

בעניין:

1. גב' _____ אבו לבן
ת.ז. _____, תושבת הרשות הפלסטינית
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.
ע"י ב"כ עוה"ד עביר גובראן (מ.ר. 44346) ו/או יוסי וולפסון (מ.ר. 26174) ו/או
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 ענת קדרון (מ.ר. 37665) ו/או
ידין עילם (מ.ר. 39475)
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. אלוף פיקוד דרום
2. שר הפנים
3. שר הביטחון
4. מתאם הפעולות בשטחים
5. ממשלת ישראל
6. מדינת ישראל

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא יאפשרו את יציאתה למצרים של העותרת 1, על מנת שתוכל לגשת לבחינה לחברות ב-Royal "College of Obstetricians & Gynaecologists" הבריטי. הבחינה תיערך ביום 3.8.07 במצרים, ולאחר מכן על העותרת להמשיך בחלק השני של לימודיה, שהחל בחודש יוני השנה.

העותרת אינה יכולה לצאת למצרים שכן מעבר רפיח סגור ומסוגר מחודש יוני השנה. העותרת מבקשת לצאת לירדן דרך גשר אלנבי, ומשם לנסוע למצרים.

בקשה לדין דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף ביותר לשמיעת העתירה.

העותרת הינה רופאה במקצועה, הלומדת מאז שנת 2005 לתואר שני במיילדות וגניקולוגיה באוניברסיטת עין שמס במצרים.

ביום 3.8.07 על העותרת לגשת לבחינה חשובה ביותר ומהותית לעתידה לחברות ב-Royal "College of Obstetricians & Gynaecologists" הבריטית, אי לכך עליה לצאת דרך גשר אלנבי לירדן ומשם למצרים, לכל המאוחר ביום 1.8.07, שאם לא כן תפסיד את מועד הבחינה.

כמו כן, החלק השני בלימודיה של העותרת לתואר שני באוניברסיטת עין שמס, החל ביוני 2007. אם לא תגיע ללימודים בתחילת חודש אוגוסט, היא עלולה להפסיד את שנת הלימודים כולה, ולימודיה יעוכבו בשנה תמימה.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) הינה רופאה במקצועה, אשר עובדת בבית החולים אלשפאא ברצועה, במחלקת לידה; ולומדת לתואר שני במיילדות וגניקולוגיה באוניברסיטת עין שמס במצרים.
2. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה רשומה בישראל שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים.
3. המשיב 1 הוא בעל השליטה האפקטיבית במעברים היבשתיים, הימיים והאווריים מהרצועה ואליה, מטעם מדינת ישראל, המשיבה 6.
4. המשיבים 1-2 אחראים על הוצאת היתרי כניסה לישראל לצורך כניסה לישראל. המשיב 2 הוא בעל הסמכות, אותה האציל למשיב 1.
5. המשיב 4 הנו האחראי על קביעת מדיניות הצבא בשטחים הכבושים, והוא מונה מטעם המשיב 3 לעקוב אחרי המצב ההומניטרי ברצועה.
6. המשיבה 5 (להלן: **הממשלה**) היא האחראית על פעולות ישראל ועל מדיניותה ככל הנוגע להסדרי חופש התנועה בכלל והסדרי היציאה לחו"ל בפרט, מרצועת עזה דרך היס, האוויר והיבשה.

העובדות

7. העותרת סיימה את החלק הראשון בתואר שני במיילדות וגניקולוגיה באוניברסיטת עין שמס במצרים; החלק השני לתואר החל ביוני 2007. העותרת לא הגיעה ללימודיה בשל סגירת מעבר רפיח באותה תקופה, בשל האירועים שפרצו ברצועה.
העתק מאישור לימודים מאוניברסיטת עין שמס מצורף ומסומן **ע/1**.
8. ביום 3.8.07 על העותרת לגשת לבחינה, שלה חשיבות רבה ביותר לעתידה, לחברות ב- "Royal College of Obstetricians & Gynaecologists" הבריטי במצרים.
העתק מאישור מטעם Royal College על מועד הבחינה מצורף ומסומן **ע/2**.

9. במהלך החודשיים האחרונים הפסידה העותרת חלק גדול מלימודיה לתואר השני, וכתוצאה היא עלולה להפסיד את החלק השני ללימודיה לתואר השני.

אחריות ישראל על היציאה מרצועת עזה לחו"ל גם אחרי יישום תוכנית ההתנתקות

10. היפותטית, היציאה מרצועת עזה לחו"ל תיתכן דרך היס, האוויר והיבשה.

היציאה דרך היס מעזה, עיר נמל היסטורית, חסומה בידי ישראל, וספינות קרב ישראליות מסיירות לאורך חופי עזה ומגבילות אף את השיט של סירות הדייגים של תושביה.

היציאה בטיסות אף היא חסומה בידי ישראל, שהפציצה את נמל התעופה של הרצועה ושטוסיה חגים בשמי הרצועה ומונעים מכלי תעופה אחרים להשתמש במרחב האווירי שלה.

יציאה יבשתית מהרצועה לחו"ל נעשית בעיקרה דרומה, דרך מעבר רפיח למצרים וממנה לשאר העולם, וצפונה דרך מעבר ארז לישראל, כמדינת מעבר וממנה לשאר העולם.

מעבר רפיח סגור כיום, וישראל מתנגדת לפתיחתו. מעבר ארז ממשיך לתפקד ומשמש כיום לכניסה וליציאה של ישראלים, של אזרחים זרים, ושל פלסטינים שקיבלו היתר מעבר. במקרים בודדים כבר התירו המשיבים בנסיבות הנוכחיות מעבר של פלסטינים דרך מחסום ארז לצורך מעברם דרך גשר אלנבי לחו"ל.

11. בשנת 1994 יצאו הכוחות היבשתיים של ישראל ממרבית חלקי רצועת עזה. ישראל המשיכה בשליטה ברצועת עזה מהים, מהאוויר, מהמעברים היבשתיים, ממאחזים יבשתיים ברצועה ובאמצעים נוספים, כגון שליטה באספקת אנרגיה, במרשם האוכלוסין ועוד ועוד. בשנת 2005 פונו המאחזים היבשתיים הקבועים של ישראל ברצועה.

סוגיית היציאה מרצועת עזה לחו"ל אינה חדשה. היא היתה קיימת לפני כניסת הרשות לרצועת עזה ואחריה. היא ממשיכה להתקיים גם לאחר ה"התנתקות".

12. **סיטואציה דומה, של סגירת המעבר ברפיח הובאה בפני בית המשפט הנכבד בשנת 2004,** אחרי שהשליטה הקרקעית במרבית חלקי הרצועה היתה בידיים פלסטיניות, ועובר ל"התנתקות". ביום 12.12.04 פוצצו מתאבדים את מעבר רפיח. באותה עת היו תלויות מספר עתירות של המוקד לאפשר את יציאתם של תושבי הרצועה לחו"ל. אלוף הפיקוד, המשיב באותן עתירות, טען כי תיקון המעבר יאריך "מספר חודשים ארוכים". באותו עניין שוב ניסתה ישראל לכפות על הפלסטינים את הפתרון של מעבר ניצנה, וגם אז הודיע אלוף הפיקוד כי עקב הסיכוי הפלסטיני לא יוכלו אותם עותרים לצאת לחו"ל עד לתיקון המעבר.

בית המשפט דן בעתירות ושלל את עמדת אלוף הפיקוד ופסק:

אנו דוחים את המשך הדיון בעתירות ל-7 ימים. מטרת הדחייה לבחון את האפשרויות לפתרון (כולל או הומניטרי) לבעיות שהעותרים מעלים. מן הראוי

להדגיש כי על המשיב מוטלת החובה (על פי הדינים ההומניטריים הבינלאומיים) לנקוט בכל האמצעים שברשותו לפתרון הבעיה...

בג"צ 11714/04 ואח' אבו יוסף ואח' נ' מפקד כוחות הצבא ברצועת עזה, החלטה של הנשיא ברק, השופטת פרוקצ'יה והשופט עדיאל, מיום 30.12.04.

ביום 6.1.05 כבר הודיעה הפרקליטות כי ניתן יהיה לפתוח את מעבר רפיח באופן חלקי תוך שבועיים (לעומת "מספר חודשים ארוכים"). המשיב איפשר מעבר של מקרים הומניטריים דרך גשר אלנבי באמצעות "שאטל" מאובטח, ואוטובוסים מיוחדים אורגנו להסעת משתתפי החאג'. ביום 21.1.05 כבר נפתח מעבר רפיח באופן חלקי. הפתרונות, כך התברר, נמצאו מהר מהצפוי.

העתק הודעת הפרקליטות מיום 29.12.04 מצורף ומסומן ע/3 ;
 העתק ההחלטה מיום 30.12.04 מצורף ומסומן ע/4 ;
 העתק הודעת הפרקליטות מיום 6.1.05 מצורף ומסומן ע/5 ;
 העתק הודעת הפרקליטות מיום 25.1.05 מצורף ומסומן ע/6.

13. לאחר פינוי המאחזים הקרקעיים הקבועים ברצועה, וחרף ההכרזות בדבר "סיום האחריות", סירבה ישראל לבקשת הרשות הפלסטינית לפתוח את מעבר רפיח וחייבה את הפלסטינים לסגור את המעבר באופן הרמטי. בעקבות אותה סגירה של המעבר, התנהלה התכתבות בין המוקד להגנת הפרט לבין פרקליטות המדינה, כאשר המוקד תובע שהמעבר ייפתח, וכי עד לפתיחתו יימצא פתרון ביניים מסודר.

מנהלת מחלקת הבג"צים השיבה לפניית המוקד במכתב מיום 22.9.05 כדלקמן:

באשר ליציאה מרצועת עזה לחו"ל דרך מעבר רפיח – יצוין, כי מעבר לעובדה שלאחר ההתנתקות היה למעשה המעבר בין הרצועה למצרים פרוץ וכל אשר חפץ לצאת לחו"ל דרך מעבר רפיח יכול היה לעשות כן ללא קושי, הרי שהתנגדותה של מדינת ישראל לפתיחת המעבר נובעת מתוך רצון לשמר יכולת בקרה מינימאלית על הנכנסים והיוצאים מרצועת עזה למצרים. משכך, בטרם הושג הסדר בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית ומצרים בסוגיה זו, הציעה ישראל כי המעוניינים לצאת באופן חוקי מהרצועה למצרים יוכלו לעשות כן דרך מעבר ניצנה ואולם הצד הפלסטיני התנגד להצעה זו (ההדגשה הוספה).

העתק המכתב מיום 22.9.05 מצורף ומסומן ע/7.

14. ואכן, בהמשך שנת 2005 הגיעה ישראל, בתיווך אמריקאי, להסכם שהעניק לה שליטה עקיפה במעבר רפיח. (ראו ההסכם בדבר תנועה וגישה – עקרונות מוסכמים למעבר רפיח, ישראל-הרשות הפלסטינית, 15 בנובמבר, 2005. זמין ב- www.mfs.gov.il).

15. עד שהגיעו הצדדים להסדר, נפתח מעבר רפיח מספר פעמים למשך תקופות קצרות. עוד ידוע למוקד להגנת הפרט, כי לפחות פעם אחת ארגנה ישראל "שאטל" מעזה למעבר אלנבי,

שאיפשר יציאה מהרצועה לחו"ל באמצעות נסיעה ישירה ממחסום ארז לגשר אלנבי שבגדה, ומשם לירדן.

16. באמצעות השליטה שהעניק לה ההסכם, נפתח המעבר ונסגר בהתאם להחלטות שקיבל מפעם לפעם המשיב 3, שר הביטחון.

במכתבו של אייל פרידמן, ממשדד מתאם הפעולות בשטחים, משרד הביטחון, לעו"ד שרי בשי מעמותת גישה מיום 9.10.06, עולה כי ישראל טוענת שההחלטה אם להתיר את פתיחת מעבר רפיח "נובעת משיקולים ביטחוניים, ובהתאם למדיניות הביטחונית העדכנית".

העתק מהמכתב מצורף ומסומן ע/8.

המשיבים איפשרו בעבר - וגם במשבר הנוכחי - יציאה מהרצועה דרך גשר אלנבי

17. כפי שראינו, מעבר רפיח אינו המוצא היחיד מהרצועה: מעברי היציאה הימיים והאוויריים סגורים בידי ישראל, והמעבר היבשתי בארז מתפקד ומצוי בשליטה ישראלית. הוא משמש כיום בעיקר לתנועה של מי שאינם פלסטינים, ובייחוד תושבים זרים שמגיעים לישראל באוויר וביבשה, וממנה לעזה.

עוד ראינו, שבמצבי משבר בעבר, איפשרה ישראל גם תנועת פלסטינים לחו"ל דרך מעבר ארז וממנו לגשר אלנבי.

18. מעמותת גישה נמסר לחתומה מטה כי גם במשבר הנוכחי תואמה יציאתם של כמה פלסטינים מעזה לחו"ל דרך גשר אלנבי, ולהיפך.

מיצוי הליכים

19. ביום 17.7.07 פנתה העותרת אל המוקד להגנת הפרט. עוד באותו יום, 17.7.07, פנתה העותרת באמצעות המוקד להגנת הפרט אל מתאם הפעולות בשטחים, אלוף יוסף משלב, ואל המוקד ההומניטרי של מת"ק ארז, השייך למשיב 1, וביקשה לתאם את הגעתה למצרים דרך גשר אלנבי וירדן.

המוקד להגנת הפרט הדגיש בפנייתו את דחיפות הבקשה, וכי על העותרת להגיע למצרים לכל המאוחר עד ליום 1.8.07, וביקש לקבל תשובה עד ליום 24.7.07.

העתק המכתב אל מתאם הפעולות בשטחים, אלוף יוסף משלב, מצורף ומסומן ע/9; העתק המכתב אל המוקד ההומניטרי של מת"ק ארז, מצורף ומסומן ע/10.

20. טרם התקבלה תשובה כלשהי בעניינה של העותרת.

הטיעון המשפטי

אי מענה

21. אחת החובות הבסיסיות המוטלות על רשות מינהלית, הינה לטפל ולענות לבקשות המופנות אליה תוך זמן סביר, ובהתאם לדחיפות של כל מקרה (ראו: י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 717).

22. על המשיב 1 החובה לטפל בפניות שהופנו אליו בהגינות ובהתאם לנסיבות המקרה: "על רשות מוסמכת לפעול בסבירות. סבירות משמעה גם עמידה בלוח זמנים סביר." (דבריו של השופט לויין בבג"צ 6900/93 **המכון להכשרת טוענות בית הדין נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מח(4) 441, 451). "חובת המהירות הראויה, המוטלת על הרשות המינהלית, אינה אלא חובת התנהגות סבירה" (בג"צ 7198/93 **מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר**, פ"ד מח(2) 844, 853).

הפעלת שיקול דעת

23. כפי שראינו, המפתח ליציאתה של העותרת לחו"ל מצוי בידי ישראל. הפתרון ליציאתה ריאלי, ואף ננקט במקרים דומים בעבר הרחוק והקרוב. המשיבים מחזיקים בסמכות להחליט אם פתרון זה יינתן לעותרת. מקיומה של הסמכות נובעת החובה להפעיל שיקול דעת, ולהפעילו בסבירות. מחד גיסא, מתן המוצא לעותרת אינו מסכן שום אינטרס ביטחוני או אחר של ישראל. מאידך גיסא, הסירוב יביא לפגיעה קשה בזכויות העותרת.

הפגיעה בזכויותיה של העותרת

24. אם תיחסם דרכה של העותרת לחו"ל ייפגע לא רק חופש התנועה שלה – זכות יסוד שהיא הבסיס עליו בונה אדם את האוטונומיה האישית שלו ומכוון את דרכו בעולם. תיפגע גם זכותה לחינוך, וייפגעו מאמציה להתקדמות אישית ומקצועית – למענה ולמען האוכלוסייה שהיא משרתת בעבודתה הרפואית.

25. גם לאחר יישום תוכנית ההתנתקות, המשיכה ישראל להחזיק ברצועה ככוח לוחם וכובש, בעיקר מכוח שליטתה האפקטיבית ברצועה.

להרחבה: ראו נייר העמדה של עמותת "גישה", "כובשים מנותקים: מעמדה המשפטי של רצועת עזה" מינואר 2007:

<http://www.gisha.org/UserFiles/File/publications%20/Hebrew%20Position%20Paper%20for%20website.pdf>

26. אי לכך, על ישראל מוטלת החובה לדאוג לשלומם ולביטחונם של התושבים המוגנים ברצועה, חובות אשר מעוגנות בתקנות 43 ו-46 לתקנות האג, וסעיף 27 לאמנת גינבה הרביעית.

27. עניינה של עתירה זו אינו במה מעמדה של רצועת עזה. אין זה המקום לבירור שאלה עקרונית זו, וממילא תוכרע שאלה זו בעתיד על ידי המוסדות הבינלאומיים המתאימים. עניינה של העתירה באחריותם של המשיבים למציאת פתרונות שיאפשרו לעותרת ולאוכלוסייה הפלסטינית ברצועה אפשרות כלשהי לצאת מהרצועה.
28. כך או כך, אין צורך בדיני הכיבוש כדי לבסס את הזכות לחופש התנועה את הזכות לחינוך ואת הזכות לכבוד, ואת הזכויות החשובות האחרות שתלויות בהן.
29. די בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר המשיבים חייבים לכבדו כלפי כל אדם. טול מאדם את הזכות לנוע ופגעת בכבודו כאדם.
30. המשיבים נושאים את המשפט החוקתי הישראלי בתרמילם בכל אשר ילכו – בין בשטח כבוש ובין בשטח אחר. גם מחויבותם, על-פי המשפט ההומניטרי הבינלאומי, למנוע פגיעה באוכלוסייה האזרחית, איננה מצומצמת למצב המיוחד של שטח כבוש בלבד.
31. גם דיני זכויות האדם הבינלאומיים רלוונטיים לענייננו, שכן ישראל חתומה על אמנות אלו ומחוייבת 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.
32. חופש התנועה אינה עוד זכות ככל זכות אחרת, שכן חופש התנועה הוא המפתח להגשמת זכויות אדם בסיסיות: הזכות לטיפול רפואי, הזכות לחיי משפחה, הזכות לחינוך, הזכות לפולחן ועוד. הזכות לצאת לחו"ל היא כה מהותית וחשובה, על כן הגבלתה צריכה להיעשות מטעמים פרטניים כבדי משקל, ואין כל אפשרות להקפאה כליל לתקופה ממושכת.
33. ברצועת עזה מתגוררים כמיליון וחצי תושבים. הרעיון שאפשר למנוע בצורה הרמטית את יציאתם של התושבים לחו"ל, אף במקרים מיוחדים, הוא רעיון אבסורדי ממש, אשר לא רק מנוגד לרוח אמנת גינבה הרביעית אלא לרעיון זכויות האדם כולו.
34. ישראל יכולה וחייבת למצוא פתרונות זמניים עד להסדר הקבוע עליו יוחלט בעתיד בין הצדדים. חלק מהפתרונות כבר מוכרים מבג"צ 11714/04 הנ"ל. העותרים ציינו הסדר של "שאטל" למעבר הגבול בגשר אלנבי. ניתן לחשוב על פתרונות נוספים ומגוונים, אך המשיבים מעדיפים להתנער מאחריות.

טיבה של הזכות: מעבר לחו"ל דרך המדינה

35. עניינה של העתירה הוא בזכותה של העותרת לצאת לחו"ל, יציאה שהיא אפשרית כיום אך ורק במסלול היבשתי העובר דרך ישראל. מעבר לכך שפעולות אקטיביות של ישראל הן שאינן מאפשרות את יציאת העותרת לחו"ל במסלולים אחרים (כגון בים או באוויר); מעבר

לכך שההחלטה אם לפתוח מוצא בפני העותרת צריכה להתקבל בשיקול דעת מנהלי תקין; מעבר לכך שקיימת חובה ישראלית מיוחדת כלפי תושבי השטחים – מעבר לכל אלו, ענייננו בזכות מוכרת במשפט הבינלאומי המנהגי.

36. **זכות המעבר (The Right of Transfer/Transit)** מוכרת במשפט הבינלאומי. נרחיב מעט ביחס לזכות זו:

37. 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.

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

39. זכות המעבר נובעת באופן טבעי מעצם קיומה של מובלעת. כפי שמתאר זאת המלומד דיאוליביה פאראן (עמ' 43 בספר של וינוקורוב):

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 in still in being. (d'Olivier Farran, C. (1955) *International Enclaves and the Question of State Servitudes, International and Comparative Law Quarterly*, 4(April) 297, pp. 304).

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 1948-1967) ו**מדינות שמפוצלות מבחינה גיאוגרפית** (כמו השטחים הפלסטיניים).

העתק ממאמרו המקיף של המלומד לאוטרפאכט בעניין זה מצורף ומסומן ע/11.

40. וכך מתאר לאוטרפאכט את זכות המעבר :

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 .

ראו ע/11, עמ' 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).

41. 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.

ראו ע/11, עמ' 340.

42. גישה זו משתקפת באמנות שעיגנו 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.

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**.

סיכום

43. המשבר הנוכחי במעבר רפיח אינו מתיר לישראל להישאר אדישה לתוצאות של הפיכת רצועת עזה לכלא ואת תושביה לאסירים. ישראל אינה רשאית להישאר אדישה לבקשתה של העותרת לצאת לחו"ל בדרך חלופית, על מנת שלא תיחסם השכלתה המקצועית ושמאמציה בלימודיה לא ירדו לטמיון.

44. על המשיבים לענות לפנייה אליהם – ולהיענות לה. עליהם ליישם, לפחות במקרה זה, את הפתרון שכבר יישמו לא פעם בעבר, ולאפשר לעותרת להגיע לבחינה וללימודים במצרים דרך מעברי ארז ואלנבי.

עתירה זו נתמכת בתצהיר ויפוי כוח 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 העותר לבין באת כוחו.

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.