



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2150/07

בפני :
כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט ע' פוגלמן

העותרים :
1. עלי חסיין מחמוד אבו צפייה, ראש מועצת הכפר
בית סירא ו-24 אח'

נ ג ד

המשיבים :
1. שר הביטחון
2. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
3. מפקד חטיבת בנימין
4. שורת הדין – Israel Law Center ו-119 אח'
5. גדר לחיים

התנגדות למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה כ"ח באדר א' התשס"ח (05.03.2008)

בשם העותרים : עו"ד לימור יהודה ; עו"ד דן יקיר

בשם המשיבים 1-3 : עו"ד אסנת מנדל ; עו"ד מיכל צוק

בשם המשיבים 4 : עו"ד רועי כוכבי

בשם המשיב 5 : עו"ד אילן ציאון ; עו"ד עדי ברוך

פסק-דין

העותרים בעתירה שלפנינו הם תושבי הכפרים בית סירא, צפא, בית ליקיה, ח'רבת אל-מסבח, בית עור א-תחתא, בית עור אל-פוקא (להלן: הכפרים), ראשי המועצות בכפרים אלה וכן האגודה לזכויות האזרח. בגדרי העתירה שלפנינו, מבקשים הם להורות למשיבים 1-3 (להלן: המשיבים), לאפשר תנועה חופשית של פלסטינים, ברכב וברגל, בכביש 443 וב"כביש ביתוניה"; כן מתבקשים המשיבים להסיר את כל החסימות הקבועות המונעות את הגישה מן הכפרים אל כביש 443.

רקע כללי

1. כביש 443 (להלן: כביש 443 או הכביש) מחבר את אזור מחלף בן שמן בישראל לצומת מחנה עופר (בסמוך ליישוב גבעת זאב). אורכו הכולל של הכביש הינו כ- 25.5 ק"מ. עניינה של העתירה שלפנינו בחלקו המזרחי של הכביש העובר בתחומי אזור יהודה ושומרון (להלן: איו"ש או האזור), בין "מעבר מכבים-רעות" שבמערב, לבין צומת מחנה עופר שבמזרח. אורכו של הכביש בקטע האמור הוא כארבעה עשר ק"מ. הכביש משמש, כהגדרת המשיבים, "כעורק תנועה מרכזי המחבר בין אזור השפלה וגוש מודיעין לבין אזור ירושלים. לצד כביש מס' 1, מהווה כביש מס' 443 את אחד משני עורקי התנועה המרכזיים המובילים לעיר הבירה". כן משמש הכביש כציר גישה ליישובים ישראליים בגזרת איו"ש. כפי שנמסר על ידי המשיבים, ביישובים אלה מתגוררים 55 אלף תושבים. מבין כלל היישובים האמורים, רק עבור תושבי היישוב בית חורון משמש הכביש כציר גישה יחיד.

2. ראשיתו של הכביש עוד בימי המנדט הבריטי. הכביש תפקד כדרך גישה מקומית אשר עברה במרכזי הכפרים. במהלך השנים חלו שינויים בתכנון הסטטוטורי, הכביש הפך ל"דרך אזורית" וכפועל יוצא הורחב התוואי ושונה, כך שהוא לא חצה עוד כפרים פלסטיניים. במהלך כל השנים ועד לפרוץ ה"אינתיפאדה השנייה" בשנת 2000, שימש הכביש לנסיעת כלי רכב פלסטיניים וישראליים כאחד. הכביש שימש כציר תנועה מרכזי של תושבי האזור הפלסטיניים, ותושבי הכפרים בכלל זה. תושבי הכפרים נהגו לעשות שימוש בכביש לצורך תנועה בין הכפרים, וכציר תנועה לעיר רמאללה (הגישה לרמאללה מכביש 443 הינה באמצעות כביש ביתוניה, שיידון בהמשך). כלי רכב ישראליים נעו על הכביש בין השפלה לבין ירושלים. כן שימש הכביש כדרך גישה ליישובים ישראליים באזור.

3. בשנת 2000 פרצה ה"אינתיפאדה השנייה". באזור יהודה ושומרון התנהלה לחימה קשה, שבמסגרתה בוצעו אלפי פיגועים שכוונו נגד תושבי ואזרחי ישראל – באזור ובתחומי ישראל. בית משפט זה עמד לא אחת על עוצמתה והיקפה של הלחימה, וכך, בין היתר, נאמר:

"מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרתית. זהו סכסוך מזוין. במסגרתו בוצעו כ-14,000 פיגועים נגד החיים, הגוף והרכוש של אזרחים ותושבים ישראלים חפים מפשע ובהם זקנים וילדים, גברים ונשים. למעלה מ-600 אזרחים ותושבים של מדינת ישראל נהרגו. למעלה מ-4,500 נפצעו, חלקם באורח קשה ביותר. המוות והפגיעות היו גם מנת חלקם של הפלסטינים. רבים מהם נהרגו ונפצעו מאז ספטמבר 2000. זאת ועוד, בחודש אחד בלבד - הוא חודש מארס 2002 - נהרגו 120 ישראלים בפיגועים ומאות נפצעו. מאז מארס 2002 ועד לכתיבתו של פסק-דין זה נהרגו 318 ישראלים ונפצעו למעלה מ-1,500. השכול והכאב שוטפים אותנו" (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 358 (2002) (להלן: עניין עג'ורי). כן ראו בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 814-815 (2004) (להלן: עניין בית טוריק); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 484-485 (2005) (להלן: עניין מראעבה) בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פסקאות 6-12 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין (לא פורסם, 14.5.06) (להלן: עניין עדאלה)).

מציאות זו לא פסחה גם על כביש 443. לאורכו של הכביש נעה כמות גדולה של כלי רכב ישראליים. נתון זה, בשילוב עם מאפייניו הטופוגרפיים של הכביש, הפכו אותו, כהגדרת המשיבים, ל"נקודת תורפה ביטחונית" – יעד "נוח" לביצוע פיגועים. ואכן, לאורך הכביש בוצעו במשך השנים פיגועים רבים אשר גרמו לפגיעות ולאבידות בנפש, ובכללם ירי מנשק חם, יידוי אבנים וזריקת בקבוקי תבערה. אלה כוונו הן לנוסעים בכביש 443, הן לכוחות הביטחון. על כך נעמוד בהמשך הדברים.

4. כתוצאה מן ההסלמה הביטחונית האמורה, ובצד אמצעים נוספים שננקטו להבטחת ביטחונם של הנוסעים הישראליים שאליהם נתייחס בהמשך, החלו המשיבים מונעים את כניסתם של כלי רכב פלסטיניים לכביש 443. מלכתחילה, היתה המניעה חלקית, באמצעות הצבת מחסומים וביצוע סיורים של כוחות הביטחון שדאגו להרחיק פלסטינים מהכביש. החל משנת 2002, בתקופת ההסלמה במצב הביטחוני, הפך האיסור

על תנועת כלי רכב פלסטיניים בכביש למוחלט. כל דרכי הגישה המקשרות את הכפרים לכביש 443 נחסמו, ונמנע מתושבי הכפרים לעשות כל שימוש בכביש. בעת הנוכחית, נעים על כביש 443, ככלל, כלי רכב ישראליים בלבד. בהתאם לנתוני מערכת הביטחון, נעים מדי יום על כביש 443 (בשני הכיוונים) כ-40 אלף כלי רכב.

5. כאן המקום לעמוד בקצרה גם על הנתונים הנוגעים ל"כביש ביתוניה", שאף הוא עומד במרכז העתירות שלפנינו. "כביש ביתוניה" מחבר את כביש 443 (מצומת "מחנה עופר") לעיר ביתוניה, הסמוכה לרמאללה. כביש זה שימש במשך השנים כציר גישה לרמאללה לכלי רכב שנעו על כביש 443. בשנים האחרונות, עם הקמת גדר הביטחון באזור, נחסם הכביש לתנועת כלי רכב פלסטיניים וישראליים כאחד. במקום שבו חוצה גדר הביטחון את כביש ביתוניה הוקם מעבר "גב-אל-גב" ("מעבר ביתוניה") המיועד לשינוע סחורות בין ישראל לבין איו"ש. מעבר ביתוניה אינו מיועד למעבר כלי רכב פרטיים או למעבר אנשים, כפי שנקבע בצו בדבר העברת טובין (תיקון מס' 2), התשס"ה - 2005. המשיבים מציינים כי מלבד שינוע סחורות, נעשה שימוש במעבר ביתוניה בהיקף מצומצם, כגון לצורך בידוק הולכי רגל המגיעים לבתי המשפט הסמוכים הממוקמים במחנה עופר.

6. האגודה לזכויות האזרח, היא העותרת מס' 7, פנתה למשיבים מספר פעמים, בשם העותרים ובשם של ראשי מועצות הכפרים, בדרישה להסיר את החסימות שהוצבו על הדרכים שבין הכפרים לבין כביש 443 ולהתיר נסיעת כלי רכב פלסטיניים על הכביש. לא זו בלבד שהדרישה לא נענתה, אף זו: לשכת היועץ המשפטי באיו"ש – במכתב מיום 18.10.06 (ע/6) טענה – בסתירה למצב הקיים בפועל – כי כוחות צה"ל אינם מונעים תנועת פלסטינים בכביש, כי אם מגבילים את היציאה מהמרחב הכפרי לכביש למספר צמתי יציאה, שבהם מוצבים שערים לצורך בידוק בטחוני (על המתחייב מתקלה זו, נעמוד בהמשך הדברים). בעקבות תשובה זו הוגשה העתירה.

7. רק לאחר הגשת העתירה – ביום 28.8.07 – הוציא מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (דאז), האלוף גדי שמני, מכוח סמכותו לפי הצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), התש"ל-1970 (להלן: הצו בדבר הוראות ביטחון), את ההוראות בדבר תנועה ותעבורה (כביש 443) (יהודה ושומרון), התשס"ז – 2007 (להלן: הוראות התנועה). הוראות התנועה הטילו איסור על תנועת כלי רכב שאינם ישראליים (כהגדרתם בהוראות התנועה) בכביש 443, אלא אם ניתן להם היתר. תוקפן של הוראות התנועה הוגבל בזמן, והן הוארכו מעת לעת.

8. העותרים טענו כי סגירת כביש 443 לתנועת פלסטינים מפקיעה מן האוכלוסייה המקומית את האפשרות לעשות שימוש בכביש הראשי היחידי שקיים באזור, ומקשה עד מאוד על חיי תושבי הכפרים, אשר נאלצים לעשות שימוש בדרך חלופית, העוברת בתוך יישובים, אשר לעיתים מוצבים לאורכה מחסומים צבאיים (להלן: ציר הכפרים). הנסיעה בציר הכפרים היא קשה; הדרך צרה, משובשת ומפותלת, איכותה ירודה, והשימוש בה מביא להארכה משמעותית בזמן הנסיעה ולייקור עלותה. כן טענו העותרים כי כפועל יוצא מקשיי התעבורה האמורים, נגרמת פגיעה כוללת במרקם החיים של תושבי הכפרים ובכלכלת הכפרים, בעיקר משום ניתוקם של התושבים מהעיר רמאללה המשמשת להם מרכז עירוני. כך, למשל, איסור הנסיעה על הכביש הביא לסגירתם של בתי עסק רבים בכפרים, ושיבש את הגעתם של עובדים אל מקומות העבודה שלהם ברמאללה. כתוצאה מאלה, חלה עלייה חדה במספר המובטלים בכפרים. בנוסף, סגירת הכביש פגעה בגישת תושבי הכפרים לשירותים רפואיים; בגישת שירותי הצלה וכיבוי אש לכפרים; בגישת תושבי הכפרים למוסדות החינוך שבכפרים וברמאללה; ובאפשרות לקיים ביקורים וקשרים חברתיים. כן מציינים העותרים כי סגירת הכביש מנעה מהם גישה ישירה לאדמותיהם החקלאיות (הגם שאינה מונעת אותה לחלוטין), והקשתה על שינוע תוצרת חקלאית. בנוסף, נטען כי סגירת כביש 443 הביאה להעברת עומס התנועה לכבישים הפנימיים, וכפועל יוצא מכך רבו עד מאוד תאונות הדרכים, ועימן גדל הפוטנציאל לקיפוח חיי אדם.

לטענת העותרים, האיסור על נסיעת תושבים פלסטיניים בכביש 443 אינו חוקי. לדבריהם, האיסור הוטל כדי לשמר את כביש 443 כציר נסיעה ישראלי "פנימי" המחבר בין השפלה לבין ירושלים. בכך חרג המפקד הצבאי מסמכויותיו המוקנות אך לצרכי האזור הכבוש עצמו; הפר את חובתו להבטחת אורחות החיים והסדר הציבורי של התושבים המוגנים בשטח הכבוש; ושקל שיקולים זרים. עוד נטען כי האיסור אינו חוקי משום שהוא בבחינת הפלייה פסולה על בסיס מוצא לאומי-אתני; משום שהוא עולה כדי הפרה של האיסור על ענישה קולקטיבית; משום שהוא נגוע בחוסר סבירות קיצוני; ומשום שהוא פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות האדם של התושבים הפלסטיניים המוגנים – ובכלל זה, הזכות לחופש תנועה; הזכות לפרנסה; הזכות לקיום בכבוד; הזכות לחינוך; הזכות לחיי משפחה ולקשר עם בני משפחה; והזכות לבריאות ולקבלת טיפול רפואי. העותרים מוסיפים וטוענים כי עמדת המשיבים בהליך שלפנינו סותרת טענות שהעלו האחרונים לפני שנים בעתירה שעסקה בהפקעת קרקעות עבור סלילת הכביש (בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאוויה אלמחדודה אלמסאוליה,

אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785 (1983) (להלן: עניין ג'מעית אסכאן)). העותרים מדגישים כי בעוד שבעניין ג'מעית אסכאן נטען על-ידי המשיבים כי צרכי התחבורה של תושבי האזור מחייבים את תכנונה של מערכת דרכים חדשה, הרי כעת – בחלוף מעל עשרים שנה – טוענים המשיבים כי עומדת לרשות תושבי הכפרים מערכת תחבורתית סבירה. העותרים עומדים על כך שלמרות שאיסור התנועה בכביש 443 הוגדר כ"זמני", הוא נמשך לאורך שבע השנים האחרונות, ואין כוונה רצינית לשקול את ביטולו בעתיד. בכתב העתירה, טענו העותרים בנוסף כי דינו של איסור התנועה להיפסל משום שהוא נאכף ללא מקור חוקי תקף, בהיעדר עיגון בכתב לאיסור. לאחר שהוצאו הוראות התנועה התייחרה טענה זו, אך העותרים מדגישים כי תופעה זו של הטלת איסור תנועה ללא אסמכתא בכתב חוזרת על עצמה שוב ושוב, ולשיטתם, נדרשת קביעה משפטית ברורה בסוגיה.

בהתייחס לכביש ביתוניה, טוענים העותרים כי פתיחתו נדרשת על מנת לצמצם את הפגיעה הנגרמת לתושבי הכפרים, הנזקקים לכביש 443, בין היתר, לצורך תנועה לעיר רמאללה (כמבואר לעיל, כביש ביתוניה מחבר את כביש 443 לעיר רמאללה). לשיטתם, אין מניעה מלעשות שימוש במעבר ביתוניה לצורך תנועת כלי רכב פרטיים, בצד השימוש במעבר לצורך שינוע סחורות.

9. המשיבים מתנגדים לעתירה. הם מאשרים כי כביש 443 תוכנן מלכתחילה לצורך נסיעה משותפת של ישראלים לצד פלסטינים, וכך אכן היה עד לשנת 2000, ואולם עם פרוץ אירועי הלחימה והטרור השתנתה המציאות הביטחונית באופן קיצוני. לטענתם, סגירת הכביש לתנועת כלי רכב פלסטיניים נעשתה כדי לשמור על ביטחון האזרחים הישראליים השוהים באיו"ש, ובכלל זה אלה הנעים בכביש 443. המשיבים עומדים על פיגועים חמורים ורצחניים שאירעו לאורך הכביש, שבהם נהרגו אזרחים ישראלים ונפצעו רבים נוספים. חלק מפיגועים אלה, כך נטען, בוצעו על ידי תושבי הכפרים. למפקד הצבאי אחריות לביטחונם של תושבי האזור, ושל הישראלים השוהים בתחום האזור, ומכאן החלטתו – שיסודה בשיקולים ביטחוניים מובהקים – לנקוט בשורה של אמצעים, חלקם זמניים, על מנת להבטיח את ביטחונם של הנוסעים הישראליים בכביש. בין האמצעים השונים שננקטו, ניתן למנות את הגברת הפעילות המבצעית השוטפת והנוכחות הצבאית לאורך כביש 443 ובאזור בכלל; הקמת גידור ועמדות תצפית לאורך מספר קטעים הסמוכים לכביש; הטלת איסור זמני על תנועת ישראלים במספר כבישים באזור בנימין; שיפור רמת הבידוק בנקודות הביקורת הביטחוניות שבצידי כביש 443; והקמת גדר הביטחון בגזרת עוטף ירושלים, ובכלל זה

באזור כביש 443. אמצעי נוסף שבו נקט המפקד הצבאי – הוא נושא העתירה שלפנינו – הינו חסימה, באופן זמני, של הכבישים המחברים את הכפרים הפלסטיניים לכביש 443, במטרה למנוע עליית כלי רכב פלסטיניים באופן לא מבוקר על הכביש. זאת, מתוך הבנה כי כלי רכב אלה עלולים לשמש לביצוע פיגועים בדרך של רכב תופת, ירי מרכב חולף והימלטות לכפר הסמוך – מתווה מוכר ממקרים אחרים שאירעו באיו"ש, לרבות באזור כביש 443, חטיפה של נוסעים ישראליים לאורך הכביש והובלת פעילי טרור ואמצעי לחימה לשטח מדינת ישראל. ואכן, לאחר שננקטו צעדים אלה, חלה ירידה ממשית במספר אירועי הטרור לאורך כביש 443 ובחומרתם, הגם שהסיכון עומד בעינו. בתצהיר התשובה ובתצהיר המשלים מטעם המשיבים, הובא לפנינו פירוט ניסיונות הפגיעה בנוסעים בכביש 443 וכן ניסיונות פגיעה בכוחות הביטחון. תחילתם – בתקופה הרלבנטית לענייננו – ביום 21.12.00, בירי על אזרח ישראלי, תושב מודיעין, והריגתו; המשכם בפיגועי ירי נוספים בשנת 2001 שבמהלכם נהרגו ונפצעו אזרחים ישראליים נוספים, ובפיצוץ מחבלת מתאבדת סמוך למחסום מכבים, שהביא לפציעת שוטרים שאיישו את המחסום; וסופם, נכון לנקודת הזמן הנוכחית, בהתרחשויות לאחר הגשת העתירה. לצד אירועים אלה, התרחשו מאות מקרי זריקת אבנים ועשרות אירועים של יידוי בקבוקי תבערה. כך למשל, בתקופה שמיום 4.6.07 ועד ליום 1.1.08, נרשמו 58 אירועים של זריקת אבנים ויידוי בקבוקי תבערה לעבר כלי רכב שנעו לאורך הכביש.

המשיבים ציינו בטיעוניהם בכתב ובעל פה כי בראיית המפקד הצבאי, הגבלת עליית כלי רכב פלסטיניים לכביש 443 היתה בשעתו, וממשיכה להיות גם כיום, צעד ביטחוני חשוב ונחוץ, כחלק ממסכת צעדים ביטחוניים, המיועדים לשמור על חייהם של האזרחים הישראליים הנעים על הכביש. המשיבים הדגישו כי תנועת הולכי רגל פלסטיניים על הכביש לא נאסרה. עוד טענו המשיבים כי טענות העותרים לפגיעה שנגרמה להם בגין מגבלות התנועה הן מוגזמות ובלתי מבוססות עובדתית. לפי הטענה, לרשות העותרים עומד ציר הכפרים, המחבר בצורה סבירה בין הכפרים לבין עצמם, ובינם לבין העיר רמאללה. המשיבים ציינו כי על ציר הכפרים לא מוצבים מחסומים קבועים של כוחות הביטחון. עוד הבהירו המשיבים, בשלב שבו נשמעו טענות הצדדים, כי כחלק מפרויקט גדר הביטחון בגזרת עוטף ירושלים, נסללים מספר צירי "מרקם חיים" בעלות של עשרות מיליוני שקלים. צירי מרקם החיים נועדו לשרת את תושבי האזור הפלסטיניים, ולצמצם את הפגיעה במרקם חייהם כתוצאה מחסימתם של כבישים (ראו בג"ץ 4289/05 מועצה מקומית ביר נבאלה נ' ממשלת ישראל, פסקה 11 (לא פורסם, 26.11.06) (להלן: עניין ביר נבאלה)). המשיבים טענו, כי עם השלמתם, יביאו הצירים לקיצור משמעותי של משך הנסיעה בין הכפרים לבין רמאללה, וייתנו מענה ראוי וחלופה סבירה לתנועה על כביש 443. עוד ציינו כי מלבד ציר הכפרים, תושבי הכפרים

יכולים לעשות שימוש בציר חלופי נוסף העובר בתוואי המקורי של כביש 443. כיום, מחבר ציר זה את הכפרים צפא, בית עור א-תחתא ובית עור אל-פוקא, ובעתיד יאפשר גישה לכביש מרקם חיים בית-עור – ביתוניה (שלאחר שמיעת הטענות נשלמה סלילתו, ועליו נעמוד להלן).

לטענת המשיבים, על המפקד הצבאי מוטלת החובה לאזן בין הבטחת האינטרסים הביטחוניים של הממשל המחזיק בשטח, מחד גיסא, והבטחת צרכיה וזכויותיה של האוכלוסייה המקומית, מאידך גיסא. בכלל זה, מוסמך המפקד הצבאי לנקוט אמצעים ביטחוניים במטרה להגן על כלל האוכלוסייה השוהה באזור, לרבות האזרחים הישראליים, ובעובדה כי הכביש הוקם מכוח צו הפקעה אין כדי לשנות מכך. ההגבלות שבהן נקט המפקד הצבאי דרושות מטעמים ביטחוניים והן אינן פוגעות באורח בלתי מידתי באוכלוסייה המקומית, ולמצער – אינן חורגות ממתחם המידתיות. בהקשר זה עמדו המשיבים על הסדר שגיבשו שלפיו תותר תנועה מוגבלת של כלי רכב פלסטיניים על הכביש (על פרטי ההסדר נעמוד בהמשך הדברים). לשיטת המשיבים, בין הסמכויות המוקנות למפקד הצבאי, חשובה לענייננו סמכותו להטיל מגבלות תנועה שונות על האוכלוסייה המקומית. סמכות זו מעוגנת בסעיפים 88 ו-90 לצו בדבר הוראות ביטחון, והיתה קיימת אף בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, שהיו חלק מדין האזור עוד קודם לתחילת התפיסה הלוחמתית, וממשיכות לחול גם כיום. מכוח סמכויותיו אלה, הטיל המפקד הצבאי את מגבלות התנועה בכביש 443. המשיבים מסכימים כי שעה שהתמשכו הגבלות התנועה לאורך הציר, היה מקום לעגון בצו חתום וכתוב. ואכן, כאמור, ביום 28.8.07 הוצאו הוראות התנועה, ומשכך, טענת העותרים בהיבט זה התייתרה. המגבלות שהוטלו מושתתות על טעמים ענייניים, ולכן אין מדובר בהפליה אסורה, אלא בהבחנה מותרת. עוד מדגישים המשיבים כי עסקינן בצעדי מנע ביטחוניים, ולא בענישה קולקטיבית, כנטען. אמנם, צעדים אלה פוגעים בפועל באזרחים שאינם עוסקים בטרור, וכזה הוא רוב האוכלוסייה הפלסטינית, אך אין בכך להצביע על אי חוקיות הצעדים שננקטו. המשיבים התייחסו עוד לעמדתם כפי שהוצגה בעניין ג'מעית אסכאן. נטען כי סלילת כביש 443, והשימוש שנעשה בו במשך השנים עד לשנת 2000, עלו בקנה אחד עם עמדתם כפי שהוצגה באותו הליך. נדגיש כי בעוד שבתצהיר התשובה (ס' 22) עמדו המשיבים על הזיקה שבין קטע הכביש הנדון לבין זה שנדון בעניין ג'מעית אסכאן, הרי בתצהיר המשלים מטעמם (ס' 412) טענו הם כי מערכת הדרכים שנדונה בעניין ג'מעית אסכאן אינה עוסקת בכביש מס' 443 או בהרחבתו. במאמר מוסגר, יוער כי אין אנו נזקקים למחלוקת בין העותרים למשיבים בעניין אחרון זה, שכן אין לה השלכה על ההכרעות הנורמטיביות בעניין ג'מעית אסכאן, שינחו אותנו גם במקרה שלפנינו.

בהתייחס לכביש ביתוניה, טוענים המשיבים, בראש ובראשונה, כי בעניין זה לא נערכה פנייה מוקדמת לרשויות, וכי בכתב העתירה לא נכללה תשתית עובדתית ומשפטית מספקת בעניין זה. משכך, יש לדחות את העתירה בהיבט זה על הסף (יוער במאמר מוסגר, כי טענות העותרים שפורטו לעיל, נטענו לראשונה בתגובה מטעמם לתצהיר התשובה מטעם המשיבים). לגוף הדברים, טוענים המשיבים כי במעבר ביתוניה אין תשתיות מתאימות למעבר כלי רכב פרטיים או הולכי רגל, והכשרתו לצורך זה תחייב הקמת תשתיות נרחבות, בעלות גבוהה. כן מציינים המשיבים כי בהתאם לתפיסת הביטחון העומדת בבסיס הקמת גדר הביטחון בגזרת עוטף ירושלים, תוואי הגדר תוכנן כך שיפריד בין שטחי איו"ש ותושבי איו"ש לבין היישובים הישראליים שמצפון לירושלים ובשטח מדינת ישראל. המעבר בגדר הוגבל למספר מעברים קבועים, המתאימים למעבר כלי רכב פרטיים והולכי רגל. לשיטתם, פתיחת מעבר נוסף בגדר הביטחון תביא ל"פריצה מסוימת" של מכשול הביטחון, תגדיל את הסיכון להסתננות של פעילי טרור לאזור העיר ירושלים, ותיצור נקודת חיכוך שתגדיל את הסיכון לכוחות הביטחון המופקדים על נקודות המעבר. המשיבים מציינים עוד כי מעבר ביתוניה ממוקם בנקודה בעייתית ומאוימת מבחינה ביטחונית, כך שקיים סיכון של ממש בהרחבתו והפיכתו לכזה שמיועד גם למעבר כלי רכב פרטיים.

10. המשיבים מס' 4 (שורת הדין ו-119 אחרים) (להלן: המשיבים 4)), אשר צורפו לעתירה לפי בקשתם, מדגישים בתגובתם את חשיבותו של כביש 443 כעורק תנועה ראשי בישראל, המחבר את העיר ירושלים עם מטרופולין תל-אביב. הם מציינים כי כביש 443 הינו החלופה המעשית היחידה לכביש מס' 1, ובנוסף, הינו עורק התחבורה היחיד הפתוח, באופן מעשי, עבור תושבי היישובים הישראליים הפרושים לאורכו. כן עומדים המשיבים 4 על הפיגועים שבוצעו בכביש במהלך השנים מאז פרוץ האינתיפאדה השנייה, חלקם – כנטען – על ידי תושבי הכפרים, ועל הפגיעות בגוף ובנפש שנגרמו כתוצאה מאלה. המשיבים 4 טוענים כי כתוצאה מצעדי הביטחון שננקטו – אשר עליהם מלינים העותרים – נגרמה לעותרים אי נוחות בלבד. לטענתם, העתירה מעוררת את שאלת האיזון בין אותה אי נוחות, לבין זכותם שלהם לחיים ולשלמות הגוף. במקרה הנוכחי, כך לשיטתם, יש לתת את הבכורה לזכות לחיים ולשלמות הגוף. המשיבים 4 מוסיפים וטוענים כי ההחלטה על סגירת הכביש הינה החלטה סבירה, בלתי נמנעת, המבוססת על צורך צבאי, אשר התקבלה בסמכות.

המשיבה 5, "תנועת גדר לחיים – להקמת גדר ההפרדה", צורפה אף היא, לבקשתה, כמשיבה לעתירה. גם המשיבה 5 עומדת על הסכנה הביטחונית הגלומה בחידוש תנועת כלי רכב פלסטיניים על כביש 443, אשר עלולה לגרום לחידוש פיגועי הדמים בכביש, ואף להביא לכניסת כלי רכב פלסטיניים לשטחי הקו הירוק, דרך נקודות הביקורת שמשני צידי הכביש.

הסדר התנועה המוצע וצירי מרקם החיים

11. כפי שבואר, הציגו המשיבים הסדר שגובש על-ידם, במגמה לאפשר תנועה מוגבלת של כלי רכב פלסטיניים על כביש 443. בנוסף, במהלך התקופה שבה נדונה העתירה, התקדמה סלילתם של מקצת מצירי מרקם החיים וחלקם הושלמו ונפתחו לתנועה. נעמוד על כך להלן.

12. במסגרת תצהיר התשובה שהגישו המשיבים ביום 2.9.07, נמסר כי לאחר שהתקיימה במערכת הביטחון ובפיקוד המרכז בחינה מחודשת של הגבלות התנועה באזור כביש 443, הוחלט, כצעד זמני, להתיר תנועה חלקית של מספר מוגבל של כלי רכב פלסטיניים לאורך הכביש. החלטה זו עוגנה בצו זמני שנחתם על ידי מפקד פיקוד מרכז, שעמד בתוקפו עד ליום 31.5.08. על פי ההסדר, הכוונה היתה להנפיק היתרי תנועה על הכביש לכ-80 כלי רכב פלסטיניים, מרביתם מסחריים וציבוריים, שזהותם תיקבע בתיאום עם הכפרים העותרים, אשר יובילו נוסעים פלסטיניים לאורך הכביש. בהתאם להסדר, עליית כלי הרכב לכביש תהיה בנקודת ביקורת בסמוך לכפר ח'רבת אל-מסבח. הגעת כלי הרכב לרמאללה תהיה דרך מעבר בגדר הביטחון, המכונה מעבר "אל-ג'יב", הממוקם בסמוך ליישוב גבעת זאב. ממעבר אל ג'יב קיימת גישה נוחה ומהירה אל העיר רמאללה באמצעות ציר מרקם החיים ביר נבאלה – קלנדיה. ההסדר יופעל בשעות האור בלבד, כאשר בשעות החשיכה תתאפשר תנועה בתיאום מראש, כמענה לצרכים הומניטאריים. המשיבים ציינו כי הסדר זה אושר "בלב כבד ולאחר לבטים מרובים" שכן הפעלתו נושאת בחובה סיכון בלתי מבוטל לביטחון האזרחים הישראליים הנעים על כביש 443 ובעורף מדינת ישראל. בהודעה מעדכנת מיום 17.12.07, ציינו המשיבים כי לצורך יישום ההסדר נערכה פגישה עם ראשי מועצות הכפרים כדי לקדם שיתוף פעולה בביצוע ההסדר. כפי שנמסר, במכתב מיום 20.11.07 הודיעו ראשי המועצות כי אין בכוונתם לשתף פעולה עם הסדר זה. משכך, החליטו המשיבים להפעיל את ההסדר גם ללא שיתוף פעולה כאמור, ופנו ישירות לתושבי האזור באמצעות פרסום הודעה לציבור שבגדרה הוצע לתושבים להגיש בקשות להיתרי תנועה על כביש 443. בתצהיר משלים מיום 20.2.08, הודיעו המשיבים כי לא הוגשו

בקשות להיתרים מצד התושבים. בתצהיר משלים נוסף מיום 8.9.08, נמסר כי נעשו ניסיונות נוספים ליישם את ההסדר המוצע. אולם, חרף מאמצים שונים שעשו המשיבים, טרם הוגשו בקשות להפעלת ההסדר ולמתן היתרי תנועה לאורך כביש 443.

העותרים, בתגובה מטעמם לתצהיר התשובה, ציינו כי ההסדר המוצע הוא בבחינת "לעג לרש". לשיטתם, המשיבים יוצרים מנגנון ההופך זכות בסיסית לפריבילגיה, אשר תינתן או תישלל כאוות נפשו של המפקד הצבאי. מכל מקום, הסדר מוצע זה לא יביא, לטעמם, להפחתת הפגיעה הנגרמת לתושבי הכפרים. זאת, בשים לב למספר המצומצם של כלי רכב שתנועתם תותר ולשעות הפעלת ההסדר. בנוסף, מציינים העותרים כי בהתאם להסדר המוצע, נסיעה לרמאללה תצריך מעבר בשתי נקודות ביקורת, וכי מרחק הנסיעה כפול מזה שבנסיעה בדרך המקורית (דרך כביש 443 וממנו לכביש ביתוניה המוביל לרמאללה).

המשיבים 4-5 מצידם הביעו התנגדותם להסדר המוצע, נוכח הסיכונים הביטחוניים הכרוכים בהפעלתו.

13. בשולי עניין זה, נציין כי מלבד ההסדר האמור, הוסיפו המשיבים בתגובה המקדמית מטעמם, כי המפקד הצבאי מאפשר באופן קבוע נסיעה על הכביש למספר מצומצם של כלי רכב בעלי לוחיות רישוי פלסטיניות – רובם כלי רכב ציבוריים – אשר לגביהם נערכה בדיקה פרטנית. מדובר בכלי רכב השייכים לכפר א-טירה (שאינו בין הכפרים העותרים לפנינו) המשמשים להסעת תושבי הכפר לכיוון העיר רמאללה. כפי שנמסר, הסדר זה, אשר הושג במסגרת עתירה לבית משפט זה (בג"ץ 2986/04), יעמוד בתוקפו עד להשלמת ציר מרקם החיים שייסלל בין הכפר א-טירה לבין הכפר בית עור אל-פוקא. בתצהיר משלים שהגישו המשיבים ביום 8.9.08, הובהר כי ציר זה אכן הושלם ונפתח לתנועה.

נוסף לאלה, עמדו המשיבים, כאמור, על ההתקדמות הנוספת שחלה בסלילתם של צירי מרקם החיים. מבין הצירים האמורים ישנם שלושה הנוגעים לעתירה שלפנינו. האחד, ציר מרקם חיים המחבר את הכפרים בית ליקיה וח'רבת אל-מסבח, אשר פתוח לתנועה. השני, ציר מרקם חיים המחבר את הכפרים א-טירה ובית עור אל-פוקא, הכולל מעבר תת-קרקעי מתחת לכביש 443. ציר זה נפתח לתנועה ביום 1.7.08. ציר נוסף, חשוב לענייננו, הוא זה המחבר את היישובים בית עור אל-פוקא וביתוניה, ומאפשר גישה לתושבי הכפרים לעיר רמאללה (דרך ביתוניה). כפי שנמסר בהודעה מעדכנת מיום 8.9.08, המועד המתוכנן לסיום עבודות הסלילה ולפתיחת הכביש לתנועה היה

חודש דצמבר 2008. כבר באותו שלב ציינו המשיבים כי עם פתיחת הכביש, צפויה נסיעת תושבי הכפרים לרמאללה להיות קצרה ומהירה ביותר, גם בהשוואה לנסיעה לאורך כביש 443. המשיבים הדגישו כי כבישי מרקם החיים נסללו ב"סטנדרט גבוה", בהתאם לאמות המידה המקובלות על מע"צ ביחס לכבישים אזוריים מן המניין, ובשל כך, בעלויות גבוהות מאד. בהודעה מעדכנת נוספת, שנמסרה ביום 8.4.09 (לאחר השלמת הטיעונים), הוסיפו המשיבים כי בינתיים הושלם ציר מרקם החיים שהינו כביש דו-מסלולי המחבר את הכפרים העותרים לעיר המחוז רמאללה "בדרך קצרה מהירה ונוחה, אף בהשוואה לנסיעה בכביש 443". לאחר פתיחתו, נסגר הכביש לפרק זמן מוגבל, לצורך ביצוען של עבודות תחזוקה ותיקונים, לרבות כאלה שנדרשו בשל פגעי מזג אוויר.

העותרים מצידם טוענים כי מבחינת אוכלוסיית האזור, אין צורך בכבישי מרקם החיים, שכן לרשותה היה צריך לעמוד כביש 443. בנוסף, מציינים הם כי לצורך סלילת כבישי מרקם החיים, הופקעו אדמות מן האוכלוסייה המקומית, וזאת בנוסף לאדמות שהופקעו בעבר לצורך סלילת כביש 443. לשיטתם, מדובר בכבישים מיותרים, אשר להכשרתם השלכות קשות על תושבי האזור בהווה ובעתיד. סלילת הכבישים מנשלת בעלי אדמות ומשפחות רבות מאדמותיהם ומפרנסתם; גוזלת קרקעות הדרושות לפיתוח האמיתי הנדרש לתושבי האזור; גורמת הרס לטבע ולסביבה באזור; ויוצרת מערכות כבישים נפרדות לאוכלוסיות השונות. בנוסף, נטען כי מבחינה תחבורתית, רוב כבישי מרקם החיים מחברים בין הכפרים לבין עצמם, נחותים באופן משמעותי מהכבישים הראשיים הקיימים באזור ואינם בבחינת כביש ראשי המאפשר תנועה מהירה ונוחה.

מסגרת הדיון

14. השטח נשוא העתירה נמצא תחת משטר של "תפיסה לוחמתית" (ראו למשל: עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 792; עניין בית סוריק, בעמ' 827; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 514-516 (2005) (להלן: עניין חוף עזה); עניין מראעבה, בעמ' 492). בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, משמש המפקד הצבאי כ"זרועה הארוכה של המדינה" (עניין מראעבה, בעמ' 492). המפקד הצבאי אינו הריבון בשטח זה, והוא שואב את סמכותו מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי הנוגעים לתפיסה הלוחמתית; מן הדין המקומי השורר באזור, המורכב מהדין טרם התפיסה הצבאית ומחקיקה מקומית חדשה שהוחקה על-ידי הממשל הצבאי; ומעקרונות המשפט הישראלי (עניין מראעבה, בעמ' 492; בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 455 (2004) (להלן: עניין הס); כן ראו עניין ג'מעית

אסכאן, בעמ' 792-793). השאלה הראשונה שאליה נידרש במסגרת הדיון שלפנינו הינה אם בהחלטתו להורות על סגירת כביש 443 בצו הביטחון ובהוראות התנועה, כך שתושבי האזור הפלסטיניים אינם מורשים לנוע עליו, פעל המפקד הצבאי בגדרי סמכותו. בנפרד משאלת הסמכות, תיבחן גם שאלת אופן הפעלת סמכותו ושיקול דעתו של המפקד הצבאי. אמות המידה שעל יסודן תיערך בחינה זו הינן אלה שעליהן עמדנו לעיל, קרי כללי הדין המקומי, כללי המשפט המינהלי הישראלי וכללי המשפט הבינלאומי, שעניינם תפיסה לוחמתית (עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 793. והשוו: עניין בית סוריק, בעמ' 832), שכן "כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המינהגי, שעניינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי" (עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 810; כן השוו: עניין עג'ורי, בעמ' 365; עניין מראעבה, בעמ' 492 – 493; עניין הס, בעמ' 454; עניין בית סוריק, בעמ' 827 – 828). לפנינו אפוא שתי שאלות – האחת, עניינה בעצם סמכותו של המפקד הצבאי להורות על הגבלת תנועה בכביש בכלל, וסגירתו לפלסטינים בפרט. האחרת, עניינה בשיקול דעתו להורות כן. נדון בשאלות אלה כסדרן.

סמכותו של המפקד הצבאי

15. המשיבים גורסים כי סגירת הכביש למעבר כלי רכב פלסטיניים נעשתה מכוח החקיקה הקיימת באזור, שיצאה מלפני המפקד הצבאי. לשיטתם, סמכותו של המפקד הצבאי לסגירת הכביש, יסודה בהוראת סעיף 88(א)(1) לצו בדבר הוראות הביטחון, שזו לשונה:

מפקד צבאי, או אדם הפועל בהרשאתו הכללית או המיוחדת של מפקד צבאי, רשאים בצו או על-ידי מתן הוראות או באופן אחר: (1) לאסור, להגביל או להסדיר את השימוש בדרכים מסוימות או לקבוע מסלולים שבהם יעברו כלי רכב או בעלי-חיים או בני-אדם בין באופן כללי ובין באופן מסוים.	"תנועה ותעבורה
--	-----------------------

בנוסף, מפנים המשיבים להוראות התנועה שהוציא המפקד הצבאי (לאחר הגשת העתירה), שבגדרן עוגנה בכתב בשנת 2007 החלטתו לסגור את כביש 443 לתנועת כלי רכב פלסטיניים. בסעיף 2 להוראות התנועה נקבע כי "כל עוד עומדות הוראות אלה בתוקף, לא ינוע אדם בכביש 443 באמצעות רכב שאיננו ישראלי, אלא לפי היתר שניתן לו על ידי, או על ידי מי שהוסמך לכך על ידי". "רכב ישראלי" מוגדר

בסעיף 1 להוראות כ"רכב הרשום בישראל או רכב הנושא סימני היכר שנקבעו לו בישראל".

16. אינני סבור כי ניתן להסתפק בעיגונה של ההחלטה להורות על סגירת כביש 443 בצו הביטחון ובהוראות התנועה. כפי שנפסק, "לשם מתן מענה על שאלת סמכותו של מפקד האזור, אין די בקביעה כי הצו המתקן (או כל צו אחר של מפקד האזור) מעניק סמכות למפקד הצבאי ... סמכותו של המפקד הצבאי לחוקק את הצו המתקן נגזרת מדיני התפיסה הלוחמתית. הם מקור סמכותו, ועל-פיהם ייקבע כוחו" (עניין עג'ורי, בעמ' 364; כן השוו: עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 793; בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 230 (1983) (להלן: עניין אבו עיטה)). הנורמות העיקריות החלות באזור הנתון לתפיסה לוחמתית הן התקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907 (להלן: תקנות האג), המשקפות משפט בין-לאומי מינהגי (עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 793; עניין הס, בעמ' 455; עניין עג'ורי, בעמ' 364; בג"ץ 591/88 טאהה נ' שר הביטחון, פ"ד מה(2) 52-53 (1991) (להלן: עניין טאהה); עניין בית סוריק, בעמ' 827; עניין חוף עזה, בעמ' 517-516; עניין מראעבה, בעמ' 492). לצד זה, מעוגנים דיני המשפט הבינלאומי החלים על עימות מזוין בינלאומי גם באמנת ג'נבה הרביעית (Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949, ג'נבה הרביעית), שהוראותיה המינהגיות היו לחלק ממשפטה של מדינת ישראל; ובפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה (ה- Geneva Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977, (להלן: הפרוטוקול הראשון)), שעל אף שישראל אינה צד לו, משמשות הוראותיו המינהגיות אף הן חלק ממשפטה. בנוסף, במקום שבו קיים חסר בדיני העימות המזוין האמורים, ניתן להשלימו מתוך "משפט זכויות האדם הבינלאומי" (ה-Human Rights Law) (ראו ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (לא פורסם, 11.6.08)). ראו גם עניין הס, בעמ' 455; עניין עג'ורי, בעמ' 364; עניין בית סוריק, בעמ' 827; עניין חוף עזה, בעמ' 517; עניין מראעבה, בעמ' 492; בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט(5) 376, 368 (2005) (להלן: עניין אבו דאהר).

17. על האיזונים שמשקפות תקנות האג ועל היקף סמכויותיו ושיקול דעתו של המפקד הצבאי כפועל יוצא מהן, נאמרו הדברים הבאים, היפים לענייננו:

"תקנות האג סובכות סביב שני צירים מרכזיים: אחד - הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית; האחר - הבטחת צרכיה של האוכלוסיה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית ... בשני העניינים גם יחד - הן הצורך 'הצבאי' הן הצורך 'האזרחי' - נקודת המוצא העקרונית היא, שהמפקד הצבאי אינו יורש את זכויותיו ומעמדו של השלטון שניגף. אין הוא הריבון באזור המוחזק ... סמכויותיו של השלטון שניגף מושעות, ואילו מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפומבי נתונה בידי המפקד הצבאי 'סמכות הממשל והמינהל העליונה באזור' ... סמכויות אלה הן, מבחינה משפטית, זמניות מטבען, שכן התפיסה הלוחמתית היא זמנית מטבעה ... זמניות זו יכול שתהיה ארוכת מועד ... אין המשפט הבינלאומי קוצב לה זמן, והיא נמשכת, כל עוד הממשל הצבאי שולט באופן יעיל באזור" (עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 794; כן ראו: עניין הס, בעמ' 455; עניין בית סוריק, בעמ' 833 – 834; עניין חוף עזה, בעמ' 520; אורנה בן נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 126 בעמ' 179-180 (2006)).

18. לענייננו, רלוונטיות הוראות החלק השלישי לתקנות האג שכותרתו "השלטון הצבאי על שטח מדינה אויבת" ("Military Authority over the Territory of the Hostile State"). מבין ההוראות האמורות, נודעת לענייננו הוראת תקנה 43 לתקנות האג – שאליה נדרשו הצדדים – שזו לשונה:

"בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך" (וראו ל"היסטוריה החקיקתית" של התקנה: יורם דינשטיין דיני מלחמה, בעמ' 215 - 216 (1983)).

הוראה זו הוגדרה כ"הוראת 'על' כללית, אשר באה לקבוע הסדר נורמאטיבי למכלול שלם של מקרים" (עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 797). במקרה שלפנינו, התמקדו הצדדים בשאלת סמכותו של המפקד הצבאי לקבוע את מגבלות התנועה, מכוח חובתו לשמור על "הסדר והחיים הציבוריים" כקבוע ברישא תקנה 43 לתקנות האג. הצדדים לא טענו בהתייחס למגבלות שמטילה סיפא התקנה על חקיקה מטעמו של המפקד הצבאי ומשכך, אף דיוונו יתמקד ברישא לתקנה (השוו עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 797; בג"ץ 351/80 חברת החשמל מחוז ירושלים בע"מ נ' שר האנרגיה והתשתית, פ"ד לה(2), 673, 688 – 689 (1981)).

19. תקנה 43 מטילה על המדינה הכובשת, באמצעות המפקד הצבאי, את החובה "להבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים". חובה זו מבטאת את שליטתו של המפקד הצבאי בשטח והיא נובעת "מהיותו מופקד על שמירת שלום הציבור באזור" (בג"ץ 2612/94 שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(3) 675, 679 (1994) (להלן: עניין שעאר). המפקד הצבאי אמון, אם-כן, על אכיפת החוק באזור ועל שמירת הסדר הציבורי (בג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5) 1, 6 (1992) (להלן: עניין ברכאת)), ולצורך זה, מקנה לו המשפט הבינלאומי המינהגי וההסכמי זכות לפעול להבטחת שימור שליטתו בשטח. זאת, תוך שימוש באמצעים המתאימים (עניין טאהה, בעמ' 64; כן השוו: דיני מלחמה, בעמ' 216).

20. מי הם נמעניה של חובת המפקד הצבאי להבטיח את הסדר והחיים הציבוריים באזור? כפי שראינו, ניתן לחלק את האוכלוסייה שעשתה שימוש בכביש 443 עד לשנת 2000 לשלוש קטגוריות: האחת, תושבי הכפרים, אשר הינם בבחינת "תושבים מוגנים" (Protected Persons) כמשמעות המונח באמנת ג'נבה הרביעית (סעיף 4 לאמנה; ראו עניין חוף עזה, בעמ' 517; בג"ץ 2942/05 מנצור נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (לא פורסם, 26.10.06) (להלן: עניין מנצור)). השניה, תושבים המתגוררים בהתיישבות הישראלית באזור (על מעמדה של התיישבות זו ראו עניין חוף עזה, בעמ' 524-527). תושבים אלה נמנים עם האוכלוסייה המקומית באזור (ראו עניין הס, בעמ' 455), הגם שאינם בבחינת "תושבים מוגנים" (עניין מראעבה, בעמ' 496; עניין חוף עזה, בעמ' 517, 524; עניין מנצור, פסקה 21; בג"ץ 2645/04 נאסר נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 25.4.07) פסקה 26 (להלן: עניין נאסר)). מלבד שתי קבוצות אלה, משתמשים בכביש גם תושבי ואזרחי ישראל שאינם מתגוררים באזור, בעיקר לצורך תנועה בין השפלה לבין ירושלים. החובה להבטיח "את הסדר והביטחון הציבוריים" מכוח תקנה 43 לתקנות האג היא רחבה. אין היא חלה רק על מי שהם בבחינת "תושבים מוגנים", אלא על כלל האוכלוסייה הנמצאת בתחומי האזור בכל זמן נתון, ובכלל זה תושבי ההתיישבות הישראלית ואזרחי ישראל שאינם מתגוררים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (עניין הס, בעמ' 455; עניין ברכאת, בעמ' 6; בג"ץ 6339/05 מטר נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה, פ"ד נט(2) 846, 851-852 (2005); בג"ץ 4363/02 זינדאח נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (לא פורסם, 28.5.02); בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(4) 608, 611 (2002); עניין מנצור, פסקה 22; עניין מראעבה, בעמ' 496 - 498; עניין הס, בעמ' 460-461; בג"ץ 2577/04 אל ח'וואג'ה נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 19.7.07) פסקה 31 (להלן: עניין אל ח'וואג'ה); בג"ץ 11344/03 סלים נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (לא פורסם, 9.9.2009); עניין שעאר, בעמ' 679; כן ראו בג"ץ 9593/04 מוראר, ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקה 13 (לא פורסם,

26.6.06) (להלן: עניין מוראר); בג"ץ 3680/05 ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 8 (לא פורסם, 1.2.06) (להלן: עניין טנא)).

21. חובתו של המפקד הצבאי לשמור על חייהם וביטחונם של ישראלים המתגוררים בתחום הנתון לתפיסה לוחמתית נובעת לא רק מחובתו לפי תקנה 43 לתקנות האג, אלא, כאמור, גם מן המשפט הישראלי הפנימי. כפי שנפסק (באותו מקרה – בהקשר לחוקיות הקמתו של מקטע מגדר הביטחון):

”סמכותו של המפקד הצבאי להקים גדר הפרדה כוללת גם סמכות להקים גדר להגנה על חייהם וביטחונם של ישראלים המתגוררים ביישובים ישראלים באזור יהודה והשומרון. זאת, אף שהישראלים הגרים באזור אינם בגדר 'אנשים מוגנים' (Protected Persons), כמשמעות ביטוי זה בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית ... סמכות זו נובעת משני מקורות. האחד, סמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 43 לתקנות האג להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים. ... השני, חובתה של מדינת ישראל, המעוגנת במשפט הישראלי הפנימי, להגן על חייהם, ביטחונם ושלומם של האזרחים הישראלים המתגוררים באזור” (עניין נאסר, פסקה 26; כן ראו עניין מראעבה, בעמ' 502; עניין טנא, פסקאות 8-9; עניין ביר-נבאלה, פסקה 32; עניין אל ח'וואג'ה, פסקה 31).

עוד נבהיר כי חובתו של המפקד הצבאי להבטיח את ביטחונם של מי שנמצאים בתחומי האזור חלה גם על מי שנטען כי נמצא באזור שלא כדין. על כך נאמר:

”הסמכות להקים גדר הפרדה להגנה על חייהם ועל ביטחונם של המתיישבים הישראלים נגזרת מהצורך לשמור על 'הסדר והביטחון הציבוריים' (סעיף 43 לתקנות האג). היא מתבקשת מכבוד האדם של כל אדם באשר הוא אדם. היא נועדה לשמור על חייו של כל אדם אשר נברא בצלם אלוהים. חייו של מי שנמצא באזור שלא כדין אינם הפקר. גם מי שמצוי באזור בניגוד לחוק אינו הופך בכך למי שמצוי מחוץ לחוק ... גם אם המפקד הצבאי פעל בניגוד לדיני התפיסה הלוחמתית שעה שנתן הסכמתו להקמתה של התיישבות זו או אחרת – ועניין זה אינו לפנינו, ולא נביע בו כל עמדה – אין זה משחרר אותו מחובתו על-פי דיני התפיסה הלוחמתית עצמם להגן על חייו, על ביטחונו ועל כבודו של כל אחד מהמתיישבים הישראלים. שמירת ביטחונם של הישראלים המצויים באזור מוטלת על שכמו של המפקד הצבאי” (עניין מראעבה, בעמ' 498-500; כן ראו בג"ץ 6027/04 דאד ראש מועצת הכפר אלזאויה נ' שר הביטחון (לא פורסם, 17.8.06) פסקה 15 (להלן: עניין דאד); בג"ץ 8414/05 ראש המועצה הכפרית בלעין נ'

ממשלת ישראל (לא פורסם, 4.9.07) פסקה 28 (להלן: עניין בלעין)).

22. מכוח חובתו לשמור על הסדר הציבורי, מחויב המפקד הצבאי להבטיח, בין היתר, תנועה תקינה בכבישי האזור (בג"ץ 401/88 אבו ריאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(2) 767, 770 (1988)). דרכי ההגנה על התנועה הן מגוונות. לענייננו, נציין כי בית המשפט שב ועמד על סמכותו של המפקד הצבאי לסלול כבישים מטעמים ביטחוניים, ובכלל זה כדי להגן על אוכלוסייה אזרחית העושה בהם שימוש. יפים לעניין זה דברים שנאמרו באחת הפרשות:

"יש להניח, כי רשויות הביטחון ושלטונות הצבא, אשר נטלו על עצמם את משימת התכנון והביצוע של רשת כבישים זו, שעלותה מגיעה לסכומים אדירים, לא עשו זאת מטעמים של הקלה על התחבורה האזרחית ואקולוגיה גרידא, וכי שיקול ראשוני לגביהם היה היבט הצבאי. ... שיקול צבאי נוסף ואף הוא מדרגת חשיבות רבה הוא המצב בעתות רגיעה. לא אחת קורה, כי אוכלוסיה עוינת מתנכלת לתנועת אנשי צבא (וגם לתנועה של אזרחים בלתי רצויים מבחינתה), העוברת בתוך מקומות יישוב או בסמוך אליהם. העברת התנועה למקומות אחרים רחוקים מ'הבית' של תוקפים פוטנציאליים תפחית את מספר ההתנכלויות, האבידות בנפש והנזקים. שיקול זה הוא מעורב, צבאי, במידה שיש בו כדי למנוע אבידות מהצבא, וביטחוני, במידה שהוא מונע מאזרחים שלווים פגיעות ונזקים עקב פעולות של מרדף, חיפושים, עוצר וכדומה, פעולות הכרחיות אחרי פגיעה עוינת בכוחות הצבא או באזרחים שלווים" (בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 635, 634, 622 (1982)).

ובמקרה אחר, שבו נדון כביש גישה ליישוב נצרים, נפסק כך:

"הצורך לסלול כביש גישה חדש ליישוב נצרים התעורר בעקבות הפיגועים הרבים והקשים כלפי הצבא וכלפי אזרחים יהודים שהשתמשו בכביש הגישה הקיים. הציר החדש עתיד להיסלל במרחק גדול יותר מן השטח המבונה ואמור לספק למשתמשים בו הגנה טובה יותר מפני פיגועים. שיקול זה - שגם בא-כוח העותרים לא חלק על קיומו - רשאי המפקד הצבאי לשקול, במסגרת חובתו להגן על חייליו וכן על האוכלוסיה המצויה בשטח. טענת העותרים, כי על המפקד הצבאי להתנער מחובתו זו, מפני שכך, כביכול, מתחייב מכללי המשפט הבינלאומי, אינה יכולה להתקבל ואף משפטית אין היא נכונה. שאלת חוקיותו של היישוב נצרים אינה נתונה להכרעתו של המפקד הצבאי" (בג"ץ 6982/02 וחידי נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (לא פורסם, 16.8.02)).

באופן דומה, לא ראה בית משפט זה להתערב בהחלטת המפקד הצבאי לתפוס קרקע לשם סלילת כביש עוקף עבור מתפללים יהודיים המבקשים להגיע מירושלים לקבר רחל על מנת להקים חומות למיגונו של כביש זה – הגם שבאותו מקרה לא חלקו העותרים על סמכותו של המפקד הצבאי לעשות כן (בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736, 747 (2005) (להלן: עניין בית לחם)). כן נפסק כי אין מקום להתערב בהחלטת המפקד הצבאי לתפוס קרקע לצרכי סלילת כביש עוקף באזור חברון, שסלילתו נדרשה כדי "להקטין את החיכוך המתמיד בין תנועת כלי הרכב הישראליים, צבאיים ואזרחיים כאחד, לבין האוכלוסיה הפלסטינית" (בג"ץ 2717/96 ופא נ' שר הביטחון, פ"ד נ(2) 848, 856 (1996)). יש להזכיר, בצד האמור, כי התפיסה של סלילת כבישים עוקפים, שעליה עמד בית המשפט באותו מקרה, נועדה לעקיפת ריכוזים גדולים של אוכלוסיה פלסטינית כדי לאפשר "שמירה אפקטיבית על שלומם, ביטחונם וחייהם של המשתמשים בכביש, שבהם תושבי האזור, יהודים וערבים כאחד" (שם, בעמ' 856). בפרשה נוספת, לא ראה בית משפט זה להתערב בהחלטת המפקד הצבאי לתפוס מקרקעין כדי להגן על דרך הגישה של מתפללים יהודיים למערת המכפלה (עניין הס). בנוסף, לא ראה בית משפט זה להתערב בהחלטה להקים את גדר הביטחון כדי להגן, בין היתר, על שלומם של ישראלים הנעים לאורך כביש חוצה שומרון מישראל לאריאל ולבקעת הירדן (עניין דאדא, פסקה 18).

23. לצד השיקולים שעניינם בשמירה על הסדר והביטחון באזור, והבטחת ביטחון התנועה, רשאי המפקד הצבאי לשקול שיקולים הנוגעים לביטחון מדינת ישראל ולהגנה מפני איום ביטחוני שמקורו באזור, המופנה כלפי מטרות בשטח ישראל (בג"ץ 5539/05 עטאללה נ' שר הביטחון (לא פורסם, 3.1.08) פסקה 8; עניין אבו דאהר, בעמ' 376). לפיכך, היה רשאי המפקד הצבאי להביא במניין שיקוליו את הערכתו כי קיים חשש לחדירת מפגעים לישראל, כתוצאה מתנועת כלי רכב פלסטיניים על הכביש. עם זאת, אין המפקד הצבאי רשאי להביא במניין שיקוליו אינטרסים אחרים של המדינה:

"...שיקוליו של המפקד הצבאי הם בהבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו באזור מזה והבטחת האינטרסים של האוכלוסיה האזרחית באזור מזה. אלה כאלה מכוונים כלפי האזור. אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסיה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב ... אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או

אחר" (עניין ג'מעית אטכאן, בעמ' 794-795 (הדגשות נוספו); וראו גם עניין בית סוריק, בעמ' 829; עניין הס, בעמ' 456).

מן הכלל אל הפרט

24. מהעקרונות שעליהם עמדנו, נגזרת חובתו של המפקד הצבאי להבטיח תנועה בטוחה בכבישי האזור. חובה זו חלה בהתייחס לכל כלי רכב הנע באזור, תהא זהות בעליו אשר תהא. על רקע האמור, מוסמך המפקד הצבאי – לשם הגשמת חובתו האמורה – להטיל מגבלות על תנועת כלי רכב בכלל, ועל תנועת כלי רכב פלסטיניים בפרט. כפי שנפסק, ב"כפוף להוראות ספציפיות, הקבועות בתקנות האג, ועל-פי ההוראה הכללית, הקבועה בתקנה 43, נתונות לממשל הצבאי כל אותן סמכויות העזר, הנחוצות באופן סביר לשם הגשמתה של הסמכות" (עניין ג'מעית אטכאן, בעמ' 807). בנוסף, וכפי שהובהר לעיל, מוסמך המפקד הצבאי להטיל מגבלות כאמור כדי להבטיח שלא יישקפו איומים ביטחוניים כלפי מדינת ישראל. שאלה אחרת היא, וכאן מגיעים אנו למחלוקת הטעונה הכרעה, האם בנסיבות הקונקרטיות שלפנינו, היה המפקד הצבאי רשאי להטיל איסור מלא – להבדיל מהטלת מגבלות – על תנועה של תושבי הכפרים בכביש.

25. קודם להכרעה מתחייבות שתי הערות מקדימות. הראשונה – הכרעתנו אינה מתייחסת למקרים שבהם איסור השימוש בכביש על האוכלוסייה המוגנת נובע מצרכי ביטחון מידיים, דוגמת המצב ששרר בסוף שנת 2000 עם פרוץ "האינתיפאדה השנייה", או כאשר האיסור תקף לזמן מוגבל. קטגוריות מעין אלה מצריכות דיון נפרד ונוכל להשאירן בצריך עיון. להבדיל מכך, האיסור בענייננו נמשך קרוב לעשור שנים וסופו, לעת הזאת, אינו נראה לעין. הבהרה שנייה נסבה על ההסדר שהוצע על-ידי המשיבים בתצהיר התשובה, שלפיו הובעה נכונות, בתנאים שפורטו, להתיר באופן מוגבל תנועה של כ-80 כלי רכב מהכפרים על הכביש. במאמר מוסגר, נזכיר כי על-פי נתוני המשיבים, מספר התושבים בכפרים עמד בשנת 2007 על 26,280, ואילו היקף התנועה היומית על הכביש עומד על כארבעים אלף כלי רכב ישראלים. נוכח היקפו המוגבל מאד של ההסדר המוצע, והמגבלות הנוספות הכרוכות בו, לא ניתן לקבוע כי הוא מוציא את האיסור מגדרו של איסור מלא או כי יש בו כדי לשנות את מצב הדברים נשוא העתירה.

26. ומכאן לגופם של דברים. כביש 443 – בקטע הרלבנטי – נועד, לפי תקנון התכנית שעל-פיה נסלל (מש/35), "לשפר את הקשר התחבורתי בין כפרים בציר בית

סירא-ביתוניא ולהעלות את רמת הבטיחות בתנועה". הכביש, שלצורך הרחבתו הופקעו קרקעות מתושבי האזור, נועד, אפוא, – על-פי הגדרתו – להבטיח את צרכי האוכלוסיה המקומית. לפי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, סמכות ההפקעה של הממשל הצבאי ננקטה, על-פי הדין המקומי ובמסגרתו, לטובת האוכלוסייה המקומית, היינו התושבים המוגנים (השוו: עניין ג'מעית אטכאן, פסקה 37). בצד האמור, תכנונו של כביש 443 לטובת האוכלוסייה המקומית הניח כי הכביש ישרת גם את תושבי ישראל, ואת צרכי התנועה בין האזור לבין ישראל (השוו: עניין ג'מעית אטכאן, בעמ' 790). כפי שהובהר, זה היה המצב עד לשנת 2000. ואכן, העותרים אינם מלינים על השימוש שנעשה בכביש עד למועד זה. הקושי מתעורר בהתייחס לתמונת הדברים החל משנת 2000, שאז הוגבל השימוש בכביש לנסיעת כלי רכב ישראליים בלבד, במתכונת שעליה עמדנו. סגירת הכביש לכלי רכב פלסטיניים מביאה לכך שכביש 443 משמש בעיקר לתנועת כלי רכב "פנימית" בישראל – בין מרכז הארץ לבין ירושלים. כפי שכבר הוזכר, הכביש הוגדר על-ידי המשיבים כ"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". המשיבים 4 מגדירים אף הם את הכביש כעורק תנועה חשוב ממרכז המדינה לירושלים, וכך גם המשיבה 5. לצד זה, משמש הכביש לתנועתם של תושבי יישובים ישראליים הממוקמים באזור. בהתאם לפסיקת בית משפט זה, לא היה המפקד הצבאי מוסמך להורות על סלילת הכביש מלכתחילה, לו זו היתה המטרה שבבסיס הסלילה:

"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. תכנון וביצוע מערכת כבישים בשטח תפוס יכול שייעשו מנימוקים צבאיים ... כפי שנראה, תכנון וביצוע מערכת כבישים יכול שייעשו מנימוקים של טובת האוכלוסיה המקומית. אין תכנון וביצוע אלה יכולים להיעשות אך כדי לשרת את המדינה המחזיקה" (עניין ג'מעית אטכאן, בעמ' 795; כן ראו עניין בית טוריק, בעמ' 829).

דברים אלה יפים, בשינויים המחויבים, גם בהתייחס לשימוש בכביש. המפקד הצבאי אמנם מוסמך להטיל מגבלות תנועה מכוח חובתו לשמור על הסדר הציבורי והביטחון בצירי התנועה באזור, ובכלל זה להבטיח את שלומם של המתיישבים הישראליים, ושל ישראלים הנמצאים באזור ומשתמשים בכביש. עם זאת, סמכותו של המפקד הצבאי אינה משתרעת עד כדי הטלת מגבלה קבועה ומוחלטת על תנועת כלי רכב פלסטיניים על הכביש. הטעם לכך הוא כי בהטלת מגבלות אלה, הופך כביש 443 –

הלכה למעשה – לכביש המיועד לתנועת כלי רכב ישראליים בלבד, אשר חלק הארי שלהם עושה את דרכו מן השפלה לירושלים ובחזרה, קרי – לצורך תנועה "פנימית" ישראלית (כהגדרתם של המשיבים 4: "עורך תנועה ראשי בישראל, המחבר את העיר ירושלים עם מטרופולין תל-אביב"). נדגיש כי אין לנו יסוד לפקפק בעמדת המפקד הצבאי כי ביסוד הפעלת סמכותו עומדים שיקולים ביטחוניים, שיסודם בחובתו לשמור על הסדר והביטחון. עם זאת, בחינת סמכותו של המפקד הצבאי בהקשר הנדון נערכת בשים לב לתוצאה הנובעת מהטלת המגבלות, ולא מתוך התמקדות בבחינת המניעים להטלת המגבלות בלבד (והשוו, בהקשר אחר, בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 18 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (לא פורסם, 27.2.06)).

מצב הדברים הנובע מאיסור התנועה הגורף על תושבי הכפרים הינו כי אין מדובר עוד בכביש המשרת את טובתה של האוכלוסייה המקומית, כי אם ב"דרך שירות" של המדינה המחזיקה. הסדר שזו תוצאתו חורג מסמכותו של המפקד הצבאי ואינו עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי שעניינם תפיסה לוחמתית. הפועל היוצא של דברינו עד כה הוא כי מגבלות התנועה שאותן הטיל המפקד הצבאי אינן יכולות לעמוד במתכונתן הנוכחית ודינן להתבטל.

למעלה מן הצורך, נוסיף כי לתוצאה דומה היינו מגיעים גם לו הנחנו קיומה של סמכות בידי המפקד הצבאי, בגדר כללי המשפט הבינלאומי הפומבי בכלל, ותקנות האג בפרט. גם במצב דברים זה, שבמסגרתו – בהתקיים סמכות – היינו נדרשים לבחינת שיקול הדעת של המפקד הצבאי, היינו מגיעים למסקנה כי הוא אינו רשאי להפעיל את סמכותו בדרך שבה הפעילה, ולהטיל מגבלות תנועה, באופן שבו הופך הכביש לכזה שכל מטרתו לשמש "דרך שירות" לכלי רכב ישראליים. נבהיר מסקנה זו.

בחינת שיקול דעתו של המפקד הצבאי

27. בחינת שיקול דעתו של המפקד הצבאי תיעשה בהתאם לעקרונות שהותוו בפסיקתו של בית משפט זה. גם כאשר פועל הוא בסמכות, חייב המפקד הצבאי, ככל גוף מינהלי, להפעיל את סמכותו, בין היתר, על-פי עקרונות הסבירות והמידתיות, ושיקול-דעתו יהיה נתון לביקורתו של בית-משפט זה (עניין בית לחם, בעמ' 747; השוו: עניין אבו דאהר, בעמ' 378; עניין מראעבה, בעמ' 507-509; עניין בלעין, פסקה 29). אכן, "הטענה כי הפגיעה בזכויות אדם נעשתה משיקולי ביטחון אינה שוללת ביקורת שיפוטית. 'שיקולי ביטחון' או 'צורך צבאי' אינן מילות קסם" (עניין מראעבה, בעמ' 508). בצד האמור, כפי שהודגש לא אחת, בית משפט זה אינו יושב כ"מפקד

צבאי על", ואינו ממיר את שיקול דעת המפקד הצבאי בשיקול דעתו שלו, אלא רק בוחן את חוקיות פעולותיו. האחריות והסמכות נתונה בידיו של המפקד הצבאי, ובית המשפט אינו שם עצמו מומחה לענייני ביטחון במקומו:

"בית-המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, מפעיל ביקורת שיפוטית על חוקיות הפעלת שיקול-דעתו של המפקד הצבאי. ... בביקורת שיפוטית זו אין אנו עושים עצמנו למומחים בענייני ביטחון. אין אנו ממירים את השיקול הביטחוני של המפקד הצבאי בשיקול הביטחוני שלנו. אין אנו נוקטים כל עמדה באשר לאופן ניהול ענייני הביטחון ... תפקידנו הוא בשמירת הגבולות ובהבטחת קיומם של התנאים התוחמים את שיקול-הדעת של המפקד הצבאי" (עניין עג'ורי, בעמ' 375; כן ראו: עניין חס, בעמ' 458).

ועוד נאמר:

"לא פעם קיימות כמה דרכים למימוש התכלית, אשר כולן מידתיות וסבירות. הבחירה בין הדרכים הללו נתונה למפקד הצבאי, וכל עוד המפקד הצבאי איננו חורג מ'מיתחם המידתיות' ומ'מיתחם הסבירות', לא יתערב בית-המשפט בשיקול-דעתו" (עניין בית לחם, בעמ' 765).

בצד האמור, יודגש כי הגם שבית המשפט נותן משקל מיוחד למומחיותו הצבאית של מפקד האזור, אשר עליו מוטלת האחריות לביטחון האזור; הרי שכשיש בהחלטתו משום פגיעה בזכויות אדם, תיבחן מידתיות הפגיעה בהתאם למבחנים המקובלים שהותוו בפסיקה לעניין זה (עניין מדאעבה, בעמ' 508), ובלשונו של הנשיא א' ברק:

"השאלה הניצבת בפנינו הינה אם פעילות צבאית זו מקיימת את אמות המידה הלאומיות והבין-לאומיות הקובעות את חוקיותה של אותה פעולה. עצם העובדה שפעילות מתבקשת במישור הצבאי אין פירושה שהיא חוקית במישור המשפטי. אכן, איננו מחליפים את שיקול-דעתו של המפקד הצבאי בכל הנוגע לשיקולים הצבאיים. זו מומחיותו. אנו בודקים את תוצאותיהם במישור הדין ההומניטרי. זו מומחיותנו" (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 393 (2004)).

28. בהפעלת סמכותו, על המפקד הצבאי לאזן בין שלושה שיקולים, הם "השיקול הביטחוני-צבאי; שמירת זכויותיהם של התושבים הפלסטיניים שהינם 'תושבים מוגנים'; ושמירת זכויותיהם של הישראלים הגרים בישובים הישראליים באזור" (בג"ץ

5139/05 שאיב, ראש מועצת הכפר בית ליד נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (לא פורסם, 22.2.07); כן ראו בג"ץ 1748/06 ראש עיריית דאהריה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 13 (לא פורסם, 14.12.06) (להלן: עניין דאהריה); בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלדאם נ' ממשלת ישראל, פסקה 42 לפסק דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 13.12.06) (להלן: עניין אלדאם); בג"ץ 1998/06 המועצה המקומית בית אריה נ' שר הביטחון, פסקה 8 (לא פורסם, 21.5.06); בג"ץ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 14 (לא פורסם, 22.10.09) (להלן: עניין דיר סאמט)). במקרה שלפנינו, כפי שהובהר, כנגזרת מן השיקול הביטחוני-צבאי, נוסף גם השיקול של הגנה על שלומם וביטחונם של ישראלים הנעים על כביש 443. אמת מידה מרכזית שבה נעשה שימוש במסגרת איזון זה היא זו של המידתיות, על שלושת מבחני המשנה הנבחנים בגדרה (עניין רדאד, פסקה 17). לכך נפנה עתה.

מידתיות

29. על-פי עקרון המידתיות, ניתן להגביל את חירותו של הפרט כדי להגשים מטרות ראויות, ובלבד שההגבלה הינה מידתית (עניין בית טוריק, בעמ' 837). עקרון המידתיות שואב את כוחו מהמשפט הבינלאומי כמו גם מעקרונות היסוד של המשפט הציבורי הישראלי (עניין מראעבה, בעמ' 507). כדי לעמוד בתנאי המידתיות, על המפקד הצבאי הנטל להראות כי קיימת התאמה בין האמצעי הננקט על-ידו לבין המטרה (מבחן המשנה הראשון של המידתיות); כי האמצעי הננקט הוא זה שפגיעתו בפרט היא הפחותה מבין החלופות האפשריות (מבחן המשנה השני); ושקיים יחס ראוי בין הפגיעה בחירויות הפרט הנובעות מן השימוש באמצעי, לבין התועלת שתצמח מהפעלתו (מבחן המשנה השלישי, הידוע גם כ"מבחן המידתיות במובן הצר") (עניין מוראר, פסקה 18; כן ראו עניין בית טוריק, בעמ' 840). נדון במבחנים אלה אחד לאחד.

30. בגדרי מבחן המשנה הראשון, נבחן, כאמור, האם קיים קשר רציונאלי בין האמצעי שננקט – סגירת הכביש לתנועת כלי רכב פלסטיניים, וכפועל יוצא, הגבלת חופש התנועה של תושבי האזור הנתונים לתפיסה לוחמתית, לבין המטרה – שמירה על ביטחון המדינה ואזרחיה וביטחון האזור, הן בכביש 443, הן בישראל. העותרים טוענים כי איסורי התנועה אינם תורמים להגנה על מדינת ישראל או תושביה, או לשמירה על ביטחון התנועה לאורכו של הכביש, שכן האמצעים האחרים שבהם נוקטים המשיבים נותנים מענה מספק. כן מציינים העותרים כי במקומות אחרים באיו"ש, מאבטח הצבא מאות קילומטרים של כבישים שבהם נוסעים פלסטינים וישראלים כאחד. נטען, כי המשיבים לא הבהירו כיצד "מניעת תנועתם של רכבות, שאינם חשודים ואינם מסכנים ביטחוננו של איש" משרתת את המטרה של הפחתת הסיכונים

והאיומים. העותרים מדגישים, בהסתמך על פסיקת בית משפט זה בעניין מוראר, כי לא די בקיומו של "קשר סיבתי טכני גרידא בין אמצעי לתכלית", אלא נדרש "כי מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית". לטענתם, "משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון". העותרים הפנו בנוסף לחוות דעת ביטחונית שהוגשה במסגרת עתירה שעניינה בהסדרי תנועה בכביש שקף – נגוהות (עניין דיר סאמט), על ידי תא"ל (מיל') אילן פז. לפי חוות הדעת, ייחוד הכביש לנסיעת כלי רכב ישראלים בלבד מספק "פתרון לא רע" לאיום של פיגוע ירי מרכב חולף. עם זאת, היות שמדיניות זו מביאה לכך שכלי רכב ישראלים בלבד נוסעים על הכביש, היא מאפשרת ביצוע פיגועים בשיטות אחרות – כדוגמת ירי מצדי הדרך על כלי רכב חולפים או הנחת מטענים – ביתר קלות.

המשיבים טוענים מנגד כי מתקיים קשר רציונלי בין המטרה – שמירה על חייהם וביטחונם של הנוסעים הישראליים על כביש 443, לבין האמצעי שננקט – צמצום תנועתם של כלי רכב פלסטיניים בכביש. לשיטתם, התרת תנועה חופשית של כלי רכב פלסטיניים לאורך הכביש תגדיל באופן משמעותי את הסיכון לפיגועי טרור לאורכו, למשל במתווה של רכב תופת, ירי מרכב חולף או החדרת מפגעים ואמצעי לחימה לעורף ישראל.

לא מצאנו יסוד להתערב בעמדת המשיבים שלפיה קיים קשר רציונלי בין הצעדים שננקטו לבין שמירת הסדר והביטחון. המצב ששורר בכביש 443, הלכה למעשה, מאז החלו ננקטים צעדי הביטחון, מאשש עמדה זו. הצעדים שננקטו מספקים מענה לחשש מפני ביצוע פיגועי ירי ממכוניות שנעות בציר, ביצוע חטיפות והחדרת מפגעים לשטח ישראל דרך המעברים שבצידי הכביש. גם בחוות הדעת שעליה התבססו העותרים אין כדי לשנות ממסקנתי זו. מוכן אני להניח, כעמדת עורך חוות הדעת, כי בצד היתרונות שיש באיסורי התנועה שהטיל המפקד הצבאי, ניצבים חסרונות מסוימים, שעליהם הצביע. עם זאת, ההחלטה הסופית, כמו גם מלאכת שקילת היתרונות אל מול החסרונות, נתונה בידי המפקד הצבאי, ויש ליתן משקל של ממש לחוות דעתו. זאת, נוכח התפיסה שעליה עמדנו, שלפיה חוות-דעתו הצבאית של הגורם המופקד על הביטחון נושאת משקל מיוחד (עניין בית סוריק, בעמ' 844; כן ראו: עניין מראעבה, בעמ' 508-509; עניין ביר-נבאלה, פסקות 33, 36; עניין אלדאם, פסקה 42; עניין דיר סאמט, פסקה 23). נוכח אלה, מצאנו כי הצעדים שבהם נקט המפקד הצבאי עומדים במבחן המשנה הראשון של המידתיות.

31. בגדרי מבחן המשנה השני, נדרש כי האמצעי הננקט הוא בעל הפגיעה הפחותה בפרט מבין קשת האפשרויות של האמצעים המתאימים. העותרים טוענים כי למשיבים עומדים אמצעים חלופיים להשגת התכלית המבוקשת (כדוגמת גדרות ביטחון, מחסומים בכניסה לישראל ואמצעי תצפית), וכי ככל שאלה אינם מספיקים, יכולים המשיבים לנקוט באמצעים נוספים, שאינם כרוכים בפגיעה באוכלוסייה המקומית. העותרים מדגישים כי אפשר שהאמצעים שבהם נוקטים המשיבים, אין בהם כדי להשיג את מלוא התכלית המבוקשת – הגנה מלאה על הישראלים הנוסעים בכביש 443. אולם, מציאות החיים היא שביטחון מלא אינו בנמצא, ונדרשת החלטה מושכלת ומאוזנת בדבר הסיכונים שיש ליטול לשם ההגנה על זכויות האדם. כן מדגישים הם כי ככל שמגיע המפקד הצבאי למסקנה כי לא ניתן לאפשר תנועה של אזרחים ישראליים שאינם מתגוררים באזור בכביש ללא שלילה מקבילה של זכותם של תושבים מוגנים להשתמש בו, ניתן למנוע את כניסתם של אלה הראשונים לאזור. בהקשר זה, מדגישים העותרים כי לאזרחים ישראליים אין "זכות" ליהנות ממשאבים ציבוריים שבשטח הכבוש, וכי כניסתם לאזור מתאפשרת מכוח היתר כללי שניתן על-ידי המפקד הצבאי. עוד טוענים העותרים כי כלל לא נבחנו חלופות אחרות העומדות בפני המשיבים, ובהן נקיטה באמצעי ביטחון נוספים, הגברת הבידוק בנקודות הכניסה לישראל או הגבלה חלקית של תנועת ישראלים בכביש.

המשיבים מדגישים כי לשיטתם, אין אמצעי אחר שפגיעתו פחותה, אשר יביא להגשמת התכלית של שמירה על ביטחונם של אלפי הישראלים הנוסעים בכביש 443. האמצעי היחיד הבא בחשבון – בידוק פרטני של כל כלי רכב פלסטיני המבקש לעלות על הכביש – איננו בהכרח פוגעני פחות, ובכל מקרה אין בו כדי להביא להגשמת התכלית הביטחונית הנדרשת. הליכי בידוק אינם יכולים לאתר כל מפגע וכל אמצעי לחימה, ואין בכוחם למנוע בצורה גורפת ניסיונות חדירה ופיגוע. בידוק של כל כלי רכב יאריך את משך הנסיעה, ויחייב הקמת מספר מחסומים נוספים לצד הכביש, בעלות נוספת, ותוך הגברת הסיכון הנשקף לחיילי צה"ל. המשיבים מציינים כי התרת עליית כלי רכב פלסטיניים לכביש תאפשר לפעילי טרור להעלות נוסעים ואמצעי לחימה לרכב בעת שהוא נע על הכביש, גם אם הרכב נבדק בנקודת בידוק שקדמה לעלייה לכביש.

השאלה שאותה עלינו לבחון הינה האם קיים אמצעי חלופי, שפגיעתו בזכויות העותרים קטנה יותר, אשר ישיג את התכלית הביטחונית שאותה ביקש להגשים המפקד הצבאי (השוו עניין דאהריה, פסקה 20). במקרה שלפנינו, נקיטה באמצעים כמוצא על ידי העותרים אכן תפחית מעצמת הפגיעה הנגרמת להם. בצד האמור, עמדת המפקד הצבאי הינה כי אמצעים אלה אינם מגשימים את התכלית הביטחונית. לא שוכנעתי כי

נשקלו במידה המתאימה חלופות אפשריות אחרות להגנה על הנוסעים בכביש, שהן פוגעניות פחות כלפי זכויות התושבים המקומיים. על כך נעמוד להלן אגב התייחסותנו למבחן המשנה השלישי.

32. בגדרי מבחן המשנה השלישי יש להראות שנקיטת האמצעי הנדון תעמוד ביחס ראוי לתועלת שתצמח מהפעלתו. בלשונו של הנשיא א' ברק:

"מבחן משנה זה בוחן את התועלת מול הנזק ... על-פיו, החלטה של הרשות השלטונית צריכה לקיים איזון סביר בין הצרכים של הכלל לבין הפגיעה בפרט. מטרת הבדיקה היא לבחון אם חומרת הפגיעה בפרט והטעמים המצדיקים אותה הם ביחס ראוי זה לזה. הערכה זו נעשית על רקע המבנה הנורמטיבי הכללי של מערכת המשפט, המכיר בזכויות האדם ובצורך להבטיח את צורכיהם ואת רווחתם של התושבים המקומיים, והשומר על 'כבוד המשפחה וזכויותיה' ... כל אלה מוגנים במסגרת הדינים ההומניטאריים של תקנות האג ... ושל אמנת ג'נבה הרביעית" (עניין בית סוריק, בעמ' 850).

וכפי שנקבע בעניין עדאלה:

"מבחן משנה זה קובע, איפוא, מבחן ערכי המבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים הנוגדים זה את זה הוא משקף את התפיסה כי ישנן פגיעות בזכויות האדם שהן כה חמורות, שאין לאפשר את פגיעתן בחוק, גם אם תכליתו של החוק ראויה, הסדריו רציונליים ואין בנמצא אופציה סבירה הפוגעת בהם פחות. הערכת האיזון בין עוצמת הפגיעה בזכות האדם לעוצמת האינטרס הציבורי הפוגע בזכות נעשית על רקע מכלול ערכיה של שיטת המשפט" (שם, פסקה 75).

במקרה הנוכחי, הפגיעה, כאמור, הינה בחופש התנועה של העותרים. נבחן ראשית את מהותה של פגיעה זו.

33. על ההשלכה הנורמטיבית של חופש התנועה באזור, על רקע מעמדה של זכות יסוד זו בישראל, עמד בית משפט זה, מפי השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש:

"חופש התנועה הוא מזכויות היסוד של האדם והוכר במשפטנו הן כזכות יסוד העומדת על רגליה היא ... הן כזכות הנגזרת מן הזכות לחירות. ... כמו כן יש הגורסים כי חופש זה אף נגזר מכבוד האדם ... חופש התנועה מוכר כזכות יסוד גם במשפט הבינלאומי. חופש התנועה הפנים-מדינתית מעוגן בשורה ארוכה של אמנות

והכרזות בין-לאומיות בדבר זכויות אדם ... ונראה כי הוא מעוגן גם במשפט הבינלאומי המינהגי" (עניין בית לחם, בעמ' 754-755).

באותו מקרה, לא ראה בית המשפט להכריע בשאלה אם ועד כמה חלים באזור יהודה ושומרון עקרונות המשפט החוקתי הישראלי והאמנות הבין-לאומיות בדבר זכויות האדם, בקבעו כי "די שנאמר כי במסגרת חובתו של המפקד הצבאי להפעיל את שיקול-דעתו בסבירות עליו להביא בגדר שיקוליו גם את האינטרסים והזכויות של האוכלוסיה המקומית, לרבות את הצורך למזער את מידת הפגיעה בחופש התנועה שלה" (שם, בעמ' 755-756); וראו גם עניין דיר טאמט בפסקה 17).

מגבלות התנועה שהטיל המפקד הצבאי פוגעות בחופש התנועה של תושבי הכפרים. בין הצדדים ניטשת מחלוקת בשאלת עוצמת הפגיעה הנגרמת לחופש התנועה של העותרים, וכפועל יוצא – בזכויות אחרות. בפסיקה הותוו מספר מבחני משנה לשם בחינת עוצמת הפגיעה בחופש התנועה של הפרט, ובכלל זה היקף השטח שבתחומו מוטלת המגבלה; רמת האינטנסיביות שלה; פרק הזמן שלאורכו נמשכת ההגבלה; וטיב האינטרסים שלצורך הגשמתם נדרשת התנועה (עניין בית לחם, בעמ' 757). באשר למידת האינטנסיביות של ההגבלה על התנועה נאמרו הדברים הבאים:

"ברי כי הפגיעה הכרוכה בשלילה מוחלטת של חופש התנועה חמורה מהפגיעה הנובעת מהגבלה חלקית של חופש התנועה, וכי ככל שמידת ההגבלה פחותה יותר כך פוחתת עוצמת הפגיעה. כך למשל נקבע לעניין עוצמת הפגיעה בחופש התנועה בהקשר של סגירת כבישים, כי לא הרי סגירת כביש המהווה דרך גישה בלעדית כסגירת כביש שלצדו נשמרות פתוחות דרכי גישה חלופיות; לא הרי סגירת עורק תחבורה ראשי כהרי סגירת כביש שכונתי-פנימי; לא הרי סגירת כביש שמשמעותה חסימת גישה מוחלטת, כהרי סגירה שמשמעותה הארכת מסלול הנסיעה של המשתמשים בדרך והכבדה גרידא; וככל שהארכת מסלול הנסיעה וההכבדה הנובעות מסגירת הכביש פחותה יותר כך פוחתת עוצמת הפגיעה בחופש התנועה ... אכן, לא הרי מניעה מוחלטת של התנועה כהרי עיכובה של התנועה והכבדה עליה, וככל שמידת ההכבדה פוחתת כך פוחתת עוצמת הפגיעה בחופש התנועה" (שם, בעמ' 758-759).

מהי, אפוא, הפגיעה בחופש התנועה הנגרמת לעותרים? מן העותרים נמנעת כליל האפשרות לעשות שימוש בכביש 443. מניעה זו נמשכת כבר מספר שנים, ולעת עתה – כפי שעולה מתגובת המשיבים – אין כוונה קונקרטית להסירה. להבדיל מכך,

שבו והצהירו המשיבים כי תנועת הולכי רגל על הכביש מותרת. על רקע עובדות אלה, מתמקדת המחלוקת בין הצדדים בשאלה האם מערכת הכבישים החלופית העומדת לרשות תושבי הכפרים מספקת מענה הולם לסגירתו של כביש 443. לעמדת העותרים, מניעת הנסיעה בכביש 443 גורמת לפגיעה קשה ביותר במרקם החיים שלהם, על כל ההיבטים הכרוכים בכך, כפי שפורט. כנטען, סגירת הכביש הביאה לניתוקם של הכפרים מהעיר רמאללה, ולניתוקם של תושבי הכפרים מאדמותיהם החקלאיות. כפועל יוצא מכך – כנטען – נפגעות זכויות נוספות המוקנות לעותרים, ובכלל זה, הזכות לפרנסה ולקיום בכבוד; הזכות לחינוך ולקשר עם בני משפחה; וכן הזכות לבריאות ולקבלת טיפול רפואי.

המשיבים לא חלקו על כך שמגבלות התנועה גרמו לפגיעה בשגרת חייהם של תושבי הכפרים. אלא שלשיטתם, מערכת הכבישים החלופית – בצירוף צירי "מרקם החיים" והסדר התנועה המוגבל – יוצרים חלופה סבירה לתנועה על הכביש. משכך, הפגיעה שנגרמה לעותרים עובר לפתיחת ציר מרקם החיים בית-עור – ביתוניה היתה, לטעמם, פגיעה זניחה שביטויה בעיכוב מסוים בזמני התנועה. המשיבים מציינים כי השוואה בין המצב שהיה קיים באותו שלב לבין המצב הקודם העלתה כי דרכם של מרבית תושבי הכפרים לרמאללה לא התארכה בצורה כה משמעותית (ושל תושבי הכפר בית סירא אף התקצרה). לשיטתם, גם באותו שלב, ניתוח כלכלי ועובדתי לימד כי טענות העותרים לפגיעה שנגרמת בעקבות סגירתו של כביש 443 לא היו מבוססות. מבחינת מספר היתרי התעסוקה שהונפק לתושבי הכפרים, נלמד כי חלק ניכר מתושבי הכפרים הועסק בישראל ובתחום ההתיישבות הישראלית באיו"ש. בניגוד לנטען, סבורים המשיבים כי למרות שרמאללה הינה עיר המחוז של תושבי הכפרים, מרביתם אינם מועסקים בה, וכי מוקדי הפרנסה והעיסוק של תושבי הכפרים לא השתנו באופן משמעותי בעקבות השינויים בהסדרי התנועה בכביש 443. לשיטתם, ניתן היה לזהות פגיעה כלכלית שנגרמה לתושבי הכפרים, אולם זו אינה מיוחדת להם, שכן בכל תחום איו"ש חלה החמרה במצב הכלכלי, ובפרט בשיעורי האבטלה, בשל המצב הביטחוני מאז שנת 2000. בפרט, מציינים הם כי לא רק שלא ניתן לאתר מגמה של מעבר תושבים מהכפרים לרמאללה, אלא שניתן לאתר מגמה של הגירה חיובית לכפרים מאזורים אחרים באיו"ש. לשיטתם, ניתוח נתונים הנוגעים למספר בתי הספר, התחבורה הציבורית ועלותה, מספר תאונות הדרכים ומצב שירותי הרפואה, אינו מלמד על הבדלים משמעותיים בין הכפרים העותרים לבין אזורים אחרים באיו"ש. כן נטען כי אין קשיי גישה לאדמות חקלאיות, וכי ממילא, נוכח אופיו של כביש 443, ניתן לחצותו במקטע הרלוונטי במעברים תת-קרקעיים בלבד (למעט בקצותיו, באזור מחסום מכבים

או באזור בית חורון). לטעמם, הדברים יפים על דרך קל וחומר לאחר פתיחת ציר מרקם החיים בית-עור – ביתוניה.

34. אם נסכם את עמדות הצדדים בהתייחס למבחן המשנה השלישי, נמצא כי לעמדת העותרים, הנזק הנגרם להם כתוצאה מהטלת מגבלות התנועה אינו עומד ביחס ראוי לתועלת הביטחון הציבורית הצומחת מכך. לשיטתם, לא ניתן להצדיק את הגבלות התנועה המוטלות, על הפגיעות הכרוכות בכך, בטענה שזהו האיזון הנדרש לשם השגת הביטחון. להשקפת העותרים, איסור התנועה הוביל לפגיעות המתמשכות על פני תקופה ארוכה, והמושתות על אוכלוסייה של עשרות אלפי בני אדם, תוך שיבוש קשה של כל ההיבטים של מרקם חייהם. לשיטתם, גם אם איסור התנועה מביא לתוספת ביטחון בהשוואה לרמה שניתן להשיג באמצעים חלופיים, הרי זו איננה עומדת בשום יחס סביר ופרופורציונאלי לפגיעה בזכויות אדם הנגרמת בעטייה. המשיבים טוענים מנגד כי התועלת מהגבלת תנועת כלי רכב פלסטיניים על כביש 443 עולה לאין ערוך על הנזק הנגרם. הפגיעה בתושבים הפלסטיניים הנגרמת כתוצאה מהגבלת התנועה היא קטנה ביותר, ועיקרה בעיכוב מסוים בזמני התנועה; ואילו התועלת הביטחונית רבה ביותר. לצד זה יש לקחת בחשבון שלאחר פתיחת ציר מרקם החיים בית-עור-ביתוניה, הנסיעה לרמאללה הינה קצרה ומהירה, גם בהשוואה לנסיעה לאורך כביש 443.

נוכח התשתית העובדתית הרחבה שאותה פרשו בפנינו הצדדים, מצאנו כי במועד הגשת העתירה, מגבלות התנועה אכן פגעו באופן ממשי במרקם חייהם של תושבי הכפרים. סגירת הכביש – שהינו כביש בין-עירוני מרכזי המאפשר תנועה מהירה – בפני תושבי הכפרים, שנדרשו לעשות שימוש בציר הכפרים כדי להגיע לרמאללה, הקשתה על תנועתם. ציר הכפרים הוא צר, משובש בחלקו, עובר בתוך הכפרים, ואין מחלוקת כי הוא נחות באיכותו באופן משמעותי מכביש 443. עם זאת, כפי שראינו, פתיחת ציר מרקם החיים בית-עור – ביתוניה, שעליה הודיעו המשיבים בהמשך, הביאה למיתון ממשי במידת הפגיעה במרקם החיים של התושבים הפלסטיניים. לא ניתן לחלוק כי אין מדובר בכביש רב-מסלולי ומהיר בדומה לכביש 443, כי אם בציר דו-מסלולי שהינו ממדרגה נמוכה יותר, ומבחינה זו אינו בר-השוואה לכביש 443. בצד האמור, נראה כי יש בו כדי לאפשר גישה ישירה של תושבי הכפרים לעיר המחוז.

35. על רקע מסקנה זו נבקש לבחון, האם איסור התנועה הגורף שהוטל על תושבי האזור הפלסטיניים מקיים את מבחן המשנה השלישי של המידתיות? לאחרונה דן בית משפט זה בעתירתם של תושבי היישובים הישראליים בגוש דולב-טלמונים שבאזור, המצויים מצפון לכביש 443, לסלילת צירי תנועה אשר יקצרו את הדרך בין יישובים

אלה לירושלים (בג"ץ 6379/07 ועד היישוב דולב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון (לא פורסם, 20.8.09)). העותרים טענו כי בשל מגבלות שיסודן בטעמי ביטחון, נאלצים הם לנסוע לירושלים בדרך ארוכה יותר מבעבר באופן שמכביד על שגרת חייהם, מקשה על התנהלותם ופוגע באופן בלתי מידתי בזכויות היסוד שלהם. לכך השיב בית המשפט (השופט א' גרוניס) בזו הלשון:

"ראשית יש לזכור, כי המצב הביטחוני – מדיני בשנים האחרונות מחייב נקיטת אמצעים שונים להסדרת החיים בשטחי יהודה ושומרון. הסדרים אלו, מכבידים על שגרת חייהם של כלל תושבי האזור. כך, בשנים האחרונות נוהגים המשיבים להטיל מגבלות שונות על תנועת תושבי האזור משיקולי ביטחון...לטעמי, ההכבדה הנגרמת לעותרים כתוצאה ממגבלות התנועה החלות עליהם מהווה פגיעה עקיפה ומוגבלת בזכויותיהם. כך למשל, לרשות העותרים עומדות חלופות נסיעה שונות המאפשרות להם הגעה אל העיר ירושלים. גם אם יש בחלופות אלה להאריך את דרכם, אין לומר כי חופש התנועה של העותרים נשלל...לבסוף, אף אם אניח כי זכויות היסוד של העותרים אכן נפגעו, הרי שבחינה של השיקולים העומדים ביסוד ההחלטה מלמדת כי מדובר בפגיעה שנעשתה לתכלית ראויה ובאופן מידתי" (שס, פסקה 9).

האם ניתן להחיל דברים אלה, בשינויים המחויבים, גם בענייננו, בשים לב לחלופה הנוספת שעומדת כיום לרשותם של העותרים? התשובה לשאלה זו נגזרת מן הנסיבות החריגות שלפנינו: הדרה מוחלטת של תושבי האזור מכביש שנועד לשרתם, לטובת תנועה של ישראלים שבעיקרה משרתת את הקשר שבין השפלה לירושלים. בנסיבות מיוחדות אלה, קיומה של חלופת גישה נוספת לרמאללה בכביש מרקם החיים שנסלל אינה חזות הכל. להשקפתי, בנסיבות האמורות, איסור התנועה הגורף שהוטל על תושבי האזור הפלסטיניים, אינו מקיים את מבחן המשנה השלישי של המידתיות. זאת, בשל כך שלא ניתן משקל מתאים לשמירת זכויותיהם של האחרונים כ"תושבים מוגנים". עמדנו על כך שכביש 443 – בקטע הרלבנטי – נועד מלכתחילה, לפי תקנון התכנית שעל-פיה נסלל, לשפר את הקשר התחבורתי בין הכפרים ולהעלות את רמת הבטיחות בתנועה; וכי הכביש, שלצורך הרחבתו הופקעו קרקעות מתושבי האזור, נועד – על-פי הגדרתו – להבטיח את צרכי האוכלוסיה המקומית. הזכרנו בנוסף כי לפי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, סמכות ההפקעה של הממשל הצבאי עומדת, על-פי הדין המקומי ובמסגרתו, רק אם הדבר נעשה לטובת האוכלוסייה המקומית. דא עקא, שבפועל משמש הכביש, כפי שכבר הוסבר, לתנועת כלי רכב ישראליים בלבד, שחלקה הארי תנועת כלי רכב "פנימית" בישראל בין מרכז הארץ לבין ירושלים. ציינו כי

בנסיבות אלה, אין המפקד הצבאי מוסמך להטיל איסור מוחלט על תנועת התושבים המקומיים. מכל מקום, גם אם נניח – לצורך הדיון ולטובת המשיבים – כי המפקד הצבאי מוסמך להטיל איסור כאמור, אין מנוס מן המסקנה כי במישור שיקול הדעת, השלילה הגורפת של חופש התנועה של תושבי האזור והדרתם המוחלטת מכביש 443 אינה יכולה לעמוד. אכן, השיקול הנוגע לצרכי האוכלוסייה המקומית והבטחת חופש התנועה שלה אינו עומד בגפו ויש לאזנו עם צרכי הביטחון. ניתן להגביל את חופש התנועה, כפי שכבר הוזכר, משום השיקול הביטחוני-צבאי והצורך בשמירת ביטחונם האישי של הישראלים המשתמשים בכביש. לצורך אחרון זה, ניתן להטיל מגבלות תנועה, שנושאות עימן תועלת ביטחונית. אלא, שאיסור מוחלט על תנועת תושבים מוגנים, אינו האמצעי היחיד להשגת התכלית הביטחונית. כפי שמקובל בכבישים אחרים ברחבי האזור, ניתן להטיל מגבלות תנועה שאינן מגיעות כדי איסור מוחלט (השוו: ענין דיר טאמט, פסקה 27 רישא. על כך נעמוד גם להלן). לכך יש להוסיף כי כפי שהזכרנו, מלבד הטלת מגבלות התנועה, נוקטים המשיבים בשורה של אמצעים המסייעים במידה לא מבוטלת לשמירה על הסדר והביטחון, ובאפשרותם לנקוט באמצעים נוספים שיקטינו ביתר שאת את הסיכון הפוטנציאלי מתנועה של תושבי האזור. איזון ראוי, משמעו, כאמור, מתן משקל מתאים לכלל השיקולים שאותם מחויב מפקד האזור לשקול. לא שוכנעתי כי שלילה גורפת של זכות השימוש של התושבים המוגנים בכביש, בנסיבות הקונקרטיות שעליהן עמדנו, ובפרט כאשר הכביש משמש בעיקרו לתנועה "פנימית" בתוככי ישראל, מאזנת נכוחה בין הפגיעה בזכויות הפרט לבין צרכי הביטחון. תוספת הביטחון המושגת על-ידי האיסור המלא, אינה שקולה כדי שלילה מוחלטת של זכותם של התושבים המוגנים לתנועה בכביש אשר תוכנן לצרכיהם ונסלל על קרקעות שבחלקן הופקעו מהם. יפים לכאן, בשינויים המחויבים, דברי הנשיאה ד' ביניש בענין דיר טאמט:

"היתרון הביטחוני המתקבל מסגירת הכביש באופן שנקבע אינו עומד ביחס סביר לפגיעה בתושבים המקומיים. יתרה מכך – וחשוב לא פחות – כפי שצינו לעיל, לא שוכנענו כי נבחנו דיים אמצעי ביטחון אחרים אשר יהא בהם כדי להפחית מפגיעות אלה באופן משמעותי, גם אם יכול ובכך תהיה כרוכה פגיעת מה ברכיב הביטחון. בהתאם לגישתו העקבית של בית משפט זה, גם אם צרכי הביטחון מחייבים נקיטת אמצעים העלולים לפגוע באוכלוסייה המקומית, הרי יש לעשות כל מאמץ אפשרי שפגיעה זו תהיה מידתית" (שם, פסקה 34).

גם מטעם זה מצאתי כי החלטת המפקד הצבאי להגביל לחלוטין תנועת כלי רכב פלסטיניים על כביש 443 – אשר עוגנה בהוראות התנועה – אינה יכולה לעמוד.

36. בצד האמור יש לציין כי כפי שהבהרנו, השיקול הנוגע לצרכי האוכלוסייה המקומית והבטחת חופש התנועה שלה אינו עומד בגפו, וניתן להגבילו, כפי שכבר הוזכר, נוכח השיקול הביטחוני-צבאי והצורך בשמירה על שלומם של הישראלים הגרים בישובים הישראליים באיזור וישראלים אחרים המשתמשים בכביש. בשל טעמים אחרונים אלה, ניתן להטיל מגבלות תנועה, שנושאות עימן תועלת ביטחונית (בצד האמצעים הנוספים שבהם נוקטים, כאמור, המשיבים לצורך השמירה על הסדר והביטחון). ממילא, אין בדברינו עד כה משום קביעה כי על המפקד הצבאי לאפשר גישה חופשית ובלתי מופרעת של תושבי הכפרים לכביש 443. המפקד הצבאי הניח לפנינו תשתית מפורטת ומשכנעת המבוססת על נתונים מצטברים לאורך זמן, המצביעה על סיכון ממשי הנשקף מתנועה בלתי מבוקרת כאמור. המפקד הצבאי רשאי לנקוט בצעדים הנדרשים לשמירה על הסדר והביטחון, על-פי תשתית עובדתית עדכנית שתונח לפניו, ובלבד שהם יעמדו באמות המידה שנקבעו בפסיקת בית משפט זה. מבלי לקבוע מסמרות בשאלת הסדרי תנועה אחרים שאותם יהיה רשאי המפקד הצבאי להתוות, אין לשלול מתווה להסדר שבגדרו עליית כלי רכב של תושבי האיזור לכביש תוגבל לנקודה או לנקודות שאותן יקבע המפקד הצבאי משיקולי ביטחון, ואף תותנה בבידוק ביטחוני מתאים. בדרך זו, יפחת הסיכון של ירי מתוך כלי הרכב, שכן עובר לעלייתו לכביש, ייערך בידוק קפדני שיוודא כי אין בכלי הרכב כלי נשק או אמצעי לחימה אחרים. בה במידה, יימנע סיכון של מעבר כלי הרכב לתחומי מדינת ישראל, שכן בשני צדדיו של הכביש מצויים מחסומים של כוחות הביטחון, אשר מונעים כניסת כלי רכב בלתי מורשים. בגדר הסדרי התנועה שייקבעו, יוכרע גם גורלן של החסימות שהוצבו על דרכי הגישה לכפרים. פרט לאמור, אינני נוקט בשלב זה עמדה בהתייחס להסדר העתידי או לפרטיו.

הפעלת הסמכות ללא הוראה בכתב

37. כפי שבואר לעיל, חסימתו של כביש 443 לתנועת כלי רכב פלסטיניים נעשתה ללא אסמכתא בכתב, אלא מכוח הסמכות הכללית שבסעיף 88 לצו בדבר הוראות ביטחון. רק לאחר הגשת העתירה, עוגן המצב הקיים בהוראות התנועה. המשיבים מסכימים כי שעה שהתמשכו הגבלות התנועה לאורך הציר, היה מקום לעגגן בצו חתום וכתוב.

משהוצאו הוראות התנועה, ומשהעתירה שלפנינו צופה פני עתיד, התייתר הצורך להכריע בטענת העותרים שלפיה לא היה מוסמך המפקד הצבאי להורות על סגירת הכביש ללא אסמכתא מתאימה בכתב. עם זאת ייאמר, במבט צופה פני עתיד, כי מצב דברים זה מעורר קושי של ממש. הוראת סעיף 88 לצו בדבר הוראות ביטחון, שצוטטה לעיל, מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על סגירתו של כביש "בצו או על-ידי מתן הוראות או באופן אחר". מכאן נלמדת סמכותו של המפקד הצבאי להורות על סגירת כביש גם ללא קיומה של אסמכתא בכתב. עם זאת, סמכות זו ראוי שתופעל רק מקום שבו מתעורר צורך לסגור כביש באורח מיידי עקב חשש לפגיעה בביטחון. גם במקרה כזה, כאשר הסגירה אינה לפרק זמן קצר ומוגבל, יש לעגן את ההוראה, בהמשך הדברים, בצו כתוב. במקרה שלפנינו, לא זו היתה תמונת הדברים. הכביש נסגר לתנועת כלי רכב פלסטיניים (ולו באופן חלקי) החל משנת 2000, ואילו הוראות התנועה הוצאו רק בשנת 2007, בחלוף מספר שנים, ולאחר הגשתה של העתירה. שאלת דומה עמדה לפני בית משפט זה בהקשר לסמכותו של המפקד הצבאי להורות על סגירת שטח, המעוגנת בסעיף 90 לצו הביטחון. וכך נפסק באותו מקרה:

"סגירת השטחים חייבת להיעשות על דרך של הוצאת צווים בכתב על ידי המפקד הצבאי ובהיעדר קיומם של צווי סגירה, אין למנוע מהתושבים הפלסטיניים גישה לאדמותיהם. אין באמור כדי לפגוע בסמכות המפקד בשטח להורות בעל-פה על סגירה נקודתית של שטח כלשהו לתקופה קצרה ומוגבלת כאשר מתעוררות נסיבות בלתי צפויות אשר מהן נובע חשש לסכנה מיידי לביטחון שאין ניתן להתמודד עימה באמצעים אחרים. ואולם, יש לעמוד על המשמר ולוודא שהסמכות להורות על סגירה נקודתית של תא שטח ללא צו כדין, כתגובה להתפתחות של אירועים בלתי צפויים, תוגבל לזמן ולמקום בהם היא נדרשת באופן מיידי בלבד. כעיקרון, סגירת שטחים צריכה להיעשות באמצעות צו שהודעה עליו נמסרת למי שנפגע ממנו ואשר ניתנת לתושבים שאדמותיהם נסגרו בפניהם הזדמנות להשיג על תוקפו" (דברי השופט, כתוארה אז, ד' ביניש בעניין מוראד, פסקה 21).

הגיונם של דברים אלה יפה, בשינויים המחויבים, גם לענייננו. דפוס פעולה מעין זה עולה בקנה אחד הן עם אינטרס הפרט הנפגע, הן עם אינטרס המשיבים. בהיעדרו של צו חתום, עלולה להיווצר אי בהירות גם בקרב גורמי הממשל בהתייחס למצב לאשורו. כך ארע גם בענייננו. כפי שראינו, גם בחלוף מספר שנים שבהן התנועה בכביש היתה מוגבלת, נציג היועץ המשפטי לאזור יהודה והשומרון לא היה מודע לכך. לפיכך, הוא השיב לעותרים, שהשיגו על סגירת הכביש בפניו, תשובה שאינה נכונה.

זוהי תקלה חמורה, והנחתי היא כי הגורמים המופקדים על כך הסיקו את המסקנות הנדרשות.

מעבר ביתוניה

38. כפי שהובהר הן בתצהירי המשיבים, הן בדברים שהשמיע בדיון לפנינו מפקד אוגדת איו"ש (דאז), תא"ל נעם תיבון, מעבר ביתוניה אשר מופעל, בעיקרו, כמעבר "גב אל גב" המיועד למעבר סחורות בין ישראל לאיו"ש, ממקם בנקודה הנשלטת על-ידי בתי העיירה הסמוכה, ומאוימת מבחינה ביטחונית. מיקום זה הפך אותה ליעד מועדף לניסיונות פיגוע מצד גורמי טרור. אירועי הירי, כמו גם אירועים אחרים של הפרת סדר, זריקת אבנים, יידוי בקבוקי תבערה והבערת צמיגים, במעבר ובסביבתו, פורטו בתצהיר המשיבים. הרחבת המעבר, בדרך שתאפשר לבדוק ולהעביר דרכו באופן קבוע כלי רכב פלסטיניים והולכי רגל בהיקף רחב תביא להגדלה משמעותית של שטח המעבר וכוח האדם שיידרש לאייש אותו. בכך ייווצר מוקד חיכוך נוסף המועד לפיגועים מצד גורמי טרור. קביעה זו הינה בבחינת עניין ביטחוני מובהק, המצוי בגדר שיקול דעתו של המפקד הצבאי. לפי אמות המידה לביקורת שיפוטית בהקשר זה, שעליהן עמדנו לעיל, לא הונחה לפנינו עילה להתערב בהחלטה זו של המפקד הצבאי ולהורות על שינוי אופן פעולת מעבר ביתוניה. זאת ועוד, פתיחת מעבר ביתוניה, כמבוקש, משמעה פתיחת מעבר נוסף בגדר הביטחון בגזרת עוטף ירושלים. בעתירה אחרת, שבה נטען כי יש לפתוח מעבר נוסף בגדר הביטחון, נקבע לאמור:

"לטענת העותרים, קיים אמצעי שפגיעתו במרקם החיים פחותה, ושיש בו כדי להשיג את התכלית הביטחונית. זאת, אם המשיבים יותירו את כביש ביר נבאללה-א-ראם פתוח לתנועה, ויקימו בו נקודת ביקורת ובידוק. בכך תתאפשר תנועתם של תושבי המרחב לא-ראם ולירושלים במהירות, ותצטמצם עד מאד הפגיעה במרקם חייהם של תושבי האזור. זאת, מבלי להתפשר על האינטרס הביטחוני, שכן המעבר יתבצע דרך נקודת בידוק וביקורת. אין בידינו לקבל טענה זו. עמדת המשיבים היא שקיים אינטרס ביטחוני בריכוז המעבר לישראל במעבר קלנדיה. כל נקודת מעבר נוספת מגדילה את הסיכון הכרוך בהסתננותם של מחבלים לישראל, ומהווה נקודת חיכוך המגדילה את הסיכון לכוחות הביטחון המופקדים על נקודת המעבר. עמדתו זו של המפקד הצבאי, האמון על שיקולי הביטחון, מקובלת עלינו. בנסיבות אלה, אין לומר שקיים אמצעי שפגיעתו פחותה ושמשיג את התכלית הביטחונית" (עניין ביר נבאללה, פסקה 44).

דברים אלה, בשינויים המחויבים, יפים גם לענייננו.

סיכום

39. הגענו למסקנה כי מגבלות התנועה המוטלות כיום על-ידי המשיבים, שמשמעותן איסור מוחלט של תנועת התושבים המוגנים על הכביש, אינן יכולות לעמוד, במתכונתן הנוכחית; הן בשל חוסר סמכות, הן בשל היעדר מידתיות. לפיכך, אנו עושים את הצו על תנאי להחלטי במובן זה שאנו קובעים כי דין הוראות התנועה, כמו גם החלטת המפקד הצבאי לאסור באופן מלא על תנועת תושבי הכפרים בכביש 443, להתבטל. לא ראינו עילה להתערב בהחלטת המפקד הצבאי ולחייב את המשיבים לשנות את אופן פעולת מעבר ביתוניה; כמו גם בקביעתו בדבר הסיכון הנשקף מתנועה בלתי מבוקרת על הכביש. למותר להדגיש כי אין אנו באים להתוות את הסדרי הביטחון העתידיים שיינקטו על-ידי המשיבים. החלטה זו היא בסמכותו של המפקד הצבאי, וממילא, לא הוצגה לפנינו תשתית מספקת בעניין שאלת חוקיותם של הסדרים חלופיים אחרים. המפקד הצבאי רשאי לנקוט בצעדים הנדרשים לשמירה על הסדר והביטחון, ובלבד שהם יעמדו באמות המידה שנקבעו בפסיקתנו. על-מנת לאפשר למפקד הצבאי לגבש פיתרון ביטחוני אחר, אשר יוכל לספק הגנה לתושבים הישראליים העושים שימוש בכביש (והשוו: ענין דיר סאמט פסקה 35), אנו קובעים כי פסק דיננו ייכנס לתוקף בחלוף חמישה חודשים מהיום.

נוכח התוצאה שאליה הגענו, לא ראינו להידרש לטענות נוספות שהועלו בעתירה.

המשיבים 1-3 ישאו בשכר-טרחת העותרים בסכום כולל של 20,000 ש"ח.

ש ו פ ט

הנשיאה ד' ביניש:

1. מסכימה אני עם חברי השופט ע' פוגלמן ועם נימוקי פסק-דינו לעניין היעדר סמכותו של המפקד הצבאי לסגירה המוחלטת של כביש 443 מפני תנועה פלסטינית בנסיבות הקיימות; כמו כן, מקובלת עלי המסקנה כי סגירת הכביש בפני התושבים הפלסטינים, באופן בו היא מתקיימת, אינה מידתית. אף אני, כמו חברי, מקבלת כי

שיקוליו של המפקד הצבאי לעניין סגירת הכביש היו שיקולי ביטחון מובהקים לשם ביטחון הנוסעים בכביש, אולם אל מול המצב שנוצר - התוצאה הקשה היא שמכריעה את הכף, ולא כנות השיקולים. פסק-דינו של השופט פוגלמן מקיף ונותן ביטוי לכל השיקולים שהובילו למסקנה אליה הגיע. אף על פי כן, ראיתי להעיר בקצרה על טענת העותרים בעתירה שלפנינו, כמו גם בעתירות נוספות, כי מקום בו מתקיימת הפרדת תנועה בכבישי האזור בין אזרחים ישראלים לתושבים פלסטיניים, מהווה הפרדה זו הפליה חמורה מטעמים גזעניים ולאומיים, ועל השימוש שעושים העותרים במונח "אפרטהייד" לעניין זה.

2. במצב הביטחוני הרעוע השורר בכבישי האזור, במיוחד מאז פרוץ האינתיפאדה השנייה בשנת 2000, מוטלת על המפקד הצבאי אחריות כבדה ביותר לשמור על ביטחון הנוסעים בכבישים. זאת, נוכח השימוש המאסיבי שעושים ארגוני טרור פלסטיניים באמצעי טרור שונים, ובהם ירי לעבר מכוניות הנעות בכבישים; השלכת בקבוקי תבערה; ואף שימוש במכוניות תופת. לצערנו, עד כה קיפחו רבים את חייהם עקב אירועי טרור מעין אלה שעה שביקשו לעשות דרכם בכבישי האזור. שיטות הלחימה של ארגוני הטרור הביאו לצורך לנקוט באמצעי ביטחון להגנה על חיי אדם ולמניעת פגיעה בנוסעים בדרך. מטעם זה, אין מנוס מנקיטה באמצעים אפקטיביים למניעת הטרור בדרכים ומניעת פגיעה בעוברי אורח אשר אינם מעורבים בפעילות הטרור ובלחימה, המבקשים לעשות שימוש בכבישים.

3. כבר קבענו פעמים רבות כי חופש התנועה הנו מחירויות היסוד של האדם, וכי חובה לעשות כל מאמץ על-מנת לקיימו גם בשטחים המוחזקים על-ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית (ראו, למשל: בג"ץ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם, 22.10.2009, להלן: עניין דיר סאמט); בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736 (2005)). עמד על כך חברי, השופט פוגלמן, בהרחבה. עם זאת, לעיתים ההגנה על חופש התנועה של אוכלוסיות שונות מחייבת הגבלות מסוימות, שמטרתן התמודדות עם איומים על חופש התנועה והתקפות טרור על הנוסעים בדרכים. על רקע זה, ראה המפקד הצבאי לנקוט בפתרונות הכורכים עימם הפרדה מסוימת בין ישראלים לפלסטינים, לשם הגנת הנוסעים בדרכים וכדי לאפשר את מימושו של חופש התנועה של האוכלוסיות השונות בביטחה. ככלל, אמצעים אלה ננקטו במסגרת סמכותו וחובתו של המפקד הצבאי להבטיח את הביטחון והסדר הציבורי באזור; והם חלק מתפיסת הביטחון של המפקד הצבאי מקום בו סבר כי קיים פוטנציאל התנגשות וסיכון ממשי לחיי אדם עקב התנועה המשותפת בכביש. התשובה לשאלה אם אמצעי ביטחוני בדמות הפרדת תנועה בכבישים מסוימים, מסיבות

ביטחוניות, הנו חוקי, אינה חד-משמעית. מדובר בשאלה אשר עליה להיבחן בכל מקרה באופן פרטני, על-פי מכלול נסיבות העניין, בהתאם לתכלית הפרטנית ולמידת הפגיעה הנוצרת עקב הגבלות התנועה.

4. כבר באו לפנינו בעבר מספר עתירות - חלקן הוגש על-ידי תושבים פלסטיניים וחלקן על-ידי אזרחים ישראלים - בהן טענו העותרים להפליה נגדם עקב חסימת דרכים מסוימות לשימושם וכתוצאה מכך יצירת הכבדה עקב הארכת דרכם למחוז חפצם. בעניין דיר סאמט דנו בעתירתם של תושבי כפרים פלסטיניים אשר אחד מכבישי האזור שבקרבת מקום מגוריהם נסגר לשימושם והנסיעה בו הותרה לאזרחים ישראלים בלבד, מטעמי ביטחון. בפסק-דיננו קיבלנו את העתירה והורינו למפקד הצבאי לאתר פיתרון ביטחוני אחר, אשר יפגע פחות בחופש התנועה ובמרקם חייהם של התושבים הפלסטיניים. זאת, לאחר שמצאנו כי סגירת הכביש הביאה לפגיעה משמעותית בזכויות האדם של התושבים הפלסטינים המקומיים וביכולתם לנהל שגרת חיים תקינה. לעומת זאת, בבג"ץ 6379/07 ועד היישוב דולב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (טרם פורסם, 20.8.2009) אישר בית משפט זה את החלטת המפקד הצבאי לאפשר את השימוש בכביש בית-ע'ור - ביתוניא, המחבר בין הכפרים הפלסטיניים באזור לבין העיר רמאללה, לאוכלוסיה הפלסטינית בלבד. זאת, לאחר שנקבע כי הכביש האמור הוקם כציר "מרקם חיים" וכחלק ממכלול ההסדרים של גדר הביטחון, על-מנת לאפשר לאוכלוסיה הפלסטינית תנועה חופשית באזור ולצמצם את הפגיעה באוכלוסיה זו, הנגרמת כתוצאה מהסדרי הביטחון בכבישי האזור.

5. למרות ההבנה לצורך הביטחוני, מעורר השימוש באמצעים ביטחוניים מעין אלה, היוצרים הפרדה מוחלטת בין אוכלוסיות שונות בשימוש בכבישים ומונעים מקבוצת אוכלוסיה שלמה את השימוש בכביש, תחושה של חוסר שוויון ואף אסוציאציה של מניעים פסולים. התוצאה של הדרת קבוצת אוכלוסיה מסוימת משימוש במשאב ציבורי הינה קשה ביותר. על כן, על המפקד הצבאי לעשות כל שניתן על-מנת לצמצם מצבים מסוג זה, ולמנוע את הפגיעה הקשה ואת תחושת האפליה הנלווית לה.

6. גם בהביאנו בחשבון כי הפרדה מוחלטת בין האוכלוסיות הנעות בכבישים היא תוצאה קיצונית ובלתי רצויה, עלינו להיות זהירים ומאופקים מהגדרות המקנות לאמצעי הביטחון הננקטים לשם הגנה על הנוסעים בדרכים משמעות של הפרדה המבוססת על אדנים פסולים של טעמי גזע ולאום. ההשוואה אותה ערכו העותרים בין השימוש בכבישים נפרדים מטעמי ביטחון לבין מדיניות האפרטהייד אשר ננקטה בעבר בדרום אפריקה ולפעולות אשר נלוו לה - אינה ראויה. מדיניות האפרטהייד מהווה פשע

חמור ביותר, והיא מנוגדת לעקרונות היסוד של המשפט הישראלי, לדיני זכויות האדם הבינלאומיים, וכן להוראות המשפט הפלילי הבינלאומי. מדובר במדיניות של הפרדה גזעית והפליה על בסיס גזע ולאום, המבוססת על שורת פרקטיקות מפלות, אשר מטרתן ליצור עליונות של בני גזע מסוים, ולדכא בני גזעים אחרים. המרחק הרב שבין אמצעי הביטחון הננקטים על-ידי מדינת ישראל לשם הגנה מפני מתקפות טרור, לבין הפרקטיקות הפסולות של מדיניות האפרטהייד, מחייב להימנע מכל השוואה או שימוש בביטוי החמור. לא כל הבחנה בין בני אדם, בכל הנסיבות, הינה בהכרח הפליה פסולה, ולא כל הפליה פסולה הינה אפרטהייד. נראה, כי עצם השימוש בביטוי "אפרטהייד" יש בו כדי למעט מחומרתו היתרה של פשע זה, אשר הקהילה הבינלאומית כולה התגייסה למגרו, ואשר כולנו מוקיעים. לפיכך, ההשוואה של מניעת תנועתם של תושבים פלסטיניים לאורכו של כביש 443 לפשע האפרטהייד, הינה קיצונית ומרחיקת לכת עד כי לא היה מקום להעלותה כלל.

7. כאמור לעיל, מניעת תנועתם של פלסטינים בכביש 443, באופן בו היא מתקיימת שנים רבות, פסולה מהטעם של היעדר סמכות - עליו עמד בהרחבה חברי, השופט פוגלמן. בכביש 443 נעשה שימוש כדרך המקשרת בין שני אזורים מרכזיים במדינת ישראל, ועניין זה הפך לעיקר ייעודו כיום. התוצאה המתקבלת היא שנעשה שימוש בלעדי בדרך המצויה באזור הנתון ל"תפיסה לוחמתית" לצרכי המדינה המחזיקה, וזאת מבלי שהתושבים המוגנים באותו אזור יכולים לעשות שימוש באותה דרך עצמה. תוצאה זו מנוגדת לדיני התפיסה הלוחמתית החלים באזור, ויצירת "דרך שירות" שכזו - שנועדה לצרכי המדינה המחזיקה - אינה כלולה בסמכותו של המפקד הצבאי. על כן, גם אם מניעי ההחלטה ענייניים, היא נגועה בחריגה מסמכותו של המפקד הצבאי ומטעם זה דינה להתבטל. מכל מקום, כפי שתואר בפסק-דינו של חברי, הסגירה הגורפת של הכביש לתנועה פלסטינית אינה מידתית, ואף מטעם זה אינה יכולה לעמוד.

8. לסיום, ברצוני להדגיש כי במקום שהדבר ניתן, יש לעשות כל מאמץ להבטיח את ההגנה על הנוסעים בכבישי האזור תוך מציאת אמצעים הפוגעים במידה פחותה באוכלוסיה המקומית, שהיא אוכלוסיה מוגנת. על המפקד הצבאי להימנע ככל הניתן משימוש באמצעי כה קיצוני כהדרה מוחלטת של התושבים המוגנים משימוש בדרך מסוימת, אשר פגיעתו באוכלוסיה שלמה היא קשה והוא משבש את סדרי החיים ומרקם החיים שלה. בהיבט זה, כאמור, תיבחן תמיד חוקיותם של אמצעי הביטחון הננקטים בהתאם למידת פגיעתם בתושבים המוגנים ולאיוזן בין כלל הזכויות והאינטרסים

הרלוונטיים. לפיכך אני מצטרפת למסקנה כי מגבלות התנועה המוטלות כיום על-ידי המשיבים בכביש 443 אינן יכולות להיוותר במתכונתן הנוכחית ודינן להתבטל.

9. לאחר שהצגתי את עמדתי כמתואר לעיל, באה לעיוני חוות דעתו של חברי, השופט א' לוי. דומה, כי הפער בין עמדותינו אינו רב. חברי אמנם בדעה כי החלטתו של המפקד הצבאי לסגור את הכביש לתנועת פלסטינים הייתה מלכתחילה בסמכות, וכי סמכותו של המפקד הצבאי לא נגרעה גם היום; ואילו אני מצטרפת לדעתו של השופט פוגלמן כי סמכות זו אינה יכולה לעמוד עוד לעת הזו, בהתחשב בנסיבות שנוצרו, בתכלית שיש כיום לשימוש בכביש, ובמשכו של פרק הזמן בו עומדת החלטת הסגירה הגורפת בתוקפה, אשר הפכה מאמצעי ביטחוני זמני ומתוחם לאמצעי של קבע. מכל מקום, אף השופט לוי מסכים כי האמצעי שננקט - סגירה גורפת של הכביש לתנועת פלסטינים - אינו מידתי כיום. בעניין זה מסכימים כל חברי המותב כי אין להותיר על כנה את הסגירה הגורפת של הכביש לתנועת פלסטינים, וכי יש למצוא פיתרון חלופי לאבטחת הנוסעים בכביש.

אשר לסעד המתחייב ממסקנה זו, כאמור לעיל, אין מחלוקת בינינו כי אין להותיר על כנה את סגירת הכביש באופן גורף לתנועת פלסטינים, וכי על המשיבים לגבש פיתרון חלופי אחר. אולם, כחברי השופט פוגלמן, מקובלת עלי העמדה כי אין להשאיר את בחינת האמצעים הראויים והמידתיים להבטחת חופש התנועה בכביש וביטחון הנוסעים לשיקול דעת המשיבים, בלא ליתן צו החלטי. לפיכך, אני מצטרפת לתוצאה אליה הגיע השופט פוגלמן, ולפיה יינתן צו החלטי בעקבות פסק-דיננו זה.

ה נ ש י א ה

השופט א' א' לוי:

1. אני נאלץ לחלוק על מקצת מסקנותיו של חברי, השופט ע' פוגלמן, ומכאן גם על התוצאה אליה הגיע. סבורני, כי אין אנו נדרשים לעשייתו של צו מוחלט בעתירה זו, הואיל והמשיבים עצמם בדעה כי יש ליישם פתרון מידתי מזה הנוהג בכביש כיום. שאלה יחידה היא, בעיני, מה דמות תהא לו לפתרון זה, ובענין זה מצוי יסוד למסקנה כי בכוחם של הצדדים לקדם הסכמה בדבר מרכיביו. חמישה חודשים, מכל מקום, אינם תקופת זמן סבירה לנקיטתם של צעדי ההיערכות אשר יידרשו ליישום האמור בפסק-דינו של חברי, והתוצאה עלולה להיות הרת-סיכון.

2. בין נימוקיו מונה חברי את מה שנראה בעיניו כחריגה של המפקד הצבאי מסמכותו, שעה שהנחיותיו הפכו את הכביש הנדון, שלא לתקופה מוגבלת בלבד וכתוצאה של נסיבות ביטחוניות מיוחדות, ל"כביש ישראלי פנימי" ואין ייעודו אלא ביצירת חלופה לגישת ישראלים מן השפלה לירושלים. ככזה, כך להשקפת חברי, משרת הכביש אינטרסים ישראליים שאין זה מתפקידו של המפקד הצבאי לקדם. דומה כי להשקפת חברי, וכך קורא אני את מסקנותיו דלעיל, "מידה רבה" של חוסר מידתיות מגעת כדי חריגה מסמכות. מבנה משפטי זה מתקשה אני לקבל. סבורני, כי קודם שנוכל לדבר בשאלת המידה, צריכה נקודת המוצא להיות כי הפעולה השלטונית לא נלכדה ברשתה של עילת היסוד בדבר חריגה מסמכות. כאלה הם, להשקפתי, פני הדברים במקרה שבפנינו.

3. עיקר חשיבותו של ציר 443 בהיותו כביש גישה מרכזי לערים הגדולות שבסביבתו – ירושלים ומודיעין, אלבירה ורמאללה. מאפייניו דהיום הולמים דרך בין עירונית, ובמרוצת השנים תוכנן המארג התעבורתי הנלווה לו, כך שיוכל לאפשר גישה נוחה לצירי תנועה ראשיים בלב אותן ערים. את יתרונות השימוש בכביש חלקו בעבר ישראלים ופלסטינים גם יחד. תנועת כלי-רכב פלסטיניים התקיימה בכביש משך שנים ארוכות. בהסכמי אוסלו נקבע ציר 443 לקטע מרכזי ב"מעבר הבטוח" הצפוני של פלסטינים בין הגדה לרצועת עזה. מעבר ביתוניא, שעל סגירתו מלינים העותרים בעתירה זו, נקבע כנקודת קישור מרכזית בין ישראלים לפלסטינים. לא "אפרטהייד" ולא הפרדה היו מנת חלקם של המשתמשים בכביש, כי אם שיתוף.

4. אמת, במרוצת השנים האחרונות הלכה חשיבותו של הכביש כציר גישה חלופי לירושלים וגדלה. משאבים הושקעו בהפיכתו לדרך דו-מסלולית. ישראלים רבים העדיפו את התנועה בו אל הבירה על-פני דרכים אחרות. לאחרונה אף נמסר על ניסוי, במסגרתו נעשה בכביש שימוש להקלת העומס שגרמו כלי-רכב כבדים בכביש מספר 1. לכך נודעת, כמובן, משמעות במגוון היבטים – כלכלי, תכנוני וגם מדיני. אולם לא המפקד הצבאי הוא שביקש לקדם יעדים ממין זה. היו אלו הממשלה, גורמי תכנון ומתווי מדיניות בתחום התעבורה שהחליטו על פיתוח הכביש והדרכים המקשרות אליו. והיה זה ציבור הנהגים שביקר, כאמור, את הנסיעה בכביש על חלופותיו. הסדרת התנועה בכביש הוטלה על כתפיו של המפקד הצבאי, כשלפתחו משימה אחת ויחידה – הבטחת הסדר הציבורי והביטחון של המשתמשים בכביש. תכלית זו של פעולותיו, והיא הגודרת את סמכותו, לא שינתה ממהותה גם כשהפכה המלאכה קשה במיוחד,

והיה זה שעה שפלסטינים מצאו את הכביש מועיל בהיבט נוסף – היותו כר מתאים לביצועם של פיגועים קשים נגד ישראלים.

אם מעטים מודעים ליידוויי האבנים ובקבוקי התבערה המתחוללים בכביש מעשה שיגרה גם כיום, הרי שמן הנתונים באשר לפיגועי הירי והחבלה אשר הסבו בעבר פגיעות קשות בנפש שוב אין להתעלם. בשורה של אירועים חמורים מצאו אזרחים תמימים את מותם בכביש ובצירים המתחברים אליו, אך משום שבנסיעתם בצירים אלה הם היוו מטרה נוחה למחבלים פלסטינים. כזה היה גורלו של תושב מודיעין אליהו כהן ז"ל, שנרצח בפיגוע ירי סמוך ליישוב גבעת זאב ביום 21.12.00; של הנער רונן לנדאו ז"ל שנורה ונהרג ביום 26.7.01 בסמוך לגבעון הישנה; של שלושה מבני משפחות בן שלום-סווירי ז"ל, שקליעי המפגעים פגעו בהם ובשני ילדי המשפחה הפעוטים בתחנת הדלק הסמוכה לבית חורון ביום 25.8.01; של הישראלית יואלה חן ז"ל שמצאה את מותה מירי בתחנת הדלק בגבעת זאב ביום 15.1.02; ושל הפלסטיני מרואן שוויקי ז"ל, תושב ירושלים, שנורה למוות ממארב לעבר מכוניתו נושאת לוחיות זיהוי ישראליות ביום 11.6.06. ואם, דרך כלל, עומדים אנו על ניקיון כפיים מוחלט מן השוטחים תעצומותיהם בפני בית-משפט זה, לא מיותר יהיה להזכיר כי כפרים פלסטיניים הפזורים לאורכם של הכביש ושל הצירים המתחברים אליו – מהם שתושביהם משיגים כיום על החיץ שהוצב בינם לבין הכביש, שימשו לא אחת מוצא ומחסה למפגעים פלסטינים, והדברים ידועים.

במענה לאיום ממשי זה נדרשו כוחות הביטחון לשורה מגוונת של אמצעי מיגון, להקמתם של מחסומים ומגדלי תצפית, לקיום סיורים רכובים, לסילוק ערימות עפר ששימשו מסתור למפגעים, ולהצבתם של עמודי תאורה שיקלו על הנסיעה בשעות החשיכה. בשלב מסוים, והיה זה לפני שנים לא רבות, נאלץ המפקד הצבאי אף לפרוס טנקים בשוליו של הכביש, משל חצה הוא זירת לחימה של ממש. ואפשר, כי יש מי שזוכר שאת הרחקתו מן הכפרים הפלסטיניים חב תוואי הכביש לאינתיפאדה הראשונה, שלא פסחה אף היא על המשתמשים בכביש והביאה בשנת 1988 להחלטה בדבר שינוי מסלולו.

במאמציו להבטיח את שלומם של הנוסעים בדרך זו, נוכח הפיגועים שאירעו בו על מאפייניהם כפי שהוזכרו לעיל, ונוכח גלי הטרור שהשתולל בראשית העשור ברחבי הגדה המערבית, לא ראה המפקד הצבאי מנוס מפני סגירתו של הכביש בפני תושביהם הפלסטינים של כפרי הסביבה. בכך פעל הוא, להשקפתי, בסמכות, וכמתחייב מתפקידו באותה העת. הסמכות, שהוכרה בידי בית-משפט זה כבסיס לסגירתם של צירים בפני

ישראלים בלבד (בג"ץ 6379/07 ועד היישוב דולב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (טרם פורסם, 20.8.09)), היא ששימשה את המפקד הצבאי בהחלטתו דנן.

5. שאלה אחרת היא, ודמותה כדמות הנסיבות בעת בה עומדת היא להכרעתנו, כלום צעד זה, שננקט כאמור בסמכות, עולה בקנה אחד עם עקרון המידתיות, המשמש בבחינתם של מעשים שלטוניים באשר הם. המידתיות, כידוע, עשויה רבדים רבים ושונים והיא קוראת לבחינה רחבת-מבט של הפעולה השלטונית אל מול מכלול האינטרסים, העקרונות והערכים המעורבים. הפעלתה – לעולם תלוית נסיבות היא, ואין המסקנה הנגזרת ממנה ניצבת קפואה ומונוליתית כנגד השתנות העתים. צעד ביטחוני, הנתפש כמידתי בתקופות של טרור גואה ומשולח רסן, עשוי להיחשב נוקשה יתר על המידה בהשתרר רגיעה יחסית. עשייה שתכליתה מאמץ של בלימה, ועשויה לפיכך להצדיק פעולה חריפה גם אם ארעית, אפשר שתיתפש כבת תחולה מופרזת משנתברר כי קנתה לעצמה שבת ונעשתה לדבר קבע. ואף כי לעולם אין לדעת מראש, בטרם בחינתו של מכלול הנסיבות, מה תשמיע הפעלתם של מבחני המידתיות, הרי ניתן לומר כי, דרך כלל, נקיטתו של אמצעי גורף היא "חשודה" מן הבחינה החוקתית. צעדים מוחלטים דורשים, אף יותר מן הרגיל, הנמקה מבוססת שבכוחה לשכנע בדבר הצידוק שבנקיטתם. זאת, בשל הסתירה המובנית בין פעולה באורח גורף לבין הגנה על זכויות (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, בפסקה 21 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (טרם פורסם, 14.5.06)).

6. ראשית בחינה במקרה שבפנינו נצרכת לטענה כי הצעד שננקט אין בכוחו להשיג את המטרה הראויה של שמירת הביטחון והסדר הציבורי. שמירת הביטחון כיצד? הואיל ומורת הרוח של פלסטינים משלילת חירותם לנסוע בכביש תתורגם, קרוב לוודאי, למעשי איבה נוספים. ושמירת הסדר הציבורי כיצד? באשר זה כולל בתוכו גם את חופש התנועה של תושבי האזור ואת זכותם לנהל את חייהם ללא הפרעה. בתשובה לטענות אלו דיברתי כבר לעיל בהזכירי את מקורם של הפיגועים שאירעו בכביש. אמת, אין לבלבל בין היוצרות: בראשית היו הפיגועים, וסגירת הכביש באה אחר כך. ואם הכבדה על התנהלות החיים מצויה בסגירתו של הכביש, הרי שכבטלה היא בששים לעומת החיים שאבדו. הצעד שננקט מקיים, אפוא, קשר רציונלי למטרה שהתבקשה.

עמדת חברי, השופט פוגלמן, מקובלת עלי אף באשר לתוצאת הבחינה בשלב הבא, זה התר אחר אמצעי פוגעני פחות מזה שננקט. סבורני, כי מסקנתו של חברי ולפיה מצוי אמצעי שכזה, עמה אני מסכים, צריכה לסמן את חתימתו של הליך הבדיקה. מוקד הכובד של הפרשה שבפנינו מצוי במבחן המידתיות השני, ואין כל יתרון

בהידרשות כאן לשאלת המידתיות הצרה, על ההכרעות הערכיות השנויות במחלוקת שנושאת היא בכנפיה.

בהשתנות העתים, משתנה גם קשת האמצעים הרלוונטיים בהשגת תכליתה של הפעולה השלטונית הנבחנת. חתימה מוחלטת של ציר תנועה עשויה להיות מידתית כשהסיכון הביטחוני הנשקף לנוסעים בו או לכוחות הביטחון המאבטחים אותם הוא גבוה עד מאד. כזה היה הסיכון בנסיעה בכביש 443 עד לשנים האחרונות. ספק אם יש חולק על כי מידתו, בעת הזו, נמוכה יותר. איזון ראוי, אפוא, בין צורכי הביטחון לצרכיה של האוכלוסייה הפלסטינית הנזקקת לכביש משמיע נקיטתן של חלופות פוגעניות פחות. אמת, "ככל שיחול שינוי במצב הדברים בשטח, יש להניח כי המשיבים ישובו וישקלו את האפשרות לאפשר לעותרים לעשות שימוש בכביש זה" (דברי השופט א' גרוניס בבג"ץ 6379/07 ועד היישוב דולב הנ"ל, בפסקה 11).

7. ניכר בתשובתם של המשיבים, כי הם עצמם אינם חולקים על הצידוק שבנקיטתו בעת הזו של אמצעי אשר אינו עולה כדי סגירה מוחלטת של הכביש בפני פלסטינים. יעיד על כך ההסדר שהציעו, בדבר התרת נסיעתם של 80 כלי רכב פלסטיניים בכביש. במתכונתו הקיימת, לא יוכל כמובן הסדר זה לעמוד, באשר גדריו כה מצומצמים עד כי אין הוא משנה מהותית את המצב הקיים. עם זאת, בגיבושו מצוי ביטוי עקרוני להכרתו של המפקד הצבאי בחובתו כלפי התושבים הפלסטינים בשטח הנתון למרותו. איננו נזקקים, אפוא, לעשייתו של צו מוחלט. ענין לנו בפרטי ההסדר, ואת אלה מוטב היה להניח למשיבים לגבש, תוך קציבתו של פרק זמן שיאפשר הן את גיבושו של פתרון הולם והן את יישומו בשטח. כך הייתי פוסק בעתירה זו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, י"ב בטבת תש"ע (29.12.09).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה