

בעניין:

1. עבדאללה, ת"ז _____
תושבת הרשות הפלסטינית
 2. עבדאללה, ת"ז _____
קטין, באמצעות אמו, העותרת 1
 3. עבדאללה, ת"ז _____
קטינה, באמצעות אמה, העותרת 1
 4. עבדאללה, ת"ז _____
קטינה, באמצעות אמה, העותרת 1
 5. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר**
ע"י ב"כ עוה"ד עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או יותם בן הלל (מ"ר 35418) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או ליאורה בכור (מ"ר 50217) ו/או אלעד כהנא (מ"ר 49009).
- מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

1. **המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**
 2. **מתאם פעולות הממשלה בשטחים**
- המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא ישיבו לפניותיהם של העותרים אליהם מזה שישה חודשים תמימים.
- ב. מדוע לא יתירו את מעברם של העותרים 1-4 מרצועת עזה לגדה המערבית, לביקור אמה האלמנה חולת הסרטן של העותרת 1, ואחיה חולה הלב של העותרת 1, אשר עבר לאחרונה ניתוח לב מורכב.

בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה.

מזה חצי שנה מבקשת העותרת נואשות לבקר את אמה האלמנה, לאחר שעקב מצבה הבריאותי הקשה אושפזה האם ועברה ניתוח מסובך לכריתת רחם, וכן מבקשת העותרת לבקר את אחיה, אשר אושפז גם הוא בבית החולים ועבר ניתוח לב פתוח.

אולם, על אף הנסיבות ההומניטאריות המובהקות, ועל אף פניות חוזרות ונשנות מצד המשיבים, מסרבים המשיבים לתת מענה לפניות ולהתיר את הביקור החשוב.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**), היא פלסטינית, ילידת 1969, אשר גדלה בעיר רמאללה בגדה המערבית ומתגוררת כיום, מאז נישואיה, ברצועת עזה.
2. העותרים 2-4 הם שלושת ילדיה של העותרת: העותר 2, _____, בן שלוש עשרה; העותרת 3, _____, בת חמש; העותרת 4, _____, בת ארבע.
3. העותר 5 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) הוא ארגון זכויות אדם הפועל להגנה על זכויותיהם של פלסטינים תושבי השטחים הכבושים.
4. המשיב 1 הוא המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מארבעים שנה. המשיב הוא בעל הסמכות להתיר את מעברם של פלסטינים אל הגדה וממנה.
5. המשיב 2, מתאם פעולות הממשלה בשטחים, הוא האחראי על יישום מדיניות ישראל בגדה המערבית וברצועת עזה, וממונה, בין היתר, על מינהלת התיאום והקישור לרצועת עזה.

מצבם הרפואי של אמה ואחיה של העותרת

6. אמה של העותרת, הגב' _____ צאלחי (ת"ז _____), הינה אלמנה בת ששים וארבע, חולת סרטן, המתגוררת לבדה ברמאללה, אשר עברה לאחרונה ניתוח לכריתת הרחם ונמצאת כיום בהתאוששות. מצבה הרפואי של האם חולת הסרטן עבר מאז עליות ומורדות, והיא נמצאת תחת מעקב רפואי קבוע. יצוין, כי בשל מדיניותם המגבילה והמצמצמת של המשיבים, לא עלה בידי העותרת לראות את אמה הקשישה **מזה כתשע שנים**.
7. בחודש אפריל 2009, אושפזה האם בבית החולים של הצלב האדום באלבירה (רמאללה), כשהיא סובלת מדימומים וגינאליים כבדים ומתמשכים. במסגרת הבדיקות המקיפות שעברה בזמן האשפוז, התגלה סרטן ברחמה, היא החלה לעבור טיפולים וביום 1.7.09 עברה ניתוח לכריתת רחם.
העתק דו"ח רפואי על מצבה של גב' צאלחי, מצורף ומסומן ע/1.
8. גם אחיה של העותרת, מר _____ צאלחי (ת"ז _____), הוא אדם חולה, הסובל מבעיות לב שונות, בין היתר מחלת לב איסכמית כרונית קשה.
9. ביום 20.7.09 הידרדר מצבו של מר צאלחי באופן פתאומי והוא אושפז בבית החולים "אלתחוצוי" בשכם. במסגרת האשפוז, התברר כי הוא סובל מאי ספיקת לב חמורה, והוא הובהל בדחיפות לחדר הניתוח. לאחר הניתוח הראשון, נדרש מר צאלחי לעבור ניתוח שני, הפעם ניתוח לב פתוח אשר נמשך שעות ארוכות.
העתקי דו"חות רפואיים על מצבו של מר צאלחי מצורפים ומסומנים ע/2.

מיצוי ההליכים

10. ביום 25.6.09 פנתה העותרת למשיבים, באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית, כדי להתיר בדחיפות את מעברה דרך ישראל לגדה, לאור מצבה הרפואי של אמה. חמישה ימים לאחר מכן, ביום 30.6.09, נמסר לעותרת מנציג הוועדה האזרחית כי הבקשה הועברה לידי הצד הישראלי.

11. ביום 1.7.09 ערכה נציגת המוקד להגנת הפרט בירור מול המוקד ההומניטארי במת"ק עזה, בעניין מצב הטיפול בבקשתה של העותרת. למרבה ההפתעה, מסר לה חייל בשם איתי כי בניגוד לאמור, בקשתה של העותרת דווקא "לא התקבלה בצד הישראלי". העותרים נאלצו לשוב ולפנות לוועדה האזרחית, אשר מסרה – לאחר בירור – כי לה נמסר מהצד הישראלי שהבקשה בידיהם וכי היא "בטיפול"!

באותו יום, בעוד העותרת ממתינה למענה לבקשתה הדחופה, עברה אמה של העותרת את הניתוח לכריתת רחמה בבית החולים בשכם.

12. ביום 2.7.09 פנתה נציגת המוקד להגנת הפרט פעם נוספת, בטלפון, למוקד ההומניטארי. הפעם מסרה חיילת בשם יסמין כי הבקשה אכן נמצאת "בטיפול".

13. ביום 5.7.09 פנו העותרים למוקד ההומניטארי בכתב, הדגישו את הנסיבות ההומניטאריות הברורות והעובדה שהאם הקשישה חולת הסרטן נאלצת לעבור ניתוח קשה ותקופת שיקום בלא שבתה יכולה לעמוד לצדה, וביקשו להחיש את הטיפול בפנייה.

העתק מכתבו של המוקד להגנת הפרט למוקד ההומניטארי מיום 5.7.09 מצורף ומסומן ע/3.

14. ביום 9.7.09 פנתה נציגת המוקד להגנת הפרט פעם נוספת למוקד ההומניטארי, בטלפון, אולם חיילת בשם קטי מסרה רק כי הבקשה עודנה "בטיפול".

15. כאמור לעיל, בינתיים חלה הידרדרות במצבו הבריאותי של אחיה של העותרת, אשר ביום 21.7.09 נאלץ לעבור ניתוח לב פתוח.

16. ביום 27.7.09 פנו העותרים במכתב נוסף אל המוקד ההומניטארי שבמת"ק עזה, שבו וביקשו להחיש את הטיפול בעניינה של העותרת והדגישו את החשיבות והדחיפות הנוספת שבהתרת הביקור, לאור מצבו הרפואי הקשה של אחיה.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט למוקד ההומניטארי מיום 27.7.09 מצורף ומסומן ע/4.

17. אולם פנייה זו לא רק שלא הביאה לסיום הטיפול בבקשה, אלא שבעקבותיה הגיעה התנהלות המשיב לשיא של אבסורד, כאשר לאחר חודש ימים בו מצויה הבקשה – כביכול – בטיפול המת"ק, טען לפתע חייל בשם נתנאל מן המוקד ההומניטארי בשיחה טלפונית, כי **הבקשה כלל לא הועברה לידיהם מן הצד הפלסטיני!**

18. נציגת המוקד הפנתה אותו לכל ההתכתבויות והודעות המת"ק על הטיפול בבקשה במשך חודש ימים, אולם בלא הועיל – אותו נתנאל עמד על כך שהבקשה "לא הועברה" וכי יש להעבירה כעת!

19. ביום 28.7.09 פנו העותרים במכתב נוסף למוקד ההומניטארי, בו פורטה השתלשלות העניינים בטיפול בבקשתם של העותרים, **בדגש על העובדה כי במשך תקופה של חודש תמים נמסר שוב ושוב כי העניין "בטיפול", והעותרת עודנה מחכה למענה – אך עתה מתברר כי המשיב לא טיפל כלל בבקשה!**

העתק פניית המוקד להגנת הפרט למוקד ההומניטארי מיום 28.7.09 מצורף ומסומן ע/5.

20. במקביל, בניסיון לקדם את העניין באופן מעשי, שבו ופנו העותרים לוועדה האזרחית – בפעם השלישית – וביקשו כי בכל זאת יעבירו פעם נוספת את הבקשה בעניינה של העותרת. מן הוועדה האזרחית נמסר כי הבקשה הועברה פעם נוספת לידי הצד הישראלי.

21. ביום 29.7.09 מסר נתנאל מן המוקד ההומניטארי כי הבקשה הנוספת הגיעה לידיהם וכי היא "בטיפול".

22. אך הימים חולפים, ודבר לא קורה. אי לכך, ביום 3.11.09 פנה המוקד להגנת הפרט לסרן נעם מצרפי ממת"ק עזה, בתזכורת מקובצת לבקשות רבות הממתינות לתשובת המת"ק, ביניהן בקשת העותרים.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט למת"ק עזה מיום 3.11.09 מצורף ומסומן ע/6.

23. אך שתיקתו הרועמת של המשיב נמשכה. וביום 24.11.09 שב המוקד להגנת הפרט ופנה לסרן מצרפי במכתב מקובץ נוסף.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט למת"ק עזה מיום 24.11.09 מצורף ומסומן ע/7.

24. והנה, **חצי שנה חלפה מאז פנו העותרים לראשונה למשיב**, אך על אף פניות חוזרות ונשנות ותזכורות רבות בכתב ובעל-פה – נותר המשיב בשתיקתו. אין קול ואין עונה.

הטיעון המשפטי

התנהלותם של המשיבים המעכבים לשווא את מעבר העותרים לביקור אמה ואחיה של העותרת

25. התנהלותם של המשיבים, אשר משך חצי שנה מונעים מהעותרת וילדיה לבקר את אימה חולת הסרטן, אותה לא ראתה מזה למעלה מתשע שנים תמימות(!), ואת אחיה חולה הלב, וזאת באמצעות סחבת ממושכת, תשובות תמוהות ו"טרטורים" להגשת בקשות שוב ושוב, היא בלתי מתקבלת על הדעת.

26. המשיבים מפירים בהתנהלותם את חובותיהם בהתאם למשפט ההומניטארי הבינלאומי ודיני זכויות האדם, ופועלים בניגוד לכללי המשפט הישראלי.

27. המשיבים מחויבים, על-פי המשפט ההומניטרי הבינלאומי, למנוע פגיעה באוכלוסייה האזרחית.

28. חובתם של המשיבים למצוא פתרונות שיאפשרו לעותרת ולאוכלוסייה הפלסטינית ברצועה, בדרך כלשהי, לצאת מהרצועה במקרה הצורך. זאת במיוחד לאור שליטתה של ישראל על גבולות רצועת עזה, בים באוויר וביבשה ושליטתה במעברים המאפשרים יציאה מהרצועה (ראו בעניין זה: סעיפים 276-280 לדו"ח משלחת האו"ם לחקירת המלחמה ברצועת עזה, UN Doc. HRC/12/48, 25 ספטמבר 2009; כמו גם, החלטה 1860 של מועצת הביטחון (2009)).

29. נראה כי אין צורך להכביר מילים על כך שברצועת עזה מתגוררים כמיליון וחצי תושבים, וכי הרעיון שאפשר למנוע (בין באמצעות סירוב מפורש ובין באמצעות התעלמות מבקשות) בצורה הרמטית את יציאתם של התושבים לחו"ל או לגדה המערבית, אף במקרים מיוחדים, הוא רעיון אבסורדי ממש, אשר לא רק מנוגד לרוח אמנת ג'ינבה הרביעית ואמנות זכויות האדם, אלא לרעיון זכויות האדם כולו (ראו בעניין זה: סעיפים 311-326 לדו"ח משלחת האו"ם לחקירת המלחמה ברצועת עזה, שם).

30. גם דיני זכויות האדם הבינלאומיים רלוונטיים לענייננו, שכן ישראל חתומה על אמנות אלו ומחויבת לקיימן.

בעניין זה ראו, למשל, סעיפים 12 ו-13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם, 1948; סעיפים 12 ו-17 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966; סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966; סעיף 24 לאמנה בדבר זכויות הילד, 1989; סעיפים 27, 38 ו-55 לאמנת ג'ינבה הרביעית; סעיף (1)41 לפרוטוקול I לאמנת ג'ינבה הרביעית; ע"פ 6659/06, **ריאד עיאד וחסאן עיאד נ' מדינת ישראל** (11.6.08); בג"ץ 9132/07 **אלבסיוני נ' ראש הממשלה**, תק-על (1)2008, 1213; בג"ץ 2150/07 **אבו צפיה נ' שר הבטחון** (טרם פורסם; 29.12.09).

31. אך לא רק הדין הבינלאומי מבסס את הזכות לחופש התנועה, את הזכות לחיי משפחה ואת הזכות לכבוד, ואת הזכויות החשובות האחרות שתלויות בהן.

32. המשיבים נושאים את המשפט החוקתי והמנהלי הישראלי בתרמילם בכל אשר ילכו ובתוכו את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על פי חוק-יסוד זה, חייבים המשיבים לכבד כל אדם. טול מאדם את הזכות לנוע ופגעת בכבודו כאדם.

הפרה בוטה של החובה לפעול במהירות

33. כלל ידוע הוא כי "החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשונים של מינהל תקין" (י' זמיר, הסמכות המינהלית (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 717).

וראו בעניין זה:

בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441, 451 (1994);
 בג"ץ 7198/93 מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח(2) 844, 853 (1994);
 בג"ץ 5931/04 מזורסקי נ' מדינת ישראל – משרד החינוך, פ"ד נט(3) 769, 782 (2004);
 בג"ץ 4212/06 Avocats Sans Frontieres נ' אלוף פיקוד דרום, תק-על 2006(2) 4751 (2006).

34. וכבר נפסק כי כאשר מדובר בזכויות אדם מקבל מושג "הזמן הסביר" משמעות מיוחדת (בג"ץ 1999/07 גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006, תק-על 2007(2) 551, 569 (2007)); וכי בעניינים הנוגעים לזכויות אדם -

יש מקום לצפות להסדרה מהירה יותר של העניין [...] התמשכות פגיעה בזכויות אדם מחמירה לא פעם את היקף הפגיעה ותוצאתה עלולה להיות שחיקה של הזכות כמו גם פגיעה קשה ומתמשכת בפרט.

(בג"ץ 8060/03 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק-על 2006(2) 775, 780 (2006).

וראו גם: בג"ץ 10428/05 עליוה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, תק-על 2006(3) 1743, 1744 (2006); בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, תק-על 2007(1) 1999, 2009 (2007).

35. יצוין, כי בית המשפט מתח ביקורת קשה על התנהלות כזו של סחבת באמצעות דרישה להגשת בקשות חוזרות ונשנות:

אי אפשר להתעלם מהתנהלותם הבעייתית של המשיבים כלפי העותר, שהייתה כרוכה בסחבת בלתי-מוצדקת... כאשר רשות מינהלית מסוימת מתנהלת כלפי אזרח שבא עימה במגע או נזקק לשירותיה, באופן שבו התנהלו המשיבים כלפי העותר במהלך השנים כעולה מעובדות הפרשה שלפנינו, הדבר פוגע לא רק באינטרסים האישיים של האזרח הנפגע אלא אף באינטרס הציבורי הרחב הנוגע לאמון הציבור באותה רשות בפרט וברשויות המינהל במדינה בכלל.

במקרה הקונקרטי שלפנינו משמעותה המעשית של דרישה מן העותר כי יגיש בקשה חדשה ועדכנית... בלא שהמשיבים יכירו בכך שיש ליתן משקל

לבקשותיו הקודמות ולפניותיו אליהם בעבר, הינה בבחינת מתן הכשר לדרך ההתנהלות שאפיינה את הטיפול בעניינו של העותר משך שנים, תוך מתן משקל אפסי לאינטרסים של העותר ולציפיותיו.

(בג"ץ 7373/02 פריש נ' שר הביטחון, תק-על 2007(2) 3979, 3985 (2007)).

36. כך, על אף החובה הכללית לפעול במהירות, על אף הנסיבות ההומניטאריות הברורות, מעכבים המשיבים באופן קיצוני ובלי כל נימוק או הצדקה, את הטיפול בעניינם של העותרים.

הפגיעה בזכותם של העותרים לחיי משפחה

37. הזכות לחיי משפחה, הכוללת את הזכות של הורים וילדים, סבים ונכדים ואחים לשמור על קשריהם המשפחתיים, היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. כנגד זכות זו מוטלת על המשיבים החובה לכבד את התא המשפחתי. הנסיבות המיוחדות שבעניינם של העותרים מעצימה את חשיבות מימוש הזכות לחיי משפחה ועל כן מגבירה את הרף שבו המשיב נדרש לעמוד בכדי להצדיק את הפגיעה בזכויותיהם של העותרים.

38. לזכות לחיי משפחה יש מקום של כבוד וחשיבות רבה במשפט זכויות האדם הבינלאומי ואף במשפט הבינלאומי ההומניטארי (ראו: סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית 1949; תקנה 46 לתקנות האג, המהווה דין בינ"ל מנהגי תחת כלל 105 למחקרו של הצלב האדום, Henckaerts J.M. Doswald-Beck L. Customary International Humanitarian Law. Vol I: Rules. (ICRC (2005). 379-383).

ר' עוד בראי משפט זכויות האדם הבינלאומי:

סעיפים 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966;
סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות 1966;
סעיף 12 וסעיף 16(3) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948;
וסעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם 1950.

ובית המשפט הנכבד פסק מספר פעמים כי:

ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות.

(בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 728, 787).

39. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין **עדאלה** (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2) 1754 (2006)).

כך, למשל, כותב הנשיא ברק, בסעיף 25 לפסק דינו:

חובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על התא חברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית - הלוא היא המשפחה הטבעית.

[...]

הקשר המשפחתי... מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם.

40. חלק מהזכות לחיי משפחה היא זכותו וחובתו של כל אדם לדאוג להוריו המבוגרים. יפים לעניין זה דבריו של המשנה לנשיא מנחם אלון (כתוארו אז) על חובת כיבוד אב ואם :

הקשר בין ילד להוריו ומצוות כיבוד הורים יסוד מוסד ועקרון מקודש הם במורשת ישראל מקדמת דנא, ובכל חברה אנושית בת תרבות; והוא הדיבר החמישי שבעשרת הדיברות: "כבד את אביך ואת אמך" (שמות, כ, יב; דברים, ה, טז). וכל כך למה? על שום ש"שלושה שותפין הן באדם: הקדוש ברוך הוא, ואביו ואמו" (קידושין ל, ב).

וצא ולמד עד היכן מגעת חובת כיבוד אב ואם בעיניהם ובמעשיהם של חכמים. וכך מסופר על רבי טרפון (מגדולי התנאים שבמאה הראשונה לספירה):

"רבי טרפון היתה לו אם זקנה. כל אימת שביקשה לעלות על יצועה, גחן בפניה ועלתה, וכל אימת שיורדת היתה מיצועה, התכופף ונחתה עליו. יום אחד השתבח בבית המדרש במעשיו. אמרו לו: עדיין לא הגעת לחצי כיבוד. כלום זרקה ארנקי בפניך לים ולא הכלמתה?" (קידושין, לא, ב, בתרגום לעברית).

(ע"א 1482/92 הגר נ' הגר פ"ד מז(2) 793, 811-812 (1993)).

41. על פי המשפט הבינלאומי קיימת חובה מיוחדת לדאוג לזקנים ולחולים ולהגן עליהם. כך נוסח עקרון מנהגי זה :

The elderly, disabled and infirm affected by armed conflict are entitled to special respect and protection.

(J. Henckaerts and L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law (Vol. 1, 2005) p. 489).

42. החשיבות שבשמירה על קשר הדוק עם בני המשפחה ותמיכת המשפחה הקרובה כאשר מדובר בזקנים, באה לידי ביטוי גם בהחלטות האו"ם :

Older persons should benefit from family and community care and protection in accordance with each society's system of cultural values.

(United Nations Principles for Older Persons, G.A. Res. 46/91, U.N. GAOR, 46th Session, 74th Plenary Meeting, Annex 1, U.N. Doc. A/RES/46/91 (1991), Article 10.).

The General Assembly... urges the support of national initiatives on ageing in the context of national cultures and conditions, so that... families are supported in providing care...

(Proclamation on Ageing, G.A. res. 47/5, 47 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 13, U.N. Doc. A/47/49 (1992), Article 2.k).

43. המועצה האירופית אף היא הדגישה את מקומם החשוב של הזקנים במסגרת המשפחתית :

The social importance of the elderly in family life cannot be underestimated. The family is the basic structure in which the individual traditionally learns his or her social role, receiving a human heritage from his or her elders... Respect and care for the elderly are key elements in this quest.

(Council of Europe, Recommendation 1428 (1999): The Future of Senior Citizens: Protection, Participation and Promotion, para. 5).

44. יש לציין, כי מצבם של הקשישים תושבי השטחים הכבושים הינו מלכתחילה קשה יותר מאשר במקומות אחרים, בשל נסיבות החיים שם. גם ועדת האו"ם לענייני אנשים קשישים, קבעה במסגרת "World Assembly on Ageing II" בשנת 2002, כי מצבם של אנשים קשישים בשטחים הפלסטינים הכבושים הינו רע במיוחד, וציינה כי נסיבות החיים בגדה המערבית משפיעות באורח כבד על מצבה הנפשי והפיזי של האוכלוסייה בכללותה, דבר אשר גורם להזדקנות מהירה יותר.

45. אין זאת, כי המשיבים פוגעים קשות בזכויותיהם של העותרת, אמה ואחיה, בכך שהם מאלצים אותם להתגורר זמן רב לתשובתם ובזאת מונעים מהעותרת את מימוש זכותה לעמוד לצדם של בני משפחתה בשעתם הקשה.

זכות המעבר במשפט הבינלאומי

46. העותרים אינם מבקשים להיכנס לישראל לשם שהייה בה. לעותרים אין כל עניין או רצון לשהות בישראל. כל שהם מבקשים הוא לעבור לגדה לשם ביקור האם הקשישה חולת הסרטן של העותרת 1 ואחיה חולה הלב, ולשוב לאחר מכן לרצועת עזה. מכורח הנסיבות, הדרך היחידה כיום לעשות זאת הינה באמצעות מעבר דרך ישראל.

הזכות העומדת על הפרק אינה, אם כן, זכות הכניסה לישראל - אלא זכות המעבר דרכה.

47. **זכות המעבר (The Right of Transfer/Transit)** מוכרת במשפט הבינלאומי ושונה באופן מהותי מזכות הכניסה.

48. כבר בתנ"ך ניתן למצוא את הגישה, לפיה זכאים אנשים לבוא למדינה בדרישה הלגיטימית למעבר דרכה:

אעברה בארצך, לא ניטה בשדה ובכרם, לא נשתה מי באר, בדרך המלך נלך
עד אשר נעבור גבולך (במדבר, כא 21).

הסירוב לתביעה זו נתפס שם כשרירות לב ואף כמצדיק מלחמה.

49. **המשפט הבינלאומי מכיר בקיומה של זכות מעבר (right of transfer) שיש בה משום הגבלה על עיקרון הריבונות.** מדינה מחויבת לאפשר מעבר בתחומה לנתינים זרים המבקשים להגיע למדינה אחרת. זכות המעבר מתקיימת כשהמעבר נחוץ (גם אם קיימות חלופות), וכשאינן בו כדי לפגוע במדינה הנעברת. המעבר יכול שיהיה בתנאים שמטרתם להגן על אינטרסים לגיטימיים של המדינה הנעברת.

50. המלומד אופרטי מציין בספרו כי :

Jurists over the past six decades have definitely favored the view that States whose economic life and development depend on transit can legitimately claim it.

(K. Uprety, *The Transit Regime for Landlocked States: International Law and Development Perspectives* (The World Bank, 2006), p. 29).

51. כאשר מדובר במובלעת, זכות המעבר היא בעלת תוקף מנהגי ונובעת באופן טבעי מעצם קיומה של המובלעת. המלומד פאראן מבסס זאת, בין השאר, על העיקרון המשפטי לפיו חזקה על המעניק משהו, כי העניק גם את הדבר שבלעדיו ההעניקה היא חסרת ערך (*cuicunque aliquis auid concedit concedere videtur et id sine quo res ipsa non potuit*).

כדבריו של פאראן :

The law would not recognize the right of state A to a detached piece of its territory enclaved in state B's unless it was possible for state A to use that right. The existence of a right implies its exercise: without a right of free communication the rights of a state to its exclaves would be incapable of exercise and therefore nugatory. Hence there is no need for an express treaty between the two states concerned to give such a right: it is implicit in the very existence of the enclave. If a treaty is made, it may well regulate the exercise of this international way of necessity: but in its absence the right of way will still exist, for the necessity is still in being.

(d'Olivier Farran, C., International Enclaves and the Question of State Servitudes, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.4, No. 2. (Apr. 1955) 294, pp. 304).

52. זכות המעבר קיימת גם במקום שאין יחסי קרבה. מקרים קלאסיים, שעל הרקע שלהם התפתח עקרון זכות המעבר, הם המקרים של מדינות ללא גישה לים (כגון שווייץ או מדינות הקווקז), מובלעות המוקפות במדינה אחרת (כגון מערב ברלין עובר לאיחוד גרמניה ומובלעת הר הצופים בשנים 1967-1948) ומדינות מפוצלות מבחינה גיאוגרפית (כמו השטחים הפלסטיניים).

53. במאמרו המקיף של המלומד לאוטרפאכט על זכות המעבר הוא מתאר אותה באופן הבא :

On that view, there exists in customary international law a right to free or innocent passage for purposes of trade, travel and commerce over the territory of all States – a right which derives from the fact of the existence of international community and which is a direct consequence of the interdependence of States.

(E. Lauterpacht, Freedom of Transit in International Law, *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 44 (1958), pp. 313-356, p. 320).

את האופי המינהגי של זכות המעבר מבסס לאוטרפאכט על כתבי מלומדים מגרוטיוס ועד ימינו, כמו גם על הפרקטיקה של המדינות. הוא מוכיח שעקרון היסוד של חופש המעבר חוזר בצורה אחידה באינספור אמנות דו-צדדיות ורב-צדדיות (האמנות המוקדמות ביותר שהוא מזכיר הן מהמאה האחת-עשרה), שהסדירו את היישום הקונקרטי שלו בהקשרים שונים: במעבר בנהרות ונתיבי מים או במעבר קרקעי בשטחיהן של מדינות שונות. הוא מראה כיצד אותו היגיון יושם בנוגע לנתיבים ימיים.

בין האמנות המודרניות והרחבות יותר מבחינת מספר הצדדים להן, ניתן להזכיר את האמנה בדבר הים הפתוח (1958) (סעיף 3, בדבר זכות גישה לים של מדינות ללא חוף ים); האמנה בדבר הים הטריטוריאלי והאזור הסמוך (1958) (סעיפים 14-24 בדבר מעבר תמים במים טריטוריאליים); אמנת האו"ם על המשפט הימי (1982) (סעיף 125 על זכות הגישה לים וחופש המעבר) והסכם GATT (סעיף V בדבר זכות המעבר).

54. זכות המעבר מותנית, כאמור, בהיעדר פגיעה במדינה הנעברת. לצורך זה יכולה הזכות להיות מותנית בתשלומים על הוצאות הכרוכות בעצם המעבר; בדרישות כגון הסגר למניעת הפצת מחלות, וכיוצא באלו. באשר לשיקולי ביטחון, כותב לאוטרפאכט:

In terms of the problem of transit, there is room for the view that States are not entitled arbitrarily to determine that the enjoyment of a right of transit is excluded by considerations of security. What they may do is, by reference to the factor of security, to indicate one route of transit in preference to another or, possibly, to allow the use of the route subject only to certain conditions. But it must be doubted whether the discretion of the State stretches beyond this.

(שם, עמ' 340).

55. גישה זו משתקפת באמנות שענינן בנסיבות קונקרטיות את העיקרון הכללי של זכות המעבר. זכות המעבר אינה חדלה מלהתקיים בעת חירום, ואף לא בעת מלחמה, אולם ניתן להגביל אותה בהתאם לנסיבות. ההגבלה צריכה להיות מינימאלית ככל הניתן – הן מבחינת היקפה והן מבחינת משכה.

56. ניתן לראות כי היקפה של זכות המעבר רחב מהיקפה של זכות הכניסה לשם שהייה, ועל כן נדרשים נימוקים בעלי משקל רב יותר בכדי לפגוע בה.

סיכומם של דברים

57. כל שמבקשים העותרים הוא לבקר את אמה הקשישה של העותרת כדי לסעוד אותה לאחר הניתוח הקשה שעברה ולעמוד לצדה בשעתה הקשה. בנוסף, לאור ההידרדרות במצבו הרפואי של אחי העותרת, מבקשים העותרים לסעוד גם את האח חולה הלב, אשר עבר לאחרונה ניתוח מורכב ונמצא כיום בשיקום והתאוששות.

58. אולם, על אף הנסיבות ההומניטאריות המובהקות, משתהים המשיבים מזה **שישה חודשים** **תמימים (!)** במענה לפניויותיהם החוזרות והנשנות של העותרים, להתיר את מעברם לגדה.

59. המשיבים נוהגים כאילו זמנם בידם, תוך אדישות מוחלטת לכך שכל יום נוסף של עיכוב וסחבת מצדם הוא יום נוסף בו נמנעת הפגישה בין העותרת לבין אמה ואחיה, יום נוסף של המתנה חסרת תוחלת, יום נוסף של דאגה וגעגועים.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד ברצועת עזה ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הוא ניתן בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותרים לבין באי כוחם.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיבים, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיבים את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

עידו בלום, עו"ד
ב"כ העותרים

31 בינואר, 2010

[ת.ש. 61707]