



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3969/06

בפני :

כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

העותרים :

1. ראש מועצת הכפר דיר סאמט, מוחמד עבד מחמוד אלחרוב
2. ראש המועצה האזורית כפרי דוראוליד חליל עיסא אבו שראד
3. מנכ"ל עיריית בית עווא, מוחמד אחמד אסמעאיל סויטי
4. בדאווי מוחמד וואלד מוחמד
5. האגודה לזכויות האזרח בישראל

נ ג ד

המשיבים :

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. מפקד חטיבת חברון

התנגדות לצו-על-תנאי

תאריך הישיבה :

ח' באב התשס"ז (23.07.2007)

בשם העותרים :

עו"ד לימור יהודה ; עו"ד דן יקיר

בשם המשיבים :

עו"ד גלעד שירמן

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

עניינה של העתירה שלפנינו בהגבלות תנועה המוטלות על פלסטינים תושבי יהודה ושומרון (להלן: האזור) באזור צומת בית עווא, המונעות מהם לנוע - ברגל וברכב - בכביש 3265 החוצה את צומת בית עווא, בקטע המחבר בין קו תחום איו"ש (להלן: הקו הירוק) ממערב, לבין הכפר הפלסטיני פקיקס ממזרח.

רקע עובדתי והשתלשלות העניינים בעתירה

1. העותרים 1-3 הינם ראש מועצת הכפר דיר סאמט, ראש המועצה האזורית דורא, ומנכ"ל עיריית בית עווא (להלן: העותרים). העותר 4 הינו אבי משפחת ג'דאללה, משפחה פלסטינית המתגוררת כשני קילומטרים ממזרח לצומת בית עווא. העותרת 5 הינה האגודה לזכויות האזרח בישראל. ביישובים הפלסטיניים הכלולים בשטח השיפוט של העותרים מתגוררים, לטענתם, כ-45,000 תושבים. שני כבישים עיקריים משרתים את תושבי הכפרים הללו: כביש 354 הנו כביש האורך (צפון-דרום) המרכזי באזור זה, המקשר בין הכפרים הפלסטיניים המצויים מצפון לצומת בית עווא לבין הכפרים השוכנים מדרום לו. במרכזו, בסמוך לעירייה בית עווא, מצוי צומת בית עווא. כביש 3265 הנו כביש הרוחב (מזרח-מערב) החוצה את צומת בית עווא ומקשר את תושבי האזור למרכזים העירוניים - חברון ודורא המצויים מצפון-מזרח, דהריה המצויה מדרום-מזרח, ובית עווא המצויה ממערב. בקצה המזרחי של קטע הכביש החסום לתנועת פלסטינים מצוי הכפר הפלסטיני פקיקס, ובמרכזו של קטע הכביש החסום לתנועת פלסטינים (כשני קילומטרים מזרחית לצומת בית עווא) מתגוררת משפחת ג'דאללה, המונה כמה עשרות בני-אדם. עבור בני משפחת ג'דאללה, כביש זה הינו דרך הגישה היחידה לבתיהם. שני כבישים אלה שימשו משך שנים רבות את אוכלוסיית האזור, כצירי גישה מרכזיים וחיוניים המחברים בין היישובים הקטנים, אשר מרביתם נעדרים שירותים בסיסיים, לבין המרכזים העירוניים המספקים עבורם שירותים אזרחיים שונים, ובהם שירותי בריאות, חינוך ודת.

2. כארבעה קילומטרים ממזרח לצומת בית עווא, בצמוד לכביש הרוחב, שוכן היישוב הישראלי נגוהות, אשר הוקם בשנת 1982 כהיאחזות ואוכלס "אזרחית" בשנת 1998, בעקבות החלטת ממשלה על הקמת יישוב בנקודה סמוכה. עם זאת, תכניות בנייה שהוגשו ביחס לנקודת התיישבות זו לא אושרו על-ידי הדרגים המדיניים, והיישוב הוקם ללא תכניות בנייה מאושרות. כקילומטר ממערב ליישוב נגוהות שוכן המאחז הבלתי מורשה "מצפה לכיש" (או "נגוהות מערב"), אשר הוקם בשנת 2002. מאחז זה הוקם ללא אישור להקמתו, והוא נעדר תכנון חוקי. בשני היישובים יחד - נגוהות ומצפה לכיש - מתגוררים כיום כ-150 תושבים. כעולה מתגובת המדינה, בעקבות איומים ביטחוניים וכן אירועים שונים של הנחת מטעני חבלה, זריקת אבנים, פיגועים וניסיונות פיגועים שבוצעו באזור בית עווא, נאסרה על-ידי כוחות הצבא תנועתם של פלסטינים בצומת בית עווא: בכביש הרוחב, נאסרה תנועת פלסטינים בקטע שבין הקו הירוק לבין הכפר פקיקס, באמצעות הצבת שערים משני צדי צומת

בית עווא וכן באמצעות הצבת שער נוסף ממזרח ליישוב נגוהות, בינו לבין פקיקס. בנוסף, נאסרה תנועת פלסטינים בצומת בית עווא גם בכביש האורך, מצפון ומדרום, כאשר באזור החסימה הצפונית הוקמה עמדת תצפית של כוחות הצבא.

3. בעתירה, אשר הוגשה ביום 11.5.06, העלו העותרים טענות נגד שתי הגבלות התנועה – ההגבלה המונעת את מעברם של פלסטינים, ברגל וברכב, בכביש האורך, מצפון ומדרום; וההגבלה המונעת את תנועתם של פלסטינים בכביש הרוחב, ממזרח וממערב, בקטע שבין הקו הירוק לבין הכפר פקיקס. ביום 6.8.06 קיימנו דיון ראשון בעתירה, אשר בעקבותיו התבקשה תגובה משלימה מטעם המשיבים. לאחר הגשתה של התגובה קיימנו דיון נוסף בעתירה, ביום 18.2.07. בתגובתם הכתובה וכן בטיעוניהם בעל-פה במועד הדיון ציינו המשיבים כי הגבלות התנועה בכביש האורך בוטלו, וכי כיום אין כל מגבלה על תנועת פלסטינים בצומת בית עווא, מצפון ומדרום. מנגד, טענו העותרים כי מגבלות שונות על תנועת פלסטינים בכביש האורך, מצפון ומדרום, עדיין קיימות. מספר ימים לאחר מכן, ביום 21.2.07, הורינו על הוצאת צו-על-תנאי בעתירה, לפיו התבקשו המשיבים להתייצב וליתן טעם מדוע לא ייאסר על כוחות הצבא למנוע את תנועתם של פלסטינים בצומת בית עווא ובכביש הרוחב. ביום 22.4.07 הוגש תצהיר התשובה מטעם המשיבים, בו נטען, בין היתר, כי האיסור על תנועת פלסטינים בכביש האורך בוטל. על-פי האמור בתצהיר התשובה, אין כיום הגבלה כללית על תנועת פלסטינים בכביש האורך, ואף צוין כי לאחר מועד הדיון נערכו שלוש ביקורות בצומת, מהן עלה כי כוחות הביטחון המאיישים את המקום מאפשרים תנועת פלסטינים בצומת, מצפון ומדרום, במשך כל שעות היממה. מכל מקום, הובהר כי ההנחיה הברורה אשר הועברה על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור זה היא לאפשר מעבר פלסטינים בצומת בית עווא, מצפון ומדרום, ברכב וברגל. בעיקרי הטיעון מטעם העותרים נטען כי הגבלות התנועה בכביש האורך הוסיפו לחול גם לאחר הצהרת המשיבים בבית המשפט בדבר ביטולן, ואולם הובהר כי כיום אין עוד הגבלות תנועה בכביש האורך. על כן, ראש זה של העתירה התייטר ואין עוד צורך לדון בחוקיותה של הגבלת תנועה זו.

באשר להגבלות התנועה בכביש הרוחב, צוין בתצהיר התשובה של המשיבים כי הוחלט לאפשר לבני משפחת ג'דאללה לנוע על הכביש ללא כל הגבלה, וכי יותר לתושבי הכפר פקיקס לנוע על הכביש שלוש פעמים ביום, בשעות שייקבעו על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור זה, בכפוף לפנייתם למנהלת התיאום והקישור לשם קבלת היתרים מתאימים.

4. לאחר קבלת תצהיר התשובה מטעם המשיבים קיימנו דיון בעתירה, ביום 23.7.07. בתום שמיעת טיעוני הצדדים, הצענו לבא-כוח המדינה להביא את עמדת המדינה בעניין להכרעת שר הביטחון. ביום 15.1.08 הודיעו המשיבים כי שר הביטחון בחן את הסוגיה ומצא לנכון להותיר על כנה את סגירת כביש הרוחב לתנועת פלסטינים, בכפוף להרחבת הסדר ההיתרים, כך שתושבי פקיקס יורשו לנסוע על הכביש, לאחר קבלת היתרים מתאימים, 6 פעמים ביום במקום 3 פעמים, כפי שנקבע קודם לכן. כן נמסר כי "מעמדו של היישוב נגוהות כמאחז בלתי מורשה הוצג לשר הביטחון בטרם קבלת החלטתו", אולם נקבע כי היות והיישובים אינם נמצאים בסדר עדיפות גבוה לפינוי, אין בכך כדי לשנות מעמדת המשיבים. נוכח התפתחויות אלה, נדון, אפוא, להלן, בהגבלות המתייחסות לתנועת פלסטינים על ציר הרוחב בלבד, בהתאם להסדר העדכני המפורט לעיל, מיום 15.1.08, אותו קבעו המשיבים.

טענות העותרים

5. טיעוניהם של העותרים נחלקים למספר מישורים. במישור הסמכות, טוענים העותרים כי נפל פגם בהחלטת המפקד הצבאי על הטלת מגבלות התנועה, היות ולא עוגנו בצו, ולמעשה הוטלו ללא עיגון או הסמכה חוקיים.

במישור שיקול הדעת בהפעלת הסמכות, טוענים העותרים כי דיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי מחייבים את המפקד הצבאי לאזן בין טובת האוכלוסייה המקומית, לבין אינטרסים ביטחוניים לגיטימיים של הכוח הכובש. לטענתם, אינטרסים אלה אינם כוללים את ההגנה על ההתנחלויות, שלפי הטענה אסורות על-פי הדין הבינלאומי. על אחת כמה וכמה בענייננו, בו מדובר במאחזים בלתי מורשים, אשר הקמתם נעשתה גם בניגוד לדין הישראלי הפנימי.

בהקשר זה טוענים עוד העותרים כי למעשה לא שיקולים ביטחוניים עמדו ביסוד ההחלטה על סגירת הכביש לתנועת פלסטינים, אלא שיקולים זרים של הרחבת היישובים היהודיים והשתלטותם על אדמות פלסטיניות הסמוכות לכביש הרוחב. לטענת העותרים, מפירוט האירועים הביטחוניים אשר סיכנו את הנוסעים בכביש נשוא העתירה בשנים האחרונות, כפי שנמסר על-ידי המשיבים, עולה כי באזור הכביש נשוא העתירה אירעו אירועים ביטחוניים בודדים ונקודתיים, לפני זמן רב, וכי בנסיבות אלה אין בכביש נשוא העתירה סיכון מיוחד לעומת כבישים אחרים ביהודה ושומרון. לטענתם, מצב עניינים זה מצביע על כך כי ההחלטה על סגירת הכביש לתנועת פלסטינים התקבלה ממניעים זרים, על-מנת למנוע מחקלאים פלסטיניים לעבד את

אדמותיהם הסמוכות לכביש, באופן המאפשר למתיישבים הישראליים להשתלט על אדמות אלה ולעבדן.

עוד נטען במישור אופן הפעלת הסמכות, כי סגירת כביש ציבורי באזור יהודה ושומרון לתנועת פלסטינים, תוך ייחוד השימוש בו לתנועתם של תושביהם היהודיים של היישובים הישראליים בלבד, מפקיעה נכס ציבורי מתושבי המקום הפלסטיניים ומהווה הפלייה פסולה על רקע לאומי. זאת, היות והגבלת התנועה על הכביש חלה על פלסטינים באשר הם, ללא קשר לשאלה אם נשקף מהם סיכון ביטחוני אינדיבידואלי, בעוד שאינה חלה על ישראלים, מהם עלול להישקף סיכון כלפי אוכלוסייה פלסטינית.

6. לבסוף, טוענים העותרים כי האמצעי של סגירת הכביש לתנועת פלסטינים אינו עומד אף במבחני המידתיות, וגם מסיבה זו יש להורות על ביטולו. לטענתם, בשני היישובים היהודיים גם יחד מתגוררים לא יותר מ-150 תושבים, ומנגד – סגירת הכביש פוגעת בזכויות אדם בסיסיות של תושבי האזור הפלסטיניים, המונים עשרות אלפי בני-אדם, אשר עבור אלפים מביניהם מדובר בפגיעה חמורה ביותר. בין היתר, טוענים העותרים בהקשר זה כי בהתאם לחוות-דעת ביטחונית של תא"ל (במיל') אילן פז, אשר צורפה לעתירתם, מגבלות התנועה בכביש עלולות דווקא להחריף את הסיכון הביטחוני לנוסעים בו, בעוד שקיימות חלופות יעילות יותר, אשר פגיעתן באוכלוסיה המקומית קטנה יותר. בין חלופות אלה מונים העותרים את האפשרות להציב עמדות מאוישות בצדי הדרך, לעשות שימוש בתצפיות ובפטרולים, למגן את כלי הרכב של התושבים הישראליים או ללוותם בליווי צבאי צמוד, ועוד. העותרים מדגישים כי עבור תושבי הכפרים פקיקים, ח'ירבת סלאמה וחורסה, הנעדרים שירותים בסיסיים, כגון שירותי בריאות, חינוך, דת ותשתיות מים, והתלויים תלות מוחלטת ביישובים העירוניים הגדולים שבאזור, מהווה סגירת הכביש פגיעה קשה ביותר ובלתי מידתית. זאת, בייחוד נוכח הכפלת עלויות הובלת המים לכפרים אלה והפסקתה של התחבורה הציבורית אליהם.

טענות המשיבים

7. באשר לטענת העותרים כי הטלת מגבלות התנועה נעשתה שלא בסמכות, מאחר ולא עוגנה כנדרש בצו, טוענים המשיבים כי סעיף 88 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), תש"ל-1970 (להלן: צו בדבר הוראות ביטחון) מאפשר להטיל הגבלות תנועה גם ללא עיגון בצו כתוב, אלא באמצעות פרסומן "באופן אחר". בענייננו, לשיטתם, די היה בעצם הצבת החסימות בשטח ואכיפתן על-ידי כוחות הצבא.

מכל מקום, הודיעו המשיבים כי ביום 13.2.07 חתם המפקד הצבאי על צו המעגן את הגבלות התנועה הכביש נשוא העתירה, כך שטענה זו אינה רלוונטית עוד.

8. באשר למישור הפעלת שיקול הדעת, טוענים המשיבים כי ההחלטה על הגבלת התנועה בכביש הרוחב התקבלה מתוך התחשבות בשיקולים ביטחוניים מובהקים, ועל סמך שיקול הדעת הביטחוני של המפקד הצבאי. לטענתם, מדובר באזור מבודד יחסית, אשר אין בו נוכחות צבאית משמעותית, ואשר אירעו בו בעבר עשרות אירועים ביטחוניים. כך, ציינו המשיבים כי ביום 14.12.00 בוצע ירי לעבר רכב ישראלי בצומת בית עווא, אשר כתוצאה ממנו נהרג נהג הרכב; כי ביום 4.2.02 הופעל מטען חוטי לעבר רכב ישראלי שנע בכביש וכתוצאה מכך נפצעו שני אזרחים; וכי ביום 28.9.05 הופעל מטען, אולם למרבה המזל לא היו נפגעים. כמו כן, פורט בטיעוני המשיבים כי ביום 26.9.03 בוצע אירוע חדירה ליישוב נגוהות אשר במהלכו נהרגו שניים מתושבי היישוב ונפצעו שניים נוספים. כתוצאה מסיכונים ביטחוניים אלה, כך נטען, החליטו גורמי הביטחון על הפרדה בין תנועת פלסטינים ותנועת ישראלים בכביש הרוחב, כך שנאסרה תנועת פלסטינים על כביש הרוחב בין היישוב נגוהות (והכפר הפלסטיני הסמוך לו - פקיקיס) לבין ישראל, תוך הפניית התנועה הפלסטינית לדרכים חלופיות. לטענתם, הגבלת תנועה זו פוגעת, בעיקרה, בתושבי פקיקיס, המבקשים לנוע מערבה לכיוון בית עווא, ובבני משפחת ג'דאללה, ועל כן הוחלט לאפשר לתושבי פקיקיס לנוע על כביש הרוחב שש פעמים ביום, בכפוף לקבלת היתרים, כאמור לעיל, ואילו לבני משפחת ג'דאללה הותרה התנועה בכביש בכל עת.

9. באשר לטענת העותרים כי סגירת הכביש לתנועת פלסטינים והתרתה לישראלים בלבד מהווה אפליה פסולה על בסיס לאומי-אתני, טוענים המשיבים כי האבחנה בין קבוצות האוכלוסייה לעניין התנועה על הכביש נובעת מטעמים ביטחוניים בלבד. המדינה טוענת לעניין זה, כי אין מדובר בהפליה אסורה אלא בהבחנה מותרת, המבוססת על שוני רלוונטי בין שתי קבוצות האוכלוסייה - הנובע מקיומו של סיכון ביטחוני לישראלים הנעים בציר, כתוצאה מניסיונותיהם של טרוריסטים פלסטינים להוציא אל הפועל פיגועים נגדם. כתימוכין לטיעון זה מציינים המשיבים כי קיימים באזור יהודה ושומרון גם צירי תנועה אשר נסגרו בפני תנועת ישראלים, בעוד שתנועת פלסטינים עליהם הותרה.

באשר לטענת העותרים לפיה ההחלטה על סגירת הכביש לתנועת פלסטינים אינה עומדת במבחני המידתיות נוכח פגיעתה בזכויות יסוד של האוכלוסייה המקומית, טוענים המשיבים כי קיימים צירי נסיעה חלופיים בהם יכולים התושבים הפלסטיניים

לעשות שימוש. אלה מאריכים, אמנם, את הדרך בעשרים דקות לערך, אך הפגיעה הנגרמת כתוצאה מעיכוב זה אינה גדולה. כן נטען כי תושבי פקיקים ומשפחת ג'דאללה, בהם הפגיעה גדולה יותר, זכאים לקבל היתרים לנסיעה על הכביש – בני משפחת ג'דאללה רשאים לנסוע על הכביש באופן חופשי; ותנועתם של תושבי פקיקים מותרת, בכפוף לקבלת היתרים מתאימים, 6 פעמים ביום. בנוסף, מציינים המשיבים כי מתאפשרת תנועת פלסטינים על הציר מטעמים הומניטריים, בכפוף לתיאום מראש; וכן מתאפשרת תנועת חקלאים המבקשים להגיע אל חלקותיהם. על כן, טוענים המשיבים כי במקרה דנן האיזון אשר ננקט הינו ראוי, סביר ומידתי.

דיון

התשתית הנורמטיבית

10. נקודת המוצא הינה כי ישראל מחזיקה באזור יהודה ושומרון בתפיסה לוחמתית (belligerent occupation) (ראו, למשל, בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5), 807 (להלן: פרשת בית סוריק); בג"ץ 393/82 אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785 (להלן: פרשת אסכאן)). באזור זה, אשר השטח נשוא העתירה כלול בו, חל ממשל צבאי אשר בראשו עומד מפקד צבאי. סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי החלים על תפיסה לוחמתית.

כללים אלה מעוגנים, בעיקרם, באמנת האג הרביעית (ה- Hague Convention (1907) Respecting the Laws and Customs of War on Land (IV), להלן: אמנת האג) ובתקנות הנספחות לה, אשר להוראותיהן מעמד של משפט בינלאומי מנהגי; באמנת ג'נבה הרביעית (Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949, להלן: אמנת ג'נבה הרביעית), אשר הוראותיה המנהגיות מהוות חלק ממשפטה של מדינת ישראל, ובית משפט זה כבר נזקק בעבר לפרשנותן של הוראותיה השונות בפסקי-דינו (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002), להלן: פרשת עג'ורי), בעמ' 364; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005), להלן: פרשת מראעבה), בעמ' 492; ובפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה (ה- 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), אשר ישראל אינה צד לו, אולם הוראותיו המנהגיות מהוות

אף הן חלק ממשפטה של ישראל (ראו בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 14.12.2006, להלן: פרשת הסיכול הממוקד), בפסקה 20; ע"פ 6659/06 עי"אד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.6.2008, להלן: פרשת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים) בפסקה 9; בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 19.1.2009), בפסקה 15). כבר נקבע בפסיקתנו כי ניתן, לעיתים, להשלים את ההוראות ההומניטריות מתוך משפט זכויות האדם הבינלאומי (ה-Human Rights Law) (ראו, למשל, פרשת הסיכול הממוקד, בפסקה 18; פרשת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, בפסקה 9; בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, נט(4) 736 (2005, להלן: עניין בית לחם), בעמ' 754-755; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, נז(2) 349 (2003, להלן: עניין מרעב), בעמ' 369-371).

11. בצד כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, חלים על פעולות המפקד הצבאי גם כללי היסוד של המשפט הציבורי הישראלי (ראו פרשת אסכאן, בעמ' 810; פרשת עג'ורי, בעמ' 365; פרשת מראעבה, בעמ' 492; פרשת הסיכול הממוקד, בפסקה 18). על-פי כללי המשפט הציבורי הישראלי, על המפקד הצבאי לנהוג, בין היתר, בהגינות, בסבירות ובמידתיות, תוך איזון ראוי בין חירות הפרט לצרכי הכלל – והכל, תוך התחשבות בצרכי הביטחון (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004, להלן: עניין רפ"ח), בעמ' 393).

הסמכות להטלת הגבלות תנועה

12. כאמור בתקנה 43 לתקנות האג, המפקד הצבאי מוסמך לנקוט באמצעים שונים על-מנת להגן על תושבי השטח הנתון בתפיסה לוחמתית ולשמור על הסדר והביטחון הציבורי. בהתאם לכך, קובע סעיף 88 לצו בדבר הוראות ביטחון את הסמכות הקונקרטית להטלת הגבלות תנועה:

"(א) 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."

סמכות זו הופעלה בעבר על-ידי המפקד הצבאי בהזדמנויות שונות. כך, למשל, הוטלו כתרים על כפרים מסוימים (בג"ץ 2847/03 עלאונה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (לא פורסם, 14.7.2003); בג"ץ 2410/03 למיא אל ערג'א נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (לא פורסם, 8.7.2003)), ובמקרים אחרים הוטל עוצר על אזורים שונים (בג"ץ 854/03 אלרחמן נ' מפקד כוחות צה"ל (לא פורסם, 9.7.2003). בענייננו, לקו, אמנם, תחילה פעולות המשיבים בפגם, נוכח אי פרסומן של הגבלות התנועה בצו (ראו: בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (טרם פורסם, 26.6.2006, להלן: עניין מוראר)). אולם, נוכח תיקון הפגם ופרסומן של הגבלות התנועה בצו מיום 13.2.07, בא ליקוי זה על תיקונו.

13. כאמור לעיל, עיקר טענות העותרים מופנה כלפי אופן הפעלתה של סמכות המפקד הצבאי להטיל הגבלות תנועה באזור. ואמנם, גם כאשר פועל המפקד הצבאי בסמכות, עליו להפעיל את סמכותו, בין היתר, בסבירות ובמידתיות, ושיקול דעתו יהיה כפוף לביקורתו השיפוטית של בית משפט זה (ראו, למשל: עניין בית לחם, בעמ' 747). נפנה, אפוא, לבחון את השאלה האם אמנם הפעיל המפקד הצבאי את סמכותו כדין בכל הנוגע להטלת הגבלות התנועה נשוא העתירה. על-מנת להשיב על שאלה זו, נעמוד תחילה על התכלית אשר לשמה הופעלה הסמכות להטלת הגבלות תנועה על-ידי המפקד הצבאי, וכן נבחן את השיקולים השונים שעל המפקד הצבאי לשקול בבואו להורות על הטלת הגבלות תנועה. בשלב השני, ובהנחה כי צו התפיסה הוצא לתכלית ראויה, ומשיקולי בטחון ענייניים, נבחן את האיזון בין השיקולים השונים ואת עמידתה של החלטת המפקד הצבאי בתנאי המידתיות.

השיקולים הרלוונטיים בעת הפעלת הסמכות להטלת הגבלות תנועה

14. כאמור, מכירים דיני התפיסה הלוחמתית בכוחו ובחובתו של המפקד הצבאי לשמור על הביטחון באזור ולהגן בכך על ביטחונה של מדינתו ושל אזרחיה. עם זאת, הם מתנים את הפעלתה של סמכות זו באיזון ראוי ומידתי ביניהם לבין הזכויות, הצרכים והאינטרסים של האוכלוסייה המקומית (בג"ץ 1748/06 ראש עיריית דאהריה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם, 14.12.2006, להלן: עניין דאהריה); עניין אסכאן, בעמ' 794; בג"ץ 72/86 זלום נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מא(1) 528 (1987, להלן: עניין זלום), בעמ' 532; עניין מרעב, בעמ' 365). על כן, בעת הפעלת הסמכות להטלת הגבלות תנועה באזור, נדרש המפקד הצבאי לאזן בין הערך של הביטחון והשמירה על הסדר הציבורי מחד גיסא, לבין זכויות האדם של האוכלוסייה המקומית הנפגעות כתוצאה מהחלטה זו מאידך גיסא.

15. באשר לאינטרס הביטחוני – כוללים שיקולי המפקד הצבאי הן את הצורך להגן על מדינת ישראל ותושביה; הן את הצורך להגן על הצבא שבשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית; והן את הצורך להגן על האוכלוסייה האזרחית המצויה בשטח זה (ראו פרשת מראעבה, בעמ' 498-496, 506). כבר נקבע בפסיקתנו, כי הגנה זו פרושה על כל מי שנמצא בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית - פלסטינים וישראלים כאחד (ראו, למשל: עניין זלום, בעמ' 532)

16. בענייננו, טוענים העותרים כי יש משמעות לעובדה שמדובר ביישובים ישראליים אשר הוקמו גם בניגוד לדין הישראלי הפנימי. לטענתם, היישוב נגוהות הוקם, אמנם, בהתאם להחלטת ממשלה, אולם ללא תכניות בנייה מאושרות ותוך פלישה לאדמות פרטיות; והיישוב מצפה לכיש (נגוהות מערב) הוקם ללא כל אישור ממשלתי או תכנון חוקי. ייאמר תחילה, כי אין בטענה זו כדי לשנות מפסיקתנו העקבית, לפיה החובה להגן על חייו של כל אדם - מקום שיש סיכון לחיים - אינה מותנית בחוקיות ישיבתו במקום מסוים. בפרשת מראעבה הדגשנו בהקשר זה כי:

”הסמכות להקים גדר הפרדה להגנה על חייהם וביטחונם 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 נכרא בצלם אלוהים. חייו של מי שנמצא באזור שלא כדין אינם הפקר. גם מי שמצוי באזור בניגוד לחוק, אינו הופך בכך למי שמצוי מחוץ לחוק.” (פרשת מראעבה, בעמ' 498, ההדגשה הוספה – ד. ב.; וראו גם: בג”ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה”ל, פ”ד נו(4), 608 (2002), בעמ' 610-611).

17. באשר לזכויות האדם של האוכלוסייה המקומית, אין חולק כי על המפקד הצבאי לכבד, להגן ולאפשר את מימושן של מגוון זכויות האדם המוקנות לתושבים המקומיים, בכפיפות לצרכי ביטחון חיוניים (ראו, למשל, סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית; תקנה 46 לתקנות האג. כן ראו העקרונות המנחים את פסיקתנו על-פי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, להלן: האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות)).

בענייננו, כתוצאה מההחלטה על סגירת הכביש נשוא העתירה לתנועת פלסטינים, נפגעות מספר זכויות של האוכלוסייה המקומית. בראש ובראשונה, כתוצאה מסגירת כביש הרוחב לתנועת פלסטינים, נפגעת, כמובן, באופן ישיר ומיידי, הזכות לחופש התנועה. חופש התנועה מוכר כזכות יסוד רבת חשיבות הן במשפט הישראלי והן במשפט הבינלאומי. כבר נאמר בפסיקתנו כי זכות זו "עומדת בשורה הראשונה של זכויות האדם" וכי היא מצויה "ברמה הגבוהה ביותר במדרג הזכויות בישראל" (עניין בית לחם, בעמ' 754). בכפיפות לתנאים המתחייבים מההחזקה על-פי דיני התפיסה הלוחמתית, שמעצם מהותם מצדיקים, לעיתים, הגבלות תנועה, יש לכבד זכות זו גם באזור, וכך פסקנו במקרים רבים (ראו, למשל: עניין מוראר, בפסקה 14; עניין בית לחם, בעמ' 755; פרשת מראעבה, בעמ' 504; בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443 (2004), בעמ' 461; בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלדאם נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 13.12.2006, להלן: פרשת אלדאם)). בענייננו, אין מחלוקת כי ההחלטה בדבר סגירת הכביש נשוא העתירה לתנועת פלסטינים פוגעת בחופש התנועה שלהם. עיקר המחלוקת בין הצדדים בהיבט זה הינו ביחס למידת הפגיעה העומדת אל מול צרכי הביטחון, כפי שיפורט בהמשך.

18. לצדה של הזכות לחופש תנועה, טוענים העותרים כי נפגעת גם זכותם לשוויון, היות והגבלת התנועה מוטלת על פלסטינים בלבד. המשיבים מצדם, אינם מתכחשים לחובתם לנהוג בשוויון, אולם טוענים כי בענייננו מדובר בהבחנה מותרת, אשר ביסודה טעמי ביטחון מובהקים. המשיבים מדגישים את חובתו של המפקד הצבאי להגן על חייהם של כל הנוסעים בכביש, ישראלים ופלסטינים, בהתאם לסיכונים הקונקרטיים הקיימים באזור זה. האמצעים הננקטים לשם ביטחון האוכלוסייה צריכים להיות מותאמים לסיכונים שמפניהם הם נועדו להגן, ועל כן עשויה להיות הצדקה ביטחונית להחלת אמצעים אלה כלפי קבוצת אוכלוסייה מסוימת ולא כלפי אחרת, כאשר הטעם הביטחוני הוא העומד ביסוד ההבחנה בין הקבוצות. כך, למשל, צוין בתצהיר התשובה מטעם המשיבים כי קיימים כבישים אחרים באזור יהודה ושומרון, אשר לגביהם הוצאו צווים של המפקד הצבאי האוסרים את התנועה עליהם לישראלים בלבד, היות ולא נמצא ביחס אליהם פיתרון ביטחוני אחר שיש בו כדי להתמודד עם הסיכונים והאיומים הביטחוניים הקונקרטיים. בין היתר, צוין כי כביש אדם-קלנדיה (כביש 45) מצפון לירושלים נסגר בצו, החל מיום 31.12.06, לתנועת ישראלים, בעוד שתנועת פלסטינים עליו הותרה; וכך גם נסגר לתנועת ישראלים, החל משנת 2001, כביש "עוקף ביתוניא", אשר קישר בין תושבי גוש טלמונים לבין גבעת זאב וירושלים.

19. מקובל עלינו, כי הזכות לחופש תנועה מוקנית הן לתושבים הפלסטיניים והן לתושבים הישראליים באזור יהודה ושומרון, בכפוף למגבלות הביטחון. למרבה הצער, מצב הביטחון באזור הביא לכך כי בכבישים מסוימים הגיע המפקד הצבאי להחלטה כי לצורך הגנה על חיי אדם יש לקיים הגבלות תנועה - הן על תושבים פלסטיניים והן על תושבים ישראליים - בהתאם לתנאים ולסיכונים הקיימים בכל מקרה נתון. בנסיבות העניין שלפנינו, שיקולי הביטחון אמנם מצדיקים נקיטה באמצעים לשם הגנה על הישראלים המשתמשים בכביש, אולם השאלה הטעונה הכרעה הנה האם יש הצדקה לנקוט באמצעי כה קיצוני כסגירה מוחלטת של כביש הרוחב בפני אוכלוסייה נרחבת, שחופש התנועה באזור חיוני לה לשם קיום צרכי חיים בסיסיים. נפנה, אפוא, לבחינת חוקיות האיזון אותו ביצע המפקד הצבאי בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים בענייננו אלה באלה.

תכלית ראויה ושיקולים זרים

20. העותרים טענו לפנינו כי ביסוד החלטת המשיבים להטיל את הגבלת התנועה נשוא העתירה לא עמדו שיקולי הביטחון עליהם הצהירו המשיבים, אלא עמד שיקול זר – כניעה לדרישות תושבי נגוהות, במטרה לאפשר להם להשתלט על שטחים ולהרחיב את היישוב. לטענה מרחיקת לכת זו לא נמצאה אחיזה בראיות, והעותרים לא הניחו תשתית מספקת לביסוס טענתם כי המשיבים פעלו עקב שיקולים זרים בהוצאת הצו. המפקד הצבאי כפר בקיום מניע סמוי להוצאת הצו, ועמד על כך כי הטלת הגבלות התנועה חיונית לצרכי ביטחון ולהגנה על ביטחון הישראלים הנוסעים בכביש, ודבריו מהימנים עלינו.

בתגובותיהם לעתירה עמדו המשיבים על הסיכונים הקיימים באזור נשוא העתירה, פירטו את האירועים הביטחוניים שאירעו באזור זה, כמפורט לעיל, ועמדו על כך כי נדרש מענה ביטחוני ייחודי על-מנת להתמודד עם סיכונים אלה. בהתאם לכך, נטען כי תכלית הטלתן של הגבלות התנועה הנדונות בענייננו הינה להגן על חייהם וביטחונם של הישראלים המתגוררים ביישובים נגוהות ומצפה לכיש, אשר כביש הרוחב הינו הדרך היחידה המקשרת בין בתיהם לשטח ישראל.

21. לא מצאנו לפקפק בהערכת המשיבים באשר לקיומה של סכנה ביטחונית לחייהם של הישראלים הנוסעים בכביש. אין ספק כי היישוב נגוהות היה מטרה לפיגועי טרור בעבר, ומחובתו של המפקד הצבאי להגן על ביטחון תושביו. על רקע זה, ראינו לדחות את הטענה כי בבסיס ההחלטה על סגירת הכביש נשוא העתירה לתנועתם של

פלסטינים עמדו שיקולים זרים, ומצאנו כי תכלית סגירתו של כביש הרוחב לתנועת פלסטינים הינה תכלית ביטחונית לגיטימית – הגנה על ביטחונם של הנוסעים הישראליים בכביש ומניעת פגיעה בהם. תכלית זו הינה תכלית ראויה, העולה בקנה אחד עם החובה לשמור על הביטחון והסדר הציבורי, כפי שזו מעוגנת בתקנה 43 לתקנות האג (השוו: בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (טרם פורסם, 14.5.2006); פרשת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, בפסקה 30)). בנסיבות אלה, נותר לנו לבחון האם עומדת ההחלטה על סגירת כביש הרוחב לתנועת פלסטינים במבחני המידתיות, ולמשימה זו נפנה כעת.

מבחני המידתיות

22. כאמור לעיל, דיני התפיסה הלוחמתית מכירים בכוחו ובחובתו של המפקד הצבאי לנקוט בפעולות שונות על-מנת לשמור על הביטחון באזור הנתון לתפיסה לוחמתית וכן להגן על ביטחונה של מדינתו ושל אזרחיה. עם זאת, הם מתנים הפעלתה של סמכות זו באיזון ראוי בינה לבין הזכויות, הצרכים והאינטרסים של האוכלוסייה המקומית (פרשת בית טוריק, בעמ' 833-832). אמת-מידה מרכזית באיזון זה הינה המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלה. ראשית, נדרש קשר התאמה רציונאלי בין האמצעי הנבחר לתכלית שנועד להגשימה; שנית, נדרש כי האמצעי הנבחר יהא האמצעי בעל הפגיעה הפחותה בזכויות הנפגעות; שלישית, נדרש כי האמצעי הנבחר יאזן כראוי בין התכלית המונחת ביסוד הפעלתו ובין הזכויות הנפגעות (ראו, למשל, פרשת בית טוריק, בעמ' 841). עריכת איזון המידתיות נתונה לשיקול דעתו של המפקד הצבאי, אשר כפוף לביקורתנו השיפוטית. עם זאת, בית המשפט איננו מחליף את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בשיקול דעתו שלו, אלא אך בוחן את חוקיות הפעלת שיקול-דעתו של המפקד הצבאי.

23. באשר למבחן הראשון של המידתיות, הוא מבחן הקשר הרציונאלי, נאמנה עלינו עמדתם של המשיבים לפיה סגירת הכביש לתנועת פלסטינים הינה אמצעי המותאם להגנה מפני הסיכון הביטחוני הרלוונטי – סיכון חייהם של הישראלים הנוסעים בכביש. המשיבים פרטו, כאמור, מספר אירועים ביטחוניים אשר התרחשו באזור נשוא העתירה, הכוללים זריקת אבנים ובקבוקי תבערה לעבר רכבים ישראלים הנעים בכביש, וכן אירועים של הנחת מטעני חבלה. סיכונים ביטחוניים אלה מופנים על-ידי גורמים פלסטיניים כלפי התושבים הישראליים העושים שימוש בכביש. לשיטתם של המשיבים, סגירת הכביש לתנועת פלסטינים וייחודו לתנועת ישראלים מאפשרת לכוחות הביטחון להגן על הנוסעים בכביש מפני האיומים האמורים. העותרים

חולקים על כך, ובחוות הדעת הביטחונית שצורפה לעתירתם נטען כי יצירתם של כבישים המיועדים לתנועת ישראלים בלבד מביאה להגדלת הסיכון הכולל ולא להפחתתו. עם זאת, אין די בהצגת עמדה ביטחונית שונה או גישה ביטחונית אחרת מזו של המפקד הצבאי, אשר לו הסמכות והאחריות לביטחון תושבי האזור, כדי להכריע בשאלה זו של מידתיות האמצעי הביטחוני שננקט. המפקד הצבאי הוא הגוף המקצועי בעל המומחיות בתחומי הביטחון, ועל הרוצה להפריך את עמדתו הביטחונית של המפקד הצבאי מוטל נטל כבד (ראו, למשל, בג"ץ 2577/04 טהה אל ח'וואג'ה נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 19.7.2007), בפסקה 32; פרשת בית סוריק, בעמ' 858). בנסיבות העניין, מקובלת עלינו עמדת המשיבים לפיה האמצעי הביטחוני בו בחר המפקד הצבאי - סגירת כביש הרוחב לתנועת פלסטינים - הינו אמצעי ביטחוני המותאם לתכלית של הגנת תושבי נגוהות העושים שימוש בכביש הרוחב, ועל כן יש לקבוע כי מתקיים קשר רציונאלי בין האמצעי של סגירת הכביש לתנועת פלסטינים, לבין המטרה של הגנת הנוסעים הישראליים בכביש מפני הסיכונים הקונקרטיים הקיימים בענייננו.

24. עם זאת, אין די בקיומו של קשר רציונאלי בין האמצעי למטרה. המבחן השני של המידתיות מחייב את המשיבים לבחור, מבין מגוון האמצעים העומדים לרשותם, באמצעי שפגיעתו בזכויות האדם של התושבים המקומיים הינה הפחותה ביותר, אם יש בו כדי להשיג את התכלית הראויה. לטענת העותרים, האמצעי של סגירת הכביש כליל לתנועת פלסטינים הינו אמצעי דרסטי ופוגעני ביותר בזכויות התושבים המקומיים, בעוד שקיימים אמצעים אחרים, פוגעניים פחות, אשר יכולים להבטיח את ביטחון הנוסעים בכביש. בחוות-הדעת הביטחונית שצורפה לעתירתם, מפרט תא"ל אילן פז, בעברו ראש המנהל האזרחי באיו"ש ומפקד חטיבות בנימין ומנשה, אמצעי אבטחה אחרים, אשר יכולים להבטיח את ביטחון הנוסעים בכביש. כך, למשל, מצוין כי ניתן להציב עמדות מאוישות בצדי הדרך, לעשות שימוש בתצפיות ובפטרולים, למגן את כלי הרכב הנוסעים מהישובים הישראליים, או ללוותם בליווי צמוד של כוחות הביטחון בעת התנועה על הכביש. אפשרות נוספת הינה הצבת מחסומים בכניסות לכביש ובידוק פרטני של כלי הרכב העושים בו שימוש. בשים לב למכלול התנאים והנסיבות הקיימים בכביש הרוחב, ממליץ תא"ל פז לבנות מערך מבצעי המשלב מספר שיטות פעולה: עמדה ממוגנת ירי בצומת בית עווא; פעילות יזומה וניידת לאורך הציר ביום ובלילה; הקמת תצפית בחלק המערבי של נגוהות, ממנה חלק גדול של הציר נצפה ונשלט באש; כאשר במצב של התרעה נקודתית ניתן יהיה להוסיף אמצעי אבטחה מוגברים, כגון נסיעה ברכבים ממוגני ירי, ליווי צבאי, והצבת מחסום הכניסה המזרחית לציר.

25. המשיבים עצמם מציינים כי המפקד הצבאי עושה באופן שגרתי שימוש באמצעי ביטחון מגוונים על-מנת להגן על הנוסעים בצירי תנועה רבים באזור. אף על פי כן, לשיטתם, היות והישוב נגוהות הנו יישוב מבודד, אשר כביש הרוחב הינו דרך הגישה היחידה ממנו לישראל, ונוכח האיומים הביטחוניים על תושבי נגוהות הנוסעים בכביש הרוחב, האמצעי המתאים ביותר להגנתם הינו סגירתו לתנועת פלסטינים. באשר לאפשרות כי תיערך בדיקה פרטנית בכניסות לכביש, טוענים המשיבים כי חלופה זו יעילה פחות מבחינה ביטחונית מאשר סגירה מוחלטת של הכביש לתנועת פלסטינים, וכי ממילא הבחירה בחלופה זו לא תקל את הפגיעה באוכלוסייה המקומית, היות שהצבת מחסומים בכניסות לכביש תעכב את הנסיעה בו במידה הדומה לעיכוב הנגרם כתוצאה מנסיעה בצירי תנועה חלופיים.

26. לאחר שבחנו את טיעוני הצדדים בהיבט זה, לא שוכנענו כי המשיבים בחנו את כל האמצעים הסבירים החלופיים להגנה על תושבי נגוהות והנוסעים בכביש הרוחב. בתשובת המשיבים צוין כי לאיומים הביטחוניים הקיימים בצירי נסיעה שונים באזור, מספקים כוחות הביטחון פיתרונות מסוגים שונים, הכוללים "סיוורים, אמצעים אלקטרוניים, עמדת תצפית ואמצעי מיגון נוספים" (בפסקה 40 לתצהיר התשובה של המדינה מיום 22.4.07). אף על פי כן, אין בתצהיר התשובה התייחסות פרטנית לחלופות אלה ביחס לאפשרות יישומן בכביש הרוחב, למעט אמירה כללית לפיה:

"במקרים הנדירים בהם מחליט המפקד הצבאי לסגור ציר כזה או אחר לתנועת ישראלים או לתנועת פלסטינים נעשה הדבר רק לאחר שהובהר כי הדבר מתחייב מטעמי ביטחון, ורק בתנאי שהפגיעה הנגרמת לישראלים או לפלסטינים כתוצאה מהגבלת תנועה מסוג זו [כך במקור] היא פגיעה מידתית." (בפסקה 39 לתגובה המשלימה מטעם המשיבים מיום 4.2.07).

בטיעוני המשיבים אין הסבר מדוע האמצעים הביטחוניים האפשריים - שהם עצמם פרטו בתשובתם - אינם נותנים מענה לסיכונים הקיימים. כמו כן, גם לו היינו מקבלים את העמדה לפיה הסיכונים הקיימים מצדיקים נקיטה באמצעים של הפרדה ומניעת חיכוך בין האוכלוסייה הישראלית לאוכלוסייה הפלסטינית, אין בכך, בהכרח, כדי להצדיק נקיטה באמצעי גורף של סגירת הכביש באופן כמעט מוחלט לתנועת פלסטינים, למעט היתרים מסוימים, והתרתו לישראלים. בשים לב לכך כי הפגיעה הקשה ביותר בתושבים הפלסטיניים נגרמת כתוצאה מביטולה של התחבורה הציבורית על הכביש, הכוללת מוניות ואוטובוסים, מיכליות מים, רכבי שירות שונים ומשאיות

המובילות סחורות חיוניות אל הכפרים, ולא כתוצאה מהארכת משך הנסיעה (כפי שיפורט בהרחבה להלן), הרי שחלופות פוגעניות פחות עשויות להימצא, למשל, בהגברת אמצעי הבידוק בכביש עצמו, בדומה למהלכים הננקטים על-ידי המשיבים באזורים רבים נוספים. מה גם, שבמקום קיימות נקודות בידוק, הן בצומת בית עווא והן בסמוך לנגוהות. חלופות אפשריות נוספות צוינו, כאמור, בתשובת המשיבים מבלי לספק הסבר המניח את הדעת באשר לתועלתן הביטחונית. וכל זאת, כאשר מפירוט האירועים הביטחוניים אשר אירעו בכביש הרוחב, עולה כי מרביתם התרחשו לאחר הנקיטה באמצעי של סגירת הכביש לתנועת פלסטינים.

27. זאת ועוד, מטיעוני המשיבים לא עולה הבחנה ממשית בין כביש הרוחב לבין כבישים אחרים ברחבי יהודה ושומרון, אשר יש בה כדי להצדיק נקיטה באמצעי כה דרסטי של סגירת הכביש לתנועת פלסטינים לאורך תקופת זמן ממושכת. בהיבט זה יוער, כי אף על פי שבתגובתם המשלימה של המשיבים הודגש כי מדובר באמצעי אשר המפקד הצבאי נאלץ לנקוט בו "בעת הזאת, ובהתחשב בצרכי השעה" (בסעיף 29 לתגובתם המשלימה של המשיבים מיום 4.2.07), מדובר באמצעי העומד על כנו מזה שנים ארוכות, אשר המשיבים אינם מצביעים על מועד או שינוי נסיבות אשר יכול ויובילו לביטולו. כמו כן, אין בתשובת המשיבים התייחסות לבחינה מחדש של ההצדקה לנקיטה באמצעי זה. בנסיבות אלה, מצאנו כי ההחלטה על סגירת כביש הרוחב לתנועת פלסטינים מפרה את מבחן המידתיות השני, היות ולא שוכנענו כי נשקלו במידה המתאימה חלופות אפשריות אחרות להגנה על הנוסעים בכביש, שהן פוגעניות פחות בזכויות התושבים המקומיים.

28. נוכח קביעתנו בעניין מבחן המשנה השני, יכולנו להשאיר בצריך עיון את השאלה האם החלטת המשיבים מקיימת את מבחן המידתיות השלישי, הוא מבחן המידתיות "במובן הצר". אף על פי כן ראינו לעמוד על כך שנוכח מכלול הנתונים והשיקולים שפרשנו לעיל, אין החלטת המשיבים להורות על סגירתו של כביש הרוחב לתנועת פלסטינים עומדת גם במבחן המידתיות השלישי. מבחן זה בוחן את השאלה האם חומרת הפגיעה בתושבים המקומיים כתוצאה מסגירת הכביש עומדת ביחס ראוי לתועלת הביטחונית הצומחת מכך (פרשת בית טוריק, בעמ' 850).

באשר לתועלת הביטחונית, טוענים המשיבים כי היות וכביש זה הינו הדרך היחידה המקשרת את התושבים הישראליים המתגוררים בנגוהות ומצפה לכיש לשטח מדינת ישראל, ונוכח כמות האיומים והאירועים הביטחוניים הקיימים באזור זה, הרי שהתועלת הביטחונית הנובעת מסגירתו לתנועת פלסטינים גדולה ביותר. לשיטתם,

מנגד לתועלת הביטחונית הרבה הגלומה בסגירת הכביש לתנועת פלסטינים, ניצבת פגיעה קטנה ביותר באוכלוסיה המקומית. זאת, נוכח קיומן של דרכים חלופיות בהן יכולים התושבים הפלסטיניים לעשות שימוש, ואשר אינן מאריכות את משך נסיעתם באופן משמעותי. באשר למצוקתם של בני משפחת ג'דאללה ותושבי פקיקס, אשר נפגעים פגיעה קשה מסגירת הכביש גם לשיטתם של המשיבים, מציעים המשיבים פיתרון בדמות היתרי נסיעה על הכביש – לבני משפחת ג'דאללה בכל שעות היממה, ולתושבי הכפר פקיקס שש פעמים ביום, בזמנים קצובים. פיתרון זה, לטענת המשיבים, מאיין את הפגיעה בתושבים המקומיים ומצמצם אותה לכדי המינימום ההכרחי המתחייב משיקולי הביטחון.

29. קשה לקבל את התיאור הממעיט בפגיעה הנגרמת לתושבים המקומיים; מהעתירה עולה כי נגרמות לאוכלוסייה המקומית פגיעות ממשיות כתוצאה מסגירת הכביש נשוא העתירה לתנועת פלסטינים. עיקר הפגיעה, כך עולה, אינו מתמצה בהארכת משך הנסיעה לכיוון מערב, אלא בפגיעות נלוות, המשבשות את שגרת חייהם במידה משמעותית וקשה ביותר. כך, למשל, מציינים העותרים כי כתוצאה מסגירת כביש הרוחב לתנועת פלסטינים נפגע באורח אנוש מרקם חייהם של תושבי הכפרים פקיקס, ח'ירבת סאלמה, ואדי עביד וחורסה – אשר אוכלוסייתם מונה למעלה מ-4,000 איש. כפרים אלה, הממוקמים לאורכו ובקרבנותו של כביש הרוחב, נעדרים תשתיות בסיסיות ותושביהם תלויים ביישובים העירוניים הגדולים הסמוכים. מרביתם של תושבי הכפרים אינם בעלי מכוניות פרטיות, והם נזקקים לשירותי התחבורה הציבורית על-מנת לצאת מכפריהם אל הערים הסמוכות; היעדרן של תשתיות מים בכפרים מחייב הובלת מים במיכליות אל בתי התושבים; ולפי נתוני המשיבים עצמם (המתייחסים לכפר פקיקס בלבד), אין בכפר פקיקס בית-ספר תיכון, כך שעל תלמידי החטיבה העליונה להגיע מדי בוקר אל בתי ספרם המצויים בערים אחרות.

30. שגרת חיים שלמה, של אלפי תושבים, התבססה, אם כן, על היותו של כביש הרוחב עורק תחבורה, בו עברו מדי יום אוטובוסים ציבוריים ומוניות, מיכליות מים ומשאיות עם סחורות שונות. סגירתו של הכביש לתנועת פלסטינים, הובילה לביטולה של התחבורה הציבורית אשר שימשה את תושבי הכפרים – הן לכיוון מערב והן לכיוון מזרח. כן גרמה סגירת הכביש לייקור עלות הובלת המים לכפרים, ולבידודם של תושביהם, היות וקרובים ומכרים אשר אינם בעלי מכוניות פרטיות אינם יכולים להגיע עוד אל קרוביהם המתגוררים בכפרים ובבתים הפזורים לאורכו של הכביש. כך, על-פי הנטען, הפכו כפרים אלה ממקומות יישוב שוקקי חיים, השוכנים על ציר תנועה ראשי, למקום מבודד ושכוח.

31. פגיעה קשה אף יותר נגרמת לבני משפחת ג'דאללה - כשלושים נפשות - המתגוררים במרכזו של קטע הכביש הסגור לתנועת פלסטינים. סגירת הכביש ניתקה את בני משפחת ג'דאללה מהכפרים הסמוכים ומהערים הגדולות, ולמעשה ביטלה את עורק התנועה היחיד המוביל אל בתיהם. גם אם נכונה טענת המשיבים כי בני המשפחה מורשים לנוע על הכביש בכל עת וללא הגבלה, עדיין עומדת בעינה הפגיעה הנגרמת להם כתוצאה מאיסור תנועת כלי רכב פלסטיניים אחרים על הכביש – תחבורה ציבורית, מיכליות מים, קרובים וחברים. יתרה מכך, היות ולפי הנטען (טיעון אשר אינו נסתר על-ידי המשיבים) בני משפחת ג'דאללה אינם מחזיקים רכב, הרי שבפועל אין ביכולתם לצאת מאזור ביתם, היות ומוניות פלסטיניות אינן מורשות עוד לעבור על הכביש, וקרובים ומכרים אינם מורשים אף הם לעשות שימוש במכוניותיהם על-מנת להגיע לבתיהם של בני משפחת ג'דאללה או לאוספם במכוניותיהם. בנסיבות אלה, הובילה סגירת כביש הרוחב לתנועת פלסטינים בקטע שבין צומת בית עווא לאזור מגוריהם, לבידודם של בני משפחת ג'דאללה ולפגיעה קשה ביותר בשגרת יומם ובמרקם חייהם.

32. על רקע הנתונים האמורים, יש לבחון את שיקולי הנזק מול התועלת. לא שוכנענו כי הטעם המיוחד הנדרש לסגירה כמעט מוחלטת של כביש הרוחב מתקיים בענייננו. סגירת הכביש נועדה לספק הגנה לכ-150 תושבים ישראלים המתגוררים במקום ומשתמשים בכביש, ומנגד היא פוגעת במרקם חייהם של אלפי תושבים מוגנים. בהיבט זה יש להבחין בין הכבדה על התנועה והארכת הדרך, שהינה אילוץ אשר בתנאי ביטחון קשים לעיתים אין מנוס ממנו, לבין מניעה מוחלטת של תנועת רכב באזור מיושב, לרבות רכב ציבורי, המשבשת את שגרת חייהם של יישובים מסוימים ומקשה על אספקת צרכי מחיה בסיסיים אליהם. ואמנם, סגירתו של כביש הרוחב לתנועת פלסטינים באופן המונע גישה מצומת בית עווא לכפר פקיקס השפיעה באופן ישיר על תושבי כפרי האזור - שגרת חייהם שובשה, ופעולות יום-יומיות פשוטות הפכו למשימות מורכבות ומסובכות. כך, כאמור, נותקו אלפי תושבי הכפרים המצויים בסמיכות לכביש נשוא העתירה משירותי תחבורה ציבורית; עלויות הובלת המים לבתיהם גדלו; וכל יציאה מביתם הפכה קשה באופן שאינו מאפשר ניהול אורח חיים שגורתי במידה סבירה. מצב דברים זה פוגע קשות באוכלוסייה המקומית, ובייחוד בתושבי הכפר פקיקס הסמוך לנגוהות ובמשפחת ג'דאללה, אשר גם המשיבים עצמם מודים כי כביש זה הוא ציר הגישה היחידי המקשר בין בתיהם לבין השירותים החיוניים לחייהם.

33. הצעת המשיבים ליצור במקום משטר היתרים, לפיו יורשו בני משפחת ג'דאללה לנוע על הכביש, וכן יותר לתושבי הכפר פקיקיס - ולהם בלבד - לנסוע על הכביש 6 פעמים ביום, אינה מאיינת פגיעות קשות אלה. היא כפופה למגבלות הנובעות מעצם קיומו של משטר רישוי. על התושבים להגיש בקשות לקבלת היתר לנסיעה על הכביש, כאשר רק מספר מצומצם מבין התושבים המקומיים – משפחת ג'דאללה ותושבי פקיקיס – יהיו זכאים לקבל היתר. מבין אלה, מרביתם ממילא אינם בעלי רכב פרטי, ונעזרים בשגרת יומם בתחבורה הציבורית אשר הופסקה עם סגירת הכביש. מוניות, אוטובוסים, מיכליות להובלת דלק ומים, קרובים, בני משפחה או חברים אינם רשאים לקבל היתר לנסוע על הכביש. הגבלה קשה זו אינה קצובה בזמן.

34. נמצא אם כן, כי סגירת הכביש לתנועת כלי רכב פלסטיניים באופן המתואר לעיל פוגעת קשות בזכויותיהם של התושבים המקומיים, באופן שאינו מידתי. מצב דברים זה מנוגד לחובת המפקד הצבאי לדאוג לרווחת האוכלוסייה המקומית ולאפשר לה שגרת חיים תקינה, וגם בהתחשב בצרכי הביטחון, שאנו ערים להם, אינו עומד בתנאי מבחן המידתיות במובנו הצר. 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 יוכל 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.

35. על כן, אנו עושים את הצו-על-תנאי להחלטי במובן זה שאנו קובעים כי הצו שהוצא על-ידי המפקד הצבאי, ואשר לפיו נסגר כביש הרוחב לתנועת פלסטינים בקטע שבין פקיקיס לצומת בית עווא אינו מידתי במתכונתו הנוכחית. עם זאת, ראינו להשעות את פסק-דיננו למשך תקופה של שלושה חודשים, על-מנת לאפשר למפקד הצבאי לגבש פיתרון ביטחוני אחר, אשר יוכל לספק הגנה לתושבים הישראליים העושים שימוש בכביש הרוחב.

המשיבים יישאו בהוצאות העותרים בגין עתירה זו בסך של 10,000 ₪.

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינה של כב' הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, ד' בחשון התש"ע (22.10.2009).

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה