכות קבע ארוכות טווח, לעתים אף מעבר לגבולות הזמן של הממשל הצבאי עצמו."

(ההדגשה הוספה – ל.י.)

(שם, בעמ' 796)

23. לכל אורך תצהיר התשובה לא נמצא כל זכר להצהרותיהם של המשיבים בעבר, כי תכנונו של הכביש נועד לענות על צרכיה של אוכלוסיית האזור הפלסטינית. כל שנכתב הוא, כי אין הם מכחישים שהכביש תוכנן כך שישמש הן את האוכלוסייה הפלסטינית והן הישראלית (סעיף 22 לתשובה). לשיטתם של המשיבים כיום, כביש 443 הינו עורק תנועה ישראלי מרכזי המחבר בין אזור השפלה ומודיעין לירושלים (סעיפים 16, 17-18 לתצהיר התשובה; סעיף 27 לתצהיר התשובה המשלים).

24. יתר על כן, לפי גרסתם של המשיבים כיום, כביש 443 כלל איננו נחוץ לאוכלוסייה המקומית, שכן עומדים לרשותה כבישים אחרים (סעיפים 23, 65-66 לתצהיר התשובה), ובכלל זה הציר המקורי של כביש 443 (סעיף 66 פסקה שלישית לתצהיר התשובה). בתצהיר התשובה המשלים חוזרים המשיבים על טיעונים אלה (סעיפים 106-117, 128-137 לתצהיר התשובה המשלים).

25. טענה זו איננה נכונה והיא אף סותרת את הצהרת המשיבים שניתנה לבית משפט זה בעניין ג'מעית אסכאן. ראינו לעיל שבעניין ג'מעית אסכאן טענו המשיבים, כי מערכת הכבישים הקיימת באזור כולו איננה יכולה לשרת עוד את צרכי האוכלוסייה. לשם כך, מסרו המשיבים

נתונים הנוגעים לכלל תושבי האזור ומספר כלי הרכב והנהגים. והנה כיום, כאשר חפצים המשיבים להפקיע את הכביש אשר סללו על אדמותיהם של העותרים, בטענה שהוא דרוש להם, לא מהססים הם לטעון את ההיפך המוחלט. העיוות שבהצהרת המשיבים הנוכחית חמור עוד יותר:

ראשית, כיום לא עומדת לתושבי הכפרים העותרים, כמו גם ליתר תושבי האזור הפלסטינים, אפילו מערכת הכבישים שעמדה לרשותם בעבר, עוד בטרם נסללה מערכת הכבישים הכוללת את כביש 443. שכן בענייננו, הציר המקורי של כביש 443 איננו עומד לרשותם לצורך נסיעה לרמאללה, מאחר שחלקים ממנו נהרסו, וחלקים אחרים נכללים בכביש 443 הנוכחי, החסום לנסיעתם של פלסטינים.

שנית, משום שבמהלך השנים שחלפו צורכי התחבורה של האוכלוסייה המקומית גדלו עשרות מונים.

על הרלבנטיות של הצהרות המשיבים בעניין ג'מעית אסכאן

26. בתצהיר התשובה לא הכחישו המשיבים כי הצהרותיהם שניתנו במסגרת בג"צ ג'מעית אסכאן רלבנטיות לענייננו, ולסלילתו של כביש 443. ומן הראוי שכך. עובדה זו לא מנעה מהם להחזיק בעמדתם, כי רשאים הם לשלול מאוכלוסיית האזור עבודה נבנה את זכות השימוש בו.

27. והנה, בתצהיר התשובה המשלים העלו המשיבים, לראשונה, אך בתצהיר התשובה המשלים (סעיפים 412-408). מן הראוי לציין בהקשר זה, כי טענות העותרים בדבר הרלבנטיות של הצהרות המשיבים בפרשת ג'מעית אסכאן הועלו באופן מפורש ונרחב, כבר במסגרת העתירה (סעיפים 5-8).

28. טענת המשיבים, כי כביש 443 כלל לא נדון במסגרת מערכת הכבישים שהוצגה לבית המשפט במסגרת הדין בבג"צ ג'מעית אסכאן, מופיעה בתצהיר המשלים ללא האסמכתא עליה נשענים המשיבים. המשיבים לא צירפו לתצהירם המשלים את התצהיר/ים שהוגשו בזמנו לבית המשפט. לפי טענת המשיבים החדשה, מה שנדון בעניין ג'מעית אסכאן היה אך ורק מחלף, שאיננו חלק מכביש 443, ושנועד לשרת שני כבישים ראשיים אחרים (כבישים מס' 45 ו-404), עליהם כביש 443 כלל לא נמנה.

29. בטיעונם זה של המשיבים חסרים פרטים שונים. כך, למשל, המשיבים לא הסבירו הכיצד קרה שאותו "כביש אחר" (כביש 45) לא נסלל בעוד כביש 443 המשמש ככביש הראשי היחיד המקשר בין בן-שמן לעטרות נסלל גם נסלל (למען השלמות היה על המשיבים לציין, שקטע אחר של כביש 45 כן נסלל). כמו כן, המשיבים נמנעו מלצרף לתצהירם את תקנונו של הכביש האחר. העותרים ביקשו מהמשיבים להשלים פרטים בעניין זה (סעיף 5 לבקשה לפרטים נוספים, נספח ע/35), ואולם עד להגשתם של עיקרי טיעון אלה, מידע זה לא נמסר¹.

¹ במאמר מוסגר נציין, כי טענות העותרים בעניין זה נסמכו על המפורט בפסק-הדין בבג"צ ג'מעית אסכאן. במהלך הכנת תגובתם ניסו העותרים לאתר את התיק המקורי ובו תצהירי המשיבים המקוריים שהוגשו לבג"צ בזמנו. פניה לפרקליטות המדינה העלתה כי אין ברשותה את התיק. לפיכך פנו העותרים בתחילת חודש ינואר 2008 בבקשה לעיון בתיק המצוי בגנזך המדינה. עד כה טרם התקבלה רשות לעיין בתיק. בעקבות תצהיר התשובה המשלים פנו העותרים ביום 25.2.2008 למשיבים בבקשה למסירת המידע במסגרת פרטים נוספים, ואולם אלה טרם נמסרו עד למועד הגשתם של עיקרי הטיעון.

30. כביש 443 משמש בפועל, כידוע לכל, ככביש מקשר בין בן-שמן לעטרות. זאת ועוד, כביש 443 שנסלל על-ידי המשיבים הינו בגדר דרך ראשית (שהינה דרך לשני כבישים חד-סטריים במסלולים מופרדים. ראו סעיף 413 א' לתצהיר המשלים). וככל שנדרשת הוכחה לכך שכביש 443 שנסלל על-ידי המשיבים, תוך הפקעת אדמות העותרים, עונה על הגדרה זו של דרך ראשית - ניתן לצפות בוידאו שצורף על-ידי העותרים בו מצולמת נסיעה בכביש 443 (נספח ע/12, שצורף לתגובת העותרים). מכל מקום, כביש 443 עובר במסלול מקביל וסמוך לאותו קטע מהכביש האחר (כביש 45) שלא נסלל (ראו המפה שצורפה כמש/30). כמו כן, כביש 443 מתחבר בהמשכו ל"מחלף" הנדון.

31. אף תכנית כביש 443 שהציגו המשיבים, אשר על הכנתה מופקד אותו מפקד צבאי, נסלל על דרך של הפקעה לצרכי ציבור, ותחת אותו כובע ובאותה איצטלה של המפקד הצבאי, כי הדבר דרוש לצורך אוכלוסיית האזור. כפי שנכתב בסעיף של מטרת התכנית –

"לשפר את הקשר התחבורתי בין כפרים בציר בית סירא – ביתוניא ולהעלות את רמת הבטיחות בתנועה"
(סעיף 5.א. לתקנון התכנית, נספח מש/35).

32. לסיכום - בין כך ובין אחרת, כביש 443 הוא הכביש הכלול באותה "מערכת כבישים" מודרנית לגביה הצהיר המפקד הצבאי בעניין ג'מעית אסכאן. "חותמת הכשרות" של בית משפט זה, כי מדובר במעשה המצוי בסמכותו של המפקד הצבאי בשטח כבוש, איפשרה את סלילתו, והכשירה את הפקעת הקרקעות כולה. בל נשכח, שהתנאי היחיד שנקבע לכך היה - שהדבר נעשה לטובת תושבי השטח הכבוש, ולא לטובת תושבי מדינת הכוח הכובש.

33. הנה כי כן, הטיעון הפתלתל של המשיבים בעניין זה, החושף טפח אך המסתיר טפחיים, טובל עד צווארו בחוסר הגינות שאין לקבלו מרשות ציבורית.

סיכום – "הצביעות המשפטית"

34. לשם הנוחות להלן השוואה קצרה של טענות המשיבים אז והיום:

הצהרות המשיבים בעתירה דנן – שנת 2007	הצהרות המשיבים בג'מעית אסכאן – שנת '82
לתושבים עומדת מערכת כבישים חלופית סבירה (ללא כביש 443 המקורי)	מערכת הדרכים (כולל כביש 443 המקורי) באזור מיושנת, ואיננה יכולה לשרת עוד את צרכי האזור
הכביש תוכנן כך שישירת הן את האוכלוסייה הפלסטינית והן את הישראלית	תכנית הכבישים נועדה לשרת את צרכי האזור
הכביש משמש כעורק תנועה מרכזי של ישראל, המקשר בין השפלה לירושלים	ההפקעה לא נעשית לצורך הכשרתה של "דרך שירות" לישראל - לא שיקוליה של ישראל וצרכיה האזרחיים עומדים ביסוד התכנית
המפקד הצבאי אסר על תנועת כלי-רכב פלסטינים בכביש, והכביש משמש אך ורק לתנועתם של כלי רכב ישראליים	עם זאת, התכנית תשרת לא רק את תושבי האזור אלא גם את תושבי ישראל

35. אם כן, בתצהיריהם מבקשים המשיבים לשכוח ולהשכיח, כי התכלית הכשרה היחידה לתכנון ולסלילה של מערכת הכבישים, ושל כביש 443 הייתה – שירות צורכיהם של תושבי השטח הכבוש. שימושם של ישראלים בכביש זה הוגדרה על-ידי בית משפט זה כ"מטרה זרה", אך לא הביאה לפסילת התכנית כולה, משום שהוצגה בזמנו כתוצאה נלווית בלבד לתכלית המרכזית של הכביש - כביש המיועד לשימוש האוכלוסייה הפלסטינית באזור.

36. מקריאת תצהירי המשיבים ברור כי בהחלטתו לאסור על תנועת פלסטינים בכביש 443 שקל המפקד הצבאי והעדיף את האינטרסים של ישראל ותושביה, ולא את טובתו של האזור, או צרכיו הצבאיים באזור. מכאן, שאינטרסים כלכליים-תחבורתיים-לאומיים של ישראל הם אשר עומדים ביסוד החלטתו של המפקד הצבאי, ולא שיקולים ביטחוניים המכוונים **כלפי האזור**.

37. גרסת המשיבים הנוכחית הפוכה לגרסתם בעניין ג'מעית אסכאן והפוכה לאמור בתכנית כביש 443 עצמה. מדובר בהיפוך יוצרות של ממש, היפוך הלוקח את פסק-הדין של בית משפט זה בעניין ג'מעית אסכאן ומעמיד אותו על ראשו. היפוך השומט את הקרקע תחת כשרות פעולתה של הרשות.

ב. מי הם הישראלים הנוסעים כיום בכביש 443?

38. לטענת המשיבים, משמש כביש 443 כדרך חלופית לכביש מס' 1, וכציר תנועה מרכזי בין אזור השפלה לירושלים. לדבריהם, מדי יום עושים שימוש בכביש זה כ-40,000 כלי רכב ישראלים (סעיף 19 לתצהיר התשובה).

39. חלקם הגדול של הנוסעים בכביש, כך יש לשער, והדבר לא נסתר על-ידי המשיבים, הינם ישראלים המתגוררים בתוך שטח מדינת ישראל. עבורם משמש כביש 443 כחלופה לנסיעה בכביש מס' 1. בחירתם לעשות שימוש בכביש זה נובעת משיקולי נוחות – קיצור הדרך או הימנעות מעומסי תנועה.

40. בתצהיר התשובה ציינו המשיבים את תושבי ההתנחלויות הבאות כישראלים שאף הם עושים שימוש בכביש: בית חורון, גבעת זאב, גבעון החדשה, חשמונאים, מודיעין עלית, כפר רות, מבוא חורון, דולב, טלמונים ונחליאל. בתצהיר המשלים הדגישו המשיבים, כי הכביש משרת ישראלים רבים המתגוררים בהתנחלויות, ואולם לא מסרו נתונים לגבי היקף שימוש זה מכלל הנוסעים בכביש (סעיפים 82-88 לתצהיר התשובה המשלים).

41. ואולם, אף עבור תושבי התנחלויות אלה (למעט תושבי ההתנחלות בית חורון), אין הכרח לעשות שימוש בכביש 443. כך עולה מבחינת עורקי התנועה העומדים לרשותם. בחינה זו מלמדת, כי לרשותם עומדים עורקי תנועה חלופיים, גם ראשיים:

א. תושבי התנחלויות ממערב (תושבי ההתנחלויות דולב, טלמונים, נחליאל, מודיעין עלית, חשמונאים, כפר רות, מבוא חורון) – בטרם יגיעו לכביש 443 העובר בשטחים הם מגיעים לשטח ישראל, ומתחברים לציר התנועה באזור מודיעין (צומת שילת). ממקום

זה יכולים הם להתחבר לרשת הכבישים בישראל, ובכלל זאת, לכביש מס' 1, אם ברצונם להגיע לאזור ירושלים.

ב. תושבי התנחלויות ממזרח (תושבי ההתנחלויות גבעת זאב, גבעון החדשה) - לרשותם עומד כביש ראשי נוח לתנועה (כביש מס' 436) המוביל לירושלים ומתחבר למערכת הכבישים ממנה ניתן להתחבר לכביש מס' 1 לכיוון מודיעין ות"א.

42. רק עבור תושבי ההתנחלות בית חורון המונים, כ-900 תושבים², כביש 443 משמש עד היום ככביש גישה יחידי. בתשובת המשיבים לבקשה לפרטים נוספים נמסר, כי לא שקלו אם וכיצד ניתן להגן על תנועתם של תושבי התנחלות זו באמצעים אחרים שאינם כוללים חסימת הכביש לתנועת תושבי המקום הפלסטינים (ראו סעיפים 2.3-2.5 לבקשה לפרטים נוספים, ע/8; סעיף 2.3-2.5 לתשובה לפרטים נוספים, ע/9).

ג. האיסור על תנועת כלי-רכב פלסטינים

43. בתקופה הראשונה להטלתם של איסורים על תנועת פלסטינים בכביש 443, שהחלה כבר בסוף שנת 2000, היו בין תושבי הכפרים שהמשיכו לנסות ולעשות שימוש בכביש. ואולם, בעשותם כן, נחשפו התושבים לסנקציות שונות מידי חיילים, ומידי המשטרה שהחלה ברישום דוחות. מטרתן של הפעולות הייתה להרחיק את התושבים הפלסטינים מהכביש ולמנוע מהם את השימוש בו.

44. מאז שנת 2002 הפך האיסור על תנועת פלסטינים בכביש מוחלט. החסימות, שהוצבו לרוחבן של היציאות והכניסות לכפרים, לבשו צורות שונות, תוך שהן הולכות ומתקבעות – ערימות עפר, סלעים, שערים וקוביות בטון גדולות. כיום, כל דרכי הגישה המקשרות את הכפרים העותרים לכביש 443 חסומות.

45. בתשובת יועמ"ש איו"ש מחודש אוקטובר 2006 לפניית העותרים אליהם באמצעות האגודה לזכויות האזרח, הכחישו המשיבים כי הם מונעים תנועת פלסטינים בכביש 443:

"בדיקתנו העלתה, כי כוחות צה"ל אינם מונעים תנועה של פלסטינים בקטע הכביש המצוי בשטח איו"ש. יחד עם זאת, ובשל צרכי ביטחון, העלייה מהמרחב הכפרי לדרך מס' 443 מוגבלת למספר צמתי יציאה, בהם מוצבים שערים, שם מבצעים כוחות צה"ל בידוק ביטחוני בהתאם לנדרש."

(ההדגשה במקור – ל' י')

סעיף 6 למכתבו של סרן רובי ציגלר מלשכת יועמ"ש איו"ש, מיום 18.10.2006 (נספח ע/6)

46. רק לאחר הגשת העתירה ובמסגרת תצהיר התשובה הודו המשיבים, כי אכן במהלך השנים האחרונות הם מנעו תנועת כלי-רכב פלסטינים בכביש:

"בראיית המפקד הצבאי... הגבלת עליית כלי רכב פלסטינים לכביש 443 הייתה בשעתו, וממשיכה להיות גם היום, צעד ביטחוני חשוב ונחוץ..."

² הנתון מתבסס על נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, לשנת 2006 (עיון באתר הלשכה באינטרנט ב-16.11.2007). נציין, כי בתשובה לבקשה לפרטים נוספים מסרו המשיבים, כי אין ברשותם נתון זה (סעיף 2.2 למכתב התשובה, ע/9).

(סעיף 44 לתצהיר התשובה)

ובתשובה לבקשה לפרטים נוספים נכתב (ע/9):

"1.1.... הגבלת נסיעת כלי רכב פלסטינים לאורך ציר 443 החלה
לאחר פרוץ אירועי "גאות ושפל"..."

47. האומנם לשכת היועץ המשפטי לאיו"ש לא ידעה על הטלתם של האיסורים? והכיצד קרה שהשיבה תשובה שהינה במובהק בלתי נכונה? למרות שמדובר בעובדה המצויה כל כולה בידיעתם, לא נתנו לכך המשיבים כל הסבר.

48. נוכח ליקויים אלה, ונוכח היעדרו של צו כתוב, נטען בעתירה, כי האיסורים הוטלו ללא סמכות. בתצהיר התשובה המשיבים הכחישו טענה זו וטענו כי האיסורים הוטלו מכוח סמכותו של המפקד הצבאי. בנסיבות אלה, התבקשו המשיבים לפרט מי היה בעל הסמכות אשר הורה על הטלתם (סעיף 1.2 לבקשה לפרטים נוספים, ע/8). תשובת המשיבים לשאלה זו:

"1.2. ההחלטה התקבלה על ידי מפקד צבאי."

(סעיף 1.2, נספח ע/9)

אכן, גם תשובה זו של המשיבים מעוררת תמיהה, ותהינו כיצד יש לפרשה: האם אומרים המשיבים בכך, כי אין בידם רישום או תיעוד של בעל הסמכות שקיבל את ההחלטה, הפוגעת קשות בזכויות אדם (ואם כך הוא, כיצד טוענים שההחלטה התקבלה בסמכות?!), או שמא יש בידי המשיבים מידע זה אך הם מבקשים להסתירו מהעותרים ומבית משפט זה. ואם אכן, כטענת המשיבים, ההחלטה על סגירת הכביש התקבלה כדין על-ידי גורם מוסמך בצבא, על שום מה ולמה מסתירים המשיבים את זהותו של מקבל ההחלטה ונותן הפקודה?

49. לתצהיר התשובה, שהוגש בספטמבר 2007, כשבע שנים לאחר שהחלו המשיבים לאסור על תנועת פלסטינים בכביש, צירפו המשיבים צו אשר נחתם על-ידי המשיב 2 ביום 28.8.2007 והאוסר רשמית על תנועתם של כלי רכב פלסטינים בכביש (נספח מש/4).

חלק ב' - הפגיעות באוכלוסייה המקומית

פתיח

50. כביש 443 הינו כביש אזורי-מרכזי בתוככי הגדה המערבית אשר שירת במשך שנים רבות את אוכלוסיית האזור. ראשיתו ככביש המחבר בין רמאללה, ללטרון, דרך ביתוניא, בית עור אל פוקא, בית עור א-תחתא בית סירא. כביש 443 במתכונתו הנוכחית החליף דרך זו.
51. האיסור שהוטל על תושבי הכפרים לעשות שימוש בכביש מפקיע מאוכלוסיית האזור את האפשרות לעשות שימוש בכביש הראשי היחיד הקיים באזור, ואשר שימש אותם במשך עשרות שנים כעורך התחבורה המרכזי. חסימת הכביש הביאה לכך, שהדרך שנותרה בפני תושבי האזור הפלסטינים, לצורך הגעה לעיר רמאללה, היא עיר המחוז בה הם תלויים בהקשרים רבים ושונים, היא דרך צרה, משובשת, העוברת בתוככי כפרים.
52. המשיבים מודים, כי מזה כ-7 שנים הם אוסרים על תנועת כלי רכב פלסטינים בכביש, ומצהירים כי בכוונתם להמשיך ולעשות כן. על פי הצו עליו חתם המשיב מס' 2 ביום 28.8.2007 (נספח מש/4) אוסר הוא על תנועתם של כלי-רכב פלסטינים, באשר הם פלסטינים. המשיבים אינם חולקים כי איסור התנועה גורם לפגיעה באורחות חייהם ובשגרת חייהם של תושבי הכפרים הסמוכים לכביש.
53. לדעת העותרים, די בהודאה זו של המשיבים כדי לספק את התשתית העובדתית הנדרשת לקיומה של פגיעה קשה בהם. כך במיוחד:
- א. משמדובר בכביש הראשי היחיד העומד לרשות אוכלוסיית האזור כולו;
- ב. כביש אשר שירת מזה שנים את אוכלוסיית האזור;
- ג. אשר הרחבתו תוכננה ויועדה לשרת את צרכיה של אוכלוסיית האזור;
- ד. אשר לצורך הכשרתו במתכונתו זו הופקעו קרקעות פרטיות נרחבות של תושבי האזור;
- ה. ואשר לצורך שימורו "דרך שירות" למדינת ישראל מפקיעים המשיבים מאוכלוסיית האזור מאות דונמים נוספים (לסלילת מערכת "כבישי מרקס חיים", המיועדת לתנועתה הנפרדת של האוכלוסייה הפלסטינית בלבד).
54. אין מחלוקת כי **לעותרים עומדת זכות אדם מוגנת** לעשות שימוש בכביש זה. הטענות העובדתיות הנוספות שהובאו על-ידי העותרים בעתירה, והמפרטות ומדגימות פגיעות קונקרטיות כאלה ואחרות, הנגרמות לאוכלוסייה עקב האיסור שהוטל עליה לעשות שימוש בכבישה, הינן למעלה מהצורך. הן באו כדי לסייע בהבנת התמונה המלאה, ובהבנת אופן התנהלות המשיבים באזור וכלפי אוכלוסיית העותרים.
55. ככל שעשויה להיות מחלוקת בעניין זה, נוגעת היא אך ורק **למידת** הפגיעה באוכלוסייה, אך לא בנוגע לעצם קיומה. מטבע הדברים, קיים פער בהערכתה של הפגיעה בין המשיבים – האחראים לפגיעה, לבין העותרים – הנפגעים. בסוגיה זו עדויות העותרים עדיפות הן מכמה

טעמים: ראשית, משום שהידיעה בדבר הפגיעה (צורות הפגיעה באוכלוסייה, מאפייניה והשפעותיה) מצוייה ברשות העותרים ולא בידיעת המשיבים. שנית, משום שטענותיהם של העותרים גובו, בין השאר, בנתונים ובתצהירים מפורטים שנתנו ראשי מועצות הכפרים העותרים שהינם תושבי המקום. ושלישית, משום שאופן התנהלותם של המשיבים מתחילה ועד סוף מראה, כי הם משנים גרסאותיהם בהתאם לאינטרסים אותם הם מבקשים לקדם; כי במשך שנים ארוכות כלל לא בדקו את מצבם של הכפרים העותרים; כשהתפנו לעשות כן, בעקבות הגשתה של העתירה הנוכחית, לא טרחו לבצע בדיקה וביורור אמיתיים של צרכי האוכלוסייה המקומית, ושל ההשלכות שיש להפקעתו של הכביש ממנה אלא עסקו בבדיקה שכל כולה נועדה לדחיית טענותיהם.

56. ואכן, התנהלותן של רשויות הצבא בתיק זה מדגימה, כי החלטות מפקדי הצבא מתקבלות לרוב בהתעלמות כמעט מוחלטת מהאוכלוסייה הפלסטינית וזכויותיה. הכיצד ניתן לפרש אחרת את אופן ההתנהלות בענייננו – סגירת כביש אזורי-מרכזי-יחידי לתנועת האוכלוסייה המקומית, באבחת הוראה, בלא התראה, בלא מתן זכות טיעון, בלא לשקול, לדרוש ולחקור את ההשלכות שיש למעשה זה בטרם נעשה; בלא להמשיך ולדרוש ולחקור בעניין משך כל 7 השנים בהן הוא נמשך!?

57. בתצהיר התשובה המשלים הרחיבו המשיבים עד מאוד בניסיון לפגוע בכל דרך באמינותם של העותרים, ובניסיון "להטביע" את בית המשפט בנתונים, כנראה במטרה להסיט את הדיון מהשאלות המרכזיות העומדות להכרעה בענייננו. בהתחשב בהיקף החומר שכבר הוגש לבית המשפט, כמו גם בשל קוצר הזמן שעמד לרשות העותרים, לא הוגשו תצהירים ומסמכים רבים נוספים המתייחסים לכל אחת מהטענות החדשות שנטענו בתצהיר משלים זה. העותרים סבורים כי החומר שהוגש על-ידם עד כה, הכולל תצהירים מפורטים של העותרים, המבוססים על מידע מכלי ראשון, והמצוי בידי האנשים החיים במקומותיהם, המכירים את קהילותיהם, ואשר על גופם ובשרם חווים את ההשלכות שיש למעשיהם של המשיבים בענייננו, הינו רחב דיו ומבסס כיאות את טיעוניהם בעניין זה. במסגרת עיקרי טיעון אלה, טובא התייחסות קצרה לטענות אלה.

"הכביש החלופי"

58. חסימתו של כביש 443 בפני תושבי האזור הפלסטינים הביאה לכך, שהדרך היחידה שנותרה להם היא דרך פנימית, העוברת בתוך כפרי האזור.

59. הדרך החלופית הינה כביש צר, שהנסיעה בו מצריכה מעבר בתוככי כפרים ובסמטאות צרות. הדרך מרובת פיתולים, לאורכה מהמורות ופסי האטה רבים. לאורך מרבית הדרך אין מדרכות, וילדים ההולכים לבתי הספר נאלצים לצעוד על הכביש. העמסת עומס תחבורתי על הכביש מהווה סכנה עבור הילדים, ומחייבת נסיעה איטית. הנסיעה בכביש מייגעת. היא קשה במיוחד בנסיעות חירום ובמקרים של הסעת חולים. בנוסף, לאורך כביש חלופי זה מוצבים לעיתים מחסומים ניידים – בסמוך לכפר בילעין, לכפר נייעמה ולעין עריק.

60. בתצהיר התשובה הודו המשיבים, כי סגירת הכביש הביאה להארכת זמן הנסיעה של תושבי הכפרים בכ-40-25 דקות מהכפרים לרמאללה. עם זאת, לדעתם לא גרם הדבר לפגיעות קשות

בכפרים העותרים. במטרה לבסס את הטענה, כי הפגיעה בתושבי הכפרים כתוצאה מסגירת כביש 443 בפניהם הינה זניחה, טענו המשיבים בתצהיר התשובה כך:

"שלישית, בניגוד לתמונה המצטיירת על ידי העותרים, קיימת כיום מערכת כבישים חלופית, המחברת בצורה סבירה בין הכפרים העותרים עצמם ובין כפרים אלה לאזור רמאללה. בפועל, לא קיים כפר אחד בגזרה זו, שנותר מנותק מיתר הכפרים או מעיר המחוז רמאללה.

הציר החלופי העיקרי אשר משמש את הכפרים העותרים לצורך נסיעה לעיר רמאללה הינו ציר סלול באספלט, שמצבו התחבורתי סביר...

רביעית, ... לרשות הכפרים העותרים קיימים צירים חלופיים המאפשרים להם היום, ואפשרו להם בעבר, הגעה לאזור רמאללה. בין היתר, ניתן לציין את הציר המוביל מהכפר צפא לכפר עין עריק ומשם לרמאללה (המהווה כיום ציר חלופי עיקרי עבור תושבי הכפרים העותרים), וכן הציר המקורי של כביש 443 (שעבר דרך הכפרים) אשר שימש לאורך שנים את תושבי הכפרים העותרים.

(מתוך סעיפים 65-66 לתצהיר התשובה) (ההדגשות במקור – לי י')

מוסיפים המשיבים, כי הפגיעה בתושבים היא קטנה ביותר, ואינה יותר מאשר "עיכוב מסוים בזמני התנועה" (סעיף 122 לתצהיר התשובה).

61. אם ניתן לסכם את טענות המשיבים בעניין זה הרי הן אלו:

א. לרשות העותרים מערכת כבישים חלופית סבירה הכוללת לפחות שני כבישים: האחד, כביש הכפרים העובר דרך הכפר ספא לכיוון עין עריק, והשני, כביש 443 המקורי;

ב. כביש הכפרים הינו כביש במצב תחבורתי סביר, וטענות העותרים בעניין זה מוגזמות עד מאוד;

ג. הפגיעה בעותרים עקב סגירת כביש 443 אינה גוררת אלא עיכוב מסוים בזמני התנועה.

62. טענות המשיבים, כי לרשות הכפרים העותרים מערכת תחבורתית סבירה, הינן מבישות. לא רק שהן לא נכונות, הן אף עומדות בסתירה להצהרותיהם של המשיבים בעבר לבית משפט זה. אם אכן זהו המצב, לשם מה נדרשו המשיבים לתכנונה של מערכת כבישים חדשה באזור (ובתוכה כביש 443) כבר בשנות ה-80 של המאה הקודמת?! ובאיזו עילה הפקיעו קרקעות ציבוריות ופרטיות של תושבי האזור, הנדרשות להם לצרכים שונים, לשם הקמתה של מערכת כבישים מפוארת? לא זו אף זו, מצבם הנוכחי של העותרים גרוע יותר ממצבם בטרם נסלל כביש 443 (שאמור היה כאמור להיטיב את מצבם), שכן גם כביש 443 המקורי שקישרם לעיר רמאללה נלקח מהם על-ידי המשיבים.

63. כאמור לעיל, הצהרת המשיבים לפיה לרשות העותרים עומדת "מערכת כבישים חלופית סבירה" סותרת את הצהרת המשיבים שניתנה לבית משפט זה בעניין ג'מעית אסכאן, בו טענו המשיבים, כי מערכת הכבישים הקיימת באזור איננה יכולה לשרת עוד את צרכי האוכלוסייה, וכי לכן נדרשת הכשרתה של מערכת הכבישים המתוכננת (שכביש 443 מהווה חלק ממנה). כיום, משהמשיבים מעוניינים להצדיק את הפקעתו של אותו הכביש, לא מהססים

הם לטעון את ההיפך המוחלט. העיוות שבהצהרת המשיבים הנוכחית חמור עוד יותר: ראשית, משום שבמהלך השנים שחלפו צורכי התחבורה של האוכלוסייה המקומית גדלו עשרות מונים; שנית, משום שכיום לא עומד לתושבי הכפרים העותרים אפילו הכביש שעמד לרשותם בעבר, עוד בטרם נסלל כביש 443 במתכונתו החדשה, שכן, הכביש שעמד לרשותם אז ואשר דרכו היו מגיעים לרמאללה "נבלע" בכביש 443.

64. הכביש שנותר לכפרים כיום, לא נועד, ואיננו יכול, לספק את צרכי התחבורה של עשרות אלפי בני אדם אשר נותרו ללא כל דרך ראשית בעקבות סגירתו של כביש 443 בפניהם. גם על כך שהכביש החלופי הינו מפותל, צר, העובר בתוככי כפרים, ולאורכו מהמורות ופסי האטה רבים, לא יכול להיות חולק (לצורך להתרשמות מהדרך ניתן לצפות בוידאו שצירפו המשיבים מש/7 לתצהיר התשובה המשלים. צילום העותרים צורף כע/11. צילום וידאו של קטעים מהדרך בשעה בה תלמידים יוצאים מבית הספר, צורף כנספח ע/23). אם התפתלות בסיבובים, מעבר בסמטאות בלב כפרים, וקפיצה על פסי האטה או מהמורות גורמת לתחושות קשות לנוסעים הינה כפי הנראה שאלה סובייקטיבית. העותרים תוהים האם בין "הנבדקים" מטעם המשיבים נכללו אנשים מבוגרים, חולים, ילדים קטנים וכו'.

להשוואה - צילום וידאו של נסיעה בכביש 443 מבית סירא למחסום ביתוניא, צורף על-ידי העותרים לתגובה כע/12. וצילום המשווה את איכות שתי הדרכים צורף כנספח ע/24.

איכות הכביש החלופי - מקרה הטביעה

65. בתגובת העותרים אוזכר מקרה טביעה שארע בכביש החלופי בחורף 2006, כהמחשה לסכנותיה של הדרך ולמגבלותיה, במיוחד בעונת הגשמים (ראו סעיפים 5, ו-54 לתגובת העותרים, סעיף 4 לעדות העותר 2 שצורפה לתגובה). בתצהיר התשובה המשלים הכחישו המשיבים טענה זו של העותרים וטענו, כי לפי בדיקתם עולה בצורה ברורה כי האירוע התרחש בכביש אחר (סעיף 126 לתצהיר התשובה המשלים).

66. דא עקא, שמקרה ההצפה והטביעה בעקבותיו התרחש בכביש ה"חלופי" המשמש את העותרים – בקטע הכביש שבין הכפר צפא לכפר בילעין, כנטען על-ידי העותרים. בתיעוד וידאו שצולם על-ידי היתם עטאללה, תושב האזור אשר נקלע למקום האירוע כשהיה בדרכו לרמאללה ב"כביש החלופי", נראים המכוננית של המנוח ואחיו, שנתקעה בשצף הזרימה, סגירת הכביש בעקבותיה, ואנשים המתקבצים סביב האזור אליו נסחפו שני האחים. העתק מצילום הוידאו צורף כנספח ע/22.

כפי שניתן לראות בצילום הוידאו, גייפ צבאי ואף אמבולנס צבאי הגיעו לאזור האירוע בשלב כלשהו. בנסיבות אלה, תמוהה במיוחד מהותה של הבדיקה שערכו המשיבים, על פיה קבעו "בצורה ברורה" כי האירוע לא התרחש היכן שהעותרים ציינו, כי אם במקום אחר לחלוטין.

לאירוע עדים רבים. נמנים עליהם אחיו של המנוח, אשר היה עימו ברכב, נסחף בזרם אף הוא, אך חולץ בחיים, והעותר מס' 1, מר עלי אבו ספיה.

גם בדיווח שנכלל בכתבה בעיתון הארץ שהתפרסמה ביום 3.4.2006 (נספח ע/21) צוין, כי מקום הטביעה של הצעיר מבית ענאן היה בכביש לרמאללה בקטע שבין צפא ובילעין, עת שהמנוח ואחיו היו בדרכם למאפיית המשפחה ברמאללה.

הפגיעה באורחות החיים ובזכויות אדם בסיסיות

67. טענת המשיבים כאילו מדובר בפגיעה זניחה, שאיננה יותר מאשר "עיכוב מסוים בזמני התנועה" (כלשונם בתצהיר התשובה) מקוממת. כפי שפורט על-ידי העותרים בעתירה, סגירת כביש 443 הביאה לפגיעות קשות באוכלוסיית הכפרים העותרים, להן השלכה על כל תחומי החיים.

לפירוט בעניין זה ראו: עמ' 10-16 לכתב העתירה; תצהירים מפורטים של העותרים 1-6 שצורפו לעתירה; עמ' 14-17 לתגובת העותרים ועדויות מפורטות נוספות של העותרים שצורפו לה.

המשיבים קובלים על כך שחלק מהטענות שהועלו על ידי העותרים הינן מוגזמות, לא מבוססות עובדתית, או לא מדוייקות. העותרים מבקשים להדגיש, כי הינם עומדים על הטענות שהועלו על ידם בעתירה, אשר נתמכו בתצהירים מפורטים, וכאמור מבוססות על ידיעה וחוויה אישיות.

68. נזקים כלכליים - התמשכות זמן הנסיעה, קשיי התנועה בדרך החלופית והנזקים לכלי הרכב הנגרמים מנסיעה בדרך משובשת, הביאו עימם גם לעליית מחירי הנסיעה וההובלה. התארכות הנסיעות והתייקרותן הביאו לפגיעה קשה בכלכלת הכפרים ובפרנסת תושביהם. העובדה שלסגירתו של כביש ראשי יחיד תהא השלכה ישירה, ממשית וקשה על כלכלת תושבי האזור, הינה בגדר עובדה, שכמעט ואיננה מצריכה ראיה. על הפגיעה הכלכלית העידו כל ששת ראשי מועצות הכפרים. דוגמאות קונקרטיות, בחלקן בגוף ראשון, בחלקן מידיעה קרובה, לסגירת עסקים בכפרים או להפסדי שכר מופיעות בתצהיר העותר 3, סעיף 3 בו הוא מתייחס להפסדים אותם חווה בעצמו; תצהיר העותר 5, סעיפים 6-7; תצהיר העותר 6 סעיף 7. מדובר בדוגמאות בלבד.

69. בנוגע להשפעתן של מגבלות התנועה שמטילה ישראל בתוך שטחי הגדה המערבית לפגיעה בכלכלה, קובע הבנק העולמי בדו"ח שפרסם בחודש מאי 2007:

In economic terms, the restrictions have created a level of uncertainty and inefficiency which has made the normal conduct of business extremely difficult and therefore has stymied the growth and investment which is necessary to fuel economic revival.

סעיף 3 עמ' 3 לדו"ח הבנק העולמי.

ראו דו"ח הבנק העולמי, מיום 9.5.2007 נספח ע/27, מפה עדכנית של מגבלות התנועה בתוך הגדה נספח ע/28.

70. על טענת המשיבים, כי חלק ניכר מתושבי הכפרים מתפרנסים מעבודה בישראל ובהתנחלויות משיבים העותרים בגיחוך. הנתון החלקי כל כך שהוצג על ידי המשיבים, בכל הכבוד, איננו מוכיח דבר (כך, למשל, אין הוא אומר כמה תושבים זכו להיתרים, לכמה חודשי עבודה "זכו", האם היקף זה משקף מספר יציב במהלך כל השנים האחרונות, והאם יכולים הם לסמוך על

מקור פרנסה זה גם במהלך השנים הבאות, כמה ימים במהלך השנים הללו הוטל סגר וכו').
אף לו היה הנתון שהוצג מתקבל ככתבו וכלשונו, מדובר באחוז קטן ממספר התושבים הנמנה
על כוח העבודה של הכפרים העותרים (לפי הנתונים שהציגו המשיבים – כ-13,000).

ברי, כי לא על משענת קנה רצוף זו יכולים תושבי הכפרים לבסס פרנסתם.

71. קשיי התנועה הביאו אף לפגיעה בקשרי משפחה, וביכולתם של סטודנטים להתמיד
בלימודיהם (ראו סעיפים 41-40, 55 לעתירה).

72. ואולם, סגירת כביש 443 לא רק פגעה בכל אלה אלא אף מסכנת חיי אדם. עקב העברת כל
עומס התנועה לכבישים הפנימיים של הכפרים התרבו תאונות הדרכים ובהם מקרי דריסה של
הולכי רגל. המשיבים מציינים בתצהיר התשובה המשלים, כי לא מצאו תיעוד רשמי מסודר
לטענה זו. הסבר לכך יכול להימצא בכך, שהמשטרה הפלסטינית איננה מורשה להגיע לאזור
הכפרים (אלא אך עד מבואות ביתוניא), ומאחר שרבים מכלי הרכב אינם מבוטחים רבות
מתאונות הדרכים כלל אינן מדווחות.

73. סיכון ממשי לחיי אדם נובע אף מהפגיעה בנגישותם של שירותי חירום. להמחשה, מספר
מקרי חירום רפואיים, שהובאו על-ידי העותרים בעתירה ובתגובה (סעיף 50 לעתירה, סעיף
52-53 לתגובה):

א. ילד מבית ליקיא, שנפצע במהלך הפגנה נגד בניית גדר ההפרדה על אדמות הכפר, נפטר
מאיבוד דם לאחר שחל עיכוב ממושך בפינויו לבית החולים. העיכוב בהגעת האמבולנס
נגרם בשל התארכות והתמשכות הדרך, שהיה עליו לעבור;

ב. ביום 9.4.2006 תושב הכפר בית סירא בשם מוחמד מוסא מוחמד חמדאן, בן 62 לקה
בליבו ונדרש פינויו הבהול לבית-חולים. בתגובה לפנייה לשירותי הבריאות נמסר להם,
שייקח זמן רב עד שאמבולנס יוכל להגיע לכפר בשל הדרך, וכי הם ממליצים כי הוא
יפונה לבית-חולים ברכב פרטי. בשל תנאי הדרך, ובשל עומס תנועה לאורכה, הגיעו
לרמאללה רק כעבור שעה ורבע. האיש נפטר בדרך;

ג. ביום 9.6.2006 תושב הכפר בית סירא בשם פהמי דהוד עבדאללה ענקאוי, בן 51, הסובל
ממחלת לב, חש בליבו. הוא התמוטט ואיבד את ההכרה. גם הפעם לא הייתה ברירה
אלא לפנותו ברכב פרטי, בשל כך שהמתנה לאמבולנס הייתה אורכת זמן רב עוד יותר.
רק לאחר כשעה ו-20 דקות הגיעו לבית החולים. החולה נפטר דקות ספורות לאחר
הגעתו לבית החולים. הרופאים חיוו דעתם, כי לו היה מגיע מוקדם יותר יש סבירות
גבוהה שניתן היה להצילו.

ד. ביום 30.8.2007 הילד אחמד יוסף אחמד ענקאוי, בן 9, נדרס על ידי מכונית שנסעה בדרך
החלופית, בזמן יציאתו מבית הספר. גם הפעם, בשל קשיי הדרך, נאלצו התושבים
לפנותו באמצעות מכונית פרטית לבית החולים ברמאללה. לבית החולים הצליחו להגיע
רק לאחר כשעה וחצי. במהלך הנסיעה מצבו התדרדר והוא נפטר. הרופאים חיוו
דעתם, כי לו היה מגיע מוקדם יותר הם סבורים שהיו יכולים להצילו.

ה. במקרים רבים נשים שכרעו ללדת לא הצליחו להגיע לבית החולים בזמן וילדו בדרך. על אחד מאירועים אלה, שהסתיים במות התינוק, מעיד תושב הכפר חירבת אל-מצבאח:

"לפני שנה אישתי הייתה בהריון. באחד הימים, כשהייתה בחודשים מתקדמים להריונה היא הייתה צריכה להגיע באופן בהול לבית החולים. ... נאלצתי לקחת אותה לבית חולים במכונית פרטית. מצבה היה קשה. בדרך לבית החולים היא נאלצה ללדת, והעובר מת לפני שהגענו לבית החולים. אם כביש 443 היה פתוח היינו מגיעים לבית חולים בתוך מספר דקות, אבל בגלל הדרך החלופית הקשה, והמרחק הגדול, ואיכותה הירודה של הדרך, זה גרם למות העובר.

ראו עדותו של חאלד יוסף חאלד חרפוש, תושב הכפר חירבת אלמצבאח, נספח ע/13. לפירוט נוסף ראו: סעיף 50 לעתירה; תצהיר העותר 5 סעיף 8; סעיפים 52-53 לתגובת העותרים; עדות העותר 1 שצורפה לתגובה סעיף 1; עדות העותר 4 סעיף 3; עדות העותר 6 סעיף 3; עדות חאלד חרפוש, נספח ע/13.

74. גם עקב אי יכולתם של שירותי הצלה וכיבוי אש להגיע בזמן קצר לאירועים, מונעת סגירת הכביש השתלטות מהירה על שריפות, ומביאה לסיכון חיי אדם ולהרס רכוש.

ראו מכתב מאת מנכ"ל שירותי ההגנה האזרחית בגזרת רמאללה נספח ע/14.

להרחבה נוספת ראו סעיפים 37, 61 לעתירה; תצהיר עותר 6 סעיף 11; עדות עותר 1 שצורפה לתגובה סעיף 1.4; עדות העותר 6 סעיף 4.

75. פגיעה בחקלאים בגין מניעת גישה ישירה לאדמות חקלאיות ובגין קשיים בשיווק התוצרת החקלאית – כביש 443 חותך את אדמות הכפרים העותרים (ממערב למזרח: הכפר בית סירא, צפא, חירבת אל מצבאח, בית עור אל-תחתא, ובית עור אל פוקא). בעקבות כך, מלבד הפגיעה שנגרמה בעצם הפקעת האדמות לצורך סלילת הכביש, הביא הכביש להפרדתו של חלק מאדמות הכפרים והותרתו "בצד השני" של הכביש. לכל אורך הכביש בקטע העובר בכפרים העותרים (שאורכו כ-7 ק"מ), הוכשרו 2 מעברים בלבד לכלי רכב, רק אחד מהם דו-מסלולי (המעבר באזור חירבת אל-מצבאח ובית עור אל-תחתא), ואחד חד-מסלולי העובר במנהרה צרה מתחת לכביש, באזור בית סירא. כל עוד הכביש היה פתוח לתנועתם נשמרה לתושבים האפשרות להגיע לאדמותיהם דרך כביש זה. חסימת הכביש הביאה לפגיעה נוספת באפשרות הגישה לאדמות. בכפר בית עור אל פוקא, שחלק משמעותי מאדמותיו נותר "בעבר השני" של הכביש, חקלאים רבים סובלים מקשיי גישה אלה.

ראו סעיף 31.2 לעתירה; סעיף 65 לעתירה; תצהיר העותר 6 סעיף 4; נספח ע/15 לתגובת העותרים.

76. אכן, כפי שצוין בעתירה, קשה לאמוד את מכלול הפגיעות, הנגרם עקב הפקעתו של כביש ראשי – מאוכלוסיית האזור. להחלטה שכזו השלכות על מרקם החיים באזור כולו, ובכלל זאת: על נגישותם של שירותי חירום, על קשרי מסחר וכלכלה, על יכולתם של תושבים להגיע למקומות עבודתם, למוסדות חינוך ובריאות, לאדמות חקלאיות, על תפקודם של שירותים ציבוריים שונים כמרפאות ובתי-ספר, ועל קשרים בין בני משפחה. בהינתן היקף האוכלוסייה שבה מדובר, מידת הפגיעה הנגרמת לכל כפר, לכל משפחה או לכל תושב משתנה ממקרה למקרה, ומאדם לאדם, בהתאם לנסיבות חייו. ואולם מהנתונים המפורטים שהובאו בעתירה

ובתגובת העותרים עולה בבירור, כי מדובר בהחלטה, לה השלכות קשות ביותר על עשרות אלפי בני אדם.

77. לשם הנוחות, מצורפת בזו טבלה המתייחסת לאי-דיוקים שייחסו המשיבים לעותרים:

תגובת העותרים	טענות המשיבים בתצהיר התשובה המשלים
<p>מקרה הטביעה התרחש בדיוק היכן שטענו העותרים – בקטע הכביש שבין הכפר צפא לבילעין לאורך ה"כביש החלופי" של הכפרים לרמאללה. צילום וידאו של האירוע, וכן דיווח מעיתון הארץ צורפו כנספחים ע/21, ע/22 העותרים יכולים להציג תצהירים נוספים של עדי ראיה.</p>	<p>מקרה הטביעה (סעיף 126 לתצהיר התשובה המשלים) – לטענת המשיבים מבדיקה שערכו עלה בצורה ברורה כי אירוע הטביעה שפורט על ידי העותרים לא התרחש בדרך החלופית אלא בכביש אחר בין ראס כרכר לכפר נעמה.</p>
<p>כוחות הביטחון, בהזדמנויות רבות ושונות מנעו מפלסטינים את המעבר הרגלי בכביש. מניעת התנועה קיבלה צורות שונות, ובכללן, עיכובים, ובמספר מקרים אף מכות והתעללויות אחרות.</p> <p>ראו עדויות העותרים שצורפו לתגובה – עדות עותר 1 סעיף 5; עדות עותר 2 סעיף 4; עדות עותר 5 סעיף 3. כן ראו העדויות שצורפו כנספחים ע/25, ע/26.</p>	<p>מניעת פלסטינים מלכת ברגל על כביש 443 – לטענת המשיבים העותרים לא דייקו בטענה זו. מאחר שלא נמצא שהוטל איסור כזה.</p>
<p>העותרים טענו לפגיעה בנגישות תלמידים בבית ספר המשותף לכמה כפרים. הטענה היא, שבמקום ללכת ברגל באמצעות חציית הכביש, נאלצים הם לנסוע בתחבורה ציבורית. דבר שהביא לנטל כלכלי נוסף על משפחות הילדים (סעיפים 38, 39 לעתירה; תצהיר העותר 5 סעיף 9).</p>	<p>גישה לבתי ספר – הגעת תלמידים לבתי הספר לא נעשתה כלל דרך 443, ולא מושפעת מסגירתו.</p>
<p>העובדה שלסגירתו של כביש ראשי יחיד תהה השלכה ישירה ממשית וקשה על כלכלת תושבי האזור, הינה בגדר עובדה, שכמעט ואיננה מצריכה ראיה. על הפגיעה הכלכלית העידו כל ששת ראשי מועצות הכפרים. דוגמאות קונקרטיות, בחלקן בגוף ראשון, בחלקן מהיכרות קרובה, להפסדי שכר ולסגירת עסקים בכפרים מופיעות בתצהיר העותר 3, סעיף 3 בו מתייחס להפסדים אותם חווה בעצמו; תצהיר העותר 5, סעיפים 6-7; תצהיר העותר 6 סעיף 7. מדובר בדוגמאות בלבד.</p> <p>על הקשר בין מגבלות התנועה שמטילה ישראל בתוך הגדה המערבית והפגיעה בכלכלה ראו דו"ח הבנק העולמי מחדש מאי 2007 (נספח ע/27).</p>	<p>פגיעה בכלכלת הכפרים העותרים (עמ' 54-46) – לטענת המשיבים העותרים לא הוכיחו את הקשר בין איסור התנועה לפגיעה בכלכלת הכפרים. לטענתם, כלכלת הכפרים מבוססת על עבודה בישראל ובהתנחלויות.</p>
<p>סגירת הדרך מצביה קשיים וגורמת לעיכובים בהגעתם של רכבי הצלה. ראו מכתב מאת מנכ"ל שירותי ההגנה האזרחית בגזרת רמאללה נספח ע/14. להרחבה נוספת ראו סעיפים 37, 61 לעתירה; תצהיר עותר 6 סעיף 11; עדות עותר 1 שצורפה לתגובה סעיף 1.4; עדות העותר 6 סעיף 4.</p>	<p>כיבוי אש – אין כל בעיה לשירותי כבאות לנסוע בדרך החלופית. הבעיה היא בשירותי הכבאות שמספקת הרשות הפלסטינית.</p>
<p>בתשובה יפנו העותרים אל סעיף 75 לעיקרי הטיעון; סעיף 50 לעתירה; תצהיר העותר 5 סעיף 8; סעיפים 53-52 לתגובת העותרים; עדות העותר 1 שצורפה לתגובה סעיף 1; עדות העותר 4 סעיף 3; עדות העותר 6 סעיף 3; עדות האלד חרפוש, נספח ע/13.</p> <p>בנוגע לתיאום מעבר של רכבי חירום ב-443, טוענים העותרים כי במהלך כל השנים האחרונות מדובר במקרים</p>	<p>שירותי חירום רפואיים – לטענת המשיבים העותרים לא דייקו בטענה כי יש קושי בקבלת שירותים רפואיים.</p>

תגובת העותרים	טענות המשיבים בתצהיר התשובה המשלים
<p>בודדים בלבד. בהם מקרים של פצועים או חולים שהגיעו מישראל. כנ"ל לא מוכרים מקרים בהם ניתן סיוע באמצעות מד"א למעט מקרים בהם הובאו מישראל.</p>	
<p>העותרים חוזרים ומבהירים, כי לגבי חלק מאדמות הכפרים שנותרו "מעברו השני של הכביש" (שכן כביש 443 עובר בתוך אדמות הכפרים וחוצה אותן) נגרמו קשיי גישה (ולא מניעת גישה מוחלטת). קשיי גישה המתבטאים בהארכת הדרכים ובהגברת הקושי הכרוך בהגעה לאדמה. ראו</p> <p>ראו סעיף 31.2 לעתירה; סעיף 65 לעתירה; תצהיר העותר 6 סעיף 4; נספח ע/15 לתגובת העותרים; עדויות חקלאים נוספים מהכפר בית עור אל-פוקא. אם יידרש ישמחו העותרים להמציא תצהירי חקלאים נוספים הנתקלים בקושי להגיע לאדמותיהם במצב הנוכחי.</p>	<p>גישה לאדמות חקלאיות – בעמ' 60-63 טוענים המשיבים, כי לא קיימת כל בעיית גישה לאדמות, וכי לכל האדמות קיימות דרכי גישה.</p>
<p>מדובר בדרך ראשית ואזורית יחידה. כפי שניתן לראות במפה מש/34, כביש 443 "בולע" חלקים עיקריים של הכביש היחיד ששימש קודם לכן את הכפרים העותרים לצורך חיבורים לעיר רמאללה. בעקבות "בליעה" זו, לא נותרה לכפרים אף לא הדרך המקורית באמצעותה היו מגיעים לרמאללה, למעט כמה "פיסות" שנותרו מהדרך המקורית, העוברות בתוך הכפרים.</p> <p>הנה כי כן, התנהלות המשיבים לסלילת כביש 443 ואח"כ לשלילתו מהאוכלוסייה הביאה לכך, שה"שיפור" לו התיימר לדאוג המפקד הצבאי הישראלי הביא רק לפגיעה קשה נוספת באוכלוסייה המקומית.</p>	<p>דרך נוספת (סעיף 417) - כביש 443 הינו "דרך נוספת" לכביש 11 שנותר לשימוש האוכלוסייה</p>

ה"הסדר החדש" שהוצע על-ידי המשיבים

78. המשיבים הודיעו, כי לאחר הגשת העתירה ערכו בחינה מחודשת, ומיפוי צרכים, והחליטו להתיר ל-80 כלי רכב פלסטיניים מכל הכפרים העותרים לעשות שימוש מוגבל בכביש המותנה בתנאים שונים. העותרים דוחים מכל וכל הצעה זו שאינה אלא לעג לרש.

העתק מתשובת הכפרים העותרים למינהל האזרחי, צורף כנספח ע/16.

79. שוב פתרונו של המשיבים לשלילת זכויות יסוד מהאוכלוסייה הפלסטינית בא בדמות "מנגנון היתרים". מנגנון זה הופך זכות בסיסית לפריבילגיה, אשר תינתן או תישלל כאוות נפשו של המפקד הצבאי. אף אם נתעלם כרגע מנוראות מנגנוני ההיתרים המוכרים היטב ממקומות אחרים (כדוגמת מרחב התפר, מרחב הכתר של העיר שכם), ואף אילו היינו מניחים כי נתינתם של ההיתרים, במהלך כל השנים הבאות, תהיה חלקה ונוחה ולא תיתקל בשום קושי בירוקרטי שהוא, אין ב"הסדר" המוצע כדי לסייע בהפחתת הפגיעה, הנגרמת לתושבי הכפרים האמורים:

א. לפי ה"הסדר" היתרים יינתנו אך ורק ל-80 כלי רכב מכלל תושבי הכפרים העותרים;

ב. בכוונת המשיבים לאפשר תנועה בכביש אך בשעות האור (00:18-00:06 בחודשי החורף, 00:20-00:06 בחודשי הקיץ). בשעות אחרות יידרש תיאום מראש, במענה ל"צרכים הומניטאריים";

ג. העלייה על הכביש והירידה ממנו יצריכו מעבר בשני מחסומים:

האחד, מחסום חדש שיוקם בסמוך לכפר ח'רבת אל-מסבח;

השני, המחסום הקיים באזור הכפר אל-גי'ב (סמוך להתנחלות גבעת זאב).

ד. הדרך מהכפרים לרמאללה תצריך עיקוף גדול: תחת נסיעה קצרה מהכפרים על כביש 443 לביתוניא ומשם ישירות צפונה לרמאללה, ייאלצו בעלי ההיתרים לפנות דרומה בצומת ביתוניא/מחנה עופר, לעבור דרך הכפר אל-גי'ב, ודרך מובלעת ביר-נבאללה. מבחינת המרחק דרך זו כפולה במרחק מהדרך המקורית. נוכח זאת שהמעבר בדרך יצריך מעבר בשני מחסומים, לא ניתן להעריך כמה זמן תימשך הנסיעה בה.

80. על מנת לאפשר קיומו של אורח חיים תקין בכפרים, נדרשת, בין היתר, תנועת אוטובוסים ומוניות, משאיות ורכבי אספקה ומסחר שונים, אמבולנסים, רכבי כיבוי אש, וזאת בנוסף לתנועת כלי-רכב פרטיים של תושבי הכפרים ותושבי האזור בכלל. מעבר לכך שההסדר איננו מאפשר לכל תושבי הכפרים לקבל היתרים לתנועה בכביש, הוא אף מתעלם ממכלול הצרכים של הכפרים. אלה כוללים צרכי מסחר ותעסוקה, שירותי בריאות והצלה, ומגוון שירותים אחרים. ואף בכל אלה לא הקפנו את כל הצרכים כולם. לעותרים לא ברור על אלו צרכים סברו המשיבים שהנם עונים בהסדר זה, ועל איזה "מיפוי של צרכי הכפרים" הם מתבססים.

81. הנה כי כן, מה שבעיקר יש ב"הסדר החדש" שמציעים המשיבים, הוא קיבוע ועיגון המצב הקיים באמצעות הכנסתו של "מנגנון היתרים" חדש. מנגנון היתרים איננו יכול לתת מענה לפגיעות ולמצוקות, עליהן הצביעו העותרים, ואין בו כדי לשנות כהוא זה את המצב עובר להגשת העתירה.

כבישי "מרקם החיים"

82. המשיבים הציגו בתצהיריהם בהרחבה את מערכת כבישי "מרקם החיים" שהם סוללים באזור צפון עוטף ירושלים. רובם ככולם של כבישים אלה כלל איננו רלבנטי לכפרים העותרים. הצגתם של כבישים אלה כשירות והטבה שמעניק המפקד הצבאי ל"רווחתה" של האוכלוסייה האזרחית, גם הוא לא פחות ממקומם.

83. מתוך 6 כבישי "מרקם חיים", אותם הציגו המשיבים, כביש אחד בלבד רלבנטי לעניינה של עתירה זו. כביש בית עור אל פוקא-ביתוניא. כביש זה טרם נסלל. פריצת הדרך והרס האדמות החקלאיות נעשה כבר לפני חודשים ארוכים, ואולם העבודות הופסקו, גם זאת לפני חודשים ארוכים, וטרם חודשו.

84. מבחינת אוכלוסיית האזור, אין כל מקום וכל צורך בסלילתם של כבישים נוספים, שכן לרשותה צריך לעמוד כביש 443, שהינו כביש ראשי העונה לצרכיה, הן לצורך קישור בין הכפרים לבין עצמם, והן לצורך קישור עם העיר רמאללה.

85. כזכור, כבר לצורך סלילתו של כביש 443 הופקעו אדמות נרחבות מתושבי האזור. כעת מבקשים המשיבים לנכס כביש זה "סופית" מאוכלוסיית האזור עברה נסלל. לצורך כך מפקיעים המשיבים שטחי קרקע נרחבים נוספים מאותה אוכלוסייה. מדובר בגזל, פשוטו כמשמעו, של אדמות ומשאבים השייכים לאוכלוסייה המקומית, ו"העברתם" לרשות מדינתו של המפקד הצבאי.
86. מדובר בכבישים מיותרים, אשר להכשרתם השלכות קשות ביותר על תושבי האזור בהווה ובעתיד. נעמוד על כמה מהשלכות אלה.
87. ראשית, סלילת הכבישים הללו מנשלת בעלי אדמות ומשפחות מאדמותיהם ומפרנסתם.
88. שנית, סלילת הכבישים גוזלת קרקעות הדרושות לפיתוח האמיתי הנדרש לתושבי האזור. כפי שראינו כבר כביש 443 עצמו הביא לביטולן (למפרע) של תוכניות להרחבת יישובים באזור זה. הוא מונע גם, למשל, את מימושה של תכנית המתאר של הכפר ח'ירבת אל-מצבאח (ראו סעיף 7 לתצהירו של ראש המועצה, שצורף לעתירה). הכבישים הנוספים מצמצמים עוד יותר את עתודות הקרקע באזור שאמורות היו להיות מיועדות לפיתוחו לטובת תושביו ועל מנת לענות על צרכיהם האמיתיים.
89. שלישית, סלילת הכבישים מגדילה באופן מיותר ולא פרופורציונלי את שטחי האספלט, תוך גרימת הרס לטבע ולסביבה באזור.
90. רביעית, מדובר בכבישים היוצרים הפרדה בתנועה בתוך השטח הכבוש, הפרדה הנעשית על פי השתייכותו ומוצאו של אדם – מערכת כבישים אחת המיועדת לישראלים, ומערכת כבישים נפרדת לחלוטין, המיועדת לאוכלוסייה המקומית הפלסטינית.
91. בפועל, סלילתם של כבישים אלה מוציאה אל הפועל את החלטתם של המשיבים לביצוען של מערכות כבישים נפרדות בשטחי הגדה המערבית – האחת לישראלים, והשניה, נחותה ממנה, לפלסטינים.
92. לסיכום, סלילתם של כבישים אלה איננה נחוצה לאוכלוסייה, אשר לרשותה אמור לעמוד כביש 443 העונה לכל צרכיה, וכל אשר היא מביאה היא הרס ופגיעות נוספות בתושבי האזור.

האיסור אינו "זמני"

93. כבר עתה חלפו למעלה מ-7 שנים מאז החלו המשיבים מונעים מפלסטינים תושבי האזור את השימוש בכביש 443. על אף, שתוקפו של הצו, עליו חתם המשיב 2 לשם עיגון איסורי התנועה בכביש, הינו עד לחודש מאי 2008, ברור הדבר כי אין המדובר בעניין זמני שצפוי לחלוף. מעמדת המשיבים המוצגת בעתירה זו עולה, כי בהיעדר צו מבית משפט זה, יוארך הצו ללא הגבלה (ראו סעיף 23 לתצהיר התשובה המשלים, המדבר על פעמי השלום). עדיין, לטענת המשיבים, מדובר באיסור זמני.
94. אף פעולות המשיבים הנעשות במקביל לניהולה של עתירה זו, מוכיחות מעל לכל צל של ספק, כי אין מדובר באיסור זמני, וכי אין כוונה לשקול ברצינות ביטול האיסור הנדון בעתיד:

א. כאמור, המשיבים סוללים "כבישי מרקס חיים", שאחד מהם אמור להחליף את כביש
.443

ב. המשיבים מצהירים, שהם שוקלים את האפשרות להכריז בעתיד על חלק מהכביש
כ"מרחב תפר".

95. הנה כי כן, ההשקעה בסלילתם של כבישים חלופיים, והכוונה להכריז על חלק מהכביש
כ"מרחב תפר" משמעותן ברורה – כי אין המדובר ב"עניין זמני" שעשוי להסתיים בעתיד
הנראה לעין.

הטיעון הביטחוני של המשיבים: הצגה חלקית של שיקולים וחלופות

הסיכון הביטחוני הנטען ומסקנת המשיבים להיעדרן של חלופות

96. מאז סוף שנת 2000 ועד שנת 2002 נהרגו 5 אזרחים ישראלים שנסעו בכביש. לפי טענת המשיבים, האיסור על תנועת פלסטינים הינו אמצעי נחוץ להבטחת תנועת הישראלים בכביש ולמניעת כניסה לישראל. לטענתם, לא קיימת כל חלופה אחרת.
97. לתגובתם צירפו העותרים חוות דעת ביטחונית של תא"ל אילן פז (נספח ע/20). חוות הדעת ניתנה במסגרת תיק אחר (בג"צ 3969/06), ואולם מאחר שהינה מציגה חלופה עקרונית לחלופה בה בחר המפקד הצבאי (שם וכאן), היא רלבנטית אף לענייננו. בקצירת האומר אך נציין, כי בחוות דעת זו מנתח תא"ל פז את התועלות והחסרונות בשיטת ה"הפרדה בתנועה", ומגיע למסקנה, כי יצירתם של כבישים, המיועדים לתנועת ישראלים בלבד, בתוך הגדה המערבית מביאה להגדלת הסיכון הכולל ולא להפחתתו (סעיף 4 לחוות הדעת). על-פי חוות דעתו של תא"ל (מיל') פז, לצבא עומדות חלופות, שיספקו הגנה לא פחות טובה לנוסעים בכביש, ואפילו ימנעו יצירתן של נקודות תורפה ביטחוניות (סעיף 16 לחוות הדעת).
98. לאחרונה התפרסמה (במסגרת כנס שקוים במוסד ון-ליר) יוזמה של קבוצת קצינים, בהם קצינים ששירתו עד לא מזמן כמפקדים בכירים בצה"ל, הקוראת לביטולן של מגבלות תנועה ולביטולה של מדיניות ההפרדה בתנועה. הם הצביעו על הנזקים החמורים, גם הביטחוניים הנגרמים, מהמשכן של מגבלות אלה.
99. על אף האמור, טוענים המשיבים כי אין חלופה, מאחר שגם בידוק כלי-רכב איננו מספק מענה שלם ואופטימלי לאיומים. רק נזכיר, כבדרך אגב בלבד, כי עמדה זו עומדת בניגוד לאמור במכתב המשיבים מיום 18.10.2006 (נספח ע/6 לעתירה), בו הוכחה הטענה, כי כוחות הצבא מונעים תנועת כלי-רכב פלסטינים בכביש בעוד שנטען, כי תנועת כלי רכב מתאפשרת לאחר בידוק. כאמור, גם החלופה, שהוצגה על-ידי תא"ל (מיל') אילן פז (נספח ע/20), נדחתה על-ידי המשיבים.
100. העותרים מודעים היטב לפסיקתו העקבית של בית משפט זה, לפיה כאשר ניצבות בפני בית המשפט שתי גישות ביטחונית, הרי שבית המשפט יעדיף את חוות הדעת של המפקד הצבאי הנוכחי, האחראי לביטחון. לפיכך, העותרים לא יוסיפו וירחיבו בטיעון זה הנוגע לחלופות ביטחוניות אפשריות העומדות למפקד הצבאי. עם זאת, העותרים יבקשו לכל הפחות להציג כמה תהיות בנוגע לטיעון ולהסברים שהוצגו על ידי המשיבים בתיק זה.
101. לטענת המשיבים, על הקשר שבין הגבלת התנועה לבין הגברת הביטחון מעידה המציאות, זאת נוכח העובדה שלא התרחשו לאורך כביש 443 פיגועי תופת, ירי, חטיפה, או החדרת מתבלים מתאבדים מאז ננקטו הצעדים האמורים.
102. האומנם טענות המשיבים, כי מניעת תנועת כלי הרכב בכביש היא שמנעה תרחישים אלה, עומדת במבחן ההיגיון? הניתוח הביקורתי להלן מתבסס אף על האמור חוות הדעת הביטחונית.

האם לאיסור התנועה על כלי רכב פלסטינים יש השלכה על הפחתת האיום	מתווה האיום המוצג על ידי המשיבים
<p>איסור התנועה איננו מונע או מפחית איום זה. לפי חוות הדעת האיסור אף מגביר אותו.</p> <p>כביש 443 עובר בתוך אדמות הכפרים. למעשה חלק מהכפרים יושבים ממש "על הכביש". אם נדרשת ראייה לכך שלמניעת התנועה אין השלכה לעניין זה הרי שניתן לראות את נתוני המשיבים עצמם, המציגים היקף גבוה של יידוי אבנים לעבר הכביש. אם ניתן לזרוק אבן מה מונע ממישהו המעוניין בכך אף לירות?</p>	<p>ירי מצד הדרך</p>
<p>לאיסור יש השפעה על הפחתת איום זה.</p>	<p>ירי מרכב חולף לעבר מכוניות נוסעות</p>
<p>גם לפני סגירת הכביש לא התרחש אירוע מסוג זה בכביש 443. לא מוסבר הקשר בין איסור התנועה לבין חטיפה. מניעת חטיפה יכולה להיעשות גם באמצעות מתן הוראות/הנחיות לישראלים.</p>	<p>חטיפת ישראלים</p>
<p>גם סיכון זה לא נובע מנסיעת כלי-רכב פלסטינים בכביש. אין קל מאיתורו של כלי רכב פלסטיני ממרחק רב על-ידי החיילים במחסום ומניעת כניסתו לישראל במעבר (מכביס/עטרות). ואכן, אף האירוע המוזכר על-ידי המשיבים, התרחש באמצעות הגעה ברכב בעל לוחיות זיהוי ישראליות שניסה להיכנס לישראל.</p>	<p>חדירת מתאבדים לישראל – המשיבים מפנים לאירוע של מתאבדת שפוצצה עצמה במחסום מכבים (לכיוון מודיעין)</p>

103. לפי תצהירי המשיבים, הרי שבתקופה האחרונה חלה החמרה משמעותית באיומים לנוסעים בכביש. איומים אלה מתבטאים אליבא דמשיבים בהתגברות מספר יידויי האבנים ובקבוקי התבערה. מכתבי האישום שהוצגו ברור שמדובר בילדים קטנים או נערים. העותרים כמובן אינם יכולים להכחיש או לאשר נתונים אלה. ואולם כהערה בלבד, מתעוררת התמיהה, האם המשיבים שקלו את האפקט, שיש להטלתו של איסור התנועה בכביש 443 על האוכלוסייה האזרחית הנפגעת, ועל יצירת תחושות תסכול, השפלה ופגיעה בקרבה. לאפקט זה יש משמעות גם מבחינה ביטחונית – ביצירתו של כר פורה לליבוי השנאה והאלימות.

בהקשר זה נזכיר שני דברים, האחד, את מסקנותיה של ועדה צבאית, שלאחר עשרות שנים נתכנסה לבדוק את האפקטיביות של האמצעי של הריסת בתי משפחות חשודים בפעילות טרור, ומצאה, שהסיכון הביטחוני הנובע מרגשות התסכול והנקם העולים בעקבות הריסות אלה גוברים על התועלת המוגבלת המושגת מהן. השני, כי צוות הקצינים הבכירים שהציג חלופה אסטרטגית לדפוס הפעולה הנוכחי של המשיבים הצביע על הכשל הנובע מכך ששיקול זה כלל איננו נלקח בחשבון על-ידי הדרג הצבאי.

האם הוזכרו כל השיקולים שנשקלו על-ידי המפקד הצבאי?

104. בתגובתם לתצהיר התשובה הצביעו העותרים על כבישים נוספים בגדה המערבית המשמשים לתנועת ישראלים, אפילו כבישים שההיקף של המתנחלים העושים בהם שימוש מדי יום הוא אף גדול יותר. למשל, כביש 60 מגוש עציון לירושלים, בו מתקיימת תנועה של פלסטינים וישראלים. גם נסיעה בכביש 60 בקטע זה מובילה למעבר בגדר ההפרדה של עוטף ירושלים

(מחסום המנהרות). בכבישים אלה, המובילים למעברים לישראל, נוסעים אף כלי רכב פלסטינים רבים, שבמהלך תקופות ממושכות בשנים האחרונות לא בוצע להם אפילו בידוק בנקודות הכניסה והיציאה מהכביש. המשיבים לא הבהירו, לא בתצהיר התשובה ולא בתצהיר התשובה המשלים, מדוע בכביש זה ניתן לשיטתם מבחינה ביטחונית לאפשר תנועה הן של כלי-רכב פלסטינים והן של ישראלים, ואילו בכביש 443 לא.

105. היעדר התייחסות זה מעורר תהיה. המשיבים לא עמדו על השוני המכריע בין שני כבישים אלה שמחייב מסקנה שונה בענייננו.

106. בהקשר זה עולה אפשרות, שהינה בגדר השערה בלבד של העותרים, שהסיבה להבחנה הינו זמני הבידוק של כלי רכב ישראלים במחסום הכניסה לישראל. הכניסה במחסום המנהרות אכן כוללת לעיתים בידוק קפדני יותר מזה הנערך במחסום מכבים או עטרות (שני המחסומים המצויים בקצותיו של כביש 443). כתוצאה מכך, לעיתים נוצרים במקום עומסים ונדרשת המתנה. השערת העותרים היא, כי המשיבים אינם מוכנים להטיל בידוק דומה אף על כלי הרכב הנוסעים בכביש 443, מחשש להרחקתם של הישראלים. דהיינו, כל המתנה החורגת ממספר דקות תרחיק ישראלים העושים שימוש בכביש זה היום משיקולים של קיצור ונוחות הדרך, ותפחית את היקף השימוש בו על-ידי ישראלים. כלומר, לא היעדר אפשרות בידוק כי אם חוסר רצון לבצע בידוק לכלי רכב ישראלים, מחשש שהכביש יאבד את הציביון ה"ישראלי" שלו, הוא אולי זה, העומד ביסוד קביעתו האמורה של המפקד הצבאי. כאמור, זוהי השערה בלבד, אליה מוזמנים המשיבים להתייחס.

חלופות שלא הוזכרו על-ידי המשיבים

107. לכל אורך תצהירי התשובה עומדת הנחה בסיסית – היקף כלי הרכב הישראלים העושה שימוש בכביש הינו היקף של עשרות אלפי כלי רכב ביום. כפי שמבהירים המשיבים, מדובר במאפיין מרכזי שאיננו מאפשר אימוץ ההסדרים הנוהגים בכבישים אחרים בגדה המערבית.

108. החלופות שנבחנו על-ידי המשיבים כוללות שתיים אלה: עריכת בידוק לפלסטינים; איסור תנועה על פלסטינים.

109. מקריאת תצהירי המשיבים מתקבל הרושם, כי לא קיימות כל חלופות נוספות. אך להצגת התמונה במלואה נמנה כמה חלופות אשר תמוה, שלא הובאה כל התייחסות אליהן על-ידי המשיבים:

א. אזהרת ישראלים כי התנועה בכביש עלולה להיות מסוכנת (בדומה לשלטים שהוצבו בעבר בכניסה לשטחי A, או להתרעות שמוציאה ישראל לגבי נסיעה ליעדים שונים בחו"ל)

ב. הגבלת תנועת ישראלים בכביש בכלי מורשים בלבד

ג. הגבלת תנועת ישראלים לנסיעה בכלי רכב ממוגנים בלבד

ד. הגבלת תנועת ישראלים לתנועה בתחבורה ציבורית ממוגנת בלבד

ה. איסור על תנועת ישראלים שאינם מתגוררים בהתנחלויות שהוזכרו על-ידי המשיבים

ו. איסור על תנועת ישראלים בכלל, למעט תושבי ההתנחלות בית-חורון תוך הגברת האבטחה הניתנת להם

110. המשיבים לא התייחסו לאף אחת מחלופות אלה. משכך, קשה לקבל את הקביעה החד-משמעית, כי החלופה היחידה האפשרית ואף המידתית הינה – הטלת איסור על תנועת כלי-רכב פלסטינים.

111. **והערה לסיכום** – במהלך 40 השנים, בהם שולטת ישראל בשלטון כיבוש צבאי בגדה המערבית התמודדה מערכת הביטחון עם אין סוף תכתיבים ואילוצים ש"הונחתו" עליה מהדרג המדיני-פוליטי. רבים מתכתיבים אלה יצרו סיכונים ביטחוניים רבים וקשים, הן לחיי חיילים והן לחיי אזרחים ישראלים, בהם חמורים לעין שיעור מהסיכון הביטחוני הנשקף מנסיעת כלי-רכב פלסטינים בכביש 443. בראשם של תכתיבים אלה עומדת הקמתן של התנחלויות בלב השטח הכבוש, ובכללן, לדוגמא, הקמתן של התנחלויות בסמיכות לריכוזי אוכלוסיה פלסטינית צפופה, בסמיכות לעיר שכם, והקמת התנחלות בלב העיר חברון. גם בשבע השנים האחרונות, ועל אף שהמשיבים מצהירים, כי מדובר במצב נמשך של "עימות מזוין", ממשיכים הם לאפשר הרחבת התנחלויות ומעברם של ישראלים נוספים להתגורר בשטח העימות. גם ההחלטה על היערכות מחדש בגדה וההתנתקות מעזה נתקלו בטענות בדבר הסיכון הביטחוני הנשקף מהן. צה"ל אם כן מיומן ויודע לתת מענה צבאי-ביטחוני לתכתיבים שונים. אין שום סיבה אם כן, אם אכן ישראל היא מדינת חוק, שלא יוכלו להתמודד עם תכתיבים משפטיים.

112. עמדת המפקד הצבאי בענייננו הינה בעצם זו – בהיעדר תכתיב האוסר עלי למנוע תנועת פלסטינים בכביש, הרי שזה הפתרון המועדף על-ידי.

עם כל הכבוד זהו השלב, בו היועצים המשפטיים של המשיבים צריכים היו להיכנס לתמונה ולהגיד – עד כאן!

ומשאלה לא ביצעו מלאכתם, נופלת זו, שוב, על כתפיו של בית משפט נכבד זה.

התייחסות לטענות המשיבים בעניין כביש ביתוניא-רמאללה (צומת מחנה עופר-ביתוניא)

113. כביש זה מחבר בין כביש 443 לאחד היעדים המרכזיים בצידו – העיר רמאללה. סוגיית חסימתו של כביש זה לתנועת העותרים היא בלתי נפרדת מהסוגיה העיקרית הנדונה בעתירה – סגירתו של כביש 443 לתנועת פלסטינים.

114. לטענת המשיבים, העותרים לא פנו בפניה מוקדמת בעניינו של כביש זה ולא הניחו את התשתית העובדתית הרלבנטית לגביו.

115. טענתם של המשיבים בעניין זה אינה רק היתממות אלא אף מקוממת. לו עיינו המשיבים בפניית העותרים הראשונה היו לומדים, כי ענינם של העותרים בפתיחת הדרך הראשית המובילה מהכפרים העותרים לעיר רמאללה. על כוונתם זו עמדו העותרים במפורש בפנייתם למשיבים מיום 23.5.2006 (נספח ע/4):

"2. כביש 443 הינו כביש הגישה העיקרי המחבר את הכפרים לעיר המחוז רמאללה ולכל יתר חלקי הגדה המערבית, ומשמש ככביש גישה ביניהם...

...

8.ג. **כך למשל, במקום נסיעה של רבע שעה בתנאים נוחים בכביש 443 מהכפר בית סירא ועד לביתוניא וממנה לרמאללה,** נאלצים התושבים לשרך דרכיהם בדרכים ארוכות ומפותלות....

(ההדגשה הוספה – ל' י')

116. המשיבים לא טרחו כלל לבחון ולהתייחס לפניית העותרים אליהם עד להגשתה של העתירה. בתצהיר התשובה מודים המשיבים מפורשות, כי בחינת העניין נעשתה על-ידם רק לאחר הגשתה של העתירה.

117. באשר לתשתית העובדתית הרלבנטית, זו הונחה ביחס לתוואי הכביש כולו ולפגיעות מהן סובלת האוכלוסייה בגין סגירת הכביש בפניה.

118. לגוף העניין, טענות המשיבים הן: כי הכביש חסום לתנועת כל כלי-הרכב; כי מעבר ביתוניא הוא מעבר "גב-אל-גב" לשם מעבר סחורות מישראל לגדה; כי לא קיימות במקום תשתיות מתאימות למעבר כלי רכב פרטיים או הולכי רגל; כי קיים אינטרס ביטחוני חיוני בריכוז המעבר לרמאללה דרך גדר הביטחון במספר מעברים קבועים; וכי המעבר ממוקם בנקודה בעייתית ומאוימת ביטחונית.

119. טענות אלה אינן עולות בקנה אחד עם דברים שאמר תא"ל יואב מרדכי, ראש המנהל האזרחי במהלך פגישה עם ראשי מועצות הכפרים העותרים ביום 22.10.2007. במהלך הפגישה העלו ראשי המועצות את הדרישה, כי יתאפשר מעבר לרמאללה דרך כביש ביתוניא. בתשובה אמר ראש המנהל, כי ההחלטה לא לאפשר תנועה פלסטינית בדרך זו הינה החלטה של הדרג המדיני, ובשל כך להערכתו אין סיכוי שניתן יהיה לאפשר מעבר של פלסטינים במקום.

120. ואולם, גם לגופן, דינן של טענות המשיבים להידחות. מעבר ביתוניא נמצא בתוככי שטח הגדה המערבית. המעבר בין הכפרים העותרים לרמאללה הינו כל כולו בתוך השטח הכבוש, ומכאן שטענות המשיבים הנוגעות לבעיות של מעבר בין ישראל לשטחים אינן רלבנטיות למעבר בין

הכפרים לרמאללה. כפי שמצהירים המשיבים עצמם, על הדרך "החלופית" המקשרת את הכפרים לרמאללה לא מוצב באופן קבוע מחסום (סעיף 65 פסקה שלישית לתצהיר התשובה). דהיינו, התנועה בין הכפרים לרמאללה, שהינה תנועה בתוך השטח הכבוש, גם כאשר היא מתבצעת בכביש 443, לא צריכה לעבור דרך מעבר בידוק קבוע, משל היה מדובר במעבר בין ישראל לשטחים.

121. בהתייחס ליתר הטענות שהועלו :

א. העובדה, כי מקום זה נבחר לשמש כמקום העברת סחורות בין ישראל לגדה איננה צריכה להעלות או להוריד לענייננו, שכן אין מניעה לקיים את שתי "הפונקציות" זו בצד זו – מעבר סחורות בין ישראל לגדה, ודרך המשרתת תנועת תושבים בתוך הגדה ;

ב. לגבי מיקומו של מעבר ביתוניא בנקודה מסוכנת ומאויימת ביטחונית – טענת המשיבים היא, כי האיום על הכוחות במעבר נשקף בשל קיומן של עמדות שולטות. ואולם, אין בתנועת תושבים פלסטינים בכביש זה כדי להשפיע על קיומו של סיכון זה או על הגדלתו.

122. לסיכום, סוגיית סגירתו של כביש המעבר המחבר את כביש 443 לכיוון ביתוניא ורמאללה איננה נפרדת מסוגיית סגירתו של כביש 443 לתנועת פלסטינים. באפשרותם של המשיבים, לו יחפצו, או לו יחוייבו לעשות כן, למצוא פתרונות על מנת לתת מענה הולם לתנועתה של האוכלוסייה הפלסטינית במקום – אשר כביש זה שימש אותה משך שנים רבות עד לסגירתו שלא כדין לפני מספר שנים.

הטיעון המשפטי

פתיח

123. מצויים אנו 40 שנה לאחר תחילתו של הכיבוש הישראלי בגדה המערבית. מלאו גם כמעט 40 שנה מאז החלה ההתדיינות המשפטית בפני בית משפט זה בעתירותיהם של תושבים מהשטחים שנכבשו. מאז ראשיתה קבעה פסיקתו של בית משפט זה כמה עקרונות יסוד המחייבים את המפקד הצבאי בשטח הכבוש.
124. עמדתם של המשיבים בתיק זה מדגימה את המרחק הרב הקיים בין תפיסתו האמיתית של המפקד הצבאי הישראלי באשר למותר ולאסור עליו, לבין החובות והאיסורים החלים עליו על-פי כללי המשפט הבינלאומי החלים בשטח כבוש, כפי שאף פורשו ונקבעו על-ידי בית משפט זה בעבר.
125. תיק זה הינו מקרה מבחן היסטורי לשלטון הכיבוש הישראלי בגדה המערבית. הוא מציב במלוא חומרתה את השאלה האם ההלכות העקרוניות לגבי סמכויותיו של מפקד צבאי בשטח כבוש, שנקבעות בבית משפט נכבד זה, אמורות לשמש בסיס לפעולותיו של המפקד הצבאי או שמא הן בגדר "הלכה ואין מורים כן". ואם הלכות אלה אמורות להדריך את מעשיו, הרי שמעשי המשיבים בענייננו הם בלתי נסבלים, וחייבים להיפסל.
126. בחלק א' להלן נעמוד על עקרונות אלה. בחלקים ב'-ד' נעמוד על פגמי אי-החוקיות הקונקרטיים, בגינם פסולות החלטותיהם של המשיבים, ואשר בגינם זכאים העותרים לסעד שביקשו בעתירה זו – הצהרתו של בית המשפט הנכבד, כי המשיבים אינם רשאים למנוע מפלסטינים את תנועתם החופשית בכביש 443.

חלק א' – העקרונות המחייבים את המפקד הצבאי

עקרון 1 – השטח הוא שטח כבוש

127. בפסק הדין שניתן מפי עשרה שופטים של בית משפט זה בפרשת חוף עזה מובא תיאור מפורט של פסיקתו רבת השנים של בית משפט זה ביחס למעמדו של השטח כשטח כבוש. קטע קטן בלבד מתיאור זה מובא להלן:

"ההסדר המשפטי השלישי חל באזור יהודה והשומרון ובחבל עזה. חלק מאזורים אלה הוא השטח המפונה נשוא העתירות שלפנינו. על פי תפיסתן המשפטית של ממשלות ישראל לדורותיהן כפי שהוצגה בפני בית המשפט העליון – **תפיסה שנתקבלה על ידי בית המשפט העליון לדורותיו – מוחזקים אזורים אלה על ידי מדינת ישראל בדרך של "תפיסה לוחמתית"** (Belligerent Occupation). משמעותה של תפיסה משפטית זו היא כפולה: ראשית, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באזורים אלה... שנית, המשטר המשפטי החל באזורים אלה נקבע על ידי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי ובמרכזם הכללים העוסקים בתפיסה לוחמתית. על משמעות כפולה של תפיסה זו עמד מ"מ הנשיא מ' לנדוי בפרשת דויקאט, באומרו:

"הנורמה הבסיסית שעליה הוקם מבנה השלטון הישראלי ביהודה והשומרון בפועל הוא, כאמור, עד היום, נורמה של ממשל צבאי ולא החלת המשפט הישראלי שיש עימו ריבונות ישראלית" (פרשת דויקאט, עמ' 12; ראו גם בג"ץ 61/80 העצני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 595; להלן – פרשת העצני).

בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט (2) 481 (2005) סעיף 3 לפסק הדין.

עקרון 2 – בשטח כבוש למפקד הצבאי סמכויות לפעול לקידום שתי מטרות ושתי מטרות בלבד

128. דעת הרוב בבג"צ חוף עזה:

התפיסה הלוחמתית סובבת סביב שני צירים מרכזיים: הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית; הבטחת צרכיהם של האנשים המוגנים (protected persons) על ידי דיני התפיסה הלוחמתית (ראו בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 124, 138; פרשת אבו עיטה, עמ' 271; פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 794; ראו גם "דינשטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים", עיוני משפט ב' 505, 509 (תשל"ב-תשל"ג)). אלה שני "קטבים מגנטיים" (בלשון של דינשטיין, שם, שם). ביניהם קובעים דיני התפיסה הלוחמתית איזון עדין. נקודת המוצא הינה, כי בהפעלת סמכויותיו אין המפקד הצבאי יורשו של השלטון שניגף. אין הוא הריבון באזור המוחזק. סמכויותיו של השלטון שניגף מושעות. למפקד הצבאי מוקנית "סמכות הממשל והמינהל העליונה באזור" (פרשת אל-טליעאה, עמ' 510, השופט מ' שמגר).

שם, בעמ' 520

129. כל סמכויותיו של המפקד הצבאי, הנתונות לו מכוח המשפט הבינלאומי, מכוונות כלפי האזור הכבוש:

"ראינו, כי שיקוליו של המפקד הצבאי הם בהבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו באזור מזה והבטחת האינטרסים של האוכלוסיה האזרחית באזור מזה אלה כאלה מכוונים כלפי האזור..."
(בג"צ ג'מעית אסכאן, בעמ' 794)

130. אל לו למפקד הצבאי להקריב את האינטרסים של האזור על מזבח האינטרסים של ישראל. גם על כך עמד השופט ברק:

"על ממשל צבאי לנהוג כפי ששלטון מתוקן היה נוהג בכל שטחי החיים, לרבות תחבורה. במסגרת זו, תכנונה של מערכת כבישים וביצועה מהווים פעולה כדין של ממשל צבאי, **שכן הם נעשים למען תושבי האזור, ואין בהם משום הקרבת האינטרסים של האזור על מזבח האינטרסים של ישראל.**"

שם, בעמ' 791-790 (ההדגשה הוספה – ל' י')

עקרון 3 - מה כולל האינטרס הביטחוני הלגיטימי של המחזיק בשטח הכבוש (השיקול הראשון)

131. על מהותו של האינטרס המגולם בשיקול הראשון עמדה השופט פרוקצ'יה:

"אמנת האג מסמיכה את מפקד האזור לפעול בשני תחומים מרכזיים: האחד – הבטחת האינטרס הביטחוני הלגיטימי של המחזיק בשטח, והשני – הבטחת צרכיה של האוכלוסיה המקומית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית... הצורך האחד הוא צבאי והאחר הוא צורך אזרחי-הומניטרי. **הראשון מתמקד בדאגה לביטחון**

הכוח הצבאי המחזיק במקום, והשני – באחריות לקיום רווחתם של התושבים. בתחום האחרון מופקד מפקד האזור לא רק על שמירת הסדר והביטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובמיוחד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומד במרכז השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול"

בג"צ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל (2004) פסקה 8 (ההדגשה הוספה – ל' י')

132. השופט ברק בבג"צ ג'מעית אסכאן הבהיר הבהר היטב מה לא כולל אינטרס זה:

"אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו... **אפילו צרכי הצבא הם צרכיו הצבאיים ולא צרכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב** (בג"צ 390/79 דויקאט, נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1), 17). אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר."

בג"צ ג'מעית אסכאן, בעמ' 794 (ההדגשה הוספה – ל' י')

עקרון 4 – הבסיס המשפטי עליו נסלל כביש 443 - צרכי האוכלוסיה האזרחית בשטח הכבוש (מה נכלל באינטרס השני)

133. על כך שצרכי האוכלוסייה האזרחית הינם צרכיהם של תושבי האזור, לא היה חולק. בהתאם, מבחינה משפטית, קיבל בית המשפט את טענות העותרת בעניין ג'מעית אסכאן, לפיהן:

"אין הממשל הצבאי רשאי לתכנן ולבצע מערכת כבישים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית, אם מטרתו של תכנון זה ואם מטרתו של ביצוע זה הן אך להוות "דרך שירות" למדינתו שלו... על כן אם צודקת העותרת, כי מטרת התכנון אינה צרכי האזור (הצבאיים או האזרחיים) אלא אך צרכיה של ישראל, כי אז צודקים הם גם בעמדתם המשפטית, כי מטרה זו זרה היא לשיקוליו של המפקד הצבאי."

בג"צ ג'מעית אסכאן, בעמ' 795)

134. ואולם, בתגובה לטענות העותרת כי לא שיקולי אוכלוסיית האזור וצרכיה עמדו לנגד עיניו של המפקד הצבאי השיב בית המשפט כדלקמן:

"על ממשל צבאי לנהוג כפי ששלטון מתוקן היה נוהג בכל שטחי החיים, לרבות תחבורה. במסגרת זו, תכנונה של מערכת כבישים וביצועה מהווים פעולה כדין של ממשל צבאי, שכן הם נעשים למען תושבי האזור, ואין בהם משום הקרבת האינטרסים של האזור על מזבח האינטרסים של ישראל. אמת, תכנון מערכת הכבישים נעשה תוך שיתוף פעולה עם ישראל, אך אין בכך ולא כלום, שכן הוא נעשה – מבחינתו של הממשל הצבאי – מתוך מטרה לקדם את ענייניו של האזור..."

בג"צ ג'מעית אסכאן, בעמ' 791-790)

135. אכן, גם בעניין ג'מעית אסכאן ציינו המשיבים, כי הכביש ישרת אף ישראלים. תכלית זו, על פי קביעותיו של בית המשפט באותו עניין עצמו, הוגדרה כמטרה זרה למפקד הצבאי. למרות זאת, בית המשפט לא מצא בזמנו כי יש בעובדה זו כדי לפסול את החלטותיו של המפקד הצבאי, נוכח הצהרת המשיבים בפניו, כי התכלית לשמה הוכנה תוכנית הכבישים הינה לשרת את האוכלוסייה המקומית. דהיינו, מששוכנע שלא השיקול הזר הוא שהוביל להחלטת הרשות. או במילים אחרות, כאשר מצא שהמטרה הדומיננטית שהנחתה את הרשות הייתה מטרה כשרה ולא מטרה זרה (בג"צ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל (2004) פסקה 12). על-

פי מבחן זה – מבחן המטרה הדומיננטית - פסל בית משפט זה את החלטתו של המפקד הצבאי להפקיע קרקעות פרטיות לצורך הקמתו של יישוב אזרחי, משנמצא לו כי המטרה הדומיננטית הייתה זרה (בג"צ דוּינְקָאָת, עמ' 20).

136. הנה כי כן, שקילת האינטרסים הלאומיים, הסוציאליים, הכלכליים והתחבורתיים של מדינתו שלו, מצויים במובהק מחוץ לתחום סמכויותיו של המפקד הצבאי – הן סמכותו הביטחונית, והן סמכותו האזרחית, המכוונת אל תושביו של השטח הכובש.

137. מוסיף השופט ברק וקובע, כי אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה לניצול כלכלי או אחר.

138. הבסיס המשפטי להפקעתן של האדמות שנדרשו לסלילתו של הכביש הוא – צרכי האוכלוסייה המקומית-הפלסטינית בשטח הכבוש. הא ותו לא.

139. בתצהיר התשובה הראשון לא הכחישו המשיבים שכביש זה היה נושא לדיון בג'מעית אסכאן. משחשו לא נוח עם הצהרותיהם הסותרות, אז והיום, אצו רצו המשיבים לבדוק אולי בכל זאת ניתן להתנער ממשא מטריד זה. כעת, בתצהיר המשלים שהגישו מנסים המשיבים להתנער בדרך חדשה מהצהרותיהם בפני בית משפט זה בעבר. הם טוענים, שהצהרות שניתנו במסגרת בג"צ ג'מעית אסכאן כלל אינן רלבנטיות לעניינו של כביש 443, ומתייחסות אך ורק למחלף קלנדיה. התייחסנו לעיל לכך, שאין כל מקום לשמוע מפי המשיבים התנערות "עובדתית" זו. כך, שכן כביש 443 – כביש ראשי-אזורי, המקשר בין בן-שמן לעטרות והמתחבר לאותו "מחלף", נמנה על "מערכת הכבישים" לגביהם נדרשו המשיבים להצהיר הצהרותיהם בפני בית משפט זה על מנת שיכשיר את תכנוניהם.

140. ואף אם תתקבל הסתייגותם העובדתית של המשיבים, הרי שמה שקבע בית משפט זה בעניין ג'מעית אסכאן איננו רלבנטי אך לקטע כביש מסויים אחד. הוא קבע עקרון משפטי. ועקרונות אלה יפים באותה מידת תוקף לכביש 443, בין שנדון באופן ספציפי באותו המקרה ובין אם לאו. כך גם ברור, שלאור פסק הדין שנתן בית משפט זה בעניין ג'מעית אסכאן נסללו אף יתר הכבישים, שתוכננו באותה עת על-ידי המפקד הצבאי על בסיס אותו מסד משפטי. לפי טענת המשיבים הכביש עליו דובר בג'מעית אסכאן כלל לא נסלל, ובמקומו נסלל כביש 443. לא הצלחנו להבין אם ביקשו לטעון בתצהיר המשלים כי כאשר באו, לטענתם, לתכנן את כביש 443 פעלו בניגוד להלכה שנפסקה בג'מעית אסכאן? אנו חייבים להניח, כי הרשויות פעלו כדן במקרה זה, ושתכננו את הכביש בהתאם להלכת ג'מעית אסכאן. משמעות הדבר: גם כביש זה תוכנן ונבנה לטובת האוכלוסייה המקומית, ולא לטובת תושבי מדינת ישראל.

141. מהי אם כן בדיוק הטענה ה"עובדתית" החדשה שמבקשים המשיבים להעלות עתה? שכביש 443 לא נסלל לשם צרכי האוכלוסייה הפלסטינית המקומית? שלא נטען שהוא דרוש לה לשם מענה לצרכיה התחבורתיים?

ואם זו הטענה, אנא יתכבדו המשיבים ויסבירו מכוח מה פעלו עת הפקיעו את אדמותיהם של הכפרים העותרים, וכיצד דברים אלה עולים בקנה אחד עם המסמכים שהם עצמם הציגו, ובהם, תקנון תכנית כביש 443, המדבר על סלילת כביש למטרת שיפור התחבורה בין בית סירא לביתוניה (נספח מש/35).

142. לסיכום, מסגרת סמכויותיו של המפקד הצבאי כוללת שני צירים: "הצורך הצבאי" – הכולל את האינטרסים הביטחוניים של המפקד הצבאי באזור, קרי, צרכי הצבא וההגנה על כוחות הצבא, ו"הצורך האזרחי" – הכולל את הבטחת האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית.

האם יש לישראלים זכויות שימוש בכביש?

143. החובה לשמור ולהגן על חייהם וביטחונם של אזרחים (במובן civilians) חלה על המפקד הצבאי ביחס לכל אדם הנמצא בשטח הכבוש, ובתחום אחריותו של המפקד הצבאי, ללא הבדל דת, גזע, לאום או אזרחות. על כן, כמובן, לא יכולה להיות מחלוקת. השאלה היא כמובן זו – מהם האמצעים החוקיים, העומדים לרשותו של המפקד הצבאי, על מנת למלא חובתו או לממש סמכותו זו.

144. ראינו, כי שני שיקולים ושני שיקולים בלבד רשאי המפקד הצבאי לשקול – צרכי הביטחון מחד גיסא, והבטחת צרכיה של האוכלוסייה האזרחית מאידך גיסא.

145. לטענת המשיבים הם פועלים לצורך הגנה על חייהם של ישראלים, העושים שימוש בכביש 443.

146. ואולם, טענת המשיבים, כי להערכתם, לא ניתן מבחינה ביטחונית לאפשר תנועה פלסטינית וישראלית גם יחד בכביש, מציבה בפני בית משפט זה שאלה חדשה – **בהינתן "תחרות" בין פלסטינים "תושבים מוגנים" לבין ישראלים (חלקם תושבי השטחים ורובם תושבי ישראל) – זכותו של מי עדיפה לעשות שימוש בכביש, הנמצא בתוככי שטח הכבוש?**

147. ודוק, בענייננו לכל הישראלים, העושים שימוש בכביש (ולמעט 900 תושבי ההתנחלות בית חורון), קיימות חלופות תחבורתיות. כולן, דרך אגב, מצויות בתוך מדינת ישראל, ומאפשרות להם תנועה בטוחה לכל יעד בו יחפצו.

148. באשר לישראלים תושבי ישראל, הרי שלא עומדת להם כל "זכות" ליהנות או לעשות שימוש במשאבים ציבוריים שבשטח הכבוש. ואכן, אף המשיבים לא טענו לקיומה של זכות כאמור. **במובן זה, מצבם של ישראלים אלה איננו שונה ממצבם של פלסטינים, המבקשים להיכנס לשטח מדינת ישראל. אלה כאלה תלויים בהיתר, הניתן על-ידי המפקד הצבאי. ההבדל היחידי ביניהם הוא זה – בעוד שבנוגע לפלסטינים ביטל המפקד הצבאי את ההיתר הכללי, שהיה קיים ועל פיו הותרה כניסתם לישראל, הרי שכניסתם של ישראלים לשטחים עדיין מתאפשרת מתוקף היתר כללי, ואיננה מצריכה היתר אישי.**

149. מכל מקום המשיבים אינם מצביעים, ואינם יכולים להצביע על כל מקור משפטי שמבסס זכות לישראלים, באשר הם ישראלים להיכנס לשטח הכבוש. עם זאת ברי, כי בהקשרים שונים מניעת כניסתם של ישראלים מסוימים עשויה להביא לפגיעה בזכות (למשל, פגיעה בזכות לחיי משפחה; כאשר מדובר בפניו מבית מגורים - פגיעה בזכות לכבוד, לחירות ולקניין. ראו פרשת תוף עזה).

150. טענת המשיבים לקיומה של זכות התייחסה, לפי הבנתנו, אך לישראלים תושבי השטחים, העושים שימוש בכביש זה. לפיכך, נבחן את מעמדם ואת זכויותיהם בשטח ביחס לזכויותיהם של תושבים מוגנים בו.

151. ישראלים המתגוררים בשטחים, להבדיל מתושבי האזור הפלסטינים, אינם בגדר "תושבים מוגנים" בשטח הכבוש. כך נאמר באמנת ג'נבה הרביעית ואף נקבע בבג"צ חוף עזה, וכך גם טענו המשיבים באותו עניין (פסקה 36 לתשובת המשיבים לעתירת חוף עזה, מצוטט בפסק-הדין; בבג"צ חוף עזה, עמ' 517).

152. להבחנה זו, קרי לעובדה, שאזרחים ישראלים אינם באים בגדר "מוגנים" על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, השלכות שונות מבחינת מעמדם בשטח הכבוש. צריכה להיות לכך אף השלכה מבחינת הזכויות, הנתונות להם על-פי המשפט הבינלאומי, ומבחינת חובותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי ביחס אליהם. כך בכלל, וכך בפרט כאשר אלה באים בהתנגשות עם זכויות של תושבים מוגנים. ישנם סעיפים במשפט ההומניטרי, החלים על כל סוגי האנשים בשטח כבוש, מוגנים ושאינם מוגנים כאחד (ראו סעיפים 13 עד 26 לאמנת ג'נבה). ואולם תכליתו המרכזית של המשפט ההומניטרי מכוונת להגנתם של מוגנים מפני פגעי המלחמה, ובענייננו מפני פגעי מצב התפיסה הלוחמתית.

153. קיומה של הבחנה בין אזרחי ישראל, המתגוררים בשטחים, לבין התושבים המקומיים, מופיעה החל מראשית פסיקתו של בית משפט זה. עוד בפרשת בית אל (בג"צ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113, 119) עמד בית משפט זה על כך, שאזרחים ישראלים, העוברים להתגורר בשטחים, "נמצאים שם בזכות וברשות הצבא". שהותם בשטח היא זמנית, והאפשרות שיפוננו מרחפת מעל ראשם כל העת (בג"צ חוף עזה, עמ' 578). זאת, בשונה מתושבי המקום הפלסטינים, אשר זיקתם למקום שקולה לזיקתם של אזרחים למדינתם, ואשר זכותם להתגורר במקום קודמת ומוגנת במשפט הבינלאומי (ראו בג"צ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617, 646, חוות דעתו של השופט ח' כהן, דעת מיעוט). על המפקד הצבאי חל איסור על גירושם מהשטח או על העברתם בכפיה בתוך השטח (סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית).

154. נוסף על שוני זה קיים שוני נוסף, הנובע מאי-חוקיותן של ההתנחלויות על-פי המשפט הבינלאומי. סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה קובע, כי על המעצמה הכובשת נאסר להעביר חלקים מאוכלוסייתה לשטח הכבוש. הקמת התנחלויות של אזרחי המעצמה הכובשת בשטח כבוש הינה אסורה באופן מוחלט על ידי המשפט הבינלאומי, והקמתן של ההתנחלויות הישראליות בשטחים הכבושים מפרה איסור זה.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion (International Court of Justice, July 9, 2504), 43 ILM 1009 (2004)

D. Kretzmer, "The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law", 99 AJIL (2005), pp. 63, 64.

E. Benvenisti, **The International Law of Occupation**, (Princeton University Press, 1993), p. 140-141;

D. Kretzmer, *The Occupation of Justice – The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* (N.Y Press, 2002) 187.

155. בבחינתה של "תחרות" בין תושבים מוגנים לחופש תנועה, לשימור אורחות חיים, ולשימוש במשאבי השטח הכבוש, לבין תושבים אחרים בשטח זה, שאינם בגדר תושבים מוגנים – לא ניתן להתעלם משיקולים אלה. בחינתם מובילה למסקנה, כי זכותם של הראשונים עדיפה.

156. ואולם, עמדתם של המשיבים המוצגת בתיק זה מרחיקה ומרחיבה אף יותר מכל מה שהוכר עד היום בפסיקה בנוגע להגנת זכויותיהם של ישראלים, המתגוררים בשטח הכבוש. מה שמבקשים המשיבים בענייננו משקף קפיצת מדרגה נוספת. משמעות עמדתם היא – להכיר בזכויות שיש לישראלים, אף כאלה שאינם תושבי השטח הכבוש, לעבור בו ולעשות שימוש במשאביו, וזאת בנוסף להכרה בזכותם של ישראלים תושבי השטחים לחופש תנועה מלא בשטח.

157. משמעות עמדתם של המשיבים בעתירה דנן היא – כי השיקול של שמירת כביש 443 כדרך שירות לישראל גם הוא נופל בגדר הגנה על זכויותיהם של ישראלים בשטח הכבוש. דא עקא, שמשמעותה של עמדה זו של המשיבים היא הפיכת דיני הכיבוש על ראשם, ושקולה לקביעה, כי המדינה הכובשת ואזרחיה רשאים לנצל את משאבי השטח הכבוש לצרכיהם.

לסיכום

158. חלק מפסקי הדין שצוטטו לעיל, ובהם פסק-דינו של בית משפט זה בעניין ג'מעית אסכאן, נכתבו לפני לא מעט שנים. אף על פי כן, הקביעות בהם מבטאות עקרונות משפטיים בסיסיים הנוגעים לדיני כיבוש. גם על כך עמד הנשיא ברק בפסק-הדין בבג"צ בית-סוריק:

"אין בעבור הזמן כדי להרחיב את סמכותו של המפקד הצבאי ולאפשר לו לשקול שיקולים שמעבר לעצם ניהולו הראוי של האזור הנתון לתפיסה לוחמתית."

(בג"צ בית סוריק, פסקה 27)

159. המסקנה המתבקשת מכל אלה היא זו – המשיבים אינם רשאים במעשיהם היום לבטל את ייעודו המקורי של הכביש, ולהפוך את המטרה המשנית והנלווית, שהוגדרה על-ידי בית משפט זה מפורשות כמטרה זרה, למטרה הלגיטימית היחידה מבחינתו של המפקד הצבאי – למטרה היחידה.

160. מה על המשיבים לעשות בהינתן תכתיב משפטי זה – האם למנוע או להגביל תנועת ישראלים בכביש, או שמא לאמץ פיתרון אחר, אשר יספק הגנה נאותה לביטחונם ולחיייהם עת הם עושים שימוש בכביש זה – מסור למשיבים. ובלבד שזכותם של העותרים לחופש תנועה ולשימוש חופשי בכביש תישמר להם.

חלק ב' – טיעון I: חריגה מסמכות - מטרה ושיקולים החורגים מסמכויות המפקד הצבאי

161. ראינו, כי אל לו למפקד הצבאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים והתחבורתיים של מדינתו שלו. כשם שאין בסמכותו להפקיע קניין הפרט על מנת להכשיר

דרך גישה לישראל ולתושביה, כך גם אין בסמכותו להפקיע נכסים ציבוריים של השטח הכבוש לאותה מטרה. כך במיוחד, כשהתכלית המרכזית שעמדה ביסוד סלילת הכביש, ואשר הכשירה את החלטת המפקד הצבאי להפקיע אדמות לשם כך הייתה – הכשרתו של כביש לשימושה ולצרכיה של האוכלוסייה הפלסטינית המקומית.

162. לעומת זאת, השימוש בכביש על-ידי ישראלים הוכתר על-ידי בית משפט זה בעניין ג'מעית אסכאן כ"מטרה זרה" לשיקוליו של המפקד הצבאי. בית המשפט לא מצא לפסול את החלטתו דאז של המפקד הצבאי אך משום שמצא, כי לא היה מדובר בשיקול דומיננטי, שהשפיע על קבלת ההחלטה.

163. מטרה זו וההתחייבויות עליהן הצהיר בפני בית משפט זה בעבר, נשתכחו מליבו של המפקד הצבאי. די היה במעשיהם של המשיבים – סגירתו של הכביש בפני תושבי האזור הפלסטינים – כדי להוכיח שכך הוא. באו תצהירי המשיבים ואישרו זאת.

164. מטענות המשיבים לכל אורך תצהיר התשובה עולה, כי הנחת המוצא להפעלת שיקול דעתו של המפקד הצבאי הייתה, כי מדובר בכביש ישראלי מרכזי, אשר "הוטל עליו" לשמרו ככזה:

"כביש 443 מהווה עורק תנועה מרכזי, המחבר בין אזור השפלה וגוש מודיעין לבין אזור ירושלים. לצד כביש מס' 1, כביש 443 מהווה את אחד משני עורקי התנועה המרכזיים המובילים לעיר הבירה."

(סעיף 16 לתצהיר התשובה)

165. זוהי התכלית המרכזית אותה הניח לנגד עיניו המפקד הצבאי. נראה, כי גם בבוחנו את השיקולים הביטחוניים למול ה"אילוצים" הוא הניח (או אולי הונחה), כי עליו לספק את התנאים הנדרשים על מנת שהכביש יוכל להמשיך לשמש כדרך שירות של ישראל. בין המאפיינים המיוחדים של הכביש המובאים על-ידי המפקד הצבאי כהסבר (סעיף 34 לתצהיר התשובה), מופיעים שניים אלה:

המאפיין הראשון המוזכר הינו – כי הכביש משמש מדי יום עשרות אלפי אזרחים ישראלים. מאפיין מיוחד זה של הכביש הנדון מניח, כי הכביש משמש, וצריך להמשיך לשמש, כדרך גישה מרכזית של ישראל ותושביה.

המאפיין החמישי המוזכר הינו – כי מדובר בכביש תנועה מהיר, המוביל ליישובים ישראלים הן בשטחים והן בישראל. גם מאפיין זה מניח, כי היציאה מהכביש לתוך שטח מדינת ישראל צריכה להתבצע במהירות וללא עיכובים והטרדות, לטובת נוחותם של הישראלים הרבים, העושים שימוש בכביש.

166. הנה כי כן, השיקולים הביטחוניים של המפקד הצבאי נגזרים מתוך מטרה אחת מרכזית, המכוונית את שיקול דעתו: ייעודו והכשרתו של הכביש להמשיך לשמש כדרך שירות לישראל ולתושביה.

167. מטרה זו הייתה בעבר והינה גם היום מטרה זרה לשיקוליו של המפקד הצבאי. היא איננה נופלת בשיקול הראשון – קרי שיקולי הצורך הצבאי; והיא איננה נופלת בשיקול השני – קרי, שיקולי טובתה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש. זהו גם המצב על פי פסיקתו של

בית-משפט זה מהשנים האחרונות בה הוכרה שמירה על זכויות האדם של ישראלים הגרים באזור. כאמור, אף המשיבים אינם חולקים על כך, שהאינטרס שעשוי להיות לישראלים תושבי ישראל לעשות שימוש בכביש בתוככי הגדה המערבית, איננו בגדר אינטרס מוגן. בענייננו, גם עבור המתנחלים העושים שימוש בכביש זה לא מדובר בדרך גישה יחידה, כי אם בדרך נוספת ונוחה יותר (למעט תושבי בית-חורון).

168. ככל שהמשיבים מבקשים להצדיק מעשיהם בכך שהם נועדו לשמור על זכויות האדם של ישראלים, המתגוררים בשטחים דווקא, הרי שגם טיעון זה איננו מבוסס מכמה טעמים:

ראשית, המשיבים לא הבהירו מהי בדיוק הזכות המוגנת העומדת לתושבי ההתנחלויות בשטחים הכבושים, אשר לצורך הגנתה וכיבודה החליטו לפגוע בזכויות אדם של אחרים; כמו כן, על סמך מה הוחלט, כי זכות מוגנת זו הינה עדיפה וגוברת על זכותה של האוכלוסייה ה"מוגנת" לעשות שימוש בכביש זה הנבנה לצרכיה שלה.

שנית, מבחינת המשיבים היה מקום להעלאת טיעון זה, אם אכן זו הייתה המטרה שהציב המפקד הצבאי לנגד עיניו, דהיינו, הגנת תנועתם של מתנחלים בכביש. כפי שראינו, המפקד הצבאי הציב לנגד עיניו מטרה אחרת – הגנת תנועתם של כל הישראלים, המבקשים לעשות שימוש בכביש, תושבי ישראל ותושבי השטחים כאחד. מקריאת טענותיהם הביטחוניות של המשיבים (ובמיוחד, מאפייני הכביש, המייחדים אותו לשיטת המשיבים מכבישים אחרים בגדה המערבית), עולה, כי השיקול של הגנת תנועתם של המתנחלים בלבד כלל לא נבחן. משהדבר כלל לא נבחן, בוודאי שאין לקבל את הטעון, כי אין בנמצא חלופה אחרת.

169. לסיכום ראינו, כי התכלית המרכזית שראה המפקד הצבאי לנגד עיניו הייתה התכלית של שימורו של הכביש כדרך גישה פתוחה לישראלים, המשתמשים בה כעורק תנועה חליפי, המחבר בין אזור השפלה וגוש מודיעין לבין אזור ירושלים. בכך שם המפקד הצבאי לנגד עיניו את המטרה, אשר הוגדרה על-ידי בית-משפט זה במפורש כמטרה זרה לשיקוליו של המפקד הצבאי, והפך אותה למטרה הדומיננטית. בעשותו כן התנער המפקד הצבאי מהמטרה הכשרה היחידה, שהיה בה כדי להכשיר את סלילתו של כביש זה ואשר עליה הצהיר והתחייב בפני בית משפט זה – כביש המיועד לשמש את צרכיה של האוכלוסייה הפלסטינית המקומית.

חלק ג' - טיעון II: חריגה מסמכות – הפליה פסולה

170. המשפט הבינלאומי החל בשטח כבוש אוסר על המפקד הצבאי לנהוג בהפליה. אף משפט זכויות האדם הבינלאומי קובע איסור זה. לפיכך, אם יימצא שהפעולה בה נקט המפקד הצבאי הינה מפלה – דינה להיפסל. זאת, בלא שמגיעים כלל לבחון את השאלה האם מדובר בהפליה שהיא מידתית. מצבו של המפקד הצבאי שונה במובן זה ממצב בו רשות ישראלית מוסמכת בחקיקה ראשית של הכנסת לפעול באופן מפלה (כדוגמת חוק האזרחות). במקרה כזה, ונוכח ריבונותה של הכנסת, אם ורק אם יימצא החוק כבלתי חוקתי יאסר על הרשות להפלות. בחינת חוקתיות החוק נעשית על-פי מבחן המידתיות הקבוע בחוק היסוד. כאמור, לא כך הדבר בענייננו. בענייננו, למפקד הצבאי לא עומדת הסמכה חוקית להפלות.

171. **אמנת ג'נבה הרביעית** קובעת, כאחד מהעקרונות הבסיסיים של דיני הלחימה, את חובתו של המפקד הצבאי לנהוג באוכלוסייה האזרחית ללא כל הפליה:

..."

(1) בני אדם, שאינם נוטלים חלק פעיל בפעולות האיבה, לרבות חיילים שהניחו את נשקם, וחיילים שהוצאו מן המערכה עקב חולי, פצועים, מעצר או כל סיבה אחרת, יהיו נוהגים בהם תמיד מנהג אנושי, **ללא כל הפליה לרעה מטעמי גזע, צבע דת או אמונה, מין, יוחסין, מצב חומרי, או מכל טעם אחר כיוצא בזה.**"

סעיף 3 לאמנת ג'נבה (ההדגשה הוספה – ל' י'). כן ראו סעיף 27 פסקה שלישית לאמנה
172. **האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות** מורה למדינות להבטיח שוויון בפני החוק לכל המצויים תחת סמכות השיפוט שלהן ואוסרת על אפליה, בין השאר על בסיס גזע או מוצא לאומי (סעיף 26 לאמנה).

173. **האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית**, משנת 1966, מגדירה בסעיף 1 "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".

סעיף 3 לאמנה קובע, כי "המדינות בעלות האמנה מגנות במיוחד הפרדה גזעית ואפרטהייד, ומתחייבות למנוע, לאסור ולבער כל נוהגים מסוג זה בשטחים המצויים בסמכותן".
ואילו **סעיף 5** לאמנה קובע, כי:

"במילוי חובותיהן היסודיות שנקבעו בסעיף 2, מתחייבות המדינות בעלות האמנה לאסור ולבער אפליה גזעית בכל צורותיה, ולערוב לזכותו של כל אדם, בלא הבחנה באשר לגזע, צבע, או מוצא לאומי או אתני, לשוויון בפני החוק, בעיקר בהנאה מן הזכויות דלקמן:

...

(ד) זכויות אזרחיות אחרות, במיוחד:

(1) הזכות לחופש התנועה והמגורים בתוך גבול המדינה;

"...

174. האיסור על אפליה הינו כה חיוני למערך דיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי עד כי לא ניתן לסטות ממנו אף במצבי חירום (ראו המלצה כללית מס' 30 של ועדת ה-ICERD; כן ראו (Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001))

175. **החלטתו של המפקד הצבאי להעדיף את הישראלים, המבקשים לנוע בכביש, על פני כל תושביו "המוגנים" של השטח הכבוש, הינה במובהק החלטה מפלה.** מדובר הן בהחלטה

הנובעת מכוונה מפלה (מתן משקל עדיף לאינטרס של הישראלים על פני זה של תושבי המקום), והן בהחלטה שתוצאתה מפלה.

176. המשיבים מודים כעת, כי אסרו במהלך השנים האחרונות על תנועתם של כלי-רכב פלסטינים בכביש 443 באשר הם פלסטינים. על פי הצו עליו חתם המשיב 2 ביום 28.8.2007 (נספח מש/4 לתצהיר התשובה) מותרת בכביש 443 רק תנועתם של כלי-רכב ישראלים³. המשיבים מכחישים מכל וכל כי מדובר בהחלטה הנגועה בהפליה. לטענתם ההבחנה שהם עושים בין ישראלים לפלסטינים הינה בגדר הבחנה מותרת, והשיקולים בבסיסה היו שיקולים ביטחוניים ולא רצון להפלות.

טענת המשיבים בעניין זה נעדרת בסיס משפטי ומנוגדת לעקרונות יסוד במשפט.

177. מדובר בכביש אזורי-מרכזי בתוככי השטח הכבוש, אשר נבנה על אדמות תושבי המקום. במהלך השנים נסעו עליו ישראלים ופלסטינים כאחד. כולם, הן הפלסטינים והן הישראלים מעוניינים להמשיך ולנסוע בו. לטענת המשיבים, בשל שינוי נסיבות קיצוני – שינוי במצב הביטחוני באזור – המפקד הצבאי סבור, כי כיום נסיעה הן של ישראלים והן של פלסטינים בכביש הזה איננה עוד אפשרית בשל סיכון שנשקף לחייהם של ישראלים.

178. **לשיטתם של המשיבים מחויבים הם לבחור – פלסטינים או ישראלים יעשו שימוש בכביש.** בחירתם הייתה להעדיף את האחרונים.

179. מצויים אנו לפיכך במצב בו הפרט זוכה לטיפול שונה, כשהבסיס להבחנה בין אנשים הוא השתייכותם הלאומית (או האזרחית אם תרצי לומר).

180. נוסף על כך הוסיפו המשיבים והתעלמו משיקולים אלה:

ראשית, מכך שזכותם של הפלסטינים בנוגע למשאביו של השטח הכבוש קודמת ועדיפה, והיקף הזכויות העומדות להם רחב יותר;

שנית, מכך שסלילת הכביש לשימוש ישראלים הוגדרה כ"מטרה זרה";

שלישית, מההתחייבויות וההצהרות שנתנו לבית משפט זה בעבר, כדי להצדיק הפקעת אדמות לצורך סלילת הכביש, על-פיהן מיועד הכביש לשימושה של האוכלוסייה הפלסטינית המקומית.

181. **ככל שמסקנתו הביטחונית של המפקד הצבאי היא אכן שלא תתאפשר תנועה הן של ישראלים והן של פלסטינים בכביש, הרי שמכלול שיקולים אלה אמור היה להביאו למסקנה אחת בלבד - כי מחובתו לכבד ולהגן בראש ובראשונה על זכותם של תושבי האזור "המוגנים" לעשות שימוש בכביש, ורק משכונדה זכות זו, רשאי הוא לאפשר אף את תנועתם של אחרים בכביש הנדון.**

בפועל החלטתו הייתה הפוכה: ישראלים יורשו להמשיך לנסוע בכביש בעוד שתושבי השטח, בעבורם נבנה, לא יורשו לנסוע בו.

³ נוכח איסורים הקבועים בחקיקת הביטחון על-פיהם אסור לתושבים פלסטינים לנהוג ברכב ישראלי משמעותו של האיסור היא, כי נאסרה תנועת פלסטינים בכביש כליל.

182. מהאמור עולה, כי החלטתו של המפקד הצבאי לשלול את זכות התנועה בכביש מאנשים עבורם מדובר בזכות אדם מוגנת על מנת לאפשר בו דווקא את תנועתם של ישראלים, תושבי מדינתו שלו, להם לא עומדת זכות קנויה שכזו, הינה החלטה מפלה על פניה.

183. טענתם של המשיבים בהקשר זה היא, כי החלטתם לאסור על תנועת כלי-רכב פלסטינים איננה בגדר הפליה פסולה, משום שהיא מבוססת על טעמים ביטחוניים. לכן לשיטתם מדובר ב"אבחנה מותרת". השוני בין פלסטינים לישראלים לטענת המשיבים, איננו נובע מטעמים של אפליה גזעית, אלא נובע מכך, שהאיום הינו לחייהם של ישראלים, "והסיכון נובע מפעילי טרור פלסטינים, הזוממים להוציא אל הפועל פיגועים נגד אותם ישראלים" (סעיף 137 לתצהיר התשובה).

184. טענה זו של המשיבים עשויה הייתה לעמוד, אילו הגבלת התנועה בכביש הייתה מוטלת רק על אנשים המהווים סיכון ביטחוני לנוסעים בכביש. ואולם לא זוהי ההבחנה שמבצעים המשיבים. המשיבים שוללים את הזכות לשימוש בכביש על סמך נתון אחד ויחיד – השתייכותו של התושב לקבוצה לאומית/אזרחית מסוימת. כלומר, ההפרדה שעושים המשיבים בין ישראלים ופלסטינים, ושליטת זכותם של האחרונים לעשות שימוש בדרך ציבורית בתוך השטח הכבוש, נעשית בשל שיוכו הקבוצתי של האדם ובהתבסס עליה בלבד. איסור שכזה איננו יכול לבוא בגדרה של הבחנה רלוונטית ומותרת.

מטעם זה, קיומה של זכות יסוד מוגנת לתושבים המוגנים – שונה ענייננו מזה הנדון בפסק-הדין בעניין גדיר עטאללה (בג"ץ 5539/05, 2008). ומאותה סיבה הוא אף שונה מפסקי-הדין בהם נדחו עתירות לאפשר כניסתם של ישראלים לרצועת עזה בשני המקרים, לפי פסיקתו של בית המשפט, לא עמדה לעותרים זכות קנויה.

על כך שבענייננו עומדת לעותרים זכות קנויה, אותה מבקשים המשיבים לשלול – אין חולק.

185. טענת המשיבים כי האיסור יסודו בשיקולים ביטחוניים משמעה - שכל תושב פלסטיני באשר-הוא מהווה סיכון ביטחוני, ולמצער, חשוד ככזה. על הפסול הטמון בתפיסה ממין זה עמדה השופטת בנייש (כתוארה אז), ביושבה כיושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית:

"למותר להעיר כי עצם השימוש במושג "ערבי טוב" בפתח השורות הנזכרות לעיל נושא אופי גזעני. תפיסה המצמידה לאדם תואר כלשהו רק בשל מוצאו ולאומיותו הינה תפיסה גזענית."

(ההדגשה הוספה – ל' י')

החלטה לפסילת חלק מתשדיר תעמולה של רשימת חרות, מיום ז' באדר התשס"ו, 7 במרץ 2006.

העתק מההחלטה צורף כנספח ע/18.

186. קו הטיעון של המשיבים דומה לטיעון המדינה בעתירות שהוגשו נגד חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל. על כך, שאיסור גורף ממין זה המבוסס על השתייכות לאומית, איננו בגדר "הבחנה מותרת" עמד הנשיא ברק (בדעת מיעוט):

"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
מבן הזוג הזר סיכון ביטחוני...

50... ההבחנה עליה מושתת חוק האזרחות והכניסה
לישראל איננה, אפוא, ההבחנה בין בני זוג ישראלים
המבקשים להביא לישראל בני זוג זרים מההווים סיכון
ביטחוני לבין בני זוג ישראלים המבקשים להביא לישראל
בני זוג זרים שאינם מההווים סיכון ביטחוני. הבחנה כזו –
גם אם בפועל היא מביאה לתוצאה המבחינה בין בני זוג
ישראלים-יהודים לבין בני-זוג ישראלים-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 (בדימי') ברק בבג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (2006) (טרם פורסם).

187. **שבעה משופטי ההרכב המורחב בעניין עדאלה קבעו, כי הוראותיו של חוק האזרחות הינן מפלות.** זאת, אף על פי שקיבלו את טיעון המדינה, כי השיקול שעמד בבסיסו של החוק היה שיקול ביטחוני. מכאן, שהטיעון שהבחנה בין בני האדם נעשית משיקולי ביטחון ולא מתוך כוונה להפלות איננה משנה את מהותו של המעשה כמעשה מפלה.

188. הוראותיהם של המשיבים אינן יכולות להיחשב כהבחנה רלבנטית. גם כאשר המטרה היא הגנה על ביטחונם של ישראלים, ההבחנה הרלבנטית הינה בין תושבים המציבים סיכון לביטחונם לבין אלה שאינם. ואולם, לא כך נוהגים המשיבים. המשיבים בחרו לנקוט באיסור גורף, ובאופן השולל ופוגע בזכויות יסוד.

189. תוהים אנו במה שונה מקרה זה, לשיטתם של המשיבים, מהמצבים הבאים?

א. אוניברסיטה, אליה נאסרה כניסת ערבים, מחשש לביטחונם של הסטודנטים היהודים, וזאת על רקע אירועים שהתרחשו בעבר בהם היו מעורבים סטודנטים ערבים.

ב. מוסד ציבורי, אליו נאסרה כניסתם של נהגי מוניות ערבים, בטענה לקיומו של סיכון ביטחוני.

ג. מקום בילוי, אשר בעליו החליטו למנוע כניסתם של אנשים ממוצא רוסי. הדבר נומק בכך, שבעבר התרחשו במקום אירועי אלימות בהם היו מעורבים אנשים ממוצא רוסי.

190. למיטב ידיעתנו, האסמכתא המשפטית היחידה במשפט המשווה להטלתו של איסור גורף, ולשלילה גורפת של זכות יסוד של אנשים על בסיס השתייכותם הלאומית מצויה בפסק-הדין בעניין Korematsu. כיום אין עוד כל חולק, כי מדובר בפסק-דין שגוי ומביש.

191. המשיבים מביאים מספר דוגמאות להפרדות על בסיס דת או לאום, שהוצדקו בטעמי ביטחון, וטוענים כי לא כל הבחנה על בסיס מוצא לאומי הינה בגדר הפליה, כאשר היא מבוססת על שיקולי ביטחון. הדוגמאות הראשונות מתייחסות למקרים בהם הוגבלה תנועתם של ישראלים במספר כבישים בתוככי הגדה המערבית. מדובר בטיעון שנראה דומה במהותו לטיעון שהועלה ונדחה גם הוא בבג"צ קעדאן:

"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) 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 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 279

192. בענייננו, המשיבים אפילו לא מתיימרים לשמור על שוויון בין הדרכים המותרות לישראלים, לעומת אלה המותרות לפלסטינים. כפי שמודגם גם במקרה דנן, בעוד הכבישים החדשים והרחבים מוקצים לשימושם של ישראלים, לפלסטינים נותרות, ככלל, הדרכים הצדדיות והמשובשות. וראו גם המפה שצורפה כנספח ע/28.

193. אף יתר הדוגמאות המובאות על-ידי המשיבים אינן ממין העניין. כך למשל, באשר לאיסור על כניסת ישראלים לשטח רצועת עזה (בג"צ 9293/01 ח"כ ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(2) 509), הרי שבפסק-דין זה נקבע שאין לישראלים, ואף לא לחברי כנסת, זכות קנויה כלשהי להיכנס לשטח רצועת עזה, הנמצא מחוץ לתחומה של מדינת ישראל, והוכרז כשטח סגור.

194. באשר לטענת המשיבים, כי לא הייתה בליבם כוונה להפלות, יש להשיב, כי השאלה האם המפקד הצבאי היה מודע לכך, שהוא מתכוון להפלות את הפלסטינים לרעה איננה משנה. כך הדבר, באשר הפליה היא הפליה אף בהיעדר כוונה להפלות, ודי בכך שהתוצאה היא מפלה (ראו טיעונים בסעיף 93 לכתב העתירה; כן ראו למשל בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 333; השופט א' מצא בבג"ץ 4531/94 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד מח(5) 501, 524).

195. בתצהיר התשובה המשלים מביאים המשיבים מובאות מהמלצותיה הכלליות של ועדת האו"ם על פי האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית. כן הם מפנים למאמרו של פרופ' Patrick Thornbery לגביו צוין, כי הינו חבר בוועדה זו.

196. והנה, אותה טענה עצמה הוצגה על-ידי ישראל בפני ועדת האו"ם על פי האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית בישיבתה האחרונה (חודש פברואר 2007). על חבריה של הוועדה אכן נמנה פרופ' Patrick Thornbery המצוין על-ידי המשיבים. דא עקא,

שוועדה זו מצאה כי עמדה זו היתה לעמדה המוצגת על-ידי המשיבים בענייננו, משקפת חוסר תום לב בפרשנות הוראות האמנה. וכך נכתב בהמלצותיה של הוועדה:

...The Committee is concerned at the State party's assertion that it can legitimately distinguish between Israelis and Palestinians in the Occupied Palestinian Territories on the basis of citizenship. It reiterates that the Israeli settlements are illegal under international law.

The Committee recommends that the State party review its approach and interpret its obligations under the Convention in good faith, in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context, and in the light of its object and purpose. The Committee also recommends that the State party ensure's that Palestinians enjoy full rights under the Convention without discrimination based on citizenship and national origin.

סעיף 32 להמלצות הוועדה

197. עוד קבעה ועדה זו, כי אל לה לישראל להטיל בשטחים מגבלות תנועה המכוונות לקבוצה לאומית או אתנית מסוימת:

The Committee is deeply concerned that the severe restrictions on the freedom of movement in the Occupied Palestinian Territories, *targeting a particular national or ethnic group*, especially through the wall, checkpoints, restricted roads and permit system, have created hardship and have had a highly detrimental impact on the enjoyment of human rights by Palestinians, in particular their rights to freedom of movement, family life, work, education and health. ...

The State party should review these measures to ensure that restrictions on freedom of movement are not systematic but only of temporary and exceptional nature, *are not applied in a discriminatory manner*, and do not lead to segregation of communities. The State party should ensure that Palestinians enjoy their human rights, in particular their rights to freedom of movement, family life, work, education and health.

סעיף 34 להמלצות הוועדה (ההדגשות הוספו – ל' י')

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding observations, ISRAEL, Consideration of reports submitted by states parties (Seventieth session, 2007), CERD/C/ISR/CO/13 (14 June 2007) Article 32, 34

העתק ממסקנות ועדת האו"ם צורף כנספח ע/19 לתגובת העותרים.

198. נוכח הערות מפורשות אלה של הוועדה, מן הראוי היה שהמשיבים יבחנו בחון היטב את עמדותיהם ופעולותיהם בהתאם להוראותיה של האמנה, כפי שאלה מובנות ומתפרשות גם על-ידי הקהילה הבינלאומית, ובענייננו, על-ידי הוועדה האמונה על יישומה של האמנה.
199. הנה כי כן, כיצד שלא נהפוך את מעשיהם של המשיבים – מדובר במעשים הנגועים באפליה פסולה, המפרידים בין בני אדם והשוללים זכויות יסוד על בסיס השתייכותם האזרחית או הלאומית.
200. חשוב לשוב ולהבהיר, שלרשותו של המפקד הצבאי לא עומד מקור סמכות חוקי, שמתיר לו להפלות. בענייננו, נבחנת כשרותה וחוקיותה של פעולתה של רשות ציבורית, על פי מקורות הסמכות במשפט הבינלאומי ובמשפט הישראלי שנסקרו לעיל. מקורות סמכות אלה אוסרים על המפקד הצבאי להפלות, ואינם כוללים מקור חוקי המסמך לפגוע בעקרון השוויון, דהיינו להפלות, גם לא באופן מידתי. מכאן, שכאשר נמצא שהחלטה או פעולה של המפקד הצבאי נגועה בהפליה – אין בכך שהפגיעה עשויה הייתה להיות מידתית, כדי להעלות או להוריד במקרה כזה, דינה של הפעולה או ההחלטה היא בטלות.
201. הנה כי כן, החלטתם של המשיבים המבחינה ומפרידה בין ישראלי לבין פלסטיני, ושליטת זכותו של האחרון לעשות שימוש בדרך ציבורית, בשל שיוכו הלאומי או האזרחי ובשל כך בלבד (להבדיל מהטלת איסור בשל מעשה שעשה או שמתכוון לעשות), אינה יכולה לבוא בגדרה של הבחנה רלוונטית ומותרת, וככל פעולה של רשות מינהלית הנגועה באפליה, יש להורות על ביטולה.
202. למתן הכשר חוקי למעשה הפרדה והפליה ממין זה בו אנו עוסקים השלכות החורגות מעניינו של המקרה הקונקרטי. בקבלת טיעון המשיבים טמונה סכנה חמורה של מתן הכשר חוקי והוספת נדבך קריטי בעיגון האפליה הממוסדת, השיטתית והמכוונת של הפלסטינים תושבי הגדה המערבית אל מול ישראלים באזור זה. סכנה זו חמורה במיוחד, משאין המדובר בהחלטה בודדת של המשיבים, הנוגעת לכביש אחד בלבד. ברחבי הגדה המערבית כבישים נוספים, כבישים מרכזיים וראשיים, ששימשו מאז ומתמיד את אוכלוסיית המקום, ואשר הופקעו ממנה (הכביש או האדמות ששימשו לסלילתו) לצורך שימושם של ישראלים (עניינו של כביש נוסף, כביש בית-עווא - דורא, תלוי ועומד בפני בית משפט זה – בג"צ 3969/06. כך יש להזכיר את המשטר שהוטל ב"מרחב התפר", שאף שאלת חוקיותו ממתינה להכרעתו של בית משפט זה.
203. כמדיניות מקובלת ושיטתית הפרדה ואפליה נגד האוכלוסייה הפלסטינית עלולה לחרוג מהיותם של המעשים בגדר הפליה פסולה, ולעלות כדי פרקטיקה של "אפרטהייד" כפי שזו מוגדרת במשפט הבינלאומי (האמנה לדיכוי פשע האפרטהייד; חוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי (ICC) ובמשפט המינהגי הבינלאומי). חשש זה מקבל משנה תוקף לנוכח ההפרדה, הקיימת בין פלסטינים לישראלים בשטחים בתחומים רבים נוספים, ובכלל זאת קיומן של שתי מערכות דינים נפרדות לשתי האוכלוסיות (ראו א' רובינשטיין "מעמדם המשתנה של ה'שטחים' - מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי", עיוני משפט יא (תשמ"ו) 456-439. Orna

Ben-Naftali, Aeyal Gross & Keren Michaeli, "Illegal Occupation: the Framing of the Occupied Palestinian Territory", 24 *Berkeley J. Int'l L.* (2005) 551, 584-587

204. אכן, האיסור המוחלט על אפליה הינו איסור מוסרי ראשון במעלה. ככל שיש מחיר, הכרוך בשמירתו, מדובר במחיר ראוי, נוסף על כך שהינו הכרחי בהינתן החובה החלה על המפקד הצבאי. בפני הרשות תמיד עומדת חלופה לביצוע המוטל עליה ללא אפליה, לו רק תרצה בכך. כך הוא גם במקרה דנן.
205. מכל הטעמים המפורטים לעיל, בכתב העתירה ובתגובת העותרים, יש לפסול את החלטת המשיבים לאסור על תנועתם של פלסטינים בכביש, בשל היותה מפלה, ולפיקד בלתי חוקית.

חלק ד' - טיעון III: הפגיעה אינה סבירה ואינה מידתית

206. הגענו לטיעון האחרון. בטיעוני המשיבים מופיע מבחן זה כמבחן הבלעדי לבחינת פעולותיהם. כפי שפירטו העותרים לעיל, בענייננו כלל אין צורך להידרש למבחן זה באשר החלטותיהם של המשיבים פסולות מטעמים מקדימים היורדים לשורש הסמכות של המשיבים. עם זאת, בחינת החלטותיהם של המשיבים אף במבחן המידתיות מובילה אותנו לאותה תוצאה עצמה.
207. החלטת המשיבים לאסור על תנועת פלסטינים בכביש 443 שוללת מהם זכות יסוד מוגנת העומדת להם. גלומה בה שלילה של הזכות לעשות שימוש בנכסים ציבוריים המיועדים לטובתה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש, ואשר לצורך בנייתם הופקעו אדמותיהם שלהם.
208. לא מדובר בפגיעה שולית בזכות יסוד, אלא בפגיעה לה השלכות נרחבות וקשות, הנוגעות לכל תחומי החיים. סגירת הכביש, שהינו הכביש הראשי-היחידי באזור, מביאה לפגיעה חמורה ביכולת התנועה של תושבי האזור, ועקב כך לפגיעה בזכויות אדם נוספות, בכללן בזכות לחיים ולבריאות, פגיעות כלכליות, פגיעות בזכות לחינוך, לקיום חיי משפחה, ועוד (ראו הפירוט בכתב העתירה, בתגובת העותרים ולעיל).
209. כעולה מנתוני המשיבים – גם לאחר סגירת הכביש לתנועת כלי-רכב פלסטינים ממשיכים האיומים על ישראלים הנוסעים בו. גם כאן, כמו במקרים רבים אחרים, ביטחון אבסולוטי אינו בנמצא. את ההגנה על ביטחונם של הישראלים שמבקשים לעשות שימוש בכביש ניתן להשיג באמצעים אחרים, בכללם, נקיטת אמצעי הגנה שונים, ובלית ברירה אף הגבלה של תנועתם, ובלבד שאלה לא יכללו הפרה של חובתו הבסיסית האמורה של המפקד הצבאי – לכבד את זכותם של בני המקום להשתמש כאחד האדם בכביש זה.

פגם ראשון: איזון לקוי בין אינטרסים מתחרים

210. לטענת המשיבים התכלית אותה הם רואים לנגד עיניהם הינה הגנה על ביטחונם של הישראלים העושים שימוש בכביש. השיקול העומד מנגד הוא חובתם לשמור על מרקם החיים של התושבים הפלסטינים. באיזון זה סבורים המשיבים, השיקול הראשון גובר.

211. דא עקא, שלא זהו הניתוח המשפטי הנכון של האינטרסים העומדים על כפות המאזניים בענייננו. ההגנה על חיי ישראלים נעשית בהקשר מסוים, בנוגע לפעולה מסויימת שברצונם לבצע – נסיעה בכביש 443. מכאן, שבבחינת האיזון הנכון ובבחינת התכלית יש להציב את האינטרסים האמיתיים העומדים על הכף.

212. נפנה לאופן הבחינה שביצע בית משפט זה בעניין אבו דאהר (בג"צ 7862/04):

מן הכלל אל הפרט:

תכלית הצו – הלימה לערכי המדינה וקיום מטרה ראויה:

איזון בין זכויות חוקתיות: זכות מגורים בתנאי בטחון מול זכות קנין בקרקע

10. צו הגיזום שהוצא על ידי מפקד האיזור נועד לאפשר את מגורי שר הבטחון ומשפחתו בביתם בתנאים של הגנה על בטחון החיים. כן הוא נועד להבטיח את שלומם של הגורמים הסובבים את השר ואת המשפחות המתגוררות בסביבה. **נוצר מתח חוקתי בין זכות הקנין של משפחת מופז לחיים בביתם בתנאי בטחון לבין זכות הקנין של העותרת באדמתה ובמטע הנטוע עליה. באיזון החוקתי בין זכות אדם למגורים בתנאים של בטחון לבין זכות קנין בקרקע נטועה, גוברת הזכות הראשונה.** זכות אדם למגורים בביתו בתנאים של הגנה נאותה על החיים ועל שלמות הגוף גוברת בחשיבותה על זכות קנין בקרקע ובנטוע עליה, במיוחד מקום שהקנין אינו משמש למגורים; ועל אחת כמה וכמה, כאשר הקרקע אינה משמשת אף כמקור פרנסה...

השר הוא בעל זכות קנין בבית מגוריו, בו הוא מתגורר עם משפחתו שנים רבות. הוא זכאי לממש זכותו זו בתנאים של הגנה על החיים ושלמות הגוף. הזכות לחיים ולשלמות הגוף היא זכות חוקתית מוכרת (סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). גם זכות הקנין של העותרת הינה זכות חוקתית מכח סעיף 3 לחוק היסוד. **הזכות למגורים בתנאים של בטחון החיים גוברת על זכות הקנין של העותרת בשטח המטע, ובלבד שהפגיעה בזכות האחרונה תהיה מוגבלת בהיקפה רק למידה ההכרחית לצורך השגת התכלית הנדרשת.**"

213. בחינה זו מלמדת כי עוסקים אנו באיזון בין צרכים ואינטרסים שונים של אזרחים בשטח הכבוש: **בצד האחד** - האינטרסים של האוכלוסייה הפלסטינית לעשות שימוש בכביש 443; **בצד האחר** – האינטרסים של אזרחים ישראלים לעשות שימוש בכביש המצוי בתוך השטח הכבוש.

214. **לכאורה, סוג האינטרסים של שתי קבוצות האוכלוסייה זהה – אלה כאלה רוצים לעשות שימוש בכביש. ואולם, הזכויות המוקנות העומדות לשתי הקבוצות בנוגע לשימוש בכביש זה שונות עד מאוד.**

215. כפי שראינו לעיל, בכל הנוגע לזכות השימוש בכביש העובר בתוככי השטח הכבוש, זכותם של בני המקום, תושבים מוגנים של השטח הכבוש גוברת ועדיפה. כך בכלל, וכך בפרט כאשר מדובר בכביש שהמפקד הצבאי עצמו הצהיר, כי הוא נדרש ונסלל לצרכיה של האוכלוסייה המקומית, ואשר לצורך כך הופקעו, בין השאר, אדמותיהם של הכפרים העותרים.

216. חולשתו של האינטרס של "הקבוצה הישראלית" בנוגע לשימוש בכביש נגזרת אף מהיבט מהותי נוסף - ישראלים השוהים באזור, עושים כן מכוח היתר המוענק להם על-ידי המפקד הצבאי. מכוח היתר ולא מכוח זכות.

כך הוא מקל וחומר, בן בנו של קל וחומר, עת עוסקים אנו לא בפינויים של אנשים מבתיהם, כפי שדובר בעניין חוף עזה, ואפילו לא בהגנה על תנועתם של אנשים אל בתיהם וממנה, כאשר מדובר בדרך גישה יחידה.

217. למען הסר ספק נשוב ונדגיש, כי הצגת הדברים כאילו מדובר ב"תחרות" בין שתי קבוצות אוכלוסייה המוגדרות על בסיס מוצא אזרחי-לאומי מבוססת על התפיסה שהוצגה על ידי המשיבים בתצהיריהם שהוגשו במסגרתה של עתירה זו.

218. תוצאת שקילתן של שתי כפות המאזניים האמורות היא, כי בשוקלו שיקולים אלה המפקד הצבאי איננו רשאי לשלול את הזכות מאלה להם עומדת זכות קנויה, ואשר עבורם הוכשר הכביש מלכתחילה, ולהעניקה למי שאינם בגדר "בעלי זכות".

פגם שני: הפגיעה אינה מידתית

219. **תנאי המידתיות הראשון** - עניינו בשאלה, האם מגבלות התנועה מקיימות קשר רציונלי עם המטרה שלשמך הוטלו. מלבד היות כשרותה וחוקיותה של מטרת המשיבים מוטלת בספק, כפי שהוסבר לעיל, הרי שגם לו היו שיקולי הביטחון עומדים לבדם, לא היה מתקיים הקשר הדרוש. זאת, כפי שעולה מחוות הדעת הביטחונית העקרונית, על פיה, ההפרדה בין תנועת ישראלים לתנועת פלסטינים עשויה להחריף את הסיכון הביטחוני לנוסעים הישראלים.

220. **תנאי המידתיות השני** - עניינו בשאלה, האם קיימת חלופה שפגיעתה פחותה. ובענייננו, האומנם מדובר באמצעי היחיד העומד לרשות המשיבים. בנסיבות עתירה זו, החלופה של שלילת זכות התנועה והשימוש בכביש מתושבי המקום הפלסטינים, איננה נמנית על החלופות החוקיות והמותרות העומדות לרשות המשיבים. בשקילת החלופות העומדות לרשותם המשיבים אינם יכולים להתעלם ממעמד הזכויות השונות העומדות על הכף, ובכך שישראלים העושים שימוש בכביש עושים כן מכוח היתר שניתן על-ידי המפקד הצבאי.

221. בנוסף, ואף אם תידחה טענה זו, הרי שהמשיבים כלל לא שקלו חלופות אחרות. כמו כן, באפשרותם להציב עמדות מאויישות בצידי הדרך, תצפיות, פטרולים וכוחות שניתן להזעיקם במקרי חירום (ראו חוות הדעת של תא"ל במילי אילן פז, נספח ע/20). ככל שאין די באמצעים שכבר ננקטו, באפשרותו של המפקד הצבאי לשפרם. באפשרותו לשפר את הבידוק במקומות בהם נכנסים כלי הרכב הנוסעים בכביש חזרה לישראל. השימוש באמצעים אלה נעשה על-ידי המפקד הצבאי במקומות רבים בגדה המערבית, ולא הוכח על ידי המשיבים, כי אין די בהם דווקא במקום זה.

222. **נראה, כי לא ניתן לזלזל בחובתם של המשיבים לשקול את כלל החלופות האמורות. בחירה בהן עשויה הייתה למנוע את השימוש באמצעי הפסול, הנגוע באפליה. אף לו סברו המשיבים כי לא מדובר באפליה בלתי-חוקית, שומה היה עליהם להבין את ה'ריח הרע' הנודף מנקיטה באמצעים ממין אלה – המסווגים אנשים כחשודים על פי מוצאם והשוללים**

מהם זכויות יסוד בשל כך. בענייננו נוספת לכך אף התמונה המבישה, של יצירתן של שתי מערכות דרכים נפרדות – על פי מוצאם של אנשים. שומה על המשיבים לעשות מאמץ עילאי להימנע מלנקוט באמצעי שכזה. לצערנו נראה, כי המשיבים אינם מייחסים אותה מידת חשיבות לערכים אלה.

223. זאת ועוד, עמדנו לעיל על כך, שככל שמדובר באזרחים ישראלים, להבדיל מתושבי המקום המוגנים, עומדת למשיבים הסמכות למנוע את כניסתם לשטח שבתפיסה לוחמתית, ו/או להחזירם אל התחום הריבוני של מדינת ישראל. מרבית הישראלים בהם עסקינן, הינם "אזרחים לרגע" בשטח הכבוש, הבוחרים להיכנס אליו ולעשות שימוש במשאב ציבורי המצוי בו משיקולי נוחות. אם להערכת המשיבים לא ניתן לאפשר את תנועתם בכביש זה, ללא שלילה מקבילה של זכותם של תושבים מוגנים לעשות בו שימוש, אזי חלופה זו הופכת לחלופה רלבנטית. ודוקו, כאשר חלופה זו עומדת בפני המשיבים, אין להיזקק לטענה, כי אין בידיהם אמצעים חלופיים שפגיעתם פחותה.

224. עמידה בתנאי המידתיות השלישי דורשת יחס סביר בין התועלת לנזק. כפי שפירטו העותרים, נגרם נזק כבד לאוכלוסיית האזור, ולו היבטים כלכליים, חברתיים ואחרים. התועלת, מאידך, היא הגנה על איכות חייהם ונוחותם של ישראלים המבקשים "לקצר" באמצעות נסיעה בכביש המצוי בתוך השטח הכבוש. הפגיעה רחבת הממדים, אם כן, ודאי שאינה עומדת בשום יחס סביר ופרופורציונלי לתועלת.

225. ענייננו בפגיעות קשות בזכויות בעלות מעמד ועוצמה חוקתיים הגבוהים ביותר, והמביאות לפגיעות חריפות באינטרסים חיוניים של הפרט ושל הציבור. מדובר בפגיעות, המתמשכות על פני תקופה ארוכה, והמושגות על אוכלוסייה של עשרות אלפי בני אדם, תוך שהן מביאות לשיבוש קשה של כל ההיבטים של מרקם חייהם.

226. גם בהנחה, שאין באמצעים החלופיים כדי להשיג את אותה "תועלת ביטחונית", שמושגת לכאורה באמצעות סגירתו המוחלטת של הכביש בפני האוכלוסייה המקומית, הרי שנוכח יתר האמצעים האחרים הננקטים מדובר בפער שאיננו גדול, אולי אף זניח. אשר על כן, אף אם קיימת תועלת ביטחונית כלשהי במניעת התנועה הגורפת בכביש ובחסימתן המוחלטת של דרכי הגישה של הכפרים אליו, אשר לא ניתן להשיגה בדרך אחרת, הרי שמדובר בתוספת לביטחון, אשר איננה עומדת בשום יחס סביר ופרופורציונאלי לפגיעה בזכויות האדם שנגרמת בעטייה (בג"צ 2056/04 מועצת בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 840, 852-850).

227. המשפט הבינלאומי הקובע את המותר והאסור למפקד הצבאי בשטח כבוש מעניק לאוכלוסיית השטח הכבוש "חליפת מגן" מינימלית ביותר. משפט זה, שראה לנגד עיניו תפיסה צבאית קצרת מועד, ניסה להשיג איזון סביר בין האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של הכוח הכובש לבין האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית, תושביו ה"מוגנים" של השטח.
228. פעולותיו של המפקד הצבאי נשוא עתירה זו כלפי תושבי הכפרים העותרים, מאז הופקעו אדמות הכפרים לצורך סלילתו של כביש 443 הנוכחי ועד היום מהוות דוגמא בוטה לעיוות ולניצול שעשה המפקד הצבאי בסמכויות המיוחדות שהופקדו בידיו.
229. בקשת העותרים בעתירה זו הינה לחייב את המפקד הצבאי לקיים את החובות המינימליות אשר הוטלו עליו במשפט הבינלאומי ואשר הוא קיבל על עצמו (לפחות בעבר) – האיסור על ניצולו של אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית לצרכיה הכלכליים והאזרחיים של המדינה הכובשת. מדובר על הגנה מינימלית הנדרשת למניעת גזלתה של "כבשת הרש" ולמניעת המשך הפגיעות ההומניטריות באוכלוסייה האזרחית שבחלקן הינן בלתי הפיכות.
230. פעולת המשיבים להפקעת כביש 443 לצרכיה של אוכלוסיית מדינת ישראל בלבד איננה מהווה אך הפרה של אחד מהעקרונות הבסיסיים של דיני הכיבוש, אלא אף הפרה של אחד האיסורים הבסיסיים במשפט – האיסור על אפליה.
231. מדובר גם בחיובם של המשיבים ליושר ולהגינות בפעולותיהם והצהרותיהם - הן כלפי אוכלוסיית האזור הן כלפי בית משפט זה, חובה בה לא עמדו המשיבים בענייננו.
232. לפיכך, מתבקש בית המשפט הנכבד להפוך את הצו על-תנאי שיצא בעתירה זו למוחלט, להורות על בטלות החלטתם של המשיבים לאסור על תנועתם של פלסטינים בכביש 443 ובכביש ביתוניא-רמאללה, על בטלותו ולחלופין על ביטולו של הצו עליו חתם המשיב מס' 2 ביום 28.8.2007 המכריז על הכביש ככביש הפתוח לשימושם של ישראלים בלבד, ולחייב את המשיבים לאפשר את תנועתם החופשית והבטוחה של פלסטינים בכביש. נוכח החשש כי המשיבים לא "ישושו" לאפשר לפלסטינים את התנועה בכביש, אף אם יצוו לעשות כן על-ידי בית משפט זה, מן הראוי, כי בית המשפט יתייחס באופן מפורש לעניין זה, על מנת להבטיח, כי ביטול האיסור יהיה לא רק להלכה אלא גם למעשה.

היום, 2 במרץ, 2008