

בעניין:

1. ס _____ ט _____, ת"ז _____
תושבת השטחים הכבושים

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר

ע"י ב"כ עוה"ד טל שטיינר (מ"ר 62448) ו/או חוה מטרס-עירון
(מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או דניאל שנהר
(מ"ר 41065) נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או בנימין
אחסתריבה (מ"ר 58088) ו/או נמרוד אביגאל (מ"ר 51583) ו/או
בילאל סביחאת (מ"ר 49838)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נגד -

1. המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

2. מתאם פעולות הממשלה בשטחים

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

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

1. מדוע לא יאפשרו את מעברה של העותרת 1 מהגדה המערבית אל רצועת עזה, על מנת שתוכל לסעוד את בתה החולה, אשר עברה ניתוח לכריתת רחם, ואת חזרתה עם תום הביקור לגדה.

2. מדוע לא ישיבו לפונים אליהם במהירות הראויה, המתחייבת מהוראות הדין וממהותן של הפניות המוגשות להם.

בקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה. בתה של העותרת 1 אושפזה בבית החולים כיון שסבלה מדימום כבד, ולאחרונה עברה ניתוח לכריתת רחם. יצוין כי העותרת הגישה את בקשתה לבקר את בתה לפני למעלה מחודש, כאשר זו אושפזה, ונקבע כי עליה לעבור ניתוח. בגלל התמהמהות המשיבים, לא עמדה העותרת לצד בתה עת עברה הניתוח, והיא מבקשת להיכנס כעת לעזה בהקדם האפשרי, על מנת לסעוד את בתה ולעזור לה בהתאוששות.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**), היא פלסטינית תושבת השטחים הכבושים, ילידת 1955, המתגוררת בבית לחם.
2. בתה של העותרת, הגב' א _____ ט _____, ת"ז _____ (להלן: **בתה**), נולדה בבית לחם שבגדה בשנת 1980. בשנת 1999 נישאה הבת ועברה לרצועת עזה, ונולדו לה חמישה ילדים.
3. בראשית חודש ספטמבר החל אצל הבת דימום וגינאלי כבד. בתאריך 11.9.12 היא אושפזה בבית החולים שוהאדא אל אקצה שברצועת עזה. לאחר כשבועיים שוחררה לביתה. העתק מסמך רפואי מתאריך 11.9.12 מצורף ומסומן **ע/1**.
4. מאחר שהדימום לא פסק, אושפזה הבת שוב ביום 10.10.12, וביום 16.10.12 עברה ניתוח לכריתת רחם. לאחר אשפוז ומעקב, שוחררה הבת לביתה ביום 24.10.12. העתק מסמך רפואי מיום 13.10.12 מצורף ומסומן **ע/2**.
5. מטבע הדברים, העותרת מבקשת לסעוד את בתה המתאוששת מניתוח, לעזור לה בהחלמתה ולסייע לה בטיפול בביתה ובילדיה בתקופת ההתאוששות. הבת מצדה זקוקה נואשות לעזרתה של אמה בתקופה זו, ועד שתשוב לאיתנה לאחר הניתוח הקשה שעברה.
6. יצוין, כי בשל מדיניות המשיבים, המנתקת בין חלקי השטחים, **לא ראתה העותרת את בתה מזה שלוש-עשרה שנים** – למעשה מאז שנישאה הבת ועברה לרצועת עזה, ומעולם לא פגשה את נכדיה שברצועה, שהגדול שבהם כבר בן אחת עשרה שנים.
7. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
8. המשיב 1 הוא המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה ארבעים וחמש שנים.
9. 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 הליכים

10. ביום 12.9.12, יום לאחר אשפוזיה של בתה, הגישה העותרת למשיבים, באמצעות הקישור הפלסטיני בבית לחם, בקשה לעבור דרך ישראל לרצועת עזה על מנת לבקר את בתה המאושפזת בבית החולים, ולחזור לאחר מכן לגדה. לבקשה צורף המסמך הרפואי הנזכר לעיל, המסומן ע/1.
11. ביום 20.9.12, לאחר שבקשתה של העותרת לא נענתה, פנה המוקד להגנת הפרט למשיבים, באמצעות קצין פניות הציבור במינהל האזרחי, וביקש כי ההיתר המבוקש יינתן לעותרת בהקדם. העתק פניית המוקד מיום 20.9.12 מצורף ומסומן **ע/3**.

12. ביום 10.10.12 התקבלה במוקד תגובתו של קצין פניות הציבור, לפיה בקשתה של העותרת נמצאת בטיפול גורמי המינהל האזרחי, וכי עליה לשלוח מסמך רפואי עדכני בדבר מצבה של בתה.

העתק הודעת קצין פניות הציבור מיום 10.10.12 מצורף ומסומן ע/4.

13. ביום 14.10.12, ולאחר שהבת אושפזה בשנית, שלח המוקד מכתב נוסף לקצין פניות הציבור, אליו צירף מסמך רפואי עדכני בדבר מצבה של הבת, המציין כי עליה לעבור ניתוח ביום 16.10.12 (המסמך הרפואי ע/2 הנוכח לעיל). בבקשה צוין כי לאור הנסיבות הרפואיות הקשות בהן נמצאת הבת, מתבקשים המשיבים להתיר את מעברה של האם לרצועה באופן מיידי.

העתק פניית המוקד מיום 14.10.12 מצורף ומסומן ע/5.

14. בינתיים עברה הבת את הניתוח לכריתת הרחם. העותרת החמיצה את האפשרות לעמוד לצד בתה עם כניסתה לניתוח. צערה של העותרת היה רב, ורצונה לפגוש את בתה במהירות האפשרית גבר.

15. ביום 17.10.12 שוחחה נציגת המוקד עם קצין פניות הציבור בטלפון, וזה מסר לה כי איננו יכול לקבל את המסמך הרפואי העדכני שצורף לבקשה בעצמו, וכי על העותרת לסור שוב אל הקישור הפלסטיני ולהגיש את המסמך בעצמה.

16. למחרת, ביום 18.10.12, הגיעה העותרת בשנית אל הקישור הפלסטיני, והגישה את המסמך הרפואי העדכני.

17. הימים נקפו, ובקשתה של העותרת נותרה ללא כל מענה. משכך, ביום 24.10.12 פנה המוקד שוב לקצין פניות הציבור במכתב, הזכיר כי בקשתה של העותרת עודנה תלויה ועומדת, וביקש בשלישית כי יינתן לה ההיתר הדרוש על מנת לעבור לרצועת עזה ולסעוד את בתה החולה, המתאוששת מהניתוח הקשה שעברה.

העתק פניית המוקד מיום 24.10.12 מצורף ומסומן ע/6.

18. כמעט חודשיים חלפו מפנייתה הראשונה של העותרת, אך למרות הדחיפות הברורה, טרם התקבל מענה.

19. בנסיבות אלה לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

ביקור חולים מצוה על הכול – אפילו גדול, מבקר את הקטן. ומבקרין פעמים הרבה ביום; וכל המוסיף, משובח – ובלבד, שלא יטריח. כל המבקר את החולה, כאילו נטל חלק מחולייו, והקל מעליו; וכל שאינו מבקר, כאילו שופך דמים. (רמב"ם, משנה תורה, הלכות אבל, פרק יד', הלכה ו').

א. חובת המשיבים להשיב לפניות אליהם במהירות ראויה

20. המשיבים, ככל רשות מינהלית, מחויבים להשיב לפנייה במהירות ראויה מכוח הדין. 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 הדרום**, תק-על 2006(2) 4751 (2006).

21. כבר נפסק כי כאשר מדובר ב**זכויות 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) 569, 551 (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 **עלויה 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).

22. בענייננו, מדובר בעניין הדורש תשובה מהירה במיוחד: העותרת מבקשת לסעוד את בתה, אשר עברה ניתוח קשה וזקוקה לעזרתה ולתמיכתה. מלכתחילה ביקשה העותרת לעמוד לצד בתה עוד בעת אשפוזה הראשון וכניסתה לניתוח, ובגלל גרירת הרגליים של המשיבים בטיפול בבקשתה – לא זכתה לכך.

23. בית המשפט ביטא בעבר, בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים, את החומרה הרבה שבהתנהלות של עיכובים ואי מתן מענה ענייני מצד הרשות:

המשיב אינו רשאי לנהוג בעותרים - כמוהם ככל פונה אחר - באופן בו הוא נוהג; המשיב אינו רשאי להותיר את עניינם תלוי ועומד בלא מענה ענייני... המשיב אינו רשאי להתיש את העותרים ללא תוחלת, לגרום להם להוצאות מיותרות ולעכב, אגב כך, את בירורו המהותי של עניינם. ואם נשתכחו מן המשיב טיבן של חובות בהן הוא חב, כי אז מחובתו של בית המשפט לשוב ולשנן באוזניו.

(בג"ץ 10399/04 **בן אבדקול נ' משרד הפנים**, תק-על 2005(3) 1608, 1609 (2005)).

ב. הזכות לחיי משפחה

24. הזכות לחיי משפחה מאגדת בתוכה את השמירה על האלמנטים השונים מהם מורכב המרקם המשפחתי, הכוללים, בין היתר, תמיכה רגשית ועזרה פיזית, הגשמה עצמית וזהות. כך בדרך כלל וכך, ביתר שאת, בענייננו: בתה של העותרת עברה זה עתה ניתוח קשה, והיא צפויה להשתחרר לביתה, שם תיזקק לעזרתה של אמה בתקופת ההתאוששות. העותרת מצדה מבקשת לעמוד לצד בתה בשעתה הקשה, לתמוך בה ולסעוד אותה, לאחר שלא התראו מזה שלוש-עשרה שנה.

25. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין **עדאלה**. כך, למשל, כותב הנשיא ברק, בסעיף 25 לפסק דינו:

חובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על התא החברתי 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

(בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2) 1754 (2006)).

ובהקשר אחר נאמר 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).

26. תקנה 46 לתקנות האג, המהווה דין בינ"ל מנהגי, קובעת:

יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן.

27. יודגש כי גם במשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי, הזכות לחיי משפחה מהווה זכות יסוד:

Family life must be respected as far as possible.

(Henckaerts J.M. Doswald-Beck L. Customary International Humanitarian Law. Vol I: Rules. ICRC (2005). pp. 379-383).

ראו עוד:

סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית 1949;

סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות 1966;

סעיפים 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966;

סעיף 12 וסעיף 16(3) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948;

סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם 1950.

28. הזכות לחיי משפחה, הכוללת את הזכות של הורים וילדיהם לשמור על קשריהם המשפחתיים, היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. נובעת מזכות זו החובה, המוטלת על המשיב, לכבד את קשרי המשפחה שבין העותרת לבתה.

ג. חובת המשיבים להבטיח את חייהם התקינים של העותרים

29. למשיבים חובה אקטיבית להגן על זכויותיהם של התושבים, להבטיח את חייהם התקינים ולשמור על זכויותיהם. תקנה 43 לתקנות האג, קובעת:

בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים... (ההדגשה הוספה).

30. החובה להבטיח את הסדר והחיים התקינים ולפעול למען צרכי החברה חלה על כל תחומי החיים האזרחיים:

הרישא של תקנה 43 לתקנות האג מעניק לממשל הצבאי סמכות ומטיל עליו חובה להחזיר ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים... אין התקנה מגבילה עצמה להיבט מיוחד של הסדר והחיים הציבוריים. היא משתרעת על הסדר והחיים הציבוריים בכל היבטיהם. על-כן חלה סמכות זו - בצד ענייני ביטחון וצבא - גם על נסיבות "אזרחיות" רב-גוניות, כגון נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם.

(בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 797 (1983); ההדגשה הוספה).

ד. חופש התנועה

31. 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.

32. 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 המיוחסת לזכות לחופש התנועה.

33. 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.

34. 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.

35. 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 ודוקניים 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 "לכל היותר" (at most) לבצע.

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

36. 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.

37. 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.

ה. המעבר מהגדה המערבית לרצועת עזה

38. 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).

39. יצוין, כי אף שינויים שחלו בהיקף השליטה הישראלית ברצועת עזה, לא השפיעו על היותם של שני חלקים אלו יחידה טריטוריאלית אחת. ואכן, ההיסטוריה מכירה בדוגמאות רבות למדינות שחלקן היה כבוש וחלקן לא, וללא קשר לשאלת היקף הכיבוש, נותרו ללא ספק מדינה אחת.

40. היקף השליטה הישראלית על רצועת עזה והגדה הוא שמחייב את העותרת באישור המשיבים. מכאן, שלמשיבים יש חובות של ממש כלפיה. 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, ס' 12 לפסק הדין (לא פורסם, 30.1.08). ההדגשות הוספו).

41. ודוק: העותרת אינה מבקשת לשהות בישראל, אלא אך לעבור דרכה ולבקר את בתה החולה, בשל כורח הנסיבות שנכפו עליה.

42. המשפט הבינלאומי מכיר בקיומה של זכות מעבר (The Right of Transfer/Transit) 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.

43. 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).

44. 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).

45. 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).

46. 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).

47. גישה זו משתקפת באמנות שעיקרן בנוסח 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.

48. 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

49. העותרת מבקשת לבקר את בתה, אותה לא ראתה מזה שלוש-עשרה שנים, לאחר שזו עברה ניתוח קשה. מדובר במימוש בסיסי של הזכות לחיי משפחה.

50. הימנעות המשיבים ממתן מענה ענייני לבקשתה, ודחייתם את המשיבה בלך-ושוב משך תקופה ארוכה, מונע את מעברה של העותרת ופוגע בזכותה לחופש תנועה בארצה ובזכויות שמימושן תלוי בה, ובראשן הזכות לחיי משפחה.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד בגדה המערבית ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הוא ניתנו 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 העותרים ושכ"ט עו"ד.

30 באוקטובר 2012

טל שטיינר, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 74632]