

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ זעאנין, ת"ז \_\_\_\_\_  
תושבת הרשות הפלסטינית
2. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר**  
ע"י ב"כ עוה"ד אלעד כהנא (מ"ר 49009) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) 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 אלעד כהנא (מ"ר 49009) ו/או נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או נמרוד אביגאל (מ"ר 51583) ו/או בנימין אחסתרביה (מ"ר 58088) ו/או טליה יהודה (מ"ר 56918)  
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200  
טל': 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרות

- 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, מדוע לא יתירו בדחיפות את מעברה של העותרת 1 מרצועת עזה אל הגדה המערבית, דרך ישראל, על מנת שתוכל לקחת חלק בישיבת ההנהלה של הארגון שהיא אחת ממנהליו, ואת חזרתה לאחר מכן לרצועה.

### בקשה לקביעת דיון דחוף

העותרת 1 היא מנהלת בכירה ב"ארגון הנשים הפלסטיניות הכללי" (General Union of Palestinian Women), הפועל לקידום מעמדן של נשים בחברה הפלסטינית ולשילובן במרחב החברתי, הכלכלי והתרבותי בשטחים הכבושים, ושמקום מושבו ברמאללה. ביום 16.1.12 תתכנס הנהלת הארגון ברמאללה לישיבת הנהלה. כאחת ממנהלות הארגון, נוכחותה של העותרת נדרשת בישיבה.

העותרת הגישה למשיבים באמצעות הרשות הפלסטינית, בקשה לעבור לגדה המערבית, וביום 28.12.11 נמסר לה באמצעות הרשות כי בקשתה סורבה. ביום 29.12.11 פנו העותרות למשיבים בבקשה לבחון את ההחלטה מחדש, אולם טרם התקבל מענה.

## התשתית העובדתית

### הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) היא פלסטינית, ילידת 1960, המתגוררת ברצועת עזה עם בעלה וחמשת ילדיה.
2. מאז 1999 עובדת העותרת ב"ארגון הכללי של נשים פלסטיניות" (General Union of Palestinian Women), הפועל לקידום מעמדן של נשים בחברה הפלסטינית ולשילובן במרחב החברתי, הכלכלי והתרבותי בשטחים הכבושים. בשנת 2009 מונתה העותרת להנהלת הארגון, והיא חברה הן בהנהלת סניף הארגון ברצועה והן בהנהלה הראשית של הארגון.  
מתוקף תפקידה זה נדרשת העותרת להגיע לישיבות ההנהלה של הארגון ברמאללה, וכן לצאת לחו"ל. ואכן, במשך השנים נהגה עותרת לעבור לגדה באישור המשיבים, על מנת להמשיך משם לחו"ל או להשתתף בישיבות בגדה. מעברה האחרון לגדה היה בחודש פברואר 2011.  
ניתן למצוא את אתר הארגון בכתובת: <http://www.gupw.net>.
3. ביום 16.1.12 תחל ישיבת הנהלה של הארגון ברמאללה, והעותרת נדרשת להשתתף בה מתוקף תפקידה. הישיבה אמורה להסתיים ביום 18.1.12.  
העתק מסמך על תפקידה של העותרת בארגון וחשיבות השתתפותה בישיבה מצורף ומסומן **ע/1**.  
העתק סדר היום של הישיבה מצורף ומסומן **ע/2**.
4. יצוין, כי לעותרת נודע שעמיתותיה לארגון, שאף הן נדרשות להגיע לישיבה מהרצועה, נענו כי בקשותיהן לעבור לגדה לשם הישיבה אושרו.
5. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
6. המשיב 1 הוא המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה ארבעים וארבע שנים. המשיב הוא בעל הסמכות להתיר את מעברם של פלסטינים אל הגדה וממנה.
7. המשיב 2, מתאם פעולות הממשלה בשטחים, הוא האחראי על יישום מדיניות ישראל בגדה המערבית וברצועת עזה, וממונה, בין היתר, על מנהלת התיאום והקישור לרצועת עזה.

### מיצוי ההליכים

8. ביום 18.12.11 הגיש הארגון בשם העותרת בקשה למשיבים, באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית, להתיר את מעברה של העותרת לגדה לשם השתתפותה בישיבה. לארגון נמסר, כי הצד הישראלי מסרב לקבל לידיו בקשה זו מכיוון שמדובר ב"שלב מוקדם מדי", ויש להגישה שוב כעבור שבוע.

9. ביום 25.12.11 הגיש הארגון בקשה נוספת, בשם העותרת ו-12 נשים נוספות החברות בארגון, באמצעות הרשות הפלסטינית, להתיר את מעברן לגדה.
10. ביום 28.12.11 נמסר לעותרת, כי בעוד שבקשותיהן של 12 הנשים האחרות אושרו, בקשתה שלה סורבה. נציג הוועדה האזרחית מסר, כי מדובר בסירוב על רקע ביטחוני.
11. ביום 29.12.11 פנה המוקד להגנת הפרט למשיבים, בבקשה לבחון את עניינה של העותרת מחדש. המוקד הדגיש כי נוכחותה של העותרת בישיבה שתתקיים ביום 16.1.12 הכרחית, וזאת מתוקף תפקידה בארגון. בשל סד הזמנים, ביקש המוקד כי המשיבים ישיבו לפנייה ויתירו את מעבר העותרת עד ליום 4.1.11.
- העתק פניית המוקד מיום 29.12.11 מצורף ומסומן ע/3.
12. נכון למועד הגשת העתירה טרם התקבל מענה לפנייה. משכך, ובשים לב לנסיבות העניין, לא נותר לעותרות אלא לפנות לבית המשפט.

## הטיעון המשפטי

### א. הפגיעה בזכויות העותרת

#### (ii) הפגיעה בחופש העיסוק של העותרת

13. העותרת מבקשת להגיע לישיבת הנהלה של הארגון בו היא עובדת, מכוח תפקידה כמנהלת בכירה. מובן, כי מדובר במימוש בסיסי של הזכות לחופש העיסוק, זכות שהוכרה כזכות יסוד :

הזכות לחופש עיסוק מאפשרת לאדם לבחור היכן ישקיע את הונו האנושי. בחירה זו מושפעת משיקולים מגוונים... פגיעה בחופש העיסוק מתקיימת, לא רק כאשר נמנעת מהעובד לחלוטין הזכות לבחור את מעבידו, אלא גם כאשר זכות הבחירה שלו נפגעת, ואפילו בעקיפין. ברוח זו נפסק בבג"ץ 5936/97 ד"ר לם נ' משרד החינוך התרבות והספורט, פ"ד מג(4) 673 :

"... אכן, חופש העיסוק הוא החירות של הפרט להגשים את אישיותו ולתרום את תרומתו לחברה על ידי השקעת מאמציו בעיסוק, במלאכה או במשלח יד. חירות זו נפגעת אם הסדרים (נורמטיביים או פיזיים) מונעים ממנו - במישרין או בעקיפין - מלפעול על פי רצונו ויכולתו."

(בג"ץ 8111/96 **הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ**, פ"ד נח(6) 481, 540-541 (2004)).

14. זכות זו הייתה קיימת במשפט הישראלי בטרם חוקקו חוקי היסוד, והינה גם מעוגנת בשלל מקורות של המשפט המשווה אליהם מפנים בתי המשפט לצורך הגדרת היקפה :

זמן רב טרם חקיקת חוק יסוד : חופש העיסוק, עוד בראשית ימיו של בית-משפט זה, הכירה שיטתנו המשפטית בחופש העיסוק כזכות יסוד "טבעית", ובעקבותיה הכירה פסיקתנו בשורה של זכויות יסוד נוספות "שאינן כתובות עלי ספר" (ראו : בג"צ 1/49 בז'רנו ואח' נ' שר המשטרה ואח', פ"ד ב 80, 82-83).

[...]

נראה כי ראוי לאמץ את הגישה לפיה ככל שהפגיעה נוגעת לשלילת עיסוק או למניעת כניסה לעיסוק, כך עשויה היא להיחשב קשה וחריפה יותר מפגיעה באופן מימוש העיסוק, וזאת נוכח הפגיעה החמורה יותר בחופש הבחירה של האדם ובזכותו לאוטונומיה אישית.

(בג"ץ 4769/95 רון מנחם ואח' נ' שר התחבורה ו-2 אח', פ"ד נז(1) 235, עמ' 260-259)

15. המשיב פוגע באופן חריף בזכותה של העותרת לפרנס את משפחתה ולממש רמת חיים הולמת, אשר מהווה אחת מזכויותיה הבסיסיות ביותר. זכותה של העותרת להתפרנס ולבחור בחופשיות את עבודתה מעוגנת היטב במשפט זכויות האדם הבינלאומי; סעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, סוציאליות ותרבותיות (1966) קובע:

The right to work... includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses and accepts... The steps to be taken by a State Party... to achieve the full realization of this right shall include technical and vocational guidance and training programmes, policies and techniques to achieve steady economic, social and cultural development and full and productive employment under conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual.

דברים אלה מובהרים בפרשנותה של ועדת האו"ם לזכויות האדם לסעיף זה בצורה הבאה:

**The right to work contributes at the same time to the survival of the individual and to that of his/her family**, and insofar as work is freely chosen or accepted, to his/her development and recognition within the community...The right to work, as guaranteed in the ICESCR, **affirms the obligation of States parties to assure individuals their right to freely chosen or accepted work**, including the right not to be deprived of work unfairly. This definition underlines the fact that respect for the individual and his dignity is expressed through the freedom of the individual regarding the choice to work, while emphasizing the importance of work for personal development as well as for social and economic inclusion.

(CESCR General Comment No. 18 (2005), The Right to Work. UN Doc. E/C.12/GC/18 (Adopted on 24 November 2005)).

(Mundlak G. "The right to work: Linking human rights and employment policy." *International Labour Review*, Vol. 146, No 3-4, 2007. pp. 192-194).

16. הזכות לממש את חופש העיסוק נובעת מההכרה בכך שעבודתו של אדם היא לא רק מקור פרנסה לסיפוק צרכיו הבסיסיים למחייה. עבודתו של אדם מספקת גם את צרכיו החברתיים, האינטלקטואליים והאישיים של כל אדם, ולכן היא מהווה חלק אינהרנטי מהתנאים הדרושים למימוש חיים של כבוד וחירות (human dignity). הזכות להתפרנס היא בעלת חשיבות כבדה ביותר, שכן היא מאפשרת לאדם לממש זכויות אחרות; מבין אלה חשוב להזכיר את הזכות לדיור, הזכות לחינוך, הזכות לחיי תרבות, הזכות לרמת חיים נאותה, הזכות להתאגדות וכו'.

ראו לעניין זה:

סעיפים 6 עד 8 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות סוציאליות ותרבותיות (1966);

סעיף 8(3)(a) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966);  
 סעיפים 20, 23 ו-25 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948);  
 סעיף 11 לאמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה (1979);  
 סעיף 5(e)(i) לאמנה בינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית (1965);  
 סעיפים 15 ו-27 לאמנה בדבר זכויות הילד (1989);  
 סעיפים 2 ו-3 לאמנה נגד הפליה (תעסוקתית) של ארגון העבודה הבינלאומי (מס' 111) (1960);  
 האמנה לקידום התעסוקה ולמאבק נגד האבטלה של ארגון העבודה הבינלאומי (סמ' 168) (1991);  
 הצהרת פילדלפיה של ארגון העבודה הבינלאומי (1944);  
 הצהרת קופנהגן ותוכנית הפעולה שאומצה על ידי הוועידה העולמית להתפתחות חברתית (1995).  
 לעניין תחולתו של משפט זכויות האדם וחובותיה האקטיביות של המעצמה הכובשת בסוגיית זכויות זו ראו:

Mottershaw E. "Economic, Social and Cultural rights in Armed Conflict: International Human Rights law and International Humanitarian law." *International Journal of Human Rights*, Vol 12, No 3, June 2008. pp. 449-470;  
 Lubell N. "Challenges in Applying Human Rights law to Armed Conflict." *International Review of the Red Cross*, Vol 87, No 860, December 2005. pp. 761-763.

#### (ii) חופש התנועה

17. לכל אדם נתונה הזכות לנוע בתוך ארצו באופן חופשי. הזכות לחופש התנועה היא הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו וזכויותיו. הזכות לחופש התנועה נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי.

ראו:

בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, פסקה 10;  
 בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם ו-21 אח' נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, פסקה 15;  
 בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי, תק-על 94(1) 1139, 1147.

18. הזכות לחופש התנועה היא המנוע שמניע את מארג זכויותיו של האדם. המנוע שמאפשר לאדם לממש את האוטונומיה שלו, את בחירותיו. כאשר מגבילים את חופש התנועה נפגע אותו "מנוע" וכתוצאה מכך חלק מהאפשרויות והזכויות של אדם חדלות מלהתקיים. כבודו כאדם נפגע. מכאן החשיבות הרבה המיוחדת לזכות לחופש התנועה.

19. כאשר מגבילים אדם מלנוע בתוך שטח המדינה או הישות בה הוא מתגורר, פוגעים בחייו החברתיים, פוגעים בחייו התרבותיים ובזכויות האדם שלו, פוגעים בחופש הבחירה שלו. אותו אדם מוגבל בשאלות המהותיות ביותר של חייו: היכן יתגורר, עם מי יחלוק את חייו, היכן ילמדו ילדיו, איפה יקבל טיפול רפואי, מי יהיו חבריו, היכן יעבוד, במה יעסוק והיכן יתפלל.

20. הזכות לחופש התנועה מעוגנת גם בדין ההומניטארי הבינלאומי. אמנת ג'נבה הרביעית מקבעת את חופש התנועה כזכות יסוד של מוגנים, בין בשטח כבוש ובין בשטח מדינת אויב. סעיף 27 לאמנה קובע כי מוגנים יהיו זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך ארץ לכבודם.

21. חשוב לציין גם את סעיפים 41-43 (החלים בשטח מדינה המעורבת בקונפליקט) ו-78 (החל באזור כבוש). סעיפים אלו עוסקים בהגבלת חירות, על ידי מעצר או תיחום מקום המגורים. האמצעים הם דווקניים והשימוש בהם הוא דווקני. בא ללמדך, כי חופש התנועה של המוגנים בכל שאר הנסיבות היה חשוב מאוד למדינות החברות. רק במקום בו יש, ככלל, חובה לכבד את חופש התנועה, יש צורך לקבוע כללים מפורשים ודווקניים להגבלתו:

סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית מהווה הן מקור להגנה על זכותו של הנעבר והן מקור לאפשרות הפגיעה בזכות זו. דבר זה בא לידי ביטוי, בין השאר, בהוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית עצמה, הקובעת כי האמצעים הנקבעים על ידה הם האמצעים שהמעצמה הכובשת (כלומר, המפקד הצבאי) רשאית "לכלל היותר" (at most) לבצע.

(בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2002(3), 1021, עמ' 1027).

22. משפט זכויות האדם הבינלאומי אף הוא מקור מחייב המעגן את חופש התנועה כזכות אדם בסיסית. כך קובע סעיף 12(א) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, אשר ישראל חתמה עליה ואשררה אותה:

אדם הנמצא כחוק בתוך שטחה של מדינה זכותו, בתוך שטח זה, לנוע ולבחור את מקום מגוריו באורח חופשי.

23. סעיף 12 הנ"ל הוא מקור מחייב. כמקור לפרשנות ראו גם סעיף 13 להכרזה האוניברסאלית על זכויות האדם וסעיף 2 לפרוטוקול הרביעי מ-1963 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם.

### **ב. פגיעה קיצונית ובלתי מידתית: איסור גורף, ללא נימוקים וללא מסגרת זמן ידועה**

24. בקשתה של העותרת לנוע בארצה סורבה ללא כל נימוק, מעבר לאמירה הכללית "סיבות ביטחוניות", וללא כל מגבלת זמן. לעניין זה יש להדגיש כי לשאלת משך זמן ההגבלה, משמעות כבדת משקל עם חלוף הזמן. מידת הלגיטימיות לפגיעה בזכות הולכת ופוחתת ככל שמתארכת תקופת המניעה. לא הרי הגבלת הזכות לימים ספורים כהגבלתה לחודשים, לשנים או לעד.

ככל שההגבלה נפרשת על פני היקף גיאוגרפי נרחב יותר, וככל ששאר תנאיה קשים יותר, וזמן התמשכותה ארוך יותר, כך הולכת וגדלה עוצמת הפגיעה, והשיקלול בינה לבין הערך הנוגד הופך להיות קשה ומורכב יותר (הדגשים אינם במקור).

(בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, 331).

25. לא זו אף זו, העותרת זכאית לכך כי ההחלטה בעניינה תתקבל בדרך מינהלית תקינה וכי המשיבים יחשפו את הטעם להגבלת זכותה זו, והרציונאל הוא ברור: **ללא פירוש טעם הסירוב, לא יוכל אדם שנפגע מן ההחלטה לכפור בטענות שעומדות כנגדו וזכויותיו המוגנות עלולות להיות מוגבלות ללא כל ביקורת או מבחן**. גם כאשר היקף ההנמקה מוגבל בשל שיקולי ביטחון, עדיין אין בכך בהכרח כדי למנוע גילוי נימוקים באופן מוחלט.

פטור מגילוי נימוקים, עובדות או מסמכים כאשר הגילוי עלול לפגוע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה מקובל על המחוקק ועל בית המשפט בהקשרים שונים. ואם יש כאן מקום לתמיהה, אין זה בגלל עצם הפטור, אלא בגלל היקף הפטור. שכן, מצד אחד, סביר הדבר שעובד הציבור לא יהיה חייב לגלות נימוקים להחלטתו במידה שיהיה בכך כדי לפגוע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה. אולם, מן הצד השני, **אין בכך בהכרח כדי למנוע גילוי נימוקים באופן מוחלט**. (י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב, תשנ"ו), בעמ' 917, ההדגשה הוספה).

ועוד:

גם בהחלטה סטנדרטית, אין די בכך שהרשות תנמק את החלטתה באופן כללי וסתמי תוך ציון "הכותרת" של טעמיה וללא התייחסות עניינית וספציפית לנסיבות המקרה הנידון. **דהיינו, בהודעה בנוסח "בקשתך נדחתה מטעמי ביטחון" – לא סגי**. (י' דותן, "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים", **מחקרי משפטי יט** (תשס"ב) 5, 37, הדגשים אינם במקור).

#### ג. המעבר מרצועת עזה לגדה המערבית

26. רצועת עזה והגדה המערבית הן יחידה משפטית אחת. הדבר מעוגן בחקיקה הצבאית: מנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון), (מס' 7), התשנ"ו-1995, עיגן את הסכם הביניים בין ישראל לאש"ף ("הסכם אוסלו"), אשר קובע – כעקרון יסוד – כי הגדה והרצועה מהוות שני חלקים של יחידה טריטוריאלית אחת. הדבר אף עוגן בפסק דינו של בית משפט נכבד זה (בג"ץ 7015/02 **עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד נו(6) 352).

27. גם שינויים שחלו בהיקף השליטה של ישראל על רצועת עזה עקב יישום "תכנית ההתנתקות", לא פגמו בהכרה זו. אכן, מדובר בשתי שאלות שונות – האחת, שאלת היקף חובות המשיבים כלפי אוכלוסייה אזרחית ברצועה; השנייה, היותן של יחידות גיאוגרפיות אלה חלק מישות מדינית אחת (ואכן, מוכרים מקרים אחרים בהיסטוריה, בהם חולק שטחה של מדינה אחת תחת כובשים שונים, מבלי שהדבר השפיע על היותה מדינה אחת).

28. היקף השליטה הישראלית על רצועת עזה והגדה הוא שמחייב את העותרת באישור המשיבים. מכך, שלמשיבים יש חובות של ממש כלפי העותרת. חובות אלו הוכרו בפסיקת בית משפט זה, ונקבע כי לישראל חובות מיוחדות החלות על תושבי רצועת עזה. כפי שפסק בית משפט זה:

בנסיבות שנוצרו, החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה; חובות אלה נובעות גם ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל.

(בג"ץ 9132/07 **אלבסיוני נ' ראש הממשלה**, 30.1.08, סי' 12 לפסק הדין).

29. כאמור, שליטת המשיבים באפשרות המעבר בין רצועת עזה לגדה המערבית גוררת מאליה חובות כלפי העותרת. כך הוכר בפסיקת בית משפט זה. המעבר בישראל מהגדה לרצועה הוא הדרך היחידה העומדת בפני העותרת למימוש זכותה לחופש העיסוק ולחופש התנועה בארצה.

30. ודוק: העותרת אינה מבקשת לשהות בישראל, אלא אך לעבור דרכה, בשל כורח הנסיבות שכפו עליה המשיבים.

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

32. 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.

33. **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.

34. 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).

35. 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 (*cuicumque 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).

36. זכות המעבר קיימת גם במקום שאין יחסי קירבה. 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 1948-1967) ומדינות מפוצלות מבחינה גיאוגרפית (כמו השטחים הפלסטיניים).

37. 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 המנהגי 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).

38. 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).

39. גישה זו משתקפת באמנות שעייגנו 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.

40. 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.

### סיכום של דברים

41. העותרת, מנהלת בכירה בארגון הנשים הפלסטיניות הכללי, נדרשת להשתתף בישיבת ההנהלה של הארגון שתחל ביום 16.1.12.

42. החלטת המשיבים פוגעת בזכותה של העותרת לחופש תנועה בארצה ובכל הזכויות התלויות בה, ובראשן הזכות לחופש העיסוק.

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 התקבלו בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותרת לבין באי כוחה.

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 העותרות ושכ"ט עו"ד.

---

אלעד כהנא, עו"ד

ב"כ העותרות

5 בינואר 2012

[ת.ש. 71254]