

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ אמאם, ת.ז. \_\_\_\_\_  
תושב הרשות הפלסטינית
2. \_\_\_\_\_ אמאם, ת.ז. \_\_\_\_\_  
קטין, באמצעות אביו, העותר 1
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.

ע"י ב"כ עוה"ד עידו בלום (מ.ר. 44538) ו/או יוסי וולפסון (מ.ר. 26174) 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)

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 -

מפקד כוחות הצבא בשטחים הכבושים

המשיב

### עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא ינפיק לעותר 1 ולבנו הקטן, העותר 2, היתרי כניסה לישראל לצורך מעברם מחברון שבגדה המערבית לרצועת עזה, שם נמצאות אשתו ובתו הקטנה.
- ב. מדוע לא יימנע מהתניית מעברם של העותרים בהתחייבות שלא לשוב עוד לגדה המערבית.
- ג. מדוע לא יחדל ממדיניות התניית מעברם של פלסטינים מהגדה המערבית לרצועת לעזה בהתחייבות שלא לשוב עוד לגדה.

### בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה, נוכח נסיבותיה ההומניטאריות הברורות, והנתק הכפוי על בני המשפחה מזה כשנה תמימה.

## הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**) הוא פלסטיני, תושב חברון שבגדה המערבית. העותר נשוי לגב' \_\_\_\_\_ אמאם (ת.ז. \_\_\_\_\_), המתגוררת ברצועת עזה. לבני הזוג שני ילדים: \_\_\_\_\_ בן השש (העותר 2) ו \_\_\_\_\_ בת השלוש וחצי (ת.ז. \_\_\_\_\_).
2. העותר 3 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) הוא ארגון זכויות אדם שמושב בירושלים.
3. המשיב הוא המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מארבעים שנה. המשיב הוא בעל הסמכות להתיר את כניסתם של פלסטינים תושבי הגדה לישראל, לצורך מעברם לרצועת עזה.

## התשתית העובדתית ומיצוי ההליכים

4. העותר נישא בשנת 2001 לגב' \_\_\_\_\_ אמאם, המתגוררת בעזה. בשל המגבלות הקשות שמטיל המשיב מאז שנת 2000 על מעברם של פלסטינים המתגוררים ברצועה לגדה המערבית, נשאר העותר עם אשתו ברצועה, ושם גם נולדו שני ילדיהם.
  5. לאור מדיניות הבידול של המשיב בין עזה לגדה המערבית, שהחלה בשנת 2000, המתבטאת, בין השאר, בהגבלת מעברם של פלסטינים בין עזה לגדה המערבית, חשש העותר במשך שנים מלצאת את רצועת עזה ולשוב לביתו שבחברון, בידעו שאם יצא, יעמוד בפני קשיים עצומים להיכנס חזרה לרצועה, כדי לשוב לאשתו וילדיו, ובידעו שהסיכוי שיותר לאשתו וילדיו לעבור לגדה הוא קלוש אף יותר. כתוצאה מכך לא חזר העותר לביתו שבגדה ולא ראה את הוריו, ארבעת אחיו ושאר בני משפחתו שם במשך כשבע שנים.
  6. במאי 2007 נאלצה אמו של העותר, החולה בסכרת, לעבור ניתוח לכריתת רגלה, בבית החולים אלמקאצד שבירושלים המזרחית. בנסיבות אלו החליט העותר לצאת את הרצועה ולעמוד לצד אמו במצבה הקשה, על אף החשש הרב, ומתוך תקווה כי למרות הקשיים האדירים שמציב המשיב בדרך הכניסה לרצועה, יוכל לשוב ולראות את אשתו ובתו במהרה.
  7. העותר הגיש בקשה להיתר כניסה לישראל, על מנת שיוכל לבקר את אמו אשר אושפזה, כאמור, בבית חולים בירושלים. בקשתו אושרה. ב-22.5.07 יצא העותר את הרצועה עם בנו, כשאשתו ובתו נותרות מאחור, ברצועה.
- העתקי היתרי הכניסה לישראל שקיבל העותר לשם ביקור אמו מצורפים ומסומנים **ע/1**.
8. עם תום הביקור, כאשר ביקש העותר לשוב ולעבור לרצועה, גילה למגינת לבו כי חששו הכבד התממש.
  9. העותר הגיש מספר בקשות להתרת מעברו מהגדה לרצועה לביקור אשתו ובתו, באמצעות המת"ק הפלסטיני בחברון, אך בקשותיו סורבו על ידי הצד הישראלי. גם בקשות להתרת מעברן של אשתו ובתו מהרצועה לגדה סורבו.

10. עם זאת, בחודש מרץ התקבלה במת"ק הפלסטיני תשובת הצד הישראלי לבקשתו האחרונה, מיום 11.2.08. לפי התשובה שניתנה, העותר יוכל לקבל את ההיתר המבוקש, אך רק אם יתחייב בכתב שלא לשוב עוד לגדה המערבית.

העתק הודעת המשרד הפלסטיני לעניינים אזרחיים בחברון בדבר הפניות לצד הישראלי והתשובה שהתקבלה, וכן תרגומה לעברית, מצורפים ומסומנים ע/2.

11. ביום 21.4.08 פנה המוקד להגנת הפרט ליועמ"ש המשיב וביקש להתיר את מעברו של העותר ובנו לרצועת עזה, לאשתו ובתו.

העתק פניית המוקד ליועמ"ש המשיב מיום 21.4.08 מצורף ומסומן ע/3.

12. ביום 6.5.08 התקבלה תשובת יועמ"ש המשיב. בתשובה נטען כי במערכת הממוחשבת שבידי המשיב אין תיעוד של פניות קודמות של העותר ועל כן הוא מופנה להגשת בקשה במת"ק. אולם לגופו של עניין, חוזר המכתב על עיקרי אותה מדיניות שבאה לידי ביטוי קודם לכן בתשובת המת"ק:

נבקש להדגיש, כי על פי המדיניות הקיימת מעבר בין האיזורים מותר במקרים חריגים בלבד וככלל לא מותר מעבר חוזר ונשנה. אשר על כן נבקש, כי מרשכם יבהיר (בפנייתו למת"ק) האם בכוונתו להשתקע ברצועת עזה דרך קבע.

העתק תשובת יועמ"ש המשיב מיום 5.5.08 מצורף ומסומן ע/4.

13. יצויין כי אין זה המקרה היחיד בו נתקל המוקד להגנת הפרט במדיניות פסולה זו של המשיבים. כך, למשל, בעניינה של פלסטינית תושבת קלקיליה, אשר ביקשה לבקר את בעלה חולה הכליות ברצועת עזה, התקבל מהמת"ק הישראלי מסמך הנושא את הכותרת 'דו"ח מסורבים' ונכתב בו כי:

ככלל אין ביקורים לעזה.

במקרה דנן המבקשת הינה תושבת קלקיליה הנשואה לתושב עזה ומבקשת להיכנס ולבקרו עקב מצבו. עקב חוסר הרשאה למטרה זו לא תאושר בקשתה.

ניתן לאשר היתר חד כיווני וחד פעמי לעזה זאת במידה ותחליט להישאר ולחיות עם בעלה בעזה. לשם כך עליה לשנות את כתובתה לעזה ו/או להמציא התחייבות [?] פלס' כי ברצונה לחזור לעזה, לחיות שם, ולא לשוב לאיו"ש.

העתק 'דו"ח המסורבים' מצורף ומסומן ע/5.

14. הנה כי כן, הדברים מפורשים וברורים: אין זה משנה כמה פעמים ישוב ויפנה העותר למת"ק או לכל גורם אחר. הדרך היחידה בה יסכים המשיב להתיר לו לשוב ולראות את אשתו ובתו היא אם יואיל לארוז את חפציו ולהסתלק לצמיתות משטח הגדה המערבית.

## הטענה בדבר הקושי במעבר הלוך - חזור והמדיניות החד-כיוונית בין הגדה לעזה

15. במכתב מיום 5.5.08, וגם במקרים אחרים, טען המשיב כי ההתניה בדבר מעבר "חד-פעמי" נובעת מהקושי הכרוך, לכאורה, בהתרת המעבר הלוך ושוב בין רצועת עזה לגדה.

16. אולם, מדיניות המשיב בכל הנוגע למעבר בכיוון ההפוך, דהיינו מרצועת עזה לגדה המערבית, היא הפוכה לחלוטין: **פלטניי המבקש לעבור מעזה לגדה נדרש להתחייב לשוב מייד עם תום הביקור לרצועת עזה**, ולעיתים אף להפקיד סכומי כסף גדולים כערובה לשובו במועד.

כך, למשל, בעתירה שעניינה מעברה של פלטניי מרצועת עזה לגדה המערבית עם הוריה, לשם השתתפות בחתונתה-שלה, הודיע המשיב כי:

המשיבים... אינם מתנגדים, לפני משורת הדין, לאפשר את מעברם של העותרים 1-3 מרצועת עזה לאיו"ש לצורך השתתפותם בטקס הכלולות של העותרת 1, וזאת בתנאי שיתחייבו – כולם – לשוב לרצועת עזה עם תום הטקס ובכפוף להפקדת ערובה בסך 20,000 ש"ח מטעם, לשם הבטחת חזרתם כאמור.

(בג"ץ 3592/08 **חמידאת נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, תגובה מקדמית מטעם המשיבים מיום 5.5.08, בפסקה 27).

הודעות דומות התקבלו במקרים נוספים, למשל בבג"ץ 2430/08 **אבו גאלי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית** ובג"ץ 2905/08 **אבו שנאר נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית** (העתירות עודן תלויות ועומדות בפני בית המשפט).

17. הנה כי כן, כאשר מדובר במי שמבקש לעבור מהגדה לרצועה, דורש המשיב התחייבות **שלא ישוב עוד לעולם**, ואילו כאשר מדובר במי שמבקש לעבור בכיוון ההפוך – מהרצועה לגדה, דורש המשיב התחייבות **שישוב מיד**.

18. המשיב אינו יכול לאחוז את המקל בשתי קצותיו ולהפוך את המעבר מהגדה לעזה לשסתום חד כיווני. המשיב אינו רשאי לנצל את מצוקתם של העותרים ושל אחרים במצבם על מנת "לעודד" את מעברם של פלטניי בכיוון אחד – מהגדה לעזה.

## הטיעון המשפטי

### החלטת המשיבים בלתי סבירה ובלתי מידתית

19. בעת הפעלת סמכותם של המשיבים להעניק היתר כניסה לישראל לצורך מעבר לגדה, עליהם לשקול אך ורק שיקולי ביטחון טהורים. השיקולים הביטחוניים הלגיטימיים שהמשיבים רשאים לשקול בעת שהם נוקטים צעדים ביטחוניים, הם אך ורק שיקולים של מניעת סכנה עתידית (ראו: בג"ץ 7015/02 **עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(6)352, 370 (2002)).

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, 829 (2004)).

20. הצעד בו נקטו המשיבים אינו נובע משיקולים ביטחוניים. המשיבים פוגעים בכך בזכויות היסוד של העותרים ללא נימוק המצדיק זאת, ואף תוך חריגה מהקווים המנחים להם התחייבו בעבר, דהיינו, התרת המעבר במקרים הומניטאריים.

מתשובת המשיב עולה במפורש כי אין לו התנגדות (ביטחונית או אחרת) לעצם המעבר – אך למרות זאת מבקש המשיב להציב בפני העותר דרישה קיצונית, לפיה עליו להתחייב מראש כי לעולם לא ישוב עוד לגדה.

21. המשיב מנסה להתנער בכך מחובתו לשקול בקשות למעבר בין רצועת עזה לגדה המערבית דרך ישראל באופן קונקרטי וענייני ולאור שיקולי ביטחון עדכניים, ומבקש לאסור מראש באופן גורף, מעתה ועד עולם, כל מעבר עתידי של העותר לגדה המערבית – יהא המצב הביטחוני אשר יהא, ויהיו הנסיבות אשר יהיו. התנהלות כזו היא פסולה מכל וכל:

רשות מינהלית סבירה, כמו כל אדם סביר, לא תקבל החלטה אלא על יסוד תשתית של עובדות... רשות מינהלית שמפעילה את שיקול הדעת שלה ללא בירור העובדות הנוגעות לעניין... או שדעתה נחושה להגישה לתוצאה מסויימת ללא תלות בעובדות המקרה, אינה מפעילה שיקול דעת כנדרש בחוק. במקרה כזה ניתן לומר על הרשות כי היא פועלת בשרירות. שרירות היא סוג של שחיתות. יש בה חומרה קיצונית. היא עילה לפסול כל החלטה מינהלית.

(יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב' 733 (1996)).

22. ודוק: על מנת לעבור דרך ישראל מרצועת עזה לגדה ולהיפך, ממילא יידרש העותר לפנות למשיב ולקבל את אישורו. אולם המשיב אינו מסתפק בכך ומבקש לפטור את עצמו אף מן הצורך לבחון בקשות עתידיות של העותר – ככל שיהיו כאלה.

23. מובן כי רשות מינהלית אינה רשאית לחסום את דרכו של אדם לפנות אליה, ומחויבת לבחון את בקשתו של האזרח לגופה ולהחליט בה לאחר בחינת עובדות ונתונים עדכניים.

ויפים לעניין זה הדברים שנאמרו כבר לפני כששים שנה, מפי כב' השופט זילברג:

לא יוכל הפקיד שלא לעיין כלל בבקשת האזרח, או לעיין בה שטחית - ולזרוק אותה הסלה. שומה עליו, על פקיד המדינה, לעיין בכובד ראש בכל בקשה המובאת לפניו, עד כמה שהיא נתונה בתחום סמכותו, ולהחליט. (בג"צ 35/48 ברסלב בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ב 330, 334).

24. כאמור, המשיב מרחיק לכת אפילו מעבר ל"השלכה לסל" של בקשות: הוא דורש למעשה התחייבות גורפת מראש שלא להגיש בקשות לעולם.

התנהלות כזו היא פסולה, בלתי סבירה ובלתי מידתית בעליל.

## הפגיעה בזכויותיהם של העותרים

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 1999 (1) 7, 30 (1999)).

## הזכות לחיי משפחה

25. הזכות לחיי משפחה, הכוללת את הזכות של הורים וילדים, סבים ונכדים ואחים לשמור על קשריהם המשפחתיים, היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. כנגד זכות זו מוטלת על המשיב החובה לכבד את התא המשפחתי.

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. וכבר נפסק כי:

ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות.  
(בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 728, 787 (1999)).

ר' עוד: 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; סעיף 27 לאמנת גינבה הרביעית.

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

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.

## טובת הילד

29. קיומה של האמנה הבינלאומית לזכויות הילד (1989), אשר אושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, וחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חיזקו את מעמדו של הילד בנושא זכויות עצמאי, וכאישיות עצמאית במשפט.

30. בפסיקה הודגש לא אחת, כי כאשר דנים בטובת הילד יש לתת משקל רב ביותר לשיקול זה. עקרון טובת הילד הינו שיקול נוסף שעל המשיבים להתחשב בו עת הם דנים בבקשתו של העותר להיכנס לישראל לצורך מעברו לביתו בגדה המערבית.

חשובים לענייננו דבריו של כב' השופט זילברג:

מבחן טובת הילדים הוא עקרון שאין למעלה הימנו... הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר. כי משהתרומם המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית - ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים - כי הילד אינו "אובייקט" של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא הוא עצמו "סובייקט", הוא גופו "בעל-דין", בשאלה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף מסיבות שהוא.

(ע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט(1) 241, 251 (1955)).

ראו גם:

בג"ץ 40/63 לורנץ נ' ראש ההוצל"פ, פ"ד יז(3) 1709, 1717 (1963);  
ע"א 549/75 פלוניס נ' היועץ המשפטי, פ"ד ל(1) 459, 465 (1975);  
ע"א 2266/93 פלוניס נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221, 271-272 (1995).

31. טובת הילדים הינה לגדול במחיצת אביהם ואמם במסגרת תא משפחתי יציב. נתק מאחד ההורים מהווה חוויה טראומטית המותירה צלקת בנפשם הרכה של ילדים. זאת, במיוחד כשמדובר בפעוטות, אשר זקוקים לטיפול מתמיד ולנוכחות קבועה של שני הוריהם. ככל שחולף הזמן הנזק שנגרם לילדים הולך ומחמיר, עד שהוא עלול להיות בלתי הפיך.

## הזכות לכבוד ולחופש תנועה

32. לפלסטינים תושבי הרשות הפלסטינית הזכות לחופש תנועה בין חלקי ארצם, ובכלל זה בין רצועת עזה לגדה המערבית, מתוך ראייתם כיחידה טריטוריאלית אחת.

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);

הסכם המעברים בין מדינת ישראל לרשות הפלסטינית מיום 15.11.05;

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

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

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

ראו לעניין הזכות לחופש תנועה:  
 בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, פיסקה 10 (2006);  
 בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, פיסקה 15 (2005);  
 בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי, תק-על 1994(1) 1139, 1147 (1994).

34. 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 שמייחסים לזכות לחופש התנועה.

35. 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.

36. 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.

37. 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.

38. 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.

39. אורח חייהם של העותרים, כבודם, זכותם לפרטיות ולאוטונומיה נפגעו באופן קשה כתוצאה מהחלטת המשיב לא לאפשר את מעברם לעזה דרך ישראל. (ראו: ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", תק-על 99(3) 574, 595 (1999)).

40. בית המשפט הנכבד הכיר בעבר בכך שכאשר מפקד צבאי מפעיל סמכויותיו כלפי פלסטינים תושבי השטחים, עליו לעשות זאת תוך כיבוד כבוד האדם. (ראו למשל: בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 394 (2004)).



## זכות המעבר דרך ישראל

41. העותרים אינם מבקשים להכנס 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.**

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

נרחיב מעט ביחס לזכות זו:

43. 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.

44. **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.

45. 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).

46. 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*

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).

47. 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).

48. 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).

49. 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.

50. 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.

### זכות המעבר לעומת זכות הכניסה

52. זכות המעבר וזכות הכניסה הן זכויות שונות ונפרדות באופן מהותי – הן מבחינה משפטית והן מבחינה מעשית.

53. 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 שמבקש העותר הוא לעבור יחד עם בנו דרך ישראל, ולשוב לראות את אשתו ובתו ברצועת עזה. למשיב אין כל טענה ביטחונית כלפי העותר והוא אף נכון להתיר את המעבר, אך מנצל את ההזדמנות ואת מצוקת המשפחה בכדי לחייב את העותר – כמו גם אחרים במצבו – לחתום על התחייבות שלא לשוב עוד לעולם לגדה המערבית.

מדיניות כזו פסולה מכל וכל, חורגת מכל מתחם של סבירות ומידתיות ומתנגשת חזיתית עם חובותיו של המשיב כמפקד הצבאי וכרשות מינהלית.

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 ניתן 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 המשיב, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

---

עידו בלוס, עו"ד  
ב"כ העותרים

10 ביולי, 2008

(ת.ש. 55489)