

בעניין:

1. _____ מג'ארי, 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 נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או נמרוד אביגאל (מ"ר 51583)

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:

א. מדוע לא ישיבו לפניות העותרות אליהם מזה ארבעה חודשים;

ב. מדוע לא יתירו בדחיפות את חזרתה של העותרת 1 מרצועת עזה אל הגדה המערבית, דרך ישראל.

בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה. העותרת, הנמצאת בחודש התשיעי להריונה, היא ילידת קלקיליה שבגדה המערבית, ושם מתגוררת כמעט כל משפחתה. מאז שנת 2001 מתגוררת העותרת ברצועת עזה, אליה עברה לרגל נישואיה.

ביום 25.11.10 התגרשו בני הזוג, ומאז מצויה העותרת ברצועה לבדה, חסרת כל. היא שוהה באופן זמני אצל חברתה, וממתינה לחזרתה לחיק משפחתה.

עוד בחודש ינואר 2011 הגישה העותרת למשיבים, באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית, בקשה למעברה לגדה, לבית הוריה. מאז טרם התקבל מענה.

כאמור, העותרת נמצאת במצב קשה ביותר – היא הרה בחודש התשיעי ושוהה באופן זמני בביתה של חברה כשהיא חסרת כל, וללא כל קרוב משפחה שיוכל לטפל בה ובתינוק שעתיד להיוולד. תאריך הלידה המשוער שנמסר לעותרת מפי רופאיה הוא 8.6.11, ומכאן שהעותרת עשויה ללדת בכל יום.

אך מובן שכל שנוקף הזמן, ובהיעדר מענה מצד המשיבים, הולכת וגוברת המצוקה הקשה בה מצויה העותרת.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) היא תושבת הרשות הפלסטינית, ילידת 1977, המתגוררת ברפיח שברצועת עזה מאז שנת 2001.
2. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
3. 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.
4. 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.

נישואיה וגירושיה של העותרת

5. העותרת נולדה בקלקיליה שבגדה המערבית. כמעט כל משפחתה מתגוררת בגדה: אמה וששת אחיה. לעותרת אחות אחת בלבד, המתגוררת ברצועת עזה, יחד עם בעלה וילדיהם.
6. בשנת 1998 נישאה העותרת למר ראיד מגיארי, ת"ז 407642891. בני הזוג עברו להתגורר ברצועה בשנת 2001 ועם השנים נולדו להם שלושה ילדים: עזאם בן ה-10, סמירה בת ה-6 ואדם בן ה-4.
7. יצוין כי בעבר, ביקרה העותרת את משפחתה בגדה ובעקבות השתהות המשיבים בהסדרת חזרתה לחיק משפחתה ברצועה, הוגשה עתירה בנושא (בג"ץ 8526/05). לאחר הגשת העתירה הותרה חזרת העותרת והעתירה נמחקה.
8. במהלך שנת 2010 הידרדרו היחסים בין בני הזוג, וביום 25.11.10 התגרשו השניים, כשהעותרת בחודש השלישי להריונה.
העתק צו הגירושין מצורף ומסומן ע/1.
9. לאחר הגירושין, נישא בעלה לשעבר של העותרת בשנית. העותרת עזבה את ביתם המשותף, כשהיא חסרת כל ובחודש השלישי להריונה, ועברה לשהות בבית אחותה המתגוררת ברצועה. יצוין, כי אחותה נשואה ולבני הזוג שמונה ילדים, המתגוררים כולם בחדר אחד. ילדיה של העותרת נשארו אצל בעלה לשעבר.
10. במהלך חודש פברואר נאלצה העותרת לעזוב את בית אחותה נוכח הצפיפות והקושי להמשיך ולשהות בבית המשפחה. תחת זאת עברה העותרת לשהות בבית חברתה. גם סידור זמני זה אינו נוח במיוחד, מכיוון שהחברה נשואה ולבני הזוג ילד, והם מתגוררים בדירת שני חדרים.
11. מאז, וכמפורט להלן, ממתינה העותרת לאישור בקשתה לעבור לגדה, לחיק משפחתה. כאמור, העותרת חסרת בית וחסרת רכוש, וכבר בחודש התשיעי להריונה, ללא קרובי משפחה

שיכולים לסייע לה בגידול ופרנסת התינוק. העותרת בודדה ובמצב קשה, הן בשל הפרידה, הן בשל ההריון והן בשל מצבה הכלכלי.

העתק מסמך רפואי המעיד על הריונה של העותרת מצורף ומסומן ע/2.

מיצוי הליכים

12. בחודש ינואר 2011 פנתה העותרת למשיבים, באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית, וביקשה לאפשר את חזרתה לגדה, לחיק משפחתה. מאז ניגשה העותרת אחת לשבועיים לוועדה האזרחית לברר האם התקבלה כבר תשובה לפנייתה, אולם שוב ושוב נמסר לה כי אין כל מענה.

13. בחודש מרץ 2011 פנתה העותרת למשיבים פעם נוספת באמצעות הוועדה האזרחית, ושוב ביקשה לאפשר את חזרתה לחיק משפחתה.

14. ביום 22.5.11 נמסר לעותרת מפי נציג הוועדה האזרחית, שבקשתה עודנה בטיפול. בשיחה נוספת הבהיר הנציג לעותרת, כי בקשתה נקלטה עוד בחודש ינואר 2011 אצל המשיבים, וכך גם בקשתה ממרץ 2011.

15. ביום 24.5.11 פנה המוקד למשיבים ותיאר את נסיבותיה הקשות של העותרת – את הריונה ותאריך הלידה המתקרב, את הפרידה מבעלה ואת היותה חסרת כל, הנסמכת על טוב ליבם של אחרים באופן זמני.

המוקד הזכיר כי העותרת הגישה את בקשתה כבר בחודש ינואר 2011 באמצעות הוועדה האזרחית אולם טרם התקבל מענה.

בנסיבות העניין, הודיע המוקד כי אם לא יתקבל מענה עד ליום 30.5.11 ישקלו העותרות פנייה לערכאות.

העתק פניית המוקד מיום 24.5.11 מצורף ומסומן ע/3.

16. ביום 25.5.11 התקבל אצל המוקד מכתב המשיבים לפיו בקשת העותרת אכן נקלטה והיא מצויה בטיפול גורמי הביטחון.

העתק מכתב המשיבים מיום 25.5.11 מצורף ומסומן ע/4.

17. נכון למועד הגשת העתירה טרם התקבל מענה כלשהו. משכך, ובנסיבות הקשות בהן מצוייה העותרת, לא נותר לעותרות אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

א. חובת המשיבים להשיב לפניית אליהם במהירות ראויה

18. המשיבים, ככל רשות מינהלית, מחויבים להשיב לפנייה במהירות ראויה מכוח הדין. כלל ידוע הוא כי "החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשוניים של מינהל תקין" (ני 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) 451, 441 (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) 782, 769 (2004);
 בג"ץ Avocats Sans Frontieres **נ' אלוף פיקוד הדרום**, תק-על 4212/06 (2)2006 4751 (2006).

19. ברגיל, מחייב הדין מענה תוך תקופה מקסימאלית של 45 ימים מיום הפנייה, אך כבר 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 2)2007 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 2)2006 780, 775 (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).

20. במקרה דנן, חלפו **ארבעה חודשים תמימים** מאז פנתה העותרת למשיבים. מאז, פנתה אליהם פעם נוספת בחודש מרץ, ובחודש מאי פנו העותרות פעם נוספת. ברי, כי ככל שהמשיבים משתהים במתן תשובתם, ניצבת העותרת חסרת אוניס, בחוסר-כל, הרה וכוּרעת ללדת לגמרי לבדה ברצועה.

ב. הפגיעה בזכויות העותרת

(i) הזכות לקיום בכבוד ולביטחון סוציאלי

21. העותרת מצויה במצוקה קשה: היא חסרת כל, חסרת בית או רכוש, ללא פרנסה וללא מפרנס. העותרת, ובקרוב גם התינוק שיוולד לה, צפויים לחיים אומללים, של עוני נורא וסמיכות על נדיבותם של זרים כדי שתהיה להם קורת גג.

22. ברי כי במצב זה, נשללת לחלוטין זכותה של העותרת לקיום בכבוד ולרמת חיים נאותה, זכות שבית המשפט הכיר בה שוב ושוב כזכות חוקתית, ואף זכות חוקתית המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ר' למשל רע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה(3) 360 (2001); בג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 736, 729 (2004); בג"ץ 366/3 **עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר**, (לא פורסם, 12.12.05).

23. זכות זו מוכרת גם במשפט הבינלאומי, בסעיף 11 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, סוציאליות ותרבותיות (1966). המלומד Bailey מנתח את מעמדה של הזכות לרמת חיים נאותה במכלול זכויות האדם היסודיות:

[T]he right to an adequate standard of living is the most central right in the ICESCR, in the same way as the rights to life, privacy and perhaps freedom of expression are the central rights in the ICCPR... The centrality arises because **the other rights listed in the Covenants all appear to be in some sense derivative from these core rights**. For example, ... **the rights to social security or to work can be regarded as detailing aspects of the right to an adequate standard of living**... the right... has national and international implications, as well as bearing directly on the individual. [emphasis added]

(Bailey P. " The Right to an Adequate Standard of Living: New Issues for Australian Law". *Australian Journal of Human Rights*, 2007. p. 22)

(ii) הזכות לחיי משפחה

24. העותרת נותרה ברצועה לבדה, עקב גירושה. במצבה – הן הנפשי, הן הכלכלי, וכן היותה בהריון – זקוקה העותרת לתמיכת משפחתה המתגוררת בגדה.

25. הזכות לחיי משפחה היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. כנגד זכות זו מוטלת על המשיבים החובה לכבד את התא המשפחתי של העותרת ולאפשר לה לחזור לחיק משפחתה, בשר מבשרה.

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. מודגש גם במשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי, תחת כלל 105 למחקרו של הצלב האדום:

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).

ובית המשפט הנכבד פסק פעמים חוזרות ונשנות כי:

ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות.
(בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 728, 787).

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

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.

(iii) חופש התנועה

29. 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.

30. 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.

31. 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.

32. 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.

33. 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 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2002(3), 1021, עמ' 1027).

34. 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.

35. 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.

ג. המעבר מרצועת עזה לגדה המערבית

36. 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).

גם שינויים שחלו בהיקף השליטה של ישראל על רצועת עזה עקב יישום "תכנית ההתנתקות", לא פגמו בהכרה זו. אכן, מדובר בשתי שאלות שונות – שאלת היקף חובות המשיבים כלפי אוכלוסייה אזרחית, ושאלת 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).

37. היקף השליטה הישראלית על רצועת עזה והגדה הוא שמחייב את העותרים באישור המשיבים. מכך, שלמשיבים יש חובות של ממש כלפי העותרים. 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, ס' 12 לפסק הדין).

38. 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 לחיי משפחה ולחופש תנועה.

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

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

41. 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.

42. **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.

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 ההענקה היא חסרת ערך (*cuicumque aliquis aliquid 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. 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 1967-1948) ומדינות מפוצלות מבחינה גיאוגרפית (כמו השטחים הפלסטיניים).

46. 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).

47. 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).

48. 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.

49. 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

50. העותרת מעוניינת לשוב לחיק משפחתה, ללדת בביתה ולהיתמך על ידי אמה ואחיה במצבה הקשה.

51. בהתעלמותם מפניות העותרות, פוגעים המשיבים בזכותה של העותרת לחופש תנועה בארצה ובזכויות שמימושן תלוי בה.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד ברצועת עזה ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפויי הכוח שאף הם 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 המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.