

העותרים: עלי חסיין מחמוד אבו צפייה, ראש מועצת הכפר בית סירא ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד לימור יהודה ו/או דן יקיר ו/או דנה  
 אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או  
 עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או באנה שגרי-  
 בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס ו/או סוניה בלוס  
 ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או נסראת דקואר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

ת"ד 34510, ירושלים 91000  
 טל': 6521218 - 02; פקס': 6521219 - 02

- נ ג ד -

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

### תגובה מטעם העותרים לתצהיר התשובה (משיבים 1-3)

#### מבוא ובקשה לקביעת דיון דחוף

1. עתירה זו הוגשה נגד החלטתם ופעולותיהם של המשיבים לחסום לתנועת פלסטינים את כביש 443, העובר בתוככי הגדה המערבית (להלן: "כביש 443"), במטרה לייחד את השימוש בכביש לתנועתם של ישראלים בלבד. כביש 443 מהווה את דרך התנועה הראשית והמרכזית עבור תושבי הכפרים העותרים. לשם סלילתו של הכביש במתכונתו הנוכחית הופקעו במהלך השנים קרקעות פרטיות של תושבי האזור בהיקף ניכר. טענת הרשויות להצדקתה של ההפקעה הייתה, כי סלילת הכביש דרושה על מנת לשרת את צרכיה של אוכלוסיית האזור.
2. בתצהיר התשובה מודים המשיבים כי במהלך השנים האחרונות אסרו על תנועתם של כלי-רכב פלסטיניים בכביש 443. המשיבים מודיעים כי בכוונתם 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, שאוכלוסייתם מונה כ-30,000 בני אדם) איננו יותר מאשר לעג לרש, ואין בו כדי לתת מענה לפגיעות בעותרים.

לטענת המשיבים, סגירת הכביש לתנועת פלסטינים נעשתה משיקולי ביטחון בלבד. בחינת טענות המשיבים מלמדת, כי בבסיס שיקולי הביטחון עומדת מטרה אחרת – לשמר את כביש 443 כעורק תנועה ישראלי מרכזי. זאת, גם במחיר הפקעתו של עורק תנועה זה מאוכלוסיית השטח הכבוש עברה נסלל.

בתשובתם מדגישים המשיבים, כי מדובר בכביש המשרת עשרות אלפי ישראלים ביום, בחלקם תושבי התנחלויות בגדה המערבית. אולם, הישראלים היחידים עבורם השימוש בכביש הכרחי, הם תושבי ההתנחלות בית חורון, המונה כ-900 תושבים. כל יתר הישראלים העושים שימוש בכביש זה, ולא בכבישים המצויים בתוך מדינת ישראל, עושים כן משיקולי נוחות. מתשובת המשיבים עולה, כי כלל לא בדקו אם ניתן להגן על תנועתם של תושבי ההתנחלות בית חורון באופן אחר, שאינו כולל איסור על תנועת פלסטינים בכביש.

3. מטענות המשיבים עולה, כי מדובר בכביש שמשמש להקלת עומס התנועה **בישראל** והמשמש כדרך הנוחה ביותר עבור הישראלים המשתמשים בו. מטרה זו, בכל הכבוד, איננה מטרה ביטחונית, כי אם מטרה ותכלית הנגזרים משיקולים תחבורתיים – כלכליים - לאומיים של ישראל.

4. האם המטרה של ייעוד הכביש כדרך גישה לישראל וכדרך קיצור נוחה עבור ישראלים הנוסעים בין השפלה וצפון ירושלים הינה מטרה כשרה ורלבנטית לשיקוליו של המפקד הצבאי? האם רשאי הוא להפעיל את סמכויותיו הביטחוניות באופן מפלה תוך הפקעת הכביש מאוכלוסיית האזור במטרה להעמידו לרשות תושבי מדינתו שלו? אלו הן השאלות העומדות בלב המחלוקת בעתירה זו.

5. סגירת הכביש בפני אוכלוסיית האזור ממשיכה מדי יום לפגוע באורח קשה בתושבי הכפרים העותרים, כמו גם בתושבי כפרים אחרים באזור. מצויים אנו כעת בפתחה של עונת החורף במהלכה צפויות הפגיעות אף להחמיר. במהלך החורפים הקודמים התרחשו הצפות, שהביאו לחסימתה המוחלטת של הדרך המכונה ה"כביש החלופי". בהצפות נלכדו נוסעים בדרך, ובחורף 2006 אף טבע צעיר תושב האזור. בזמן בו הכביש מוצף, מנותקים חלק מהכפרים העותרים מכל כביש גישה. במקביל להתנהלות עתירה זו ממשיכים המשיבים להפקיע אדמות פרטיות מתושבי האזור לצורך סלילת "מערכת כבישים חלופית" (כבישי "מרקם חיים").

**בנסיבות אלה, נוכח חומרת אי-החוקיות שנפלה בפעולת הרשויות, וכדי למנוע את המשך הפגיעות החמורות בעותרים, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון דחוף בעתירה זו.**

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

6.1 **הפרת החובה של המפקד הצבאי להבטחת צרכיה של האוכלוסייה המקומית, מטרה זרה 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 להכשיר את כביש 443 כדרך שירות למדינת ישראל ולתושביה. העותרים יטענו, כי 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.

6.2. **אפליה פסולה על רקע מוצא לאומי-אתני**: 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. בנסיבות שלפנינו, טענה זו איננה עולה בקנה אחד עם מושכלות יסוד של שיטתנו המשפטית, עם פסיקתו הענפה של בית משפט זה, כמו גם עם קביעתה המפורשת של ועדת האו"ם על פי האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית.

6.3. **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 הוטלו איסורים אלה ללא צו כתוב שהוצא על-ידי בעל הסמכות, ובלא שהוגדרו גבולות האסורים שהוטלו. הצו הכתוב הוצא רק בשל הגשתה של העתירה דנן. בתשובה שנשלחה לפני כשנה אפילו הכחישו המשיבים כי תנועת כלי-רכב פלסטינים בכביש היא אסורה. עמדתם של המשיבים, כי רשאים הם להטיל מגבלות תנועה ללא צו כתוב, חותרת תחת כללים בסיסיים של מנהל תקין ושל עקרון החוקיות.

6.4. **היעדר מידתיות**: אם ייקבע בית המשפט, כי איסור התנועה על פלסטינים בכביש איננו מפר את חובתו הבסיסית של המפקד הצבאי, לא הושפע משיקולים ומטרה זרים ואיננו מפר את עקרון השוויון, יטענו העותרים, לחלופי חילופין, כי האמצעי של סגירת הכביש לתנועת פלסטינים איננו עומד בדרישת המידתיות. זאת משום שלרשותם של המשיבים עומדות מספר חלופות, שאינן כוללות את האמצעי הפוגעני של סגירת הכביש לתנועתם של פלסטינים תושבי האזור.

7. סדר הטיעון להלן:

7.1. **הרקע על כביש 443** – התייחסות לטענות המשיבים בעבר ובהווה;

7.2. **הפגיעות באוכלוסייה המקומית** – התייחסות לטענות המשיבים;

7.3. **הטיעון המשפטי** - אשר יחולק להבהרת התשתית הנורמטיבית ולפגמי אי-החוקיות.

8. לתגובה זו מצורפת תשובתם של המשיבים לבקשה לפרטים נוספים:

העתק מהבקשה לפרטים נוספים, מצורף ומסומן **כנספח ע/8**.

העתק תצהיר התשובה לפרטים הנוספים, מצורף ומסומן **כנספח ע/9**.

## ראשי פרקים

|    |  |
|----|--|
| 5  | התשתית העובדתית.....   |
| 5  | חלק א' –התייחסות לתגובת המשיבים לגבי הרקע על כביש 443.....                         |
| 5  | פתיח .....   |
| 5  | התנערות המשיבים מהצהרותיהם בפני בית משפט זה בעבר .....                             |
| 8  | מי הם הישראלים הנוסעים כיום בכביש 443? .....                                       |
| 8  | האם האיסור על תנועת כלי-רכב פלסטינים בכביש הוטל כדין? .....                        |
| 9  | כביש ביתוניא-רמאללה (צומת מחנה עופר-ביתוניא) .....                                 |
| 11 | חלק ב' - הפגיעות באוכלוסייה המקומית .....  |
| 11 | הפגיעה בעותרים .....   |
| 12 | התייחסות לטענות המשיבים בנוגע ל"כביש החלופי" ולפגיעות בעותרים .....                |
| 15 | התייחסות לטענות המשיבים בדבר אי-דיוקים בתיאורי העותרים .....                       |
| 17 | "ההסדר החדש" המוצע על-ידי המשיבים .....  |
|    | כבישי "מרקם החיים"19   |
|    | האיסור אינו "זמני" 21  |
| 21 | להשלמת התמונה : התנכלויות גוברות של הצבא לתושבי הכפרים .....                       |
| 23 | הטיעון המשפטי .....  |
| 23 | חלק ג' - התשתית הנורמטיבית.....  |
| 23 | על סמכויות המשיבים וחובותיהם בשטח הכבוש .....                                      |
| 24 | דברים המצויים במובהק מחוץ לסמכויותיו של המפקד הצבאי (מטרה זרה ושיקולים זרים) ..... |
| 25 | על המיקום הגיאומטרי של שמירה על חיי אזרחים בשטח כבוש .....                         |
| 25 | על מעמדם וזכויותיהם של ישראלים בשטח הכבוש .....                                    |
| 28 | חלק ד' - מן הכלל אל הפרט .....   |
| 28 | טיעון ראשון: מטרה זרה ושיקולים זרים .....  |
| 30 | טיעון שני: הפליה פסולה על רקע מוצא לאומי-אתני .....                                |
| 35 | טיעון שלישי: היעדר הסמכה חוקית ואיון עקרון החוקיות בפעולות המפקד הצבאי .....       |
| 36 | טיעון רביעי: הפגיעה אינה מידתית .....  |
| 37 | השיקולים המונחים על כפות המאזניים .....  |
| 37 | הטיעון הביטחוני וקיומן של חלופות .....   |
| 39 | מבחני המידתיות .....   |
| 41 | סוף דבר .....  |

## התשתית העובדתית

### חלק א' – התייחסות לתגובת המשיבים לגבי הרקע על כביש 443

#### פתיח

9. בתגובת המשיבים לעתירה מתואר כביש 443 ככביש ישראלי לכל דבר. מתגובה זו עולה, כי תכליתו המרכזית של הכביש היא – לשמש כעורק תנועה מרכזי עבור תושבי ישראל, ולסייע בהקלת עומסי התנועה בכביש ירושלים-ת"א (כביש מס' 1). בעמדתם זו מתנערים המשיבים מהצהרות והתחייבויות שנתנו בעבר לבית משפט זה.

10. להלן נעמוד על ההבדלים המהותיים בגרסאות המשיבים בפני בית משפט זה, בעבר ובהווה.

#### התנערות המשיבים מהצהרותיהם בפני בית משפט זה בעבר

11. כמפורט בעתירה, הרחבתו המסיבית של כביש 443, והפיכתו לכביש 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, התנגדו לתוכנית הכבישים ואף עתרו לבית משפט זה נגד ההפקעה (בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש). אלה היו טענות העותרים, 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 וראוונתית 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;..."

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

12. המשיבים, ובראשם מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, הכחיש 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 ובשומרון 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)

13. 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 צורכי 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)

14. ואולם, בהסתמך על הצהרותיהם העובדתיות 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)

15. לכל אורך תצהיר התשובה אין 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).

16. יתר על כן, לפי גרסתם של המשיבים כיום, כביש 443 כלל איננו נחוץ לאוכלוסייה, שכן עומדים לרשותה כבישים אחרים (סעיפים 23, 65-66 לתצהיר התשובה), ובכלל זה הציר המקורי של כביש 443 (סעיף 66 פסקה שלישית לתצהיר התשובה). **טענה זו גם לא נכונה וגם 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 איננה יכולה

לשרת עוד את צרכי האוכלוסייה. והנה כיום, כאשר חפצים המשיבים להפקיע את אותו הכביש אשר סללו על אדמותיהם של העותרים, 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, כיום לא עומדת לתושבי הכפרים העותרים אפילו מערכת הכבישים שעמדה לרשותם בעבר, עוד בטרם נסלל כביש 443 החדש. שכן, בניגוד להצהרת המשיבים גם כביש 443 המקורי איננו עומד לרשותם, מאחר שחלקים ממנו נהרסו ו/או חסומים לנסיעתם של פלסטינים.

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

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

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

19. גרסת המשיבים הנוכחית הפוכה לגרסתם בעניין ג'מעית אסכאן, ומהווה התנערות של הרשות מהצהרותיה בפני בית משפט זה בעבר. מדובר בהיפוך יוצרות של ממש, היפוך ששומט את הקרקע תחת כשרות פעולתה של הרשות.

20. מכל מקום, בקריאת תשובת המשיבים לעתירה ברור כי עת החליט המפקד הצבאי לאסור על תנועת פלסטינים בכביש 443 שקל את טובתה של ישראל ותושביה, ולא טובתו של האזור, או צרכיו הצבאיים באזור. מכאן, שאינטרסים כלכליים ותחבורתיים של ישראל הם אשר עומדים ביסוד החלטתו של המפקד הצבאי, ולא שיקולים ביטחוניים המכוונים **כלפי האזור**.

**מי הם הישראלים הנוסעים כיום בכביש 443?**

21. לטענת המשיבים, משמש כביש 443 כדרך חלופית לכביש מס' 1, וכציר תנועה מרכזי בין אזור השפלה וירושלים. לדבריהם, מדי יום עושים שימוש בכביש זה כ-40,000 כלי רכב ישראליים.
22. חלקם הגדול של הנוסעים בכביש, כך יש לשער, 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.
23. המשיבים מציינים 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. 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 חליפיים, גם ראשיים:
- 23.1. 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.
- 23.2. תושבי התנחלויות ממזרח (תושבי ההתנחלויות גבעת זאב, גבעון החדשה, הר שמואל) - לרשותם עומד כביש ראשי נוח לתנועה (כביש מס' 436) המוביל לירושלים ומתחבר למערכת הכבישים ממנה ניתן להתחבר לכביש מס' 1 לכיוון ת"א.
24. רק עבור תושבי ההתנחלות בית חורון המונים, כ-900 תושבים<sup>1</sup>, 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).

**האם האיסור על תנועת כלי-רכב פלסטינים בכביש הוטל כדין?**

25. בתשובת המשיבים מלפני כשנה 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.."

<sup>1</sup> 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).

(ההדגשה במקור – ל. י.)

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

26. לעומת זאת, בתשובה לעתירה מודים המשיבים, כי אכן במהלך השנים האחרונות מנעו תנועת כלי-רכב פלסטינים :

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

(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"..."

27. הכיצד יתכן שלשכת היועץ המשפטי לאיו"ש לא ידעה על הטלתם של האיסורים? והכיצד קרה שהשיבה תשובה שהינה במובהק בלתי נכונה? למרות שמדובר בעובדה המצויה כל כולה בדיעותם, לא נתנו לכך המשיבים כל הסבר.

28. 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)

נודה, נדהמנו מתשובה זו של המשיבים, ותהינו כיצד יש לפרשה: האם אומרים המשיבים בכך, כי אין בידם כל 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?

#### **כביש ביתוניא-רמאללה (צומת מחנה עופר-ביתוניא)**

29. כביש זה איננו אלא כביש המחבר 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.

30. בתגובתם לעתירה טענו המשיבים, כי העותרים לא פנו בפניה מוקדמת בעניינו של כביש זה ולא הניחו את התשתית העובדתית הרלבנטית לגביו.

31. טענתם של המשיבים בעניין זה אינה אלה היתממות. לו עיינו המשיבים בפניית העותרים הראשונה היו לומדים, כי עניינם 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 לביתוניה וממנה לרמאללה, נאלצים התושבים לשרך דרכיהם בדרכים ארוכות ומפותלות....

32. המשיבים לא טרחו כלל לבחון ולהתייחס לפניית העותרים אליהם עד להגשתה של העתירה. בתשובת המשיבים לעתירה מודים הם במפורש, כי בחינת העניין נעשתה על-ידם רק לאחר הגשתה של העתירה.

33. באשר לתשתית העובדתית הרלבנטית, זו הונחה ביחס לתוואי הכביש כולו ולפגיעות מהן סובלת האוכלוסייה בגין סגירת הכביש בפניה. בין כך ובין אחרת, במסגרת העתירה הונחה בפני המשיבים התשתית העובדתית הרלבנטית, על מנת שימסרו עמדתם ותשובתם לנדרש בעתירה.

34. לגוף העניין, טענות המשיבים הן: כי הכביש חסום לתנועת כל כלי-הרכב; כי מעבר ביתוניה 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.

35. 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 ביתוניה. 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.

36. ואולם, גם לגופן דינן של טענות המשיבים להידחות. מעבר ביתוניה 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 והשטחים אינן רלבנטיות למעבר בין הכפרים ורמאללה. 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, לא צריכה לעבור דרך מעבר בידוק קבוע, משל היה מדובר במעבר בין ישראל והשטחים.

37. בהתייחס ליתר הטענות שהועלו:

37.1. העובדה, כי מקום זה נבחר לשמש כמקום העברת סחורות בין ישראל והגדה איננה צריכה להעלות או להוריד לענייננו, שכן אין מניעה לקיים את שתי "הפונקציות" זו בצד זו;

37.2. ככל שנדרש להתאים את המקום כך שישורת הן כמעבר סחורות לישראל והן לתנועתה של האוכלוסייה המקומית – באפשרותו של המפקד הצבאי לעשות כן;

37.3. לגבי מיקומו של מעבר ביתוניה 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 שכזה או על הגדלתו.

38. לסיכום, סוגיית סגירתו של כביש המעבר המחבר את 443 לכיוון ביתוניה ורמאללה איננה נפרדת מסוגיית סגירתו של כביש 443 לתנועת פלסטינים. באפשרותם של המשיבים, לו חפצו, למצוא פתרונות על מנת לתת מענה הולם לתנועתה של האוכלוסייה הפלסטינית במקום – אשר כביש זה שימש לה משך שנים רבות עד לסגירתו שלא כדין לפני מספר שנים.

## חלק ב' - הפגיעות באוכלוסייה המקומית

### הפגיעה בעותרים

39. כביש 443 הינו כביש אזורי-מרכזי בתוככי הגדה המערבית אשר שירת מזה שנים רבות את אוכלוסיית האזור. המשיבים מצהירים בתשובתם, כי מזה כ-7 שנים הם אוסרים על תנועת כלי רכב פלסטינים בכביש, וכי 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.

40. לדעת העותרים, די בהודאה זו של המשיבים כדי לספק את התשתית העובדתית הנדרשת לקיומה של פגיעה. כך במיוחד:

40.1. משמדובר בכביש הראשי היחיד העומד לרשות אוכלוסיית האזור כולו;

40.2. כביש אשר שירת מזה שנים את אוכלוסיית האזור;

40.3. שתוכנן ויועד לשרת את צרכיה של אוכלוסיית האזור;

40.4. אשר לצורך הכשרתו במתכונתו זו הופקעו קרקעות פרטיות נרחבות של תושבי האזור;

40.5. ואשר לצורך שימורו כ"דרך שירות" למדינת ישראל מפקיעים המשיבים מאוכלוסיית האזור מאות דונמים נוספים (לסלילת מערכת "כבישי מרקם חיים", המיועדת לתנועתה של האוכלוסייה המקומית).

41. על העובדה, כי סגירת הכביש ואיסור תנועה בו פוגעת באוכלוסייה המקומית, לא יכולה להיות מחלוקת. הטענות העובדתיות הנוספות שהובאו על-ידי העותרים, והמפרטות ומדגימות פגיעות קונקרטיות כאלה ואחרות, הנגרמות לאוכלוסייה עקב האיסור שהוטל עליה לעשות שימוש בכבישיה, הינן למעלה מהצורך. הן באו כדי לסייע בהבנת התמונה המלאה, ובהבנת אופן התנהלות המשיבים באזור וכלפי אוכלוסיית העותרים.

42. 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, היקפה ומידתה) מצויים ברשות העותרים ולא בידיעת המשיבים. שנית, משום שטענותיהם של העותרים גובו, בין השאר, בנתונים מפורטים ובתצהירים של תושבי המקום. ושלישית, משום שאופן התנהלותם של המשיבים מתחילה ועד סוף מראה: כי הם משנים גרסאותיהם בהתאם לאינטרסים אותם מבקשים לקדם; כי לא טרחו אפילו לבצע בדיקה ובירור אמיתיים של צרכי האוכלוסייה המקומית, ושל ההשלכות שיש להפקעתו של הכביש ממנה.

43. 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, ובלא להמשיך ולדרוש ולחקור בעניין משך כל 7 השנים בהן הוא נמשך!?

#### **התייחסות לטענות המשיבים בנוגע ל"כביש החלופי" ולפגיעות בעותרים**

44. המשיבים מודים, כי סגירת הכביש הביאה להארכת זמן הנסיעה של תושבי הכפרים בכ--25 40 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, טוענים 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.**

(ההדגשות במקור – ל. י.)

(מתוך סעיפים 65-66 לתצהיר התשובה)

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

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

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

- 45.2. כביש הכפרים הינו כביש במצב תחבורתי סביר, וטענות העותרים בעניין זה מוגזמות עד מאוד ;
- 45.3. הפגיעה בעותרים עקב סגירת כביש 443 אינה גוררת אלא עיכוב מסויים בזמני התנועה.
46. מדובר בטענות מבישות, שאינן נכונות, ואף עומדות בסתירה להצהרותיהם של המשיבים בעבר לבית משפט זה. נשיב להלן על טענות אלה.
47. **"מערכת הכבישים החלופית הסבירה"** העומדת לרשות העותרים, איננה אלא כביש יחיד, המורכב למעשה מהכבישים הפנימיים העוברים בתוככי הכפרים השונים באזור (בית סירא, ח'רבתא אל-מסבח, בית עור אל-תחתא, צפא, בילעין, כופר נייעמה, דיר איבזיע, עין עריק, ביתוניא).
- בתצהיר התשובה לא מובא כל פירוט שיכול לסייע בזיהויו של 'כביש 443 המקורי' אליו מתכוונים המשיבים (והוא גם לא סומן במפה שצירפו המשיבים, מש/3, בה מסומן רק כביש הכפרים). על כל פנים, העותרים חוזרים ומבהירים כי הכביש היחיד העומד לרשותם מאז נחסם לתנועתם כביש 443 הוא הכביש ההררי המתפתל בין הכפרים. בניגוד להצהרת המשיבים כביש 443 המקורי איננו עומד לרשותם, מאחר שחלקים ממנו נהרסו ו/או חסומים לנסיעתם של פלסטינים (באזור ההתנחלות בית חורון הכביש הישן מתאחד עם כביש 443).
48. **הצהרת המשיבים לפיה לרשות העותרים עומדת "מערכת כבישים חלופית סבירה" אף 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 עומדת לתושבי הכפרים העותרים אפילו מערכת הכבישים שעמדה לרשותם בעבר, עוד בטרם נסלל כביש 443 במתכונתו החדשה, שכן, אף הכביש שעמד לרשותם אז ('כביש 443 המקורי') איננו עומד עוד לרשותם.
49. **מצבו התחבורתי של כביש הכפרים, בניגוד לנטען על-ידי המשיבים, הינו ירוד ביותר**. מדובר בכביש שמתפתל בתוך סמטאות הכפרים, לאורכו ירידות ועליות תלולות, עשרות פיתולים, רבים מהם מסוכנים, מהמורות ופסי האטה. מדובר בכביש צר, חד-מסלולי, ללא שוליים או מדרכות, שאין בו תמרורים, תאורה או מערכת ניקוז. בשעות הבוקר והצהריים, כאשר תלמידים הולכים לבית-הספר או חוזרים ממנו, ואנשים בדרכם לעבודתם, נוצרים בכביש עומסי תנועה כבדים. בקטעים שונים, בהם הכביש עובר במעבר צר, משאיות ורכבים גדולים מתקשים במעבר. בגלל איכותה הירודה של הדרך, הסיכונים הבטיחותיים בה, והעובדה שהיא עוברת בתוככי הכפרים הביאה לעלייה במספרן של תאונות הדרכים.
50. זהו כביש פנימי, שלא נועד, ואיננו יכול, לספק את צרכי התחבורה של עשרות אלפי בני אדם אשר נותרו ללא כל דרך ראשית בעקבות סגירתו של כביש 443 בפניהם.

להמחשה מצורף סימון תוואי הדרך על גבי תצלום אוויר, וכן צילומי וידאו ממקטעים שונים של הכביש המובאים במסגרת מצגת, המצורפת ומסומנת **כנספח ע/10**.

צילום וידאו של נסיעה בכביש מבית סירא ועד צומת ביתוניא מצורף ומסומן **כנספח ע/11**.  
להשוואה - צילום וידאו של נסיעה בכביש 443 מבית סירא למחסום ביתוניא, מצורף ומסומן **כנספח ע/12**.

51. **טענת המשיבים כאילו מדובר בפגיעה זניחה, שאיננה יותר מאשר "עיכוב מסוים בזמני התנועה" מקוממת.** כפי שפורט על-ידי העותרים בעתירה, סגירת כביש 443 הביאה לפגיעות מרחיקות לכת באוכלוסיית הכפרים העותרים, ולשינוי חריף באורחות החיים בהם, כפי שהודגם והובהר היטב במסגרת העתירה. עמדנו על כך בהרחבה הן בכתב העתירה, והן בתצהירים המפורטים של העותרים שצורפו לה. התמשכות זמן הנסיעה, וקשיי התנועה בדרך הביאו עימם גם לעליית מחירי הנסיעה וההובלה. כל אלה הביאו לפגיעה קשה בכלכלת הכפרים ובפרנסת תושביהם, לפגיעה בקשרי משפחה, וביכולתם של סטודנטים להתמיד בלימודיהם.

52. ואולם, סגירת כביש 443 לא רק פגעה בזכות לחופש תנועה, בזכות לפרנסה ולקיום בכבוד, בזכות לחינוך, ולקיום חיי משפחה, אלא הביאה אף לקיפוח חיי אדם. עקב העברת כל עומס התנועה לכבישים הפנימיים של הכפרים התרבו מאוד תאונות הדרכים ובהם מקרי דריסה של הולכי רגל. סיכון ממשי לחיי אדם נובע אף מהפגיעה בנגישותם של שירותי חירום. מספר דוגמאות מהעת האחרונה:

52.1. ביום 9.4.2006 תושב הכפר בית סירא, בשם מוחמד מוסא מוחמד חמדאן, בן 62 לקה בליבו ונדרש פינוי 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.

52.2. 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.

52.3. 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.

53. במקרים רבים נשים שכרעו ללדת לא הצליחו להגיע לבית החולים בזמן וילדו בדרך. על אחד מאירועים אלה, שהסתיים באובדן התינוק, מעיד תושב הכפר ח'ירבת 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.

עדותו של חאלד יוסף חאלד חרפוש, ת.ז 968465195, תושב הכפר ח'רבתא אלמסבאת, מצורפת ומסומנת **כנספח ע/13**.

54. זאת ועוד, במהלך עונות החורף האחרונות הביאו הצפות לחסימתה של הדרך, באזור בו היא עוברת בואדי. כתוצאה מכך, נותקו למשך ימים חלק מהכפרים מהעותרים מכל דרך גישה. במהלך אחת ההצפות בחורף 2006, טבע צעיר מהכפר בית ענאן שנסע בכביש. קיים חשש ממשי שמצב דברים זה יחזור על עצמו בעונת החורף הקרובה.

55. 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.

מכתב מאת מנכ"ל שירותי ההגנה האזרחית בגזרת רמאללה מצורף ומסומן **כנספח ע/14**.  
להרחבה נוספת ראו תצהירי העותרים שצורפו לעתירה, וכן עדויות העותרים המצורפות לתגובה זו.

#### **התייחסות לטענות המשיבים בדבר אי-דיוקים בתיאורי העותרים**

56. 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 כל הטענות שהועלו על ידם בעתירה, אשר נתמכו בתצהירים מפורטים. לגבי טענות המשיבים בעניין "מערכת הכבישים החלופית" הובאה התייחסות לעיל. להלן יובאו התייחסויות קצרות לטענות הנוספות שהועלו על ידי המשיבים בדבר אי-דיוקים.

57. האיסור על תנועת הולכי-רגל בכביש - לטענת המשיבים הם לא הטילו איסור על תנועתם הרגלית של פלסטינים בכביש. לפיכך, טוענים המשיבים, כי העותרים לא דייקו בעתירה. טענות העותרים בעניין זה, כמו גם בעניין מניעת תנועתם של כלי רכב באו על רקע פעולותיהם בשטח של כוחות הביטחון למנוע את תנועתם של פלסטינים בכביש. טענות העותרים, המגובות בתצהירים מפורטים הן, כי מאז נסגר הכביש החלו כוחות הביטחון להתנכל לפלסטינים שביקשו ללכת בו. עקב התנכלויות חוזרות אלה (שכללו עיכובים וסנקציות שונות אחרות) חדלו התושבים אף מלנסות. אם פעולות אלה של כוחות הביטחון נבעו מהחלטה והוראה המגיעה "מגבוה", או שמא מדובר בפרשנותם של הכוחות בשטח לכך שלשיטתם מדובר בכביש "ישראלי", אין העותרים יודעים.

בשל הפער בין הצהרת המשיבים לבית משפט זה ופעולות שלוחיהם בשטח, ביקשו העותרים מהמשיבים לפרט מהן ההוראות המדוייקות שניתנו בעבר וכיום בנוגע לתנועה רגלית של פלסטינים בכביש או בסמוך לו (סעיף 8 לבקשה לפרטים נוספים, ע/8). ואולם, המשיבים לא השיבו על שאלה זו בתשובתם לבקשה לפרטים נוספים (ראו ע/9).

גם במהלך התקופה האחרונה, ובניגוד להצהרות המשיבים, ממשיכים כוחות הביטחון בשטח להתנכל להולכי רגל פלסטינים בכביש.

ראו עדויות העותרים 1, 2, ו-5 המצורפות לתגובה זו.

58. הכפר א-טירה – המשיבים טוענים, כי העותרים התעלמו מכך שבכביש נע מספר קבוע של כלי רכב מהכפר א-טירה. נציין, כפי שגם ציינו המשיבים, כי הכפר איננו חלק מהעותרים בעתירה (כפר זה עתר במסגרתה של עתירה אחרת נגד תוואי הגדר באזור, אשר במסגרתה התנהלו מגעים גם לגבי הגישה לכפר). ואולם, אף העובדות המתייחסות לכפר זה, מוכיחות את שטענו לו העותרים דווקא – כי המשיבים אוסרים על תנועתם של כלי רכב פלסטינים בכביש תוך ייחודו לתנועתם של ישראלים ותוך הפלייתם לרעה של תושבי האזור הפלסטינים. בשל חסימת כביש 443 לתנועת כלי-רכב פלסטינים, מצוי הכפר א-טירה במהלך השנים האחרונות ללא כביש גישה סביר פתוח (אלא דרכי עפר בלבד). הצבא החליט לאפשר למספר מצומצם של כלי רכב שקיבלו היתר לכך (כ-14 כלי רכב) לנוע על הכביש בשעות מוגבלות ביום. שער הכניסה לכפר נפתח אך 3 פעמים ביום. מדובר בכפר שמספר תושביו עומד על כ-2,500.

59. כביש 443 כעורק תחבורה ראשי יחידי עבור הכפרים – לטענת המשיבים, לא דייקו העותרים בכך שכתבו כי "עבור הפלסטינים שימש הכביש כעורק התחבורה היחיד לכיוון רמאללה והכפרים הסמוכים." (סעיף 11 לעתירה) (סעיף 66 לתצהיר התשובה של המשיבים). המשיבים התקוממו הכיזד מתעלמים העותרים מכך שעומדים לרשותם "צירים חלופיים". ובכך, כפי שראינו, בעניין הכבישים החלופיים העומדים לרשות העותרים דווקא המשיבים הם אלה שלא דייקו. בנוסף, עד לשלהי שנת 2000 היה כביש 443 עורק התחבורה הראשי היחיד בו נעשה שימוש לצורך הגעה לרמאללה ולתנועה בין כפרים. ראינו, שהכביש ההררי המתפתל בין הכפרים לא היה כשיר לכך ולא יועד למטרה זו (ונציין, שבזמנו מצבו היה גרוע עוד יותר מהיום, ארוך עוד יותר, ובחלקים שונים נדרש מעבר בדרכי עפר שהעבירות בהן קשה). נראה, כי טענות אלה של העותרים היו ברורות למקרא: המבוא לעתירה - פסקה שניה בעמ' 3; סעיף 4 פסקה שלישית לעתירה; או סעיפים 27-23 לכתב העתירה.

60. מניעת גישה ישירה לאדמות חקלאיות - לטענת המשיבים, הטענה כי סגירת כביש 443 הביאה למניעת גישה ישירה לאדמות חקלאיות מטעה, כי ניתן לחצות את הכביש, לרבות באמצעות כלי רכב, דרך מספר מעברים תת קרקעיים מתחת לכביש 443. כביש 443 אשר נסלל על אדמות הכפרים חצץ וחילק חלקות אדמה השייכות לתושבים. לגבי תושבים שאדמותיהם נותרו ב"צידו השני של הכביש" הביא איסור התנועה בכביש לניתוק הגישה הישירה לאדמות. בשלושה מקומות בלבד לאורך הכביש מצויים מעברים. שניים מהם, באזור בית סירא, ובאזור הכפר בית עור אל-פוקא דומים למעבר מים וביוב (ראו קטע וידאו במצגת שצורפה כנספח ע/10). במספר מקומות, הביא הדבר לקשיי גישה לאדמות. וכך מסביר חקלאי מהכפר בית עור אל-פוקא את בעיית הגישה והעיבוד של האדמות:

"47 דונמים, בהם נטועים מאות עצי זית, שקדים וענבים, נמצאים מהעבר השני של הכביש – בצד הדרומי מערבי לכפר. מאז סגירת כביש 443 בפנינו אין דרך נוחה וסבירה להגיע לאדמות. בשל כך, במשך שנים שאנו לא מצליחים לטפל באדמות, האדמה הוזנחה ומצב העצים מתדרדר משנה לשנה.

מאז שהוקם 443, הצבא פתח לנו מנהרה מתחת לכביש, שמיועדת למעבר מים, והם רוצים שאנחנו נעבור דרך המנהרה הזו על מנת להגיע לאדמות. אבל מדובר במעבר שהוא מעבר למים או לביוב. בחורף לא ניתן לעבור דרכו, טרקטורים ורכבים גדולים לא יכולים לעבור. משמעות הדבר שאין לי אפשרות להעביר רכב חקלאי על מנת לעבד את האדמה ולטפל בה בצורה נורמלית. מאותן סיבות קיים גם קושי רב להעביר את היבול ממקום למקום.

מדובר במאות דונמים השייכים להרבה חקלאים תושבי הכפר, שסובלים כמוני. מדובר בחלק ניכר מאדמות הכפר שנמצאות בצד השני של הכביש, ושיש קושי רב להגיע אליהן, ולטפל בהן."

עדותו של סמארה כליל מחמד סמארה מצורפת ומסומנת **כנספח ע/15**.

61. **מניעת גישה לשירותים רפואיים** – עוד טוענים המשיבים, כי טענת העותרים לפיה עקב הגבלות התנועה בכביש 443 "מנותקים ששת הכפרים העותרים מכל מרכז רפואי", איננה נכונה, מאחר שבמרבית הכפרים מצויות מרפאות, והתושבים משתמשים בשירותים הרפואיים ברמאללה. דא עקא, שהמשיבים בחרו לדלות קטע בלבד מטעון העותרים ולנתקו מההמשך, באופן מטעה. וכך נטען על-ידי העותרים: "עקב סגירת כביש 443 לתנועת פלסטינים מנותקים ששת הכפרים מכל מרכז רפואי. שירותי הבריאות ניתנים לתושבי אותם כפרים ברמאללה. במקרי חירום, נשקפת סכנה לחולים ולפצועים בגלל המרחק הרב מבית החולים. עקב כך, בשונה מבעבר, כל מקרה חירום עלול להסתבך או להגיע לכדי מוות בגלל קשיי הדרך והתארכות משך הנסיעה לרמאללה בכביש החלופי...." (סעיף 31.7 לעתירה). המשיבים מפנים למרפאות הקיימות במרבית הכפרים העותרים. דא עקא, שמדובר במרפאות היכולות לספק שירותים בסיסיים בלבד, ואשר במרבית הימים אף לא נמצא בהן רופא (ראו סעיף 36 לעתירה, לגבי הכפר בית סירא).

כן ראו עדויות העותרים המצורפות לתגובה זו.

62. אכן, כפי שצוין בעתירה, קשה לאמוד את מכלול הפגיעות הנגרם עקב הפקעתו של נכס ציבורי חשוב – כביש ראשי – מאוכלוסיית האזור. להחלטה שכזו השפעות חברתיות וכלכליות שלא ניתן לאומדן באופן מדויק, אך יש להן השלכה 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 ובתגובה זו עולה בבירור, כי מדובר בהחלטה לה השלכות קשות ביותר על עשרות אלפי בני אדם.

#### **ה"הסדר החדש" המוצע על-ידי המשיבים**

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

העתק מתשובת הכפרים העותרים למנהל האזרחי, מצורף ומסומן **כנספח/16**.

64. שוב פתרון של המשיבים לפגיעות אנושות שהם גורמים לאוכלוסיית האזור בא בדמות "מנגנון היתרים". מנגנון ההופך 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:

64.1. לפי החלטת המשיבים היתרים יינתנו אך ורק ל-80 כלי רכב מתוך כלל תושבי הכפרים העותרים, כפרים שאוכלוסייתם מונה מעל ל-30,000 תושבים;

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

64.3. העלייה והירידה מהכביש תצריך 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).

64.4. הדרך מהכפרים לרמאללה תצריך עיקוף גדול: תחת נסיעה קצרה מהכפרים דרך ביתוניא ישירות לרמאללה, ייאלצו 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.

65. 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 אילו צרכים סברו המשיבים שהנם עונים בהסדר זה, ועל איזה "מיפוי של צרכי הכפרים", הם מתבססים.

66. 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. כך במיוחד, כשבענייננו מדובר ב"משטר היתרים" מוגבל אף יותר מזה אליו התייחס בית משפט זה בעניין בית סוריק, ואשר לגביו נפסק:

"משטר הרישוי שהמפקד הצבאי מבקש לקבוע ואשר הוחל על שטחי קרקע רבים, אין בכוחו למנוע או להפחית באופן משמעותי את ממדיה של הפגיעה הקשה בחקלאים המקומיים".

(בג"צ 2056/04 מועצת בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, פסקה 82 לפסק הדין)

### כבישי "מרקם החיים"

67. תושבי האזור מתנגדים מכל וכל לפעולותיהם של המשיבים לסלילתה של מערכת כבישים זו. מבחינת אוכלוסיית האזור, אין כל מקום וכל צורך בסלילתם של כבישים נוספים, שכן לרשותה צריך היה לעמוד כביש 443, שהינו כביש ראשי העונה לצרכיה, הן לצורך קישור בין הכפרים לבין עצמם, והן לצורך קישור עם העיר רמאללה.
68. בסעיף 70 לתצהיר התשובה פירוטו המשיבים 6 כבישים, אשר מתוכם הושלמה סלילתם של 3. אחד הכבישים שסלילתו טרם הושלמה – כביש בית עור – ביתוניא, הינו הכביש שאמור לכאורה לתת מענה מסוים לצורכי הכפרים העותרים<sup>2</sup>. למיטב ידיעת העותרים, המשיבים לא פרסמו עד היום באופן מסודר את תוכניתם לסלילתם של כבישים אלו.
69. כזכור, כבר לצורך סלילתו של כביש 443 הופקעו אדמות נרחבות מתושבי האזור. כעת, מבקשים המשיבים להפקיע את אותו הכביש ולשלול את אפשרות השימוש בו מהאוכלוסייה המקומית עברה נסלל, ובו בזמן מפקיעים שטחי קרקע נרחבים נוספים מאותה אוכלוסייה. מדובר בגזל, פשוטו כמשמעו, של אדמות ומשאבים האמורים להיות מיועדים לאוכלוסייה המקומית, אך בפועל משרתים את החלטתם של המשיבים לביצוען של מערכות כבישים נפרדות בשטחי הגדה המערבית – האחת לישראלים, והשניה, נחותה ממנה, לפלסטינים.
70. מדובר בכבישים מיותרים, אשר להכשרתם השלכות קשות ביותר על תושבי האזור בהווה ובעתיד. נעמוד על כמה מהשלכות אלה.
71. ראשית, סלילת הכבישים הללו מנשלת בעלי אדמות ומשפחות רבות מאדמותיהם ומפרנסתם. עמד על כך אחד מהחקלאים שאדמותיהם נלקחות לצורך סלילתו של אחד מכבישי "מרקם החיים":

"אני תושב בית עור אל-פוקא, חקלאי. בבעלותי ובבעלות בני משפחתי עשרות דונמים של אדמות חקלאיות. האדמות מהוות את מקור פרנסתנו העיקרי.

כביש 443 [בתוואי החדש – ל.י.] חילק את האדמה שלנו לכמה חלקים. עשרות דונמים מהאדמות הופקעו לצורך סלילת כביש 443

...

אחרי שהצבא הפקיע לי בעבר עשרות דונמים על מנת לסלול את כביש 443 היום הוא מפקיע לי כ-40 דונם על מנת להקים כביש חדש, מבית עור לביתוניא. לא מזמן בא הצבא הרס את האדמות

<sup>2</sup> בתצהיר, מסרו המשיבים, כי סלילתו של כביש זה צפויה להסתיים בתוך כשנה. בפגישה שהתקיימה במשרדי המנהל האזרחי בבית-אל ביום 22.10.2007, בנוכחות ראש המנהל האזרחי, ראש מת"ק רמאללה, וקצינים נוספים, נמסר, כי העבודות על הכביש הנדון הופסקו מפאת בעיות תקציב.

ופתאום הפסיקו את העבודות במקום. כרגע האדמות עומדות הרוסות."

ראו עדותו של סמארה כליל מחמד סמארה, נספח ע/15.

72. 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.

73. שלישית, מבחינה תחבורתית רוב כבישי "מרקם החיים" נחותים באופן משמעותי, מהכבישים הראשיים הקיימים באזור, והמיועדים בהווה ובעתיד לשימושם של ישראלים. כפי הנראה, המשיבים לא מצאו לנכון לאמץ סטנדרט תחבורתי-אזרחי מקובל וסביר כשתכננו כבישים אלה המיועדים לתנועתה של אוכלוסייה פלסטינית בלבד, ולפחות חלק מהכבישים החדשים אינם עומדים בתקני בטיחות מינימליים. עמד על כך ראש מועצת הכפר בית עור אל-פוקא:

"לאחר סגירת כביש 443 הצבא סגר גם את מסלול הכניסה המזרחי לכפר שהיה מתחבר לכביש 443 בסמוך להתנחלות בית חורון. במקום הכביש הזה הצבא סלל דרך חלופית באורך של כקילומטר וחצי לערך המגיע לבית-הספר של הכפר, שהוא בית ספר משותף עם הכפר א-טירה. הכביש הזה לא בטיחותי בכלל. רוחב הכביש לא יותר מ-3.5 מ', וללא שוליים, הוא מוקף גדר גבוהה ותיל בכל הצדדים. בדרך סיבובים וירידות קשות, והיא מסוכנת במיוחד בעונת החורף. בשל הסיכון לחיי הילדים הכרוך בנסיעה בדרך זו, הורים הפסיקו לשלוח את הילדים שלהם לבית הספר."

ראו עדותו של עותר 6 המצורפת לתגובה זו.

74. רבים מכבישי "מרקם חיים" אלה עוברים בתוך מנהרות, שבינן לבין מעברי מים או ביוב אין הבדל רב (למשל המעבר מתחת לכביש 443 ליד הכפר בית סירא, מובא במצגת נספח ע/10). ראו עדותו של סמארה סמארה, ע/15). יתרה מכך, עיון במפת הכבישים שצירפו המשיבים (מש/3) מראה, כי כבישי "מרקם החיים" אינם אלה כבישים פנימיים, המחברים בין כפרים. וזאת, במקום כביש ראשי המאפשר תנועה קצרה ונוחה בין יישובים. העברת עומסי תנועה למרכזי הכפרים מגבירה את הסיכון להתרחשותן של תאונות-דרכים ומסכנת חיי אדם.

75. רביעית, סלילת הכבישים מגדילה באופן מיותר ולא פרופורציונלי את שטחי האספלט, תוך גרימת הרס לטבע ולסביבה באזור.

76. תמישית, 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.

77. לסיכום, סלילתם של כבישים אלה איננה נחוצה לאוכלוסייה, אשר לרשותה אמור לעמוד כביש 443 העונה לצרכיה, וכל אשר היא מביאה היא הרס ופגיעות נוספות בתושבי האזור.

**האיסור אינו "זמני"**

78. על-פי העותרים, הגבלת תנועתם בכביש החלה בשלהי שנת 2000, ואילו סגירתו המוחלטת בפניהם נעשתה במהלך שנת 2002. על-פי המשיבים, הגבלת תנועת כלי-רכב פלסטיניים החלה בשלהי שנת 2000, ונמשכה במהלך 7 השנים האחרונות. תוקפו של הצו עליו חתם המשיב 2 לשם עיגון איסורי התנועה בכביש הינו עד לחודש מאי 2008. לטענת המשיבים, מדובר באיסור זמני.

79. ואולם, בחינת טענותיהם של המשיבים ופעולותיהם בשטח מבהירה כי לא צפוי שינוי בפעולות המשיבים. נראה, כי אף המשיבים אינם צופים ביטולו של איסור התנועה בעתיד הנראה לעין.

80. על אף שהצו עליו חתם המשיב 2 מוגבל עד לחודש מאי 2008, המשיבים לא מביאים כל הסבר מה עשוי להשתנות עד מועד זה. הם אינם מסבירים אף, אילו נסיבות לשיטתם יאפשרו את ביטול ההחלטה, נסיבות שלא התקיימו במהלך כל 7 השנים האחרונות.

81. 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 הקרוב:

81.1. כאמור, המשיבים סוללים רשת כבישים ("כבישי מרקם חיים"), שאמורה להחליף את כביש 443. עלות עבודות הסלילה של כבישים אלה מוערכת בכ-180 מיליון ₪.

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

82. 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 הקרוב. לא זו אף זו, הן מבהירות, כי איסור התנועה בכביש גורר פגיעות נוספות, ארוכות טווח באוכלוסייה - הפקעתם של קרקעות פרטיות ומשאבים ציבוריים נוספים מאוכלוסיית השטח הכבוש.

**להשלמת התמונה: התנכלויות גוברות של הצבא לתושבי הכפרים**

83. במהלך התקופה האחרונה, מאז הוגשה עתירה זו, החלה תופעה חדשה של פלישות צבא תכופות לכפרים העותרים. העותרים מדווחים כי לפני הגשת העתירה המצב בכפרים היה שונה לחלוטין. מדובר בפלישות המתבצעות בעיקר בשעות הערב והלילה, ואשר במהלכן יורים הכוחות פצצות תאורה, גז מדמיע, רימוני הלם, ואף כדורי מתכת מצופי גומי ולעיתים אף ירי חי. להלן תיאור של כמה מהמקרים שהתרחשו בכפר בית סירא:

83.1. ביום ג', 5.6.2007 כוחות גדולים של צבא נכנסו לכפר בסביבות השעה 22:00, פיזרו גז מדמיע, וירו רימוני הלם ופצצות תאורה.

83.2. בימים ב' ו-ג', 16.7.2007, 17.7.2007 נכנסו 4 גיפים צבאיים לכפר בסביבות השעה 21:00, התחילו לירות באוויר, וזרקו גז מדמיע לעבר מספר אזורים בכפר.

83.3. ביום ד', 10.10.2007 נכנסו כוחות גדולים של הצבא לכפר בית סירא והתמקמו ליד המסגד שבכפר. זה היה במהלך היומיים האחרונים של חודש הרמדאן, כאשר רבים מבין תושבי הכפר מגיעים להתפלל במסגד. החיילים תפסו מתפללים רבים, עיכבו אותם, העמידו אותם אל הקיר והשפילו אותם בדרכים שונות. לאחר שעשו זאת, החיילים זרקו רימוני הלם קרוב למסגד בזמן התפילה.

83.4. ביום ג', 30.10.2007 בסביבות השעה 20:00 נכנסו כוחות גדולים של צה"ל לכפר בית סירא. לפני הפלישה האזור היה שקט ולא התרחשו אירועים כלשהם. כניסתם של החיילים לכפר לוותה בזריקה של פצצות תאורה רבות, בפיזור מסיבי של גז מדמיע לעבר השדות ולעבר בתי התושבים, בירי של עשרות רימוני הלם וכן ירי שנשמע כירי חי. המעשים הללו נמשכו כשעתיים במהלכם לא הפסיקו החיילים לירות ולהשתמש באמצעים האמורים. כתוצאה מזריקתם של רימוני עשן לעבר בתי התושבים מספר תושבים סבלו משאיפת עשן, ואולם בשל נוכחותם המסיבית של הכוחות בתוך הכפר היה קושי להגיע אליהם ולפנותם. הכוחות הגדולים שנכנסו לכפר, והשימוש המסיבי בפצצות תאורה, גז מדמיע, רימוני הלם וירי, גרמו להלם ולפחד רב בקרב התושבים, בעיקר בקרב הילדים והזקנים.

84. אלו הן אך דוגמאות בודדות לפלישות צבא לכפר בית סירא. פלישות ומעשים דומים מתרחשים אף בכפרים אחרים שעתרו בעתירה זו.

ראו עדויותיהם של העותרים 1, 2, 4, 5 המצורפות לתגובה זו.

85. מעשים אלה הפכו לתופעה שגרתית של כניסות תכופות של כוחות צבא ו/או משמר הגבול לכפרים, ירי של גז מדמיע, פצצות תאורה, כדורי גומי, רימוני הלם, פלישה לבתי תושבים, עיכוב תושבים וכיוצא בזה. לשימוש באמצעים האמורים נגד תושבי הכפרים, ובכללם הירי והאמצעים הפוגעניים האחרים, לא קדמו נסיבות או אירועים, שעשויים היו להצריך ולהצדיק את השימוש בהם.

86. התמונה המתקבלת היא של פעילות יזומה ופוגענית של כוחות הביטחון, שדומה שכל תכליתה היא הטלת אימה ופחד בקרב האוכלוסייה האזרחית, תוך שימוש באמצעים, היוצרים חשש ממשי לפגיעה בחיי אדם.

87. בין שהדבר נובע מ"נקמה" בתושבים בגין הגשת העתירה (כסברתם של התושבים), ובין שהפעולות נעשות כחלק מדפוס הפעולה ה"רגיל" וכחלק מה"הוראות המקובלות" בצבא, ברי כי מדובר במעשים בלתי חוקיים. ביום 4.11.2007 הוגשו תלונות בנדון למפקד כוחות צה"ל באיו"ש, ולפצ"ר. כן נשלחה בקשה לפתיחה דחופה בחקירת מצ"ח.

העתק מהתלונות מצורף ומסומן **כנספח ע/17**.

88. עד כה, טרם התקבלה תשובה לפניות אלה. עם זאת, בתגובת דובר צה"ל שנמסרה לעיתון הארץ נאמר, כי פעולות אלה של הצבא נעשו בתגובה ליידוי אבנים לעבר רכבים ישראלים על כביש 443.

## הטיעון המשפטי

### חלק ג' - התשתית הנורמטיבית

89. תגובת המשיבים מדגימה את המרחק הרב הקיים בין תפיסתו הנוכחית של המפקד הצבאי הישראלי את החובות המוטלות עליו ואת המותר והאסור לו בשטח הכבוש, לבין הדינים המחייבים כוח כובש בשטח כבוש על פי כללי המשפט הבינלאומי. לשם הבהרת פערים אלה נעמוד על הוראות הדין הרלבנטיות במשפט הבינלאומי.

#### על סמכויות המשיבים וחובותיהם בשטח הכבוש

90. ענייננו בפעולות, שעושים המשיבים בשטח שנכבש על ידי ישראל בשנת 1967. לגבי מעמדם של שטחים אלה (למעט שטחי ירושלים המזרחית), אין למעשה חולק. אף המשיבים מכירים בכך, שישראל מחזיקה בשטחים אלה בתפיסה לוחמתית (ראו סעיף 91 לתצהיר התשובה). סמכויותיהם של המשיבים בשטחים אלה יונקות בראש ובראשונה מהמשפט הבינלאומי ונסמכות עליו:

"מבחינה משפטית המקור לסמכותו וכוחו של המפקד הצבאי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית הוא בכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה לוחמתית....

הפארמטר השני, המשפיע על מסגרת סמכויותיו של הממשל הצבאי, קשור באופיו של השלטון הצבאי, שלטון שאינו יונק חיותו מבחירתם של בני האזור, שאינו ריבון מכוח עצמו, והשואב את כוחו מדיני המלחמה עצמה"

(בג"צ ג'מעית אסכאן, בעמ' 794-793) (ראו גם: בג"צ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 12; בג"צ בית סוריק, פסקה 23).

91. דיני המשפט הבינלאומי החל בשטח כבוש, ובהתאם להם אף סמכויות המפקד הצבאי טובבים סביב שני צירים:

"התפיסה הלוחמתית סובבת סביב שני צירים מרכזיים: הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית; הבטחת צורכיהם של האנשים המוגנים (protected persons) על-ידי דיני התפיסה הלוחמתית.."

(בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט (2) 481, 520)

92. כל סמכויותיו של המפקד הצבאי וחובותיו – נובעות לו מהמשפט הבינלאומי, הינן זמניות מטיבן, ומכוונות כלפי האזור הכבוש:

"סמכויות אלה הן, מבחינה משפטית, זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטבעה....

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)

93. 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.

**דברים המצויים במובהק מחוץ לסמכויותיו של המפקד הצבאי (מטרה זרה ושיקולים זרים)**

"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 דויקאת, 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)

94. דברים אלה כפי שראינו לעיל, לא נכתבו בעלמא, אלא נדרשו באופן ישיר לעניין הנדון בפניו, נוכח הטענות שהועלו על ידי העותרים באותו עניין. בהתייחסו לטענות העותרים קבע השופט ברק (כתוארו אז), כי הממשל הצבאי איננו רשאי לתכנן ולבצע מערכת כבישים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית, אם מטרתו של התכנון הן אך להוות 'דרך שירות' למדינתו שלו (שם, בעמ' 795).

95. 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 דויקאת, עמ' 20).

96. פסק-דינו של בית משפט זה בעניין ג'מעית אסכאן נכתב לפני כ-25 שנה, ואולם קביעותיו מבטאות עקרונות משפטיים בסיסיים הנוגעים לדיני כיבוש. עמד על כך 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)

97. לסיכום, ככל שהמשיבים הפעילו שיקול דעתם מתוך מטרה והנחה, כי עליהם לחתור לשימורו של כביש 443 ככביש שירות לישראל ולתושביה – חורגות פעולותיהם מסמכותו של המפקד הצבאי. כאמור לעיל, מדובר במטרה אשר במובהק הינה זרה לשיקוליו של המפקד הצבאי, כפי שנפסק במפורש על-ידי בית משפט זה.

**על המיקום הגיאומטרי של שמירה על חיי אזרחים בשטח כבוש**

98. לטענת המשיבים (סעיפים 103-104 לתשובה), בשוקלו את האמצעים הדרושים להגנת תנועת ישראלים בכביש 443 שקל המפקד הצבאי שני שיקולים רלבנטיים: השיקול הביטחוני-צבאי, והשיקול של שמירה על טובתם ועל האינטרסים של הישראלים השוהים באזור.
99. 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.
100. בהתייחס לשני הצירים (צבאי, ואזרחי) בהם עסקנו קודם, נופלת חובה זו בציר השני – הציר האזרחי. עמדה על כך השופטת 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 הס, פסקה 8).

101. הנה כי כן, האינטרס של הגנה על חיי אזרחים בשטח הכבוש נופל במסגרת קטגוריה השניה שהוזכרה לעיל, שעניינה הציר האזרחי. העובדה, כי מדובר בחובה עליונה וחשובה לא משנה את מיקומה, ולא "מעבירה" אותה לתחומו של הציר האחר – הציר הצבאי. כאמור לעיל, עניינו של הציר הביטחוני-הצבאי הינו צרכי הצבא וביטחון כוחותיו בלבד.
102. אין מקום, שהגנה על ישראלים תיכלל במסגרת השיקול ה"ביטחוני-צבאי" (ובמשתמע תזכה לעדיפות), ואילו ההגנה על פלסטינים תיכלל "רק" במסגרת "טובתה של האוכלוסייה האזרחית" (אשר במשתמע מטעונו המשיבים הינו שיקול פחות ערך אשר נסוג כאשר מועלים טיעוני "ביטחון"). דהיינו, לא ייתכן שבאמצעות "מיתוג" זכותם של הישראלים תחת הערך "ביטחון" יוקפצו האינטרסים שלהם ויזכו למעמד והגנה גבוהים יותר, מהמעמד לו זוכים האינטרסים המוגנים של האוכלוסייה המקומית.

**על מעמדם וזכויותיהם של ישראלים בשטח הכבוש**

103. 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 וחלקם תושבי ישראל) – זכותו של מי עדיפה לעשות שימוש בכביש הנמצא בתוככי שטח הכבוש?**
104. המשיבים מסתמכים כאמור, על סמכותו של המפקד הצבאי לפעול לשם הגנתם של ישראלים הנמצאים בשטח הכבוש. ראינו לעיל, כי בענייננו מדובר ב"שני סוגים" של ישראלים: האחד,

ישראלים תושבי ישראל, שהינם בגדר "אזרחים לרגע" בשטח הכבוש לצורך השימוש בכביש הנדון בלבד; השני, ישראלים תושבי השטחים. עבור כולם, ולמעט תושבי ההתנחלות בית-חורון, לא מדובר בכביש גישה יחיד.

105. 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<sup>3</sup>. 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.

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

107. 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 ולא 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.

108. קיומה של הבחנה בין אזרחי ישראל, המתגוררים בשטחים, לבין התושבים המקומיים, מופיעה החל מראשית פסיקתו של בית משפט זה. עוד בפרשת בית אל (בג"ץ 606/78, 610/78 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).

109. 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. כיום, לא קיים עוד חולק על כך, שהקמתן של התנחלויות של

<sup>3</sup> בעניין זה ניתן להזכיר את עמדתם של המשיבים בעתירות רבות שעניינן דרישתם של פלסטינים לאפשר להם כניסה לישראל (למשל, בתגובה לעתירה בבג"צ 8155/06 שעסקה בהליך של סיווגם של תושבי שטחים כ"מנועי שב"כ". בתשובה לעתירות אלה נטען על-ידי המשיבים, כי לפלסטינים תושבי השטחים לא עומדת כל זכות קנויה להיכנס לישראל. מתבקש, כי זו גם תהיה עמדתם ביחד לכניסתם של ישראלים לתחומי השטח הכבוש. מכל מקום, המשיבים אינם יכולים להצביע על כל מקור משפטי שמבסס זכות עדיפה 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).

אזרחי המעצמה הכובשת בשטח כבוש הינה אסורה באופן מוחלט על ידי המשפט הבינלאומי, וכי הקמתן של ההתנחלויות הישראליות בשטחים הכבושים מפרה איסור זה.

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;

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

110. שקילתם של שיקולים אלה, ובכללם השיקול של אי-חוקיות ההתנחלויות, על-פי המבחן שנקבע בבג"צ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פ"ד נט(5) 368, 378-379), מובילה למסקנה - כי המטרה אותה מבקש המפקד הצבאי לקדם, ובשמה לפגוע בתושבים מוגנים איננה למטרה לגיטימית. בעניין אבו דאהר נבחנה חוקיות החלטתו של המפקד הצבאי לגיזום מטע לנוכח הטענה שהדבר נדרש לצורך הגנה על "זכות הקניין של משפחת מופז לחיים בביתם בתנאי ביטחון". באותו מקרה נמצא, כי התכלית ראויה (בשל קיומה של זכות יסוד מוגנת למשפחת מופז למגורים בטוחים בביתה), ואולם נמצא, כי האיזון בין הזכויות המתחרות היה לוקה. בחינה דומה לו הייתה נעשית בכל הנוגע להגנת מגורים בהתנחלויות על כל הנובע והנגזר מהם (תנועה בתוך השטח הכבוש למשל), צריכה הייתה להוביל למסקנה הפוכה.

111. אכן, הבדלים אלה הנובעים מאי-חוקיותן של ההתנחלויות בשטח הכבוש, לא קיבלו ביטוי בפסקי-דין מרכזיים של בית משפט זה במהלך השנים האחרונות (למשל, בג"צ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (2005)). בפסיקה זו נקבע, כי לצורך הגנתם של ישראלים המתגוררים בהתנחלויות, רשאי המפקד הצבאי לפגוע בזכויות האדם של תושבים מוגנים ואף להרוס רכוש פרטי. לדעתנו, בכל הכבוד, מפרה פסיקה זו את האיזון, שנקבע במשפט הבינלאומי בין זכויות התושבים המוגנים לבין סמכויות הביטחון של המפקד הצבאי כפי שנקבע ונצפה במשפט ההומניטרי.

112. יחד עם זאת נקבע, כי לישראלים המתגוררים בשטח הכבוש לא עומדות מלוא הזכויות העומדות לאזרחים במדינתם. עמדה על כך כבוד הנשיאה ביניש בעניין בילעין:

"השיקול השלישי, הוא הגנה על זכויות האדם של ישראלים הגרים באזור.. בקביעת מהותן של הזכויות שיש לישראלים באזור, יש להתחשב באופיו של האזור הנתון למשטר של תפיסה לוחמתית ובכוחותיו של המפקד הצבאי."

(בג"צ 8414/05 יאסין נ' ממשלת ישראל (2007) פסקה 29)

113. ואולם, בענייננו, השיקול הדומיננטי שעמד לנגד עיני המפקד הצבאי איננו אפילו השיקול של "הגנה על זכויות האדם של ישראלים הגרים באזור", כפי שאלו הוכרו עד היום בפסיקתו של בית משפט זה. בענייננו, מבקשים המשיבים להוסיף ולהרחיב את היקף הזכויות של ישראלים בשטח הכבוש. כעת מבקשים הם להכיר בזכויות שיש לישראלים שאינם תושבי השטח הכבוש לעבור בו ולעשות שימוש במשאביו, ובזכותם של ישראלים תושבי השטחים לחופש תנועה מלא בשטח.

114. 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 פיהם, ושקולה לקביעה, כי המדינה הכובשת ואזרחיה רשאים לנצל את משאבי השטח הכבוש לצרכיהם.

### חלק ד' - מן הכלל אל הפרט

#### טיעון ראשון: מטרה זרה ושיקולים זרים

115. ראינו, כי אל לו למפקד הצבאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים 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.

116. כן ראינו, שהתכלית 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. לעומת זאת, השימוש בכביש על-ידי ישראלים הוכתר על-ידי בית משפט זה כ"מטרה זרה" לשיקוליו של המפקד הצבאי. הוא לא מצא לפסול את החלטתו דאז של המפקד הצבאי אך משום שמצא, כי לא היה מדובר בשיקול דומיננטי, שהשפיע על קבלת ההחלטה.

117. 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. בא תצהיר המשיבים ואישר זאת.

118. 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)

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

א. 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.

ב. 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.

120. **הנה כי כן, השיקולים הביטחוניים של המפקד הצבאי נגזרים מתוך מטרה אחת מרכזית: ייעודו והכשרתו של הכביש כדרך שירות לישראל ולתושביה.**

121. מטרה זו הייתה בעבר והינה גם היום מטרה זרה לשיקוליו של המפקד הצבאי. היא איננה נופלת ב"סוג המטרות הראשון" – קרי שיקולי הצורך הצבאי; היא איננה נופלת ב"סוג המטרות השני" – קרי, שיקולי טובתה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש. היא איננה עומדת גם ב"סוג המטרות השלישי" שהוכר בפסיקתו של בית-משפט זה מהשנים האחרונות – קרי, 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).

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

122.1. ראשית, המשיבים לא הבהירו מהי בדיוק הזכות המוגנת העומדת לתושבי ההתנחלויות בשטחים הכבושים, אשר לצורך הגנתה וכיבודה החליטו לפגוע בזכויות אדם של אחרים;

122.2. שנית, מבחינת המשיבים היה מקום להעלות 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 המיוחדים אותו לשיטת המשיבים מכבישים אחרים בגדה המערבית), עולה, כי השיקול של הגנת תנועתם של המתנחלים בלבד, כלל לא נבחן.

123. 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.

## טיעון שני: הפליה פסולה על רקע מוצא לאומי-אתני

124. החלטתו של המפקד הצבאי להעדיף את הישראלים, המבקשים לנוע בכביש, על פני האוכלוסייה הפלסטינית המקומית הינה במובהק החלטה מפלה. ההחלטה מבחינה ומפרידה בין אנשים על בסיס שיקול אחד – מוצאם הלאומי-אתני. מדובר הן בהחלטה הנובעת מכוונה מפלה (מתן משקל עדיף לאינטרס של הישראלים על פני זה של תושבי המקום), והן בהחלטה שתוצאתה מפלה.
125. בתצהיר התשובה מודים המשיבים, כי אסרו במהלך השנים האחרונות על תנועתם של כלי-רכב פלסטינים בכביש 443 באשר הם פלסטינים. על פי הצו עליו חתם לאחרונה המשיב 2 מותרת בכביש 443 רק תנועתם של כלי-רכב ישראלים<sup>4</sup>. המשיבים מכחישים מכל וכל כי מדובר בהחלטה הנגועה בהפליה. לטענתם ההבחנה שהם עושים בין ישראלים ופלסטינים הינה בגדר הבחנה מותרת, והשיקולים בבסיסה היו שיקולים ביטחוניים ולא רצון להפלות. טענת המשיבים בעניין זה נעדרת בסיס משפטי ומנוגדת לעקרונות יסוד במשפט.
126. 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.
127. **לשיטתם של המשיבים מחויבים הם לבחור – פלסטינים או ישראלים יעשו שימוש בכביש.** בחירתם הייתה להעדיף את האחרונים.
128. מצויים אנו לפיכך במצב בו הפרט זוכה לטיפול שונה, כשהבסיס להבחנה בין אנשים הוא השתייכותם הלאומית. בעניין זה כבר נפסק על-ידי בית משפט זה כי טיפול שונה בשל לאום הוא טיפול החשוד כמפלה:

"השוויון הוא מושג מורכב. היקפו שנוי במחלוקת. עם זאת, הכול מסכימים כי השוויון אוסר על טיפול שונה מטעמי דת או לאום...

טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול "חשוד" והוא לכאורה טיפול מפלה (השוו: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון (להלן – פרשת מילר), בעמ' 136-137; בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, בעמ' 659). אמרנו שהטיפול הוא "לכאורה" מפלה, שכן עשויות להיות נסיבות – כגון בגדרי ההעדפה המתקנת (על-פי ההשקפה הרואה בהעדפה המתקנת הגשמה של עקרון השוויון ולא חריג לה, ראו עמדת השופט מצא בפרשת מילר) – שבהן טיפול שונה בשל דת או לאום לא יהיה טיפול מפלה."

<sup>4</sup> נוכח איסורים הקבועים בחקיקת הביטחון על-פיהם אסור לתושבים פלסטינים לנהוג ברכב ישראלי משמעותו של האיסור היא, כי נאסרה תנועת פלסטינים בכביש כליל.

(בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1)  
258, פסקה 24)

129. 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 המקומית.
130. **שיקולים אלה אמורים היו להביא את המפקד הצבאי למסקנה, כי מחובתו לכבד ולהגן בראש ובראשונה על זכותם של תושבי האזור לעשות שימוש בכביש, ורק משכונדה זכות זו, רשאי הוא לאפשר אף את תנועתם של ישראלים בכביש הנדון.** בפועל החלטתו הייתה הפוכה.
131. מהאמור עולה, כי לא ניתן למצוא הצדקה משפטית להחלטתו 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. מדובר אם כן, בהחלטה מפלה על פניה.
132. 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).
133. 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 מסוימת. כלומר, ההפרדה שעושים המשיבים בין ישראלים ופלסטינים, ושלילת זכותם של האחרונים לעשות שימוש בדרך ציבורית בתוך השטח הכבוש, נעשית בשל שיוכו הלאומי ובהתבסס עליה בלבד. איסור שכזה איננו יכול לבוא בגדרה של הבחנה רלוונטית ומותרת.
134. 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 ביניש (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 מצורף ומסומן **כנספח ע/18**.

135. קו הטיעון של המשיבים דומה לטיעון המדינה בעתירות שהוגשו נגד חוקתיותו של התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל. על כן, שאיסור גורף ממין זה המבוסס על השתייכות לאומית, איננו בגדר "הבחנה מותרת" עמד הנשיא ברק:

"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 ישראליים המבקשים להביא לישראל בני זוג זרים המהווים סיכון ביטחוני לבין בני זוג ישראליים המבקשים להביא לישראל בני זוג זרים שאינם מהווים סיכון ביטחוני. הבחנה כזו – גם אם בפועל היא מביאה לתוצאה המבחינה בין בני זוג ישראליים-יהודים לבין בני-זוג ישראליים-ערבים – היא רלבנטית, ואין בתוצאותיה משום פגיעה בשוויון (הפליה). **אלא שחוק האזרחות והכניסה לישראל מושתת על הבחנה אחרת, והיא ההבחנה בין בני זוג זרים של ישראלים שהם פלסטינים תושבי האזור, לבין בני זוג זרים של ישראלים שאינם.** ביסוד הבחנה זו לא עומד הסיכון הביטחוני הנשקף מבן הזוג הפלסטיני מהאזור, שכן גם אם אין כל נתון באשר לסיכון הנשקף ממנו, ואפילו מוכח הלכה למעשה שאינה נשקפת ממנו סכנה, כניסתו לישראל אסורה. **מסקנתי היא, אם כן, שפגיעתו הקשה של חוק האזרחות והכניסה לישראל במימוש זכותם של בני הזוג הערבים-הישראליים, ושלהם בלבד, לחיי משפחה בישראל, אינה נשענת על הבחנה רלוונטית.**"

(ההדגשה הוספה – ל. י.)

(חוות דעתו של הנשיא (בדימ') ברק בבג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (2006) (טרם פורסם).

(חוות דעת הנשיא הייתה אומנם דעת מיעוט לעניין תוצאת פסק-הדין, ואולם, מבחינה מהותית הינה משקפת את עמדת רוב חברי המותב, אשר קבעו, כי החוק במתכונתו הנוכחית איננו חוקתי).

136. 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.

137. 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.
138. למיטב ידיעתנו, האסמכתא המשפטית היחידה במשפט הבינלאומי 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.
139. 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)) כי מדיניות של "נפרד אבל שווה" ("separate but equal") הינה מעצם טבעה בלתי שווה ("inherently unequal"). ביסוד גישה זו מונחת התפיסה כי הפרדה משדרת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית. ביטוי לגישה זו ניתן בסעיף 3 לאמנה הבין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית."
- (בג"צ קעדאן, בעמ' 279)
140. 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.
141. 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.
142. 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).

143. אף ועדת האו"ם על פי האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית קבעה, 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 מצורף ומסומן כנספח ע/19.

מן הראוי היה שהמפקד הצבאי יבחן היטב את עמדותיו וכשרות פעולותיו בהתאם להוראותיה של האמנה, כפי שאלה מובנות ומתפרשות גם על-ידי הקהילה הבינלאומית, ובענייננו, על-ידי הוועדה האמונה על יישומה של האמנה.

144. 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 הלאומית.

145. חשוב לעמוד על כך, 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 (ראו מקורות הסמכות שנסקרו בכתב העתירה, סעיפים 89-92). 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.

146. הנה כי כן, החלטתם של המשיבים המבחינה ומפרידה בין ישראלי לבין פלסטיני, ושליטת זכותו של האחרון לעשות שימוש בדרך ציבורית, בשל שיוכו הלאומי 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 הנוגעת באפליה, יש להורות על ביטולה.

147. 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.

148. 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) 439-456. 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.

149. **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.**

150. מכל הטעמים המפורטים לעיל, ומהטעמים שפורטו בכתב העתירה, יש לפסול את החלטת המשיבים לאסור על תנועתם של פלסטינים בכביש, איסור הנקבע על פי מוצאו של אדם, בשל היותה מפלה, ולפיכך בלתי חוקי.

### **טיעון שלישי: היעדר הסמכה חוקית ואיון עקרון החוקיות בפעולות המפקד הצבאי**

151. לפי הצהרת המשיבים, משלהי שנת 2000 מונעים הם תנועתם של כלי-רכב פלסטינים בכביש. במהלך כל השנים הללו, ובמשך כ-7 שנים נעשו פעולות אלה בהיעדר הסמכה חוקית ברורה, בצו כתוב, המפרש את גדרי האיסורים, ואת בעל הסמכות מכוחו הוטלו. רק ביום 28.8.2008 חתם המשיב מס' 2 על צו המעגן את איסורי התנועה בכביש 443 (מש/4).

152. אין מדובר בסוגיה אקדמית. גם כיום מוטלות בשטחים מגבלות תנועה נרחבות שלא מעוגנות בצו כתוב. סוגיה זו חוזרת שוב ושוב בעתירות שעניינן הגבלות תנועה בשטחים. שוב ושוב, ורק בעקבות הגשת עתירה נגד איסורי התנועה באזור או בכביש מסוים, מוצא לבסוף צו כתוב המבהיר את גזריהם של האיסורים או המגבלות שהוטלו. כך קרה, למשל, בבג"צ 3969/06 נגד איסור התנועה שהוטל בכביש בית-עווא דורא; בבג"צ 7577/07 בעניין הגבלות התנועה באזור העיר שכם; ובבג"צ 11235/04 בעניין איסורי התנועה בתוככי העיר חברון.
153. כך קרה גם בענייננו. רק בעקבות הגשתה של העתירה דן הוצא צו כתוב. יתר על כן, בהיעדרו של צו רשמי הכחישו המשיבים את קיומו של האיסור, על אף שלפי הצהרתם כעת בעת ההכחשה היה האיסור שריר וקיים מזה כ-6 שנים! ואף כיום הם אינם יודעים/מסרבים למסור, מי היה בעל הסמכות שהטיל את האיסור.
154. העמדה המשפטית שהעלו המשיבים בתגובתם היא, כי המפקד הצבאי רשאי להגביל תנועתם של תושבים בלא צו כתוב. המשיבים סייגו זאת אך בכך, כי משמדובר בהגבלות תנועה מתמשכות מן הראוי היה לעגן בצו. המשיבים לא הציגו קריטריונים ברורים מבחינת משך הזמן בו יכולות הגבלות תנועה להיות מוטלות מבלי שיעוגנו בצו. כאמור, מצב הדברים בשטח הוא, כי מגבלות תנועה מוטלות במשך תקופות ממושכות ללא כל עיגון חוקי.
155. **עמדה זו של המשיבים מעידה, כי נדרשת קביעה משפטית ברורה בסוגיה.** דרך ההתנהלות הבלתי-חוקית של המשיבים חותרת תחת הכללים הבסיסיים של שלטון תקין. היא מונעת מהרשות המוסמכת שליטה ובקרה על אופן הפעלתן של סמכויותיה, ובד בבד "משחררת" אותה מאחריות אישית, גוררת העברתן של הוראות בלתי-ברורות, הזכות לפרשנויות שונות במורד שרשרת הפיקוד תוך שהיא סוללת את הדרך לפגיעות שרירותיות בזכויות אדם.
156. מן הראוי, כי כל החלטה של המפקד הצבאי המסמיכה כוחות להגביל זכויות יסוד תעוגן בצו כתוב שיזכה לפרסום כראוי. הן מבחינה מהותית, והן מבחינה מעשית, אין כל מקום להבחין בין סוגיה זו לבין הסוגיה של סגירת שטחים כשטחים צבאיים (שנדונה בבג"צ 9593/04).

### **טיעון רביעי: הפגיעה אינה מידתית**

157. פגיעות מרובות וקשות, הנוגעות לכל תחומי החיים, נגרמות לתושבי האזור עקב המשך איסור התנועה בכביש 443 ובכביש ביתוניא-רמאללה הממשיך אותו. סגירת הכביש, שהינו כביש אזורי מרכזי, מביאה לפגיעה חמורה ביכולת התנועה של תושבי האזור, ועקב כך לפגיעה בזכויות אדם יסודיות, בכללן בזכות לחיים ולבריאות, של תושבי האזור כפי שפורט בכתב העתירה ולעיל.
158. כעולה מנתוני המשיבים – גם לאחר סגירת הכביש לתנועת כלי-רכב פלסטיניים ממשיכים האיומים על ישראלים הנוסעים בו. גם כאן, כמו במקרים רבים אחרים, ביטחון אבסולוטי אינו בנמצא.
159. כמפורט להלן, הגנה על ביטחונם של הישראלים שמבקשים לעשות שימוש בכביש ניתן להשיג באמצעים אחרים, בכללם, נקיטת אמצעי הגנה שונים, ובלבד שאלה לא יכללו הפרה של

חובתו הבסיסית האמורה של המפקד הצבאי – לכבד את זכותם של בני המקום להשתמש כאחד האדם בכביש זה.

### **השיקולים המונחים על כפות המאזניים**

160. בטיעוניהם מציגים המשיבים כאילו האיזון בו מדובר הינו בין – ביטחונם של הישראלים העושים שימוש בכביש 443, לבין החובה לשמור על מרקם החיים של התושבים הפלסטינים. דא עקא, שלא זהו הניתוח המשפטי הנכון של האינטרסים העומדים על כפות המאזניים. 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.

161. לכאורה, סוג האינטרסים של שתי קבוצות האוכלוסייה זהה – אלה כאלה רוצים לעשות שימוש בכביש. עמדנו לעיל על כך, שההגנה החוקית לה זכאית כל אחת מקבוצות האוכלוסייה שונה ככל שמדובר בזכות לחופש תנועה ובשימוש במשאביו של השטח הכבוש.

162. נשוב ונדגיש, כי הצגת הדברים כאילו מדובר ב"תחרות" בין שתי קבוצות אוכלוסייה המוגדרות על בסיס מוצא לאומי-אתני מבוססת על התפיסה שהוצגה על ידי המשיבים בתשובתם לעתירה זו. בטרם נפנה ליישומם של מבחני המידתיות כפי שהוכרו בפסיקתו של בית משפט זה, נתייחס בקצרה לטיעון הביטחוני שהועלה על-ידי המשיבים.

### **הטיעון הביטחוני וקיומן של חלופות**

163. לטענת המשיבים, בראיית המפקד הצבאי, הגבלת עליית כלי רכב פלסטינים לכביש 443 הייתה בשעתו, וממשיכה להיות גם היום, צעד ביטחוני נחוץ, בין כלל הצעדים הביטחוניים שנועדו לשמור על חיי אזרחים ישראלים הנעים בכביש (סעיף 44 לתצהיר התשובה).

164. המשיבים הביאו במסגרת תצהיר התשובה, וכן בתשובתם לפרטים נוספים רשימות ארוכות של אירועים שהתרחשו בכביש 443 ובכבישי האזור. אירועים הכוללים אירועי ירי, זריקת אבנים ובקבוקי תבערה.

165. מתצהיר התשובה ומתשובת המשיבים לפרטים הנוספים עולה:

ראשית, כי כל אירועי הירי לעבר כלי רכב בכביש 443 בוצעו מצידי הדרך, ולא מרכב נוסע או חולף (ראו סעיף 3.1 לתשובה לפרטים הנוספים, נספח ע/9);

שנית, כי גם כיום, ובמהלך השנים האחרונות, ועל אף סגירת הכביש לתנועת פלסטינים, ממשיכות זריקות אבנים נגד ישראלים העושים שימוש בכביש. כולם, לפי נתוני המשיבים, בוצעו מצד הכביש.

166. לדעת המפקד הצבאי, על מנת להתמודד עם האיומים האפשריים השונים, לא די בכל האמצעים האחרים ויש הכרח להמשיך ולאסור על תנועת כלי-רכב פלסטינים בכביש.

167. ביחס לעמדה זו חשוב להזכיר שתי נקודות: האחת, כי למיטב ידיעתנו, וגם לפי האמור בתצהיר המשיבים, בכביש זה ננקטו אמצעים שונים משוכללים ונרחבים. גם לצורך הכשרתם של חלק מאמצעים אלה (גידור הכביש, הקמת מגדלי תצפית) פגע המפקד הצבאי בתושבי

האזור. השניה, כי עמדה זו עומדת בניגוד לאמור במכתב המשיבים, מיום 18.10.2006 (נספח 6/ לעתירה) בו הוכחה הטענה, כי כוחות הצבא מונעים תנועת כלי-רכב פלסטינים בכביש. מכאן שבאותה עת לא נטען על-ידי המשיבים לקיומו של צורך ביטחוני הכרחי בסגירתן של דרכי הגישה של הכפרים כפי שנעשה.

168. עמדה ביטחונית דומה לזו המוצגת במסגרת עתירה זו, לפיה הטלת איסור תנועה על פלסטינים בכביש הנמצא בתוככי הגדה הינה בגדר הכרח שאין בלתו הציג המפקד הצבאי אף בעניינו של כביש אחר – כביש בית-עווא דורא (המוביל למאחז נגהות). במסגרת אותה עתירה, הוצגה חוות דעת ביטחונית, שניתנה על ידי תא"ל (מיל') אילן פז, לשעבר ראש המנהל האזרחי, ומח"ט בנימין. במסגרת חוות דעת זו, פרס תא"ל (מיל') פז את האיומים השונים לתנועת ישראלים בתוך שטחי הגדה המערבית, תוך ניתוח היתרונות והחסרונות מנקודת ראות ביטחונית, של "מדיניות הפרדה בתנועה" מחד גיסא, לעומת "מדיניות התנועה המשותפת", מאידך גיסא. וזו חוות דעתו העקרונית של תא"ל (מיל') פז בנוגע ל"הפרדה בתנועה":

#### "4. הפרדת תנועות - כללי

הרעיון להפריד תנועות וליצור כבישים בהם נוסעים רק ישראלים מתבסס על ההנחה כי במקום בו מותרת רק תחבורה ישראלית מופחתת הסכנה של פיגוע ירי מרכב עוקף/חולף. רעיון זה מתבסס על כך, שפיגועים מרכב חולף הם פיגועים מאוד קטלניים לאור הקלות שבביצוע, וביכולת להימלט מהזירה במהירות.

יחד עם זאת - מרבית המפקדים ביו"ש העדיפו שלא להשתמש בצעד זה מכיוון, שאומנם צעד זה נותן פתרון לא רע לאיום אחד, אולם הוא מאפשר ביצוע פיגועים בשיטות אחרות ביתר קלות. שכן אם ידוע שבכביש מסוים נוסעת רק אוכלוסיה ישראלית - הרי שאין כל סכנה של פגיעה במי שלא התכוונו לפגוע. במקרה שכזה - מחבל האורב בצד הכביש אינו צריך לעסוק גם בזיהוי הנוסעים ע"מ שלא לפגוע בפלסטינים. הוא יורה על כל כלי רכב. מחבל המניח מטען אינו צריך לעסוק בזיהוי הרכב לפני שיפעיל את ההפעלה. הוא אף יכול להפעיל את המטען באמצעי עוד פחות סלקטיבי-הפעלה חוטית. הרי כל רכב שיעבור - הוא רכב ישראלי. כנ"ל כמובן בנוגע לזריקת אבנים או בקבוקי תבערה.

**נתונים ושיקולים אלה מבססים את המסקנה, כי יצירתם של כבישים המיועדים לתנועת ישראלים בלבד מביאה להגדלת הסיכון הכולל ולא להפחתתו.**

(ההדגשה הוספה – ל. י.)

העתק מחוות הדעת מצורף ומסומן כנספח ע/20.

169. על-פי חוות דעתו של תא"ל (מיל') פז, לצבא עומדות חלופות על פני סגירתו של הכביש לתנועת פלסטינים, חלופות אשר נקיטה בהן תספק הגנה לא פחות טובה לנוסעים בכביש, ואפילו תמנע יצירתן של נקודות תורפה ביטחוניות (סעיף 16 לחוות הדעת).

170. אומנם, לא מדובר בחוות דעת שניתנה בנוגע לכביש 443 בו עסקינן, ואולם, מדובר בחוות דעת עקרונית המתייחסת לאפשרות של כל "הפרדה בתנועה" ושוללת אותה מבחינה ביטחונית, תוך הצבת חלופה שאינה נופלת מבחינה ביטחונית.

171. נוסף כמה דברים לענייננו :

ראשית, יישום חוות הדעת לענייננו מעלה, כי העובדה, שעקב פעולותיו של המפקד הצבאי נוסעות כיום על הכביש רק מכוניות ישראליות, מגבירה את הסיכון הנשקף לנוסעיהם מפני פגיעה באמצעות ירי מצידי הדרך, הפעלת מטעני צד, זריקת בקבוקי תבערה או יידוי אבנים. כאמור, גם הנתונים המובאים על-ידי המשיבים תומכים בטענה זו.

שנית, לגבי הסיכון של ירי מרכב חולף או עוקף – כאמור, מדברי המשיבים עולה כי אירועי הירי, אף בטרם נסגר הכביש לחלוטין לתנועת פלסטינים (2002), התבצעו מצידי הדרך.

שלישית, וזה העיקר, בכבישים אחרים בהם נוסעים ישראלים, ובחלקם עוברים אלפי ישראלים מדי יום, ולרבות כבישים המובילים למעברים לישראל, נוסעים אף כלי רכב פלסטינים רבים, שאינם נבדקים בנקודות הכניסה והיציאה מהכביש. נזכיר למשל את כביש 60 מדרום למחסום המנהרות ועד חברון, כביש חוסאן-ביתר עילית עד מחסום ואדי פוכין, כביש 317 בדרום הר-חברון המוביל למחסום בית יתיר.

רביעית, בכל הנוגע לסיכון של כניסת מחבלים לתוך ישראל – הרי שבאזור הכביש הושלמה גדר הביטחון. במעברים בהם נכנס כביש 443 לתוך שטח ישראל או ירושלים – במחסום מכבים ומחסום עטרות, קיימות נקודות בדיקה המיועדות למנוע מעבר לישראל. כאמור, מצב דברים דומה קיים כיום בכבישים אחרים, שהוזכרו לעיל, בהם נעשה שימוש הן על-ידי ישראלים והן על ידי פלסטינים בגדה.

חמישית, המשיבים כלל לא שקלו את האפקט שיש להטלתו של איסור התנועה בכביש 443 על יצירת תחושות תסכול, השפלה ופגיעה בקרב האוכלוסייה. לאפקט זה יש משמעות גם מבחינה ביטחונית – ביצירתו של כר פורה לליבוי השנאה והאלימות.

172. כאמור, בכביש זה ננקטו אמצעי שונים משוכללים ונרחבים, שאמורים להיות מספיקים כדי לספק ביטחון סביר לכל הנוסעים בו, ואין כל מקום להוספת הפגיעה הקשה – הטלת איסור על תנועתם של בני המקום בכביש זה.

#### **מבחי המידתיות**

173. תוצאת שקילתן של שתי כפות המאזניים האמורות היא, כי לרשותו של המפקד הצבאי עומדות חלופות, שכלל לא נשקלו על ידו, וכי הנזק הנגרם עקב סגירת הכביש לפלסטינים גדול לעין ערוך מהתועלת המושגת להגנתם של ישראלים.

174. **תנאי המידתיות הראשון** - עניינו בשאלה, האם מגבלות התנועה מקיימות קשר רציונלי עם המטרה שלשמן 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.

175. **תנאי המידתיות השני** - עניינו בשאלה, האם קיימת חלופה שפגיעתה פחותה. ובענייננו, האומנם מדובר באמצעי היחיד העומד לרשות המשיבים על מנת להגן על ביטחונם של הישראלים. בפני המשיבים עמדו מספר חלופות להגנתם של הישראלים.

176. באפשרותם להציב עמדות מאויישות בצידי הדרך, תצפיות, פטרולים וכוחות שניתן להזעיקם במקרי חירום. ככל שאי די באמצעים שכבר ננקטו, באפשרותו של המפקד הצבאי לשפרם. השימוש באמצעים אלה נעשה על-ידי המפקד הצבאי במקומות רבים בגדה המערבית, ולא הוכח על ידי המשיבים, כי אין די באלה דווקא במקום זה. למותר לציין כי בחירה בחלופה זו מפחיתה באורח משמעותי את הפגיעות באוכלוסייה המקומית.

177. נראה, כי לא ניתן לזלזל בחובתם של המשיבים לשקול חלופות אלה. 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 הלאומי-אתני של אנשים. שומה על המשיבים לעשות מאמץ עילאי להימנע מלנקוט באמצעי שכזה. לצערנו נראה, כי המשיבים אינם מייחסים אותה מידת חשיבות לערכים אלה.

178. זאת ועוד, ככל 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.

179. עמידה בתנאי המידתיות השלישי דורשת יחס סביר בין התועלת והנזק. כפי שפירוט העותרים, נגרם נזק כבד לאוכלוסיית האזור, ולו היבטים כלכליים, חברתיים ואחרים. התועלת, מאידך, היא הגנה על איכות חייהם ונוחותם של ישראלים. הפגיעה רחבת הממדים, אם כן, ודאי שאינה עומדת בשום יחס סביר ופרופורציונלי לתועלת.

180. המשפט הבינלאומי הקובע את המותר והאסור על המפקד 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 הכבושה, תושביו ה"מוגנים" של השטח.
181. פעולותיו של המפקד הצבאי נשוא עתירה זו כלפי תושבי הכפרים העותרים, מאז הופקעו אדמות הכפרים לצורך הרחבתו וסלילתו של כביש 443 הנוכחי ועד היום מהוות דוגמא בוטה לעיוות ולניצול שעשה המפקד הצבאי בסמכויות המיוחדות שהופקדו בידיו.
182. 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.
183. 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 על בסיס מוצא לאומי או אתני.
184. מדובר גם בחיובם של המשיבים ליושר והגינות בפעולותיהם והצהרותיהם - הן כלפי אוכלוסיית האזור הן כלפי בית משפט זה, חובה בה לא עמדו המשיבים בענייננו.
185. לפיכך, בית המשפט הנכבד מתבקש 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, 20 בנובמבר, 2007