

בעניין:

1. _____ גרבויע, ת.ז.
 תושבת הרשות הפלסטינית
2. _____ גרבויע, ת.ז.
 קטינה, באמצעות אמה העותרת 1
3. _____ גרבויע, ת.ז.
 קטינה, באמצעות אמה, העותרת 1
4. _____ גרבויע, ת.ז.
 קטינה, באמצעות אמה, העותרת 1
5. _____ גרבויע, ת.ז.
 קטין, באמצעות אמו, העותרת 1
6. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.**
 ע"י ב"כ עוה"ד עידו בלום (מ.ר. 44538) ו/או עביר ג'ובראן (מ.ר. 44346) 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 ידין עילם (מ.ר. 39475) ו/או אלון מרגלית (מ.ר. 35932).
 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 -

המשיבים

1. **מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**
2. **אלוף פיקוד דרום**
3. **שר הפנים**
4. **מדינת ישראל**

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם מדוע לא ינפיקו עבור העותרת 1 וילדיה, העותרים 2-5, היתרי כניסה לישראל לצורך מעברם מרצועת עזה לגדה המערבית, לביקור שלושת ילדיה של העותרת 1 המתגוררים שם, ולצורך שובם מהגדה המערבית לביתם שברצועת עזה.

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) פלסטינית ילידת 1964, מתגוררת ברצועת עזה.
2. העותרים 2-5 הם ילדיה הקטינים של העותרת.
3. העותרת 6 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
4. המשיבה 4 מחזיקה בשטחי הגדה המערבית ורצועת עזה תחת תפיסה לוחמתית. המשיב 1 הוא המפקד הצבאי, האחראי מטעמה על שטח הגדה המערבית.
5. המשיבים 2-3 אחראים על הוצאת היתרי כניסה לישראל לצורך מעבר מרצועת עזה לגדה המערבית. המשיב 3 הוא בעל הסמכות, אותה האציל למשיב 2.

התשתית העובדתית

6. העותרת הייתה נשואה למר _____ כתוע, ת.ז. _____, ונולדו להם שמונה ילדים: _____, _____, _____, _____, _____, _____, _____, _____.
7. העותרת ומר כתוע התגרשו בשנת 1997. בעקבות הגירושין עזב מר כתוע את רצועת עזה ועבר להתגורר בגדה המערבית יחד עם ששת הבנים, ואילו העותרת המשיכה להתגורר עם שתי בנותיה ברצועת עזה.
8. בשנת 1998 נישאה העותרת בפעם השנייה, למר _____ גרבווע (ת.ז. _____), ונולדו להם ארבעה ילדים (העותרים 2-5): _____ בת השבע; _____ בת החמש; _____ ו _____, התאומים בני השלוש.
9. שלושה מבין הילדים מנישואיה הראשונים עדיין מתגוררים בגדה המערבית, בעיר קלקיליה (להלן: **שלושת ילדיה**):
 _____ כתוע (ת.ז. _____) בן ה-22;
 _____ כתוע (ת.ז. _____) בן ה-18;
 _____ כתוע (ת.ז. _____) בן ה-16.
10. הפעם האחרונה בה עברה העותרת לגדה המערבית לביקור שלושת ילדיה הייתה **בשנת 2005**.

מיצוי הליכים

11. העותרת פנתה מספר פעמים במהלך שנת 2006 למת"ק הפלסטיני ברצועת עזה, והגישה בקשות להיתר כניסה לישראל לצורך מעברה לגדה המערבית. מהמת"ק הפלסטיני נמסר לה כי הבקשות לא נענו על ידי הצד הישראלי.

12. ביום 28.1.07 פנו העותרים 1-5 באמצעות המוקד להגנת הפרט, אל המוקד ההומניטארי במנהלת התיאום והקישור של המשיב 2 בעזה (להלן: **מת"ק עזה**), וביקשו כי יונפק עבורם היתר כניסה לישראל לצורך מעברם מרצועת עזה לגדה, לביקור שלושת ילדיה של העותרת.

העתק מהמכתב מיום 28.1.07 מצור ומסומן **ע/1**.

13. ביום 25.2.07 התקבלה תשובה ממת"ק עזה לפיה **"לא תותר כניסתם לגדה מהנימוקים הבאים: לא מאושר קריטריוני"**.

העתק מהמכתב מיום 25.2.07 מצורף ומסומן **ע/2**.

14. ביום 22.7.07 פנה המוקד להגנת הפרט בערר ליועץ המשפטי של מת"ק עזה, בבקשה להתערבותו בסוגיה.

העתק הפנייה מיום 22.7.07 מצורף ומסומן **ע/3**.

15. ביום 26.8.07, בשיחה טלפונית עם יועמ"ש מת"ק עזה, סגן חיים שרביט, נמסר כי מסיבה כלשהי הפנייה לא הגיעה לידיו. אי לכך, העביר המוקד להגנת הפרט את הפנייה פעם נוספת ליועמ"ש המת"ק. קבלת הפנייה אושרה למחרת היום טלפונית ע"י סגן שרביט.

העתק הפנייה בפעם השנייה, מיום 26.8.07, מצורף ומסומן **ע/4**.

16. ביום 8.10.07 פנה הח"מ טלפונית למשרד יועמ"ש המת"ק, בכדי לברר את גורל הפנייה. מעוזרת יועמ"ש המת"ק נמסר כי סגן שרביט בחופשה וכי **אין זכר לפנייה המדוברת**. על כן, הועברה הפנייה למשרד היועמ"ש **בפעם השלישית**, הפעם לידי עוזרת היועמ"ש, רב"ט ירדן זר-אביב.

העתק הפנייה בפעם השלישית, מיום 8.10.07, מצורף ומסומן **ע/5**.

17. לאחר העברת הפנייה בפעם השלישית נמסר סוף סוף כי הפנייה התקבלה וכי היא "בטיפול". מאז חלף חודש ימים, "הטיפול" נמשך, אך עד כתיבת שורות אלו לא התקבלה כל תשובה לפנייה.

הטיעון המשפטי

חובת המשיבים להבטיח את חייהם התקינים של העותרים

חייה של אוכלוסייה, כחייו של יחיד, אינם שוקטים על השמרים אלא מצויים בתנועה מתמדת, שיש בה התפתחות, צמיחה ושינוי. ממשל צבאי אינו יכול להתעלם מכל אלה. אין הוא רשאי להקפיא את החיים.

(דברי השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 805).

18. המשיבים אינם יכולים להתעלם מכך שגם בעת עימות נמשכים החיים. גם בעת עימות זכאים תושבי השטחים לממש את חיי המשפחה עם בני-זוגם וילדיהם. המשיבים אינם יכולים לדרוש מהעותרים להמתין בעניין מימוש חיי המשפחה שלהם, ולכפות עליהם ניתוק עד אשר ישרור שלום.

19. 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...

20. 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. (סעיף 18 לפסק דינו של השי' ברק בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן הנ"ל).

21. בהבטחת החיים התקינים יש משקל רב לחלופי הזמן והשפעתו על האוכלוסייה:

אין המדובר דווקא על פעולה חד-פעמית אלא בחובה מתמשכת, וממילא אין לקיימה אלא בהתחשב בנסיבות, המשתנות מעת לעת, ותוך מתן תשומת לב ראויה לצרכים, שהזמן גרמם ומוסיף לגרמם עם חלוף העתים. הנסיבות בהן מדובר אינן ביטחוניות דווקא אלא גם נסיבות כלכליות, תברואתיות, תעבורתיות וכדומה.

[...]

משך הזמן... עשוי להשפיע על אופיים של הצרכים, וההכרח בביצוע התאמות והיערכות חדשה עשוי לגבור ככל שאורך הזמן רב יותר... במסגרת הפרשנות המשפטית לסימן 43 הודגשה על-כן לא אחת הזיקה בין יסוד הזמן לבין הלבוש, אותו ילבש קיום הוראותיו של סימן 43.

(בג"צ 69/81, אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197, - 310-311).

22. במסגרת חובה זו רשאים המשיבים לשקול אך ורק שני סוגים שיקולים: שיקולי ביטחון מחד, וטובת האוכלוסייה המוגנת מאידך. כל שיקול אחר הינו בגדר שיקול זר:

על המפקד הצבאי של שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית למצוא איזון בין צרכי הצבא מזה לבין צרכי התושבים המקומיים מזה. במסגרת איזון עדין זה אין מקום למערכת שיקולים נוספת, שעניינה שיקולים מדיניים.

(בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, עמ' 829).

23. במתחם האיזון בין צרכי הביטחון לצרכי האוכלוסייה, מוטלת על המפקד הצבאי חובה להגן על זכויותיהם של התושבים ולהעמיד לנגד עיניו את זכויות האדם שלהם:

אמנת האג מסמיכה את מפקד האיזור לפעול בשני תחומים מרכזיים: האחד - הבטחת האינטרס הבטחוני הלגיטימי של המחזיק בשטח, והשני - הבטחת צרכיה של האוכלוסייה המקומית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית... הצורך האחד הוא צבאי והאחר הוא צורך אזרחי-הומניטרי. הראשון מתמקד בדאגה לבטחון הכח הצבאי המחזיק במקום, והשני - באחריות לקיום רווחתם של התושבים.

בתחום האחרון מופקד מפקד האיזור לא רק על שמירת הסדר והבטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובמיוחד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול... בשיקוליו, על המפקד להתרכז בצרכיו של האיזור, ואל לו לשים לנגד עיניו את שיקוליה של המדינה שמכוח תפיסתה הצבאית את השטח מפעיל הוא את סמכויותיו.

(בג"צ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, עמ' 455-456).

24. מהחלטת המשיבים עולה בבירור כי הסירוב להתיר את מעבר העותרת אינו מבוסס על מניעה ביטחונית, שכן במקרים בהם הייתה מניעה ביטחונית ציינו זאת המשיבים במפורש.

25. **הצעד בו נקטו המשיבים, אשר נובע משיקולים שאינם ביטחוניים (ובודאי שאינם נוגעים לטובת האוכלוסייה המוגנת) הנו פסול מכל וכל.** המשיבים פוגעים בכך בזכויות היסוד של בני המשפחה ללא נימוק המצדיק זאת. על המשיב לערוך איזונים בין השיקולים הרלוונטיים, ולהתייחס בכבוד ראש לניתוק הקשה הנכפה על בני המשפחה.

26. בעניינם של העותרים, אין ספק כי נפל פגם מהותי בשיקול הדעת של המשיבים: על כף אחת של המאזניים עומדים חיי המשפחה של העותרת וילדיה, שאינם מהווים סיכון ביטחוני כלשהו, ומן הצד השני "קריטריונים" עלומים, המבוססים על שיקולים שהם במקרה הטוב היפותטיים ובמקרה הגרוע פסולים, ושאינם בהם כדי להצדיק פגיעה כה קשה בזכות לחיי משפחה, לכבוד ולחופש תנועה.

זכותם של העותרים לחיי משפחה

אין לו לאדם קשר נפשי חזק מהקשר שלו לבני משפחתו הקרובים. והקשר של אדם לילדיו ולבן-זוגו הוא החזק מכל. כך הם קשריה של אם לילדיה וכך הם קשריו של אב לילדיו. זה משפט הטבע, משפט שהוא חזק ונעלה מכל משפט.

(בג"ץ 4365/97 פלוני נ' שר החוץ תק-על 199), 7, עמ' 30).

27. הזכות לחיי משפחה הינה זכות מוכרת ומוגנת במשפט הבינלאומי ההומניטארי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

סעיף 16 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם, 1948, קובע:

The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.

ראו גם:

סעיף 46 לתקנות האג;

סעיף 27 לאמנת גינבה הרביעית;

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 האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948;

סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם;

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

28. הפגיעה בחיי המשפחה היא פגיעה העולה כדי פגיעה בכבודו של העותר כאדם. (ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל העותרים ואח' נ' שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754, פסקאות 25, 30-34 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק, ההכרה בזכות לחיי משפחה כזכות מוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התקבלה על ידי רוב השופטים והיא ההלכה הפסוקה).

29. הזכות לחיי משפחה כוללת גם את זכותם של הורים לשמור על קשר משפחתי עם ילדיהם לאחר גירושין, או במקרים בהם הם אינם מתגוררים יחדיו.

30. בית הדין האירופי, למשל, קבע במפורש כי במסגרת חובתה של המדינה לכבד את הזכות לחיי משפחה, מוטלת על המדינה אף חובה חיובית להבטיח את המשך קיומו של קשר משפחתי בין אב לבנו לאחר גירושין:

There may in addition be positive obligations inherent in effective "respect" for family life... the instant case features both types of obligations: on the one hand, a positive obligation to ensure that family life between parents and children continue after divorce, and, on the other, a negative obligation to refrain from measures which cause family ties to rupture.

(App. No. 29192/95 Ciliz v. The Netherlands, Eur. Ct. H.R. (11 July 2000), para. 61).

31. המשיבים מונעים מהעותרת לממש את זכותה להורות ולחיי משפחה יחד עם שלושת ילדיה. המשיבים מונעים משלושת ילדי העותרת להביע כבוד ואהבה לאמם ולקיים נוהל חיים תקין איתה ועם אחיהם, העותרים 2-5 (על הזכות להורות וחשיבותה ראו: ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1), 461, עמ' 465-466).

הזכות לחופש תנועה

הזכות לכבוד, לחופש תנועה ולאוטונומיה

32. לתושבי השטחים עומדת הזכות לנוע כראות עיניהם בתוך השטחים, לרבות בין רצועת עזה לגדה המערבית, המהוות יחידה טריטוריאלית אחת. זוהי זכותם המהותית והיסודית.

33. ראו לעניין הכרת מדינת ישראל ברצועת עזה והגדה כיחידה טריטוריאלית אחת:

סעי' 5 ל"הצהרת העקרונות" מיום 13.9.93, החתומה על ידי ישראל ואש"ף;

סעי' 23(6) להסכם עזה יריחו, "הסכם קהיר", שנחתם על ידי ישראל ביום 4.5.94;

סעי' 11(1) להסכם הביניים שנחתם על ידי ישראל בבית הלבן ביום 28.9.95;

סעי' 1(2) לנספח הראשון בהסכם הביניים, סידורי ביטחון;

המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (מנשר מס' 7);

בג"ץ 7015/02 עגירי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2002(3), 1021;

בג"צ 9586/03 סואלמה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נח(2) 342, עמ' 345

וגם לאחר השלמת "תוכנית ההתנתקות":

הסכם המעברים בין מדינת ישראל לרשות הפלסטינית מיום 15.11.05;

34. הזכות לחופש התנועה היא הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו וזכויותיו. הזכות לחופש תנועה נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המינהגי.

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 האיזורי, תק-על 194(1) 1139, 1147.

35. 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 האדם חדלות מלהתקיים. כבודו כאדם נפגע. מכאן החשיבות הרבה המיוחדת לזכות לחופש התנועה.

36. כאשר מגבילים אדם מלנוע דרך קבע לשטחים אינטגרליים נרחבים 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.

37. 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.

38. 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 "לכל היותר" (at most) לבצע. (בג"ץ 7015/02 עגירי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על-2002(3), 1021, עמ' 1027).

39. 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.

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

41. בית המשפט הנכבד הכיר בעבר בכך שכאשר מפקד צבאי מפעיל סמכויותיו כלפי פלסטינים תושבי השטחים, עליו לעשות זאת תוך כיבוד כבוד האדם.

בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין... אין לפגוע בחייו או בכבודו כאדם, ועל כבודו כאדם יש להגן... חובתו של המפקד הצבאי על פי הכלל הבסיסי היא כפולה: ראשית, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה"שלישית"; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זו חובתו ה"חובית". (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות האדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 394).

זכות המעבר דרך ישראל

42. העותרים אינם מבקשים להיכנס לישראל לשם שהייה בה. לעותרים אין כל עניין או רצון לשהות בישראל. כל שהם מבקשים הוא לעבור בין שני חלקי ארצם, המפוצלים מבחינה גיאוגרפית, כאשר ישראל שוכנת ביניהם.

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

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

נרחיב מעט ביחס לזכות זו:

44. 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.

45. **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.

46. 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).

47. 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).

48. 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) ו**מדינות שמפוצלות מבחינה גיאוגרפית** (כמו השטחים הפלסטיניים).

49. 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).

50. 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 לאוטפראכט:

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).

51. 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.

52. הוראות רלוונטיות מצויות באמנת ניו-יורק בדבר המעבר והסחר של מדינות הכלואות ביבשה (1965) (הנוסח המלא של האמנה מצוי ב-

<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1972/4.html>).

Article 12 - Exceptions in case of emergency

The measures of a general or particular character which a Contracting State is obliged to take in case of an emergency endangering its political existence or its safety may, in exceptional cases and for as short a period as possible, involve a deviation from the provisions of this Convention on the understanding that the principle of freedom of transit shall be observed to the utmost possible extent during such a period.

Article 13 - Application of the Convention in time of war

This Convention does not prescribe the rights and duties of belligerents and neutrals in time of war. The Convention shall, however, continue in force in time of war so far as such rights and duties permit.

זכות המעבר לעומת זכות הכניסה

53. זכות המעבר וזכות הכניסה הן זכויות שונות ונפרדות באופן מהותי – הן מבחינה משפטית והן מבחינה מעשית. כאשר מדובר במעבר **משך השהייה** הנדרש הוא קצר. זהו הזמן הקצר ביותר ההכרחי לשם גמיעת המרחק הנדרש בחציית חבל הארץ הרלבנטי. ביחס **למטרת הכניסה**, במקרה של מעבר אין לעובר כל עניין במדינה הנעברת, ומטרתו היחידה הינה להגיע למחוז חפצו, בצידה השני - המעבר הינו האמצעי בלבד, ולא המטרה. זאת כמובן, בשונה מכניסה, כאשר מטרתו של הנכנס היא עצם השהייה במדינה, ולעיתים אף מגורים או עבודה בה.
54. להבדל באופיין של שתי הזכויות השלכות משמעותיות על רמת סיכון הביטחוני הפוטנציאלי הנובע מכל אחת מהן, כמו גם על האפשרות לצמצם את הסיכון. להבדיל מכניסה לשם שהייה, המעבר מעורר סיכון ביטחוני קטן בהרבה. בנוסף לכך, כאשר מדובר במעבר, קל יחסית למדינה הנעברת לצמצם את הסיכון הביטחוני כמעט לחלוטין, באמצעות התניית תנאים ביחס למעבר. היא יכולה, למשל, לחייב נתיב מעבר מסוים, להעלות דרישות ביטחוניות שונות ואף לפקח באופן צמוד על ביצוען.
55. 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

56. כל שמבקשת העותרת הוא לעבור דרך ישראל יחד עם ילדיה כדי לבקר את שלושת ילדיה המתגוררים בחלקה השני של ארצה. המשיבים אינם רשאים לנתק את בני המשפחה אלו מאלו, תוך הסתמכות על אמירות בעלמא בדבר "אי עמידה בקריטריונים". השיקולים היחידים אשר רשאים המשיבים לשקול הם שיקולי ביטחון טהורים, אשר מהחלטת המשיבים עולה כי אינם מתעוררים בענייננו. יתרה מכך, ככל שיש סיכון ביטחוני כלשהו במעברם בישראל, הרי ניתן להתמודד עם סיכון זה בקלות יחסית ולצמצמו בדרכים רבות. בוודאי שאין בו כדי למנוע לחלוטין את זכותם של בני המשפחה לפגוש אלו את אלו.
- עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד ברצועה ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפויי הכוח שאף הם ניתנו 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 המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.