

1. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם, ע.ר. -58

0442622

2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

3. גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע

4. הועד הציבורי נגד עינויים בישראל

5. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

6. מחסום WATCH

7. רופאים לזכויות אדם

8. במקום – מתכננים למען זכויות תכנון

כולם באמצעות עו"ד מיכאל ספרד משד' רוטשילד 31,

העותרים תל-אביב 66883 ; טל: 03-5607345, פקס: 03-5607346

-- נ ג ד --

1. שר הביטחון, מר עמיר פרץ

2. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף יאיר נוה

באמצעות פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, רח'

סלאח א-דין, ירושלים

המשיבים

## עתירה לצו על תנאי ולצו ביניים

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם, באם יחפצו, מדוע לא יבטלו לאלתר ובדיעבד את דבר החקיקה הצבאי שכינויו "הוראות בדבר תנועה ותעבורה (הגבלת נסיעה ברכב ישראלי) (יהודה והשומרון), התשס"ז – 2006" (להלן: "ההוראה") אשר נחתם ע"י המשיב מס' 2 ביום 19.11.2006 ואשר עתיד להיכנס לתוקף ביום 19.1.2007.

זוהי גם עתירה לצו ביניים לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לדחות את מועד תחילת תוקפה של ההוראה עד למתן פסק-דין סופי בעתירה זו.

\* ההוראה נשוא עתירה זו מצ"ב ומסומנת נספח א'.

## בקשה לצו ביניים, לחלופין לצו ארעי ולחלופי-חלופין לקביעת מועד דיון

### דחוף

בעתירה זו מתבקש ביטולו של דבר חקיקה צבאי עליו חתם המשיב מס' 2 ואשר לטענת העותרים הינו עיגון משפטי של אפליה על רקע לאומי חסרת תקדים וחדירה בלתי חוקית לתחום הפרט.

המדובר בהוראה האוסרת על ישראלים ותיירים להסיע ברכבם פלסטינים תושבי הגדה המערבית, ללא היתר מהצבא.

על-פי האמור בהוראה נשוא עתירה זו, תחילת תוקפה ביום 19.1.2006.

אם העותרים צודקים, הרי שכניסתה לתוקף של ההוראה תגרום לפגיעה חמורה באגד של זכויות יסוד (לשוויון, לכבוד, לאוטונומיה של הרצון החופשי) ותביא לקרע בין ישראלים לפלסטינים המקיימים קשרים לגיטימיים. בנוסף, כניסתה לתוקף של ההוראה תכתים את המשפט באופן שיפגע קשות במדינת ישראל ובצבאה.

כאשר נוצרת פגיעה כאמור בזכויות יסוד, ודאי פגיעה חמורה, קשה וחסרת תקדים כמתואר בעתירה, הנטל עובר אל הרשות להוכיח כי קיימת הצדקה לפגיעה.

לפיכך, ובשים לב לנוק החמור לזכויות הפרט, לכבוד האנושי של תושבי הגדה הפלסטינים, לזכויות היסוד של פלסטינים וישראלים המבקשים לקיים קשרים חברתיים, פוליטיים ומסחריים, ולדימויה של מדינת ישראל – יש מקום לעכב את תאריך כניסתה לתוקף של ההוראה עד למתן הכרעה סופית בעתירה.

ונזכיר שעד ליום 19.1.2007, במשך 40 שנות כיבוש, לא היה איסור הסעה כאמור בגדה, וגם לאחר החתימה על ההוראה (ביום 19.11.2006) בחר המפקד הצבאי לעכב את כניסתה לתוקף בחודשיים ימים. מכאן ניתן ללמוד כי אף אם יש תועלת כלשהי מההוראה, אין היא דחופה עד שלא ניתן לדחות את פועלה במספר ימים או שבועות.

**לפיכך, מתבקש בית המשפט ליתן צו ביניים, המורה למשיבים לדחות את מועד תחילת תוקפה של ההוראה עד למתן פסק-דין סופי בעתירה זו.**

**לחלופין בלבד, מתבקש בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו ארעי, המעכב את כניסתה לתוקף של ההוראה נשוא עתירה זו, וזאת עד לקיום דיון בבקשת העותרים לצו ביניים.**

**לחלופי-חלופין, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למזכירות לקבוע תיק זה לדיון דחוף ומהיר עד כמה שניתן וזאת לפני יום 19.1.2007, המועד בו ההוראה נשוא עתירה זו תכנס לתוקף.**

נתן אלתרמן / צרכי בטחון (1950)

דבר הממשל

תקיף בלי חת:

"צרכי בטחון הם!" – ותם הויכוח.

נעקרו הנשים מן הטף בקת,

ועכשיו המצב כבר יותר בטוח.

טוב לראות שהחק הוא ברזל ולא גבב

ויש יד חזקה וסגנון של פלד

האומר: כל תלויות נא למסור בכתב...

גם בדבר העיוור שגורש עם הילד.

אין רכרוך ורפיון, ידידי התמים.

איך למדנו זאת בשנתיים ימים!

איך הצבענו אל סדר-היום לעבור –

איך למדת זאת, ציר אספה מכוננת,

יהודי, מזיף דרפיות מדור-דור

מסתנן

בן בנה של מסתננת...

אין בונים מדינה בכפפות לבנות.

לא תמיד המלאכה נקיה ויפת-נפש.

אמנם כן! אך דומה כי באילו מנות

נוהגים אנו

לופסוס קטן של רפש.

מין בזבז... פזרנות נטולת מניעה...

ואנחנו סוף סוף מדינה עגיה.

(מתוך: נ. אלתרמן, כתבים (כרך שני) (הוצאת דביר, תשכ"ב), עמ' 279).

## א. "לא יסיע ישראלי אדם שאיננו ישראלי"

1. עניינה של עתירה זו בדבר חקיקה צבאי חסר תקדים, המעגן בלי בושה עלי ספר איסור על ישראלים ותיירים להסיע פלסטינים **ברכבם הפרטי בתוככי הגדה המערבית** הנתונה לשליטת מדינת ישראל וצבאה.
2. המדובר בהוראה המיישמת את אידיאולוגיה ה"הפרדה" ("אנחנו כאן והם שם") באמצעות החוק והמשפט תוך יצירת סנקציה פלילית לבני לאומים שונים הנפגשים במרחב הפרטי של רכב נוסעים, ללא היתר מהרשויות.
3. איננו זכאים לרשום פטנט על הקמת מערך משפטי של הפרדה שהרי ההיסטוריה האנושית מכירה שיטות "הפרדה" גזעית או אחרת, כך היה בדרום אפריקה בתקופת האפרטהייד, כך היה בארצות הדרום של ארצות הברית עד לשנות השישים של המאה הקודמת.
4. קשה להאמין, אבל גם לשפל הזה הגענו. עשרים ושלוש שנים אחרי 1984 האח הגדול של הגדה המערבית מסמיך עצמו לשלט בזהות האנשים שאנחנו מסייעים ברכבינו ברחבי הגדה. שישים שנה לאחר שדוקטרינת ה"נפרד אבל שווה" הוכרזה כבלתי חוקית בארצות הברית, האלוף יאיר נוה, בתמיכתו השותקת של שר הביטחון עמיר פרץ, מעגן מבנה משפטי של "נפרדים ולא שווים" בגדה המערבית.
5. ההוראה היא שיאו של תהליך עיגון משפטי של אפליה ממוסדת, שיטתית ומכוונת של הפלסטינים תושבי הגדה המערבית אל מול ישראלים וזרים הנמצאים באופן קבוע או מעת לעת באזור זה. על ציר הזמן של תהליך ההפרדה/אפליה נוכל למצוא בין היתר את ההוראות, ההכרזות והצווים אשר יחדיו יצרו את "מרחב התפר" שבין גדר ההפרדה לקו הירוק ושהקימו את "משטר ההיתרים" ההופך את המרחב לאזור אסור לפלסטינים ופתוח לישראלים; וכן נמצא את קיומן המקביל של שתי מערכות משפט פלילי נפרדות האחת – צבאית, קשוחה ומיושנת החלה על פלסטינים והשנייה – מודרנית, ליברלית ואזרחית החלה על ישראלים.
6. ובכל זאת, מבין כל הקווים האדומים אותם חצינו, העותרים סבורים כי ההוראה "בדבר תנועה ותעבורה" נושאת בקרבה זרע פורענות חמור במיוחד. זאת בשל היותה הוראה המחייבת אזרחים להיות סוכנים אקטיביים של האפליה; בשל היותה הוראה החודרת לתחום הפרט באופן כה גס; ובעיקר בשל מגמתה לקרוע קשרים חברתיים, מקצועיים, פוליטיים ואישיים ולכפות את ה"הפרדה" גם על מי שאולי לא מעוניין בה.
7. אמרנו: "תהליך עיגון משפטי של אפליה ממוסדת שיטתית ומכוונת", ועתה נוסיף לכך את ההקשר הרחב - המדובר בתהליך אשר נועד לחזק שליטה של קבוצה לאומית אחת

**על אחרת.** הנה הוא קלונו בשיא חרפתו: הצירוף של השניים הוא בדיוק ההגדרה המשפטית של **אפרטהייד**.

8. אנו עדיין במבוא של כתב העתירה, טרם הגענו אף לפירוט הרקע העובדתי שלה, וכבר הקורא שורות אלה יכול לשמוע מרחוק את המולת "שיקולי הביטחון", מתקרבים, מכוונים אלינו את נשקם ומבקשים להטביע את הזעם המוסרי והמשפטי של העותרים בשלל צידוקים צבאיים. תשובת המשיבים, צפויה כמו השמש הזורחת במזרח, תולה הכל בתרומה שמעניקה ההוראה האוסרת הסעת פלסטינים לביטחון. "פיקוח ביטחוני על נסיעת תושבים פלסטינים בכלי רכב ישראליים", הם אומרים, הוא "אמצעי ביטחוני" שהחלתו – שימו לב – "תקשה על הוצאתם לפועל של פיגועים בעורף ישראל ובתחומי אזור יהודה ושומרון" (מתוך מכתבה של קצינת פניות הציבור של פיקוד מרכז לעותרים, פירוט להלן).

9. ואכן הביטחון הוא נשמת אפיו (תרתי משמע וללא שמץ של ציניות), אך את הביטחון ניתן לשפר בהרבה דרכים חשוכות. האם למישהו יש ספק שביטחון מדינת ישראל יצא נשכר ואף אולי נשכר מאוד, מהוראה, למשל, שתאסור כליל על פלסטינים לנוע בכלי רכב ממונעים? האם הוראה כזו לא תקשה מאוד על פעילי טרור פלסטינים "להוציא לפועל פיגועים בעורף ישראל ובתחומי יהודה ושומרון"? ומה לגבי איסור נישואין בין ישראלים לפלסטינים (בינתיים אנחנו רק אוסרים על הנשואים לחיות יחדיו בישראל, אך אולי הפתרון הנכון יותר מבחינה ביטחונית הוא איסור מוחלט על נישואי "תערובת" שכאלה)? ולמה לא לדרוש מפלסטינים (בחקיקה) לסמן עצמם באופן שכוחות הביטחון ידעו מרחוק כי האיש שמולם אינו ישראלי? האם הוראה כזו אינה תורמת לביטחון?

10. אין ספק, אמצעים תחיקתיים כאלה ואחרים יחזקו את הביטחון, יגבירו את הפיקוח, יקשו על "הוצאתם לפועל של פיגועים בעורף ישראל ובתחומי יהודה ושומרון". אבל אמצעים אלה ממש - שייתכן שהם מחזקים את הביטחון – מרופפים, מערערים ושוברים את עמוד השדרה המוסרי שלנו. הם מעניקים לטרור את ההישג הגדול ביותר שהוא יכול לחלום עליו – בגידה שלנו בערכים שחרתנו על דגלנו ושבעבורם הקמנו חברה ומדינה.

11. המשיבים אולי שכחו, אבל יש דברים שלא עושים. גם אם זה עוזר לביטחון.

## **ג. הרקע העובדתי**

### **I. הצדדים**

12. העותרים הינם ארגוני זכויות אדם לא-ממשלתיים ישראלים הפועלים בישראל ובשטחים הכבושים.

13. המשיב מס' 1 הינו שר הביטחון של מדינת ישראל וע"פ חוק יסוד: הצבא הוא השר הממונה על צה"ל (סעיף 2(ב)) ועל-כן גם על המשיב מספר 2.

14. המשיב מס' 2 הינו מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ובידו מצויות כל סמכויות הניהול והחקיקה של השטח המוחזק על-ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית וזאת בהתאם לכללי המשפט ההומניטארי הבינלאומי ולדיני התפיסה הלוחמתית.

## II. ההוראה

15. ביום 19.11.2006 חתם אלוף פיקוד מרכז, הוא מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (המשיב מס' 2) על הוראות בדבר תנועה ותעבורה (הגבלת נסיעה ברכב ישראלי) (יהודה והשומרון), התשס"ז – 2006 ("ההוראה").

16. עיקרה של ההוראה בסעיף 2(א) שלה האומר כך (ההדגשה שלי; מ.ס.):

*"כל עוד עומדות הוראות אלה בתוקף –*

*לא יסיע ישראלי ברכב ישראלי, בתחומי האזור, אדם שאיננו ישראלי, אלא לפי רישיון שניתן, או שניתן לאותו אדם שאיננו ישראלי, מאת מפקד צבאי או מי שהוסמך לכך על ידו".*

17. ו"ישראלי" מוגדר כך בסעיף 1 להוראה:

*"ישראלי" – אדם הרשום במרשם האוכלוסין לפי חוק מרשם אוכלוסין, התשכ"ה – 1965, כפי תוקפו בישראל מעת לעת, לרבות מי שניתן לו אשרה ורשיון ישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב – 1952, כפי תוקפו בישראל מעת לעת"*

18. "רכב ישראלי" מוגדר אף הוא בסעיף 1 והוא:

*"רכב הרשום בישראל או רכב הנושא סימני היכר שנקבעו לו בישראל"*

19. אם-כן, המדובר בהוראה אשר אוסרת בפועל על כל מי שאיננו פלסטיני להסיע פלסטינים תושבי הגדה המערבית, אלא אם המסיע או הנוסע קיבלו לשם כך היתר מהמשיב 2 או מי שהוסמך על-ידו.

20. ההוראה מקימה מערך בירוקראטי שכל מטרתו לאכוף ולנהל את איסור ההסעה, לקבל בקשות להיתרים ולטפל בהן.

21. ההוראה מעניקה פריבילגיה מיוחדת לשתי קבוצות של פלסטינים אשר יראו אותן כמי שקיבלו היתרים והם (סעיף 2(ג) להוראה):

א. פלסטינים בעלי אישור כניסה לישראל;

ב. פלסטינים בעלי אישור עבודה בהתנחלויות.

22. הנה, הסעתם של חוטבי העצים ושואבי המים של ההתנחלויות ושל מדינת ישראל, אינה מעוכבת ואינה מותנית בהיתר לבל נמצא עצמנו ללא מי שינקה את רחובותינו, יבנה את בתינו ויבצע כל מלאכה שחורה הדרושה לנו. גם זאת, לצערנו, כמיטב המסורת של משטרי הפרדה המקלים על המשרתים להגיע אל אדוניהם.

23. ובנוסף, פטורים מהחובה לבקש היתר הישראליים הבאים (סעיף 2(ד)-(ו) להוראה):

א. נהג אוטובוס ישראלי בגדה;

ב. ישראלי עבור הסעת בן משפחתו הפלסטיני מדרגה ראשונה;

ג. חיילים ושוטרים.

24. קשה להפריז בחשיבות משמעותו של הצו. הדרישה להיתר הסעה ממיטה חורבן על אותן הקהילות מצומצמות שגם בימים קשים אלה ממשיכות לקיים יחסי רעות ושיתוף ישראלי-פלסטיני.

25. העותרים, כל אחד בהתאם לתחום בו הוא עוסק, מקיימים יחסים כאלה. כך למשל מתנדבות ומתנדבי העותרת מספר 1 מסיעים כדבר שבשיגרה פלסטינים מכפרים בכל רחבי הגדה לתחנות משטרה ישראליות הממוקמות לרוב בתוככי התנחלויות, כדי שאלה יוכלו להגיש תלונות על עבירות פליליות שבוצעו כנגדם. הסעה כזו דורשת על-פי ההוראה היתר מהמשיב מס' 2.

26. היקף התפרשותן הרחב של ההגדרות "ישראלי" ו"רכב ישראלי" בהוראה, מחיל את האיסור על הסעת פלסטינים גם על זרים ואפילו אלו שנדרשים להסעת פלסטינים בתוקף תפקידם כגון: עיתונאים זרים, עובדי סוכנויות או"ם למיניהם, אנשי ארגוני סיוע ואפילו נציגי שגרירויות זרות שאינם דיפלומטים אשר נכנסים לישראל ללא צורך באשרה.

27. כך הדבר גם לגבי ישראלי-פלסטיני המבקש להסיע את אחותו ובעלה למשל. את אחותו הוא יכול להסיע ללא היתר מיוחד אולם בעלה ייאלץ לגשת למשרדי המינהל האזרחי ולהגיש בקשה להיתר מיוחד.

28. הוא הדין לגבי קבוצות של ישראלים ויחידים אשר מגיעים מעת לעת לכפרים שונים בגדה המערבית לצורך הבעת סולידאריות עם קשיי היומיום של התושבים הפלסטינים, לצורך

מתן סיוע (למשל במסיק הזיתים), וסתם לביקורים חברתיים (כן, יש כאלה!). דוגמא מובהקת למערכת יחסים שהיא שילוב של שותפות פוליטית וחברות קרובה היא הקשר שנוצר בין קבוצת הישראלים הפעילים בכפר הפלסטיני בילעין למארחיהם. כעת, עבור כל נסיעה מהכפר לאדמותיו ברכביהם, יאלצו הישראלים לבקש היתר או להסתכן בהפרת ההוראה.

29. וזה הרגע להזכיר כי הפרת ההוראה היא עבירה פלילית. ובעוד שהנזק הצפוי לישראלים מהפרת ההוראה אינו כבד (כי על-פי מדיניות שנקבעה אין ישראלים מועמדים לדין בבתי-המשפט הצבאיים), הסכנה הנשקפת לפלסטינים היא ממשית ומוחשית. פלסטיני שייתפס נוסע ללא היתר ברכב ישראלי שנהגו ישראלי (וכזכור ישראלי הוא גם תייר), עלול למצוא עצמו נשפט בבית משפט צבאי בגין הפרת ההוראה או בגין סיוע / שידול להפרתה, ע"פ סעיף 88(ג) לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל – 1970; להלן: "הצו בדבר הוראות ביטחון"), הוא יהיה צפוי לעונש של **עד חמש שנות מאסר** (סעיף 92 לצו בדבר הוראות ביטחון), יישלל ממנו הכרטיס המגנטי וכל חייו ינוהלו תחת העננה של ההפרה.

30. זוהי ההוראה. על-פי האמור בה היא תיכנס לתוקף ביום 19.1.2007. אין ספק שפועלה הוא חסר תקדים אפילו בארבעים שנות התחיקה הצבאית שלנו בשטחים הכבושים. באמצעותה יפקח צבא ההגנה לישראל על הקשרים בין ישראלים לפלסטינים, ובאמצעותה יקבע אלו קשרים מקובלים עליו ועל אלו הוא יכביד את ידו. אכן, מעבר לפסול המוסרי שבצו, על פגיעתו הקשה בכבוד האדם, טמון בו גם פוטנציאל מסוכן מאוד של שימוש פוליטי. כך, למשל, מתגנב החשד שמדיניות מתן ושלילת ההיתרים תשרת לא רק צרכי ביטחון אלא גם מדיניות מקל וגזר כלפי פעילים פוליטיים כגון פעילי בילעין ואחרים.

31. ומבלי לגרוע מטיעוננו להלן נגד חוקיות ההוראה גם במקרה שיוכח באותות ובמופתים כי היא תורמת תרומה כלשהי לביטחון, נבקש לציין כי למיטב הבנתנו אין הדבר כך ואין ההוראה מסייעת כלל לביטחון. בגדה המערבית חלים זה מכבר מספר הוראות-דין האוסרות על פלסטינים להיכנס לאזורים מסויימים (למשל למרחב התפר), קיים איסור על כניסה ללא היתר לישראל ולהתנחלויות וכל אלה נאכפים באמצעות בידוקים, חסימות ומחסומים. פועלה של ההוראה נשוא עתירה זו, אם-כן הוא איסור נסיעה משותפת במסלולים המותרים לפלסטינים. קשה מאוד להבין מהו הצידוק הביטחוני של ההוראה.

32. כלומר, להבנת העותרים, עניינה של ההוראה אינו במניעת תנועת פלסטינים במקומות מסוימים אלא בנסיעה המשותפת בלבד. הדבר מוכיח כי מדובר בהוראה שמטרתה הראשית יצירת הפרדה ואפליה ולא שמירה על הבטחון.

### III. מיצוי הליכים

33. ביום 20.11.2006 שלח העותר מספר 1 מכתב למשיב מס' 1 ובו דרש את ביטול ההוראה.
34. ביום 26.11.2006 שלח העותר מס' 1 מכתב למשיב מס' 2 וגם בו נדרש ביטולה של ההוראה.
35. ביום 28.11.2006 שלח העותר מס' 6 מכתב למשיב מס' 2. במכתב זה דרש העותר מס' 6 כי ההוראה תבוטל.
36. ביום 29.11.2006 שלח העותר מס' 5 מכתב למשיב מס' 2 וגם הוא דרש את ביטול ההוראה.
- פניות המשיבים 1, 5 ו-6, מצ"ב ומסומנות בהתאמה נספחים ב'-ה'.
37. המשיב מס' 1 לא השיב לפניית העותר מס' 1.
38. המשיב מס' 2 השיב לפנייות העותרים באמצעות סרן מירן לוי, קצינת פניות הציבור של פיקוד מרכז. בתשובתו דחה המשיב מס' 2 את הדרישה לבטל את הצו.
- תגובות המשיב מס' 2 מצ"ב ומסומנות נספחים ו'-ח'.
39. ביום 27.12.2006 פרסם המשיב מס' 2 מודעה בעיתון "הארץ" ובה בישר לציבור על כניסתה המיועדת לתוקף של ההוראה. בין היתר, נקבע במודעה כי המשיב מספר 2 הגדיר מספר מקרים בהם אין צורך לקבל היתר מיוחד ואחד מהם הוא: "פעילי ארגון לזכויות אדם וארגונים בינלאומיים שיקבלו היתר כללי או היתרים מיוחדים".
40. היות שהעותרים רואים בבקשת היתר (בין כללי ובין מיוחד) שיתוף פעולה פסול עם אפליה משפטית על בסיס לאומי, אף אחד מהם לא ביקש היתר ואין בכוונתם לבקש היתר בעתיד.
- המודעה מעיתון "הארץ" מצ"ב ומסומנת נספח ט'.
41. מכאן עתירה זו.

I. כללי

42. העותרים יטענו להלן כי ההוראה, לבד מהיותה בלתי מוסרית, מפרה במקביל ובאופן עצמאי שלושה שדות משפטיים החלים על פעולת המפקד הצבאי בשטח כבוש: המשפט הבינלאומי ההומניטארי, המשפט הבינלאומי של זכויות האדם, המשפט החוקתי והמינהלי הישראלי.

43. בנוסף, ובין אם נסווג את הדבר כנובע ממשפט זכויות האדם הבינלאומי ובין אם נסווג כנובע מהעקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי, העותרים יטענו כי ההוראה יוצרת משטר אפרטהייד וכן משטר של רדיפה של קבוצה לאומית המהווים שניהם פשעים בינלאומיים.

44. לבסוף, העותרים יטענו להלן כי בחקיקת הצו חרג המפקד הצבאי מסמכות החקיקה המסורה לו על-פי המשפט הבינלאומי ועל-פי תחיקת הביטחון עצמה.

45. בטרם נעבור לניתוח המשפטי המפורט נרשום לפנינו את מהות הפגיעה בזכויות היסוד של הפלסטינים שעל-פי הצו אינם רשאים ללא היתר להיכנס לרכבים של ישראלים וזרים. המדובר, בראש ובראשונה בפגיעה בכבודם כבני אדם:

*"ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס למופלה של מעמד נחות, שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה..."*

*[אפליה כזו] משדרת מסר כי הקבוצה שעומדה היא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה. התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאששת את הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה. היסוד המרכזי, על-כן, בהפליה מחמת מין, גזע או הפליה דומה הוא השפלת הקורבן."*

(דברי כבי' השופטת דורנר בבג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון ו-3 אחרים, פ"ד מט(4) 94, פסקה 4 לחוות-דעתה)

46. הפגיעה בכבוד נובעת, למעשה, מההתייחסות אל הפרטים החברים בקבוצה המופלית כאל משהו אחר, משהו שהוא פחות בערכו ועל-כן לא זכאי לאותן זכויות היסוד להם זכאים חברי קבוצת הרוב או הקבוצה השליטה. זוהי פגיעה בלב-ליבה של תפיסת האנושיות המשותפת לכולנו ("our common humanity").

47. זוהי תוצאת ההוראה, בין אם זו הייתה תכליתה ובין אם לאו. ישראלים וזרים יכולים להסיע האחד את השני, אבל פלסטינים – כמו קסטת המנוודים בהודו – אינם רשאים לבוא בקהל. כאמור, הם אחרים ו-פחותים.
48. עמדת העותרים היא כי גם כבודם של ישראלים נפגע מההוראה באשר הם אנוסים לשתף פעולה עם אפליה על רקע לאומי בין אם ע"י בקשת היתרים ובין אם ע"י סירוב להסיע פלסטיני כשאינן בידם או בידו היתר.
49. בנוסף ההוראה פוגעת בחירויות יסוד לתנועה ולקיום קשרים חברתיים ומשפחתיים. למעשה ההוראה, ופילוסופיית ההפרדה שבבסיסה, פוגעות באוטונומיה האישית של האדם לבחור ולממש ללא הפרעה קשרים עם בני אדם אחרים, ובהיבט זה היא פוגעת גם בזכויות היסוד של הישראלים והזרים עליהם היא חלה.
50. כל הפגיעות החמורות האלו מובילות אותנו לניתוח המשפטי. אך לפני שנצלול אליו, ברצוננו להקדיש מספר מילים לאי-תחולת דוקטרינת המידתיות על הנושא שלפנינו.

## II. יש דברים שהמידתיות אינה רלבנטית לגביהם

51. בכל אחד מהשדות המשפטיים אותם הזכרנו (משפט הומניטארי, משפט זכויות האדם, משפט חוקתי ישראלי) יש תחולה כזו או אחרת לצורה כלשהי של דוקטרינת המידתיות (או: פרופורציונאליות). השימוש בדוקטרינה זו השוקלת, לעיתים בעזרת מבחני משנה, את הנזק הנגרם מפעולה שלטונית לעומת התועלת הצומחת ממנו, גבר בשנים האחרונות ובית משפט זה מכריע בעזרתה באופן תדיר בדבר חוקיות מעשי הצבא בשטחים הכבושים.
52. עמדת העותרים הינה כי במקרה שלפנינו אין תחולה לדוקטרינת המידתיות, ועל-כן גם אין חשיבות לשאלה עד כמה ההוראה מיטיבה עם הביטחון.
53. הסיבה לכך נעוצה באופי הפגיעה בזכויות היסוד בשל ההוראה נשוא עתירה זו שהיא פגיעה היורדת לשורשה של פילוסופיית הזכויות הטבעיות של האדם.
54. איננו שואלים עצמנו האם הוראת-חוק המביאה להרשעת חפים מפשע היא מידתית לתועלת שאולי צומחת ממנה; איננו מבררים מה היחס בין התועלת הכלכלית הצומחת מקיומה החוקי של עבדות לנזק שנגרם לזכויות בני האדם שהופכים לעבדים; ואיננו אמורים לשאול מה התועלת הצומחת מדבר-חוק שמבחין בין אדם-פלסטיני לאדם-שאינו-פלסטיני ופוגעת על-כן בכבודו כאדם ובכבודו כמי שמקיימים שיטת משפט המבוססת על אדנים הומניסטיים.

55. כי כל אלה, כפי שכתב לאחרונה בהקשר של המותר והאסור במאבק בטרור, אחד מגדולי הפילוסופים של המשפט, פרופ' רונלד דבורקין, הם נושאים שאינם בני-שקילה (ההדגשות שלי; מ.ס.):

*"The image of striking a new balance is popular, but it is also peculiarly inapt... The issues we actually face are very different, however, and the balancing metaphor obscures those issues. We must decide not where our own interest lies on balance but the very different question of what morality requires, even at the expense or our own interests, and we cannot answer that question by asking whether the benefits of our policy outweighs its costs to us".*

(R. Dworkin, **Is Democracy Possible Here?** (Princeton U.P., 2006), p. 27)

56. הגם שאין חולק שכיבוד זכויות אדם מחייב לעיתים איזון ושקילה, הגרעין הפילוסופי של רעיון הזכויות הטבעיות של האדם אומר כי ישנם דברים שאסור לשלטון לעשות, גם אם טובה כלשהי תצמח מכך. אחד מאותם דברים היא עצם ההכרה באנושיות ועל-כן בכבוד האנושי הנתון לכל אדם באשר הוא אדם.

57. דבר-חוק שיוצר אפליה שיטתית, ממוסדת וקבועה בין קבוצות של בני אדם - פוגע באותה ליבה של זכויות האדם ועל-כן אין שום משקל לשאלת התועלת הצומחת מאבחנה כזו.

58. וכך, עמדת העותרים הינה, שדבר חקיקה השולל במפורש, ללא כחל וסרק, זכות יסוד מ"סוג" אחד של בני אדם הוא כזה שאין רלבנטיות לתועלת הצומחת ממנו – אם כלל צומחת.

### III. הפרת המשפט הבינלאומי של זכויות האדם

59. משפט זכויות האדם הבינלאומי כולל שלל איסורים על אפליה על רקע לאומי. להלן מקבץ:

60. ההכרזה הבינלאומית לכל באי עולם בדבר זכויות האדם קובעת בסעיף 7 כי:

*"הכל שווים לפני החוק וזכאים ללא אפליה להגנה שווה של החוק. הכל זכאים להגנה שווה מפני כל אפליה המפירה את מצוות ההכרזה הזאת ומפני כל הסתה לאפליה כזו.*

61. מדינת ישראל חתמה על האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966 ואשררה אותה, ובה התחייבה בין היתר (סעיף 2, ההדגשות שלי; מ.ס.):

*"...לכבד ולהבטיח לכל היחידים בתחומיה והכפופים לשיפוטה את הזכויות שהוכרו באמנה זו, ללא הפליה מכל סוג שהוא, כגון מטעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה פוליטית, או אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, יחוס או כל מעמד אחר"*

62. יצויין כי איסור האפליה נקבע באמנה כשייך לקבוצת הזכויות שלא ניתן להשעותן בתקופת חירום (סעיף 4 לאמנה, ההדגשה שלי; מ.ס.):

*"בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה ואשר על קיומה הוכרו רשמית, רשאיות המדינות שהן צד באמנה זו לנקוט אמצעים הגורעים מהתחייבויותיהן שעל-פי אמנה זו, במידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב, ובלבד שאותם אמצעים לא יהיו בלתי מתיישבים עם התחייבויותיהן האחרות על-פי המשפט הבינלאומי ולא יגררו הפליה שתהא מבוססת אך ורק על טעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת או מוצא חברתי"*

63. ישראל חתמה גם על האמנה הבינלאומית לביעור כל צורות האפליה, 1965 ואשררה אותה. סעיף 1(א) לאמנה מגדיר את המונח אפליה:

*"באמנה זו המונח "אפליה גזעית" משמעו יהא כל הבחנה, הוצאה מן הכלל, הגבלה או העדפה המיוסדים על נימוקי גזע, צבע, יחוס משפחתי, מוצא לאומי או אתני, שמגמתם או תוצאתם יש בהן כדי לסכל את ההכרה, ההנאה והשימוש, או לפגום בהכרה, בהנאה או בשימוש, על בסיס שווה, של זכויות האדם וחירויות היסוד בחיים המדיניים הכלכליים, החברתיים, התרבותיים, או בכל תחום אחר בחיי הציבור.*

64. אין ולא יכול להיות ספק שההוראה עומדת ברכיבי הגדרת "אפליה גזעית" שהובאה לעיל. המדובר בהבחנה; המיוסדת על מוצא לאומי; שתוצאתה פגיעה בהנאה מחירויות האדם הבסיסיות.

#### IV. הפרת המשפט ההומניטארי הבינלאומי

65. איסור האפליה מונח ביסוד הוראות רבות של המשפט ההומניטארי. סעיף 3 המשותף לארבע אמנות ג'נבה והמקובל כמשפט בינלאומי מנהגי וכמעין "קונסטיטוציה בזעיר

אנפין" של המשפט ההומניטארי, טורח לאסור פרקטיקות של אפליה במפורש (ההדגשה שלי; מ.ס.):

*"בני אדם, שאינם נוטלים חלק פעיל בפעולות האיבה, ... יהיו נוהגים בהם תמיד מנהג אנושי, ללא כל הפלייה לרעה מטעמי גזע, צבע, דת או אמונה, מין, יוחסין, מצב חברי, או מכל טעם אחר כיוצא בזה".*

66. סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בתקופת מלחמה, 1949, (להלן: "אמנת ג'נבה הרביעית") קובע איסור על אפליה בין אזרחים:

*"...בלא לפגוע בהוראות הנוגעות למצב בריאותם, גילם ומינם של מוגנים, יהא בעל הסכסוך נוהג בכל המוגנים שברשותו מתוך תשומת לב שווה, ללא כל הפלייה לרעה המבוססת, במיוחד, על נימוקי גזע, דת או השקפה מדינית.*

67. הגם שהסעיף עוסק באפליה בין אזרחים מוגנים, וישראלים בגדה אינם אזרחים מוגנים, דומה שהאיסור על אפליית המוגנים אל מול אזרחים שאינם מוגנים נגזר מקל וחומר.

68. סעיף 13 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי הגנת האוכלוסייה האזרחית על-פי האמנה תינתן ללא אפליה מטעמי "גזע, אזרחות, דת או השקפה מדינית".

69. סעיף (c)(4)85 לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה, משנת 1977, קובע ש"נהגי אפרטהייד ונהגים לא אנושיים אחרים הכרוכים בפגיעות חמורות בכבוד אישי, על בסיס אפליה גזעית" יהוו הפרות חמורות של הפרוטוקול.

70. הנה כי כן, איסור האפליה של אזרחים בידי כוחות צבאיים השולטים בהם, הינו יסוד מוסד של המשפט ההומניטארי ואין הדבר מפתיע שהרי המשפט ההומניטארי בכלל ודיני הכיבוש בפרט הם מעין מגילת זכויות אדם מינימאליות של אזרחים בימי לחימה, ואין קודקס של זכויות אדם שאינו כולל כחלק מרכזי שלו איסור אפליה לכל הפחות על רקע גזע, מין ולאום.

## V. הפרת המשפט החוקתי והמינהלי הישראלי

71. האיסור על אפליה קבוע במגילת העצמאות וזרם אל המשפט החוקתי הישראלי עוד טרם חקיקת חוקי היסוד דרך ההלכה הפסוקה (ראו: בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693).

72. איסור האפליה קיבל עיגון חוקתי על-חוקי עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו בין היתר: בג"צ 7541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון ואחרים, פ"ד מט (4) 94; בג"צ 6698/95 עאדל קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נד(1) 258; בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב (3) 630).

73. איסור האפליה הוא גם חלק מהמשפט המינהלי – כפי שנקבע בין היתר בפסקי הדין שאוזכרו לעיל – ואת המשפט המינהלי "נושא עימו כל חייל צה"ל בתרמילו" כפי שנקבע רבות ולאחרונה בבג"צ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ראש הממשלה ואח' (פסק-דין מיום 14.12.2006, פסקה 18, טרם פורסם), וראו גם: בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 810.

## VI. משפט פלילי בינלאומי

74. האמנה הבינלאומית בדבר דיכוי ושפיטה של פשע האפרטהייד מ-30 בנובמבר 1973, הגדירה בסעיפים II (c) ו-(d) את פשע האפרטהייד כבין היתר הפעלת אמצעים חקיקתיים שונים על קבוצות גזע שונות תוך פגיעה בזכויות יסוד של אחת:

*"II. For the purpose of the present Convention, the term "the crime of apartheid", which shall include similar policies and practices of racial segregation and discrimination as practiced in southern Africa, shall apply to the following inhuman acts committed for the purpose of establishing and maintaining domination by one racial group of persons over any other racial group of persons and systematically oppressing them...*

*(c) Any legislative measures and other measures calculated to prevent a racial group or groups from participation in the political, social, economic and cultural life of the country and the deliberate creation of conditions preventing the full development of such a group or groups, in particular by denying to members of a racial group or groups basic human rights and*

*freedoms, including ... the right to freedom of movement...*"

75. הצו האוסר נסיעה משותפת של ישראלים ופלסטינים ברכב ישראלי הוא (1) אמצעי משפטי; (2) המונע מקבוצה (אמנם על בסיס לאומי ולא גזעי) את היכולת לממש זכות יסוד (לחופש תנועה, לכבוד, לקשרים חברתיים); (3) לצורך קיום מלא של רכיבי ההגדרה של פשע האפרטהייד כפי שצוטט לעיל נותר לשאול האם אמצעי חקיקתי זה נעשה במטרה לשמר שליטה של קבוצה אחת על האחרת. להבנתנו, פרשנות סבירה למדי של אמצעי התחיקה הצבאית-ביטחונית בשטח כבוש היא שמטרתה שימור השליטה על אזרחי השטח הכבוש, ובמקרה שלפנינו – שימור השליטה הישראלית על הגדה המערבית ועל הפלסטינים החיים בה.

76. המשפט הבינלאומי עקבי בהוקעת משטרים משפטיים המפלים על רקע קבוצתי: אמנת רומא שהיא חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי, קובעת בסעיף 7(1)(h) כי פגיעה בזכויות אדם על-פי מפתח אתני מהווה **פשע נגד האנושות מסוג 'רדיפה'**:

*Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court;*

1 – Persecution מוגדר בסעיף 7(2)(g) כך:

*"Persecution" means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity;*

77. הגם שההוראה נשוא עתירה זו אינה נכנסת ככל הנראה לגדרי סמכות השיפוט של בית המשפט הפלילי הבינלאומי (היות והדרישה של אמנת רומא היא שעבירת הרדיפה תתבצע בהקשר של פשע בינלאומי אחר – "in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the court" – היא ממלאת את רכיבי הגדרת פשע הרדיפה שהם: (1) שלילה חמורה של זכות יסוד; (2) מקבוצה של בני אדם על-פי מפתח לאומי; (3) בשל השתייכותם לקבוצה זו.

78. הנה, פגיעה בזכויות יסוד על רקע זהות (בין היתר אתנית או לאומית) מוגדרת כרדיפה, ורדיפה כזו הינה פשע נגד האנושות. אין ספק שהצו פוגע קשות בזכויות יסוד (לחופש תנועה, לקשרים חברתיים ומקצועיים ובעיקר לכבוד) ואין גם חולק שהן מופנות וחלות רק על מי שהינו פלסטיני.

## VII. חריגה מסמכות

79. העותרים יטענו לבסוף כי סמכות החקיקה של המפקד הצבאי בשטח כבוש אינה כוללת חקיקה מהסוג שההוראה נשוא עתירה זו נמנית עליו.

80. טענתנו היא כי תקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר נהגיה וכלליה של המלחמה ביבשה, 1907, שקובעת את גדרי סמכותו של המפקד הצבאי בשינוי החקיקה של השטח הכבוש, אינה מקנה למשיב מס' 2 סמכות לחוקק חוקים מפלים.

81. מלכתחילה, סמכות התחיקה של המפקד הצבאי היא מוגבלת ביותר. כאמור בתקנה 43 –

*"The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country"*

82. כוחות החקיקה המוגבלים ממילא של הכובש (חובה לשמור על הדין הקיים אלא אם כן "קיימת מניעה מוחלטת" לכך), כפופה לעקרונות הבסיסיים של הדין ההומניטארי הכולל איסור אפליה (ראו: D. Fleck (ed.), **The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts** (Oxford U.P., 2003) p. 247 – להלן: "המדריך למשפט ההומניטארי").

83. וראו הדוגמא שנותן המדריך למקרה שבו **צריכה** המעצמה הכובשת לשנות את הדין הפנימי של השטח הכבוש (עמ' 547, ההדגשה שלי; מ.ס.):

*"... the occupying authorities should not observe provisions of the national law of occupied territory which 'constitute... an obstacle to the application of humanitarian law' (see the similar wording of Art. 64 para. 1). This refers especially to national regulations*

*not compatible with the provisions of international humanitarian law... e.g. openly discriminatory measures..."*

84. ובכן, לא רק שאין סמכות לשנות הדין הפנימי של שטח כבוש בדרך שיוצרת אפליה, אלא שעל הכובש חלה חובה לבטל דינים מפלים הקיימים בשטח כבוש.

#### ד. סוף דבר: לרפא את המשפט

*"I would say that the whole life of any thinking African in this country is driven continuously to a conflict between his conscience on the one hand and the law on the other... The law as it has been developed... is a law that in our view is immoral, unjust and intolerable. Our consciences dictate that we must protest against it, that we must oppose it and that we must attempt to alter it."*

(מתוך: נאום ההגנה של הנאשם נלסון מנדלה במשפטו בשנת 1962, מצוטט בדו"ח הסופי של ועדת האמת והפיוס של דרום-אפריקה שהוגש לנשיא נלסון מנדלה ביום 29.10.1998, חלק רביעי פרק 4 שכותרתו: "Institutional Hearing: the Legal (Community)"

85. הדברים שצוטטו לעיל הובאו מתוך הפרק הרביעי בחלק הרביעי של דו"ח ועדת האמת והפיוס בדרום אפריקה העוסק באחריותה של המערכת המשפטית לפשעים שביצע משטר האפרטהייד בדרום אפריקה. הועדה שאלה עצמה האם עורכי-דין מטעם המדינה ניסחו חוקים שלא היו צריכים לחוקק? האם פרקליטים הגנו על תיקים שלא היה מקום להגן עליהם, האם עורכי-דין פרטיים שיתפו פעולה עם חוקים שלא היה מקום להכיר בהם או להסתמך עליהם והאם השופטים נכשלו בהגנה על עקרונות היסוד של הקהילייה האנושית.

86. עמדתם הבלתי מתפשרת של העותרים היא שההוראה נשוא עתירה זו מזהמת את המשפט הצבאי. עמדתם היא שהמדובר בזיהום שעשוי להיות קטלני אם לא יעקר מייד. הוא נושא בקרבו זרע פורענות, די.אן.אי של משטר חשוך ושל מדרון חלקלק שסופו מי ישרנו.

87. מחלה זו - אין עם שמכיר את פגיעיה יותר מעמנו. אכן, "יהודי, מְזַנֵּף דְרָכָיוֹת מדור-דור / מסתנן / בן בנה של מסתננת" כפי שכתב נתן אלתרמן בשירו שפתח את כתב העתירה. מכל העמים לנו הכלים לזהות את המחלה ואת תסמיניה עוד בראשיתם. עלינו מוטלת החובה המוגברת להזהיר ולהיזהר מפניה.

88. על-כן עותרים העותרים לבית המשפט הנכבד כי יעשה שימוש בסמכותו ויורה על ביטול מוחלט של ההוראה, ביטול שפועלו רטרואקטיבי, שימחק את ההוראה מספר החוקים של זרוע שלטונית ישראלית. כאילו מעולם לא הייתה.

**אשר על-כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי כמבוקש בראשית כתב עתירה זה, ולאחר קבלת תגובת המשיבים, להפכו למוחלט.**

**בנוסף מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים ובשכ"ט עורך-דינם בצירוף מע"מ כדין.**

7.1.2007

---

מיכאל ספרד, עו"ד  
ב"כ העותרים