

- בעניין: _____
1. _____ מוהתדי, ת.ז. _____
תושבת הרשות הפלסטינית
 2. _____ מוהתדי, ת.ז. _____
תושב הרשות הפלסטינית
 3. _____ מוהתדי, ת.ז. _____
קטין, באמצעות הוריו, העותרים 1 ו-2
 4. _____ מוהתדי, ת.ז. _____
קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 1 ו-2
 5. _____ מוהתדי, ת.ז. _____
קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 1 ו-2
 6. **עמותת רופאים לזכויות אדם**
 7. **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 יוסי וולפסון (מ.ר. 26174) 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 -

1. **המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**
 2. **אלוף פיקוד דרום**
 3. **שר הביטחון**
 4. **מתאם הפעולות בשטחים**
 5. **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 יתירו לעותרים 1-4 לשוב מירדן לביתם שברצועת עזה, דרך גשר אלנבי ומחסום ארז, או בכל דרך אפשרית אחרת.

בקשה לדיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה.

העותרים 1-4 יצאו את הרצועה ביום 6.6.07 למצרים וירדן, לשם מציאת טיפול רפואי לבתם הפעוטה _____, העותרת 3, הסובלת ממום מולד בלבה. בשל כך נותרה העותרת 5, _____ בת החמש, אצל קרובי משפחה ברצועת עזה, לבדה ללא הוריה, מזה כאחד עשר חודשים.

נוסף על כך, מצבם הכלכלי של העותרים אינו מאפשר להם להמשיך ולשהות בחו"ל, שהייה הכרוכה בהוצאות כספיות כבדות.

המשיבים סירבו לתת לפניית העותרים מענה ענייני אשר יאפשר את חזרת בני המשפחה לרצועה.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרים 1 ו-2 הם בני זוג, פלסטינים, המתגוררים ברצועת עזה (להלן: **העותרים**).
 העותרים 3-5 הם ילדיהם הקטנים:
 העותר 3, _____, הוא פעוט בן שלוש וחצי;
 העותרת 4, _____, היא תינוקת בת שנה;
 העותרת 5, _____, היא בת חמש.
2. העותרת 6 (להלן: **רל"א** או **עמותת רופאים לזכויות אדם**) הינה עמותה המאגדת רופאים ואנשי רפואה להגנה על זכויות אדם, הפועלת למען כבודו, שלמות גופו וזכותו לבריאות ולסעד רפואי של כל אדם, בישראל ובשטחים הכבושים.
3. העותר 7 (להלן: **המוקד** או **המוקד להגנת הפרט**) הוא ארגון זכויות אדם, הפועל לשמירה על זכויותיהם של פלסטינים תושבי השטחים הכבושים.
4. המשיב 1, המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, מחזיק בגדה המערבית בתפיסה לוחמתית מטעם מדינת ישראל, המשיבה 5, וממונה על כניסת פלסטינים לגדה המערבית דרך גשר אלנבי.
5. המשיב 2, אלוף פיקוד הדרום, הוא בעל השליטה האפקטיבית במעברים לרצועת עזה, מטעם מדינת ישראל, המשיבה 5.
6. המשיב 3, שר הביטחון, הנו הגוף המוסמך לקביעת ההנחיות הביטחוניות בכפוף למשפט החוקתי והמינהלי הישראליים ובאיזון עם משפט זכויות האדם.
7. המשיב 4, מתאם הפעולות בשטחים, הינו הממונה על יישום מדיניות מדינת ישראל, המשיבה 5, בגדה המערבית וברצועת עזה, בין השאר, בכל הנוגע לחופש התנועה, וכניסה ויציאה מחו"ל.

עובדות המקרה ומיצוי ההליכים

8. העותרת 4, _____ בת השנה, סובלת ממום מולד בלבה. היא סובלת מקשיי נשימה ונוקת למכשיר אינהלציה. על כן, ביום 6.6.07 יצאו העותרים עם בתם החולה ממעבר רפיח, שהיה פתוח אז, לבדיקות וטיפולים בבתי חולים במצרים.

העתקי מסמכים רפואיים מצורפים ומסומנים ע/1-2/ע.

9. מכיוון שקיוו לשוב לביתם במהרה, ומאחר שהיה זה באמצעה של שנת הלימודים, השאירו העותרים את בתם הבכורה, העותרת 5, אצל בני משפחה ברצועה, ולקחו עמם למצרים רק את העותר 3, _____ בן השלוש.

10. למרבה הצער, הטיפול במצרים לא צלח וביום 25.8.07 עברה המשפחה ממצרים לירדן, בחיפוש אחר מרפא לבתם. לאחר בדיקה בירדן נקבע כי העותרת 5 זקוקה לניתוח לב פתוח, אך ניתן לבצעו רק אחרי גיל שנה וחצי.

11. ביום 10.12.07 פנתה עמותת רופאים לזכויות אדם בעניינם של העותרים לעוזר קצין פניות הציבור במשרד מתאם הפעולות בשטחים (להלן: **המתפ"ש**), בבקשה לתאם את חזרת המשפחה לרצועת עזה בהקדם האפשרי.

העתק פניית רל"א מיום 10.12.07 מצורף ומסומן **ע/3**.

12. ביום 25.12.07 הודיע לרל"א טלפונית חייל בשם גולי מפניות הציבור במתפ"ש, כי אינם מוכנים לטפל בעניין וכי על העותרים להיכנס לרצועה כפי שיצאו (דהיינו, דרך מעבר רפיח), או לפנות לצד הפלסטיני על מנת לתאם את כניסתם בדרך אחרת. תשובה בכתב התבקשה אך לא התקבלה מעולם.

13. בשל הקושי הרב הכרוך בטיפול בעניינם של העותרים ברצועה בעוד הם שוהים בירדן, רק ביום 3.4.08 הצליחו העותרים, בעזרתם של קרובי משפחה ברצועה, להגיש בקשה לתיאום חזרתם לביתם אצל מתאם הבריאות הפלסטיני ברצועת עזה.

14. ביום 14.4.08 פנה המוקד להגנת הפרט למוקד ההומניטרי שבמנהלת התיאום והקישור לרצועת עזה (להלן: **מת"ק עזה**), עדכן אותו בדבר הפנייה למתאם הבריאות הפלסטיני, וביקש את תיאום הכניסה בדחיפות. במכתב צוין כי הפנייה למתאם הבריאות הפלסטיני לא זכתה לכל מענה והודגשה דחיפות העניין, בין השאר לאור העובדה כי הבת _____ בת החמש שוהה ברצועה הרחק מהוריה, ולאור הקשיים הכלכליים הכרוכים בהמשך שהייתם בירדן.

העתק פניית המוקד מיום 14.4.08 מצורף ומסומן **ע/4**.

15. למחרת היום התקבלה תשובת המת"ק, שאך חוזרת על הדרישה לפיה על המשפחה לפנות לצד הפלסטיני – לנציג הוועדה האזרחית הפלסטינית או לנציג הבריאות הפלסטיני – תוך התעלמות מוחלטת מדחיפות העניין ומכך שכפי שצוין בפניית המוקד, המשפחה כבר פנתה לצד הפלסטיני, אך לא זכתה לכל מענה.

העתק תשובת המת"ק מיום 15.4.08 מצורף ומסומן **ע/5**.

16. כך, משך חודשים רבים מצאו עצמם העותרים לכודים בירדן, הרחק מביתם ומארצם, הרחק מביתם הקטנה שברצועה, ומטפלים בתינוקת החולה כשהם נאלצים לשהות במלונות ואכסניות, ולשאת בהוצאות כספיות עצומות.

17. כל הזמן הזה נותרה _____ בת החמש ברצועת עזה, הרחק מהוריה, כאשר הקשר היחיד ביניהם הוא באמצעות שיחות טלפון תכופות, בהן נאלצים העותרים שוב ושוב להבטיח לבתם הקטנה, הממרת בבכי וגעגועים, כי בקרוב ישובו אליה.

18. במצב דברים זה, לאחר שניסיונות העותרים לפנות למתפ"ש נתקלו בסירוב, לאחר שפנייה לצד הפלסטיני לא הועילה ולאחר שהפנייה למת"ק הגיעה למבוי סתום – כל זאת על אף הנסיבות ההומניטאריות הברורות ועל אף דחיפות הטיפול בעניין – לא נותר לעותרים אלא לפנות לערכאות משפטיות.

הטיעון המשפטי

חופש התנועה וזכותו של אדם לשוב לארצו

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

וראו:

בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, פסקה 10 (2006);

בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, פסקה 15 (2005);

בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי, תק-על 94(1) 1139, 1147 (1994).

20. 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 המיוחסת לזכות לחופש התנועה.

21. חלק מרכזי בזכות לחופש התנועה היא זכותו של אדם לשוב לארץ מגוריו:

זכותו של אדם לצאת מארץ מגוריו ולחזור אליה היא "זכות טבעית". היא אחת מזכויות היסוד של האדם. הגבלתה של הזכות פוגעת פגיעה חמורה בזכויותיו.

(בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695, 704 (2002);

וראו גם: בג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2), 701 (1986)).

22. הזכות לחזור לארץ המגורים הוכרה כזכות יסוד אף במספר ניכר של אמנות והצהרות בין-לאומיות. ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948) קובעת בסעיף 13:

כל אדם זכאי לעזוב כל ארץ, לרבות ארצו ולחזור אל ארצו.

23. האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) קובעת בסעיף 12 כי אין למנוע באופן שרירותי את שובו של אדם לארצו:

No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country.

ביחס לעקרון זה ציינה הוועדה האחראית על יישום האמנה כי:

The Committee considers that there are few, if any, circumstances in which deprivation of the right to enter one's own country could be reasonable.

(Human Rights Committee, General Comment 27, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 of 2 November 1999).

24. אין צורך להכביר מילים בדבר ההשלכות הקשות של הפגיעה בזכותם של העותרים לשוב לביתם, לארצם ולמשפחתם. היא כופה על העותרים לנוע ולנוד בגלות, היא מאלצת אותם לעמוד בהוצאות הכספיות העצומות הכרוכות בשהייה בארץ זרה, והנורא מכל – היא כופה עליהם להיוותר הרחק מבתם הקטנה ופוגעת פגיעה אנושה בחיי המשפחה שלהם.

הזכות לחיי משפחה

25. המשיבים פוגעים קשות בזכותם של העותרים לחיי משפחה, בכך שהם כופים על העותרים פרידה ממושכת מבתם בת החמש, אשר נמצאת ברצועת עזה בלא הוריה מזה חודשים רבים. הזכות לחיי משפחה הינה זכות מוכרת ומוגנת במשפט הבינלאומי ההומניטארי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

ראו:

סעיף 46 לתקנות האג;

סעיף 27 לאמנת ג'נבה 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 נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 787 (1999).

26. הפגיעה בחיי המשפחה היא פגיעה העולה כדי פגיעה בכבודו של העותר כאדם. עמד על כך הנשיא ברק בפרשת עדאלה :

הקשר המשפחתי, והגנה עליו ועל מרכיביו הגרעיניים (בני הזוג וילדיהם), 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 האדם.

(בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754 (2006), פסקאות 25, 30-34 לפסק דינו של הנשיא ברק).

27. כך במיוחד כאשר מדובר בקשר בין הורים וילדיהם :

משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש. זה יצר הקיום וההישרדות שבנו - "קול הדם", ערגת קדומים של אם לילדה - ומשותף הוא לאדם לחיה ולעוף. "גם-תנין (תנים - מ' ח') חלצו שד היניקו גוריהן" (איכה, ד, ג [ד]) (ראו עוד ע"א 549/75 [5], בעמ' 462-463). קשר זה חזק הוא מכל חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה. תנאי המקום והזמן - הם והנפשות המעורבות - יקבעו את מועד הפרידה של ילדים מהוריהם, אך עמדת המוצא תישאר כשהייתה. משפט המדינה לא יצר את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו. משפט המדינה בא אל המוכן, אומר הוא להגן על אינסטינקט מולד שבנו, והופך הוא "אינטרס" של הורים ל"זכות" על-פי דין, לזכויות של הורים להחזיק בילדיהם...

כך מצדם של הורים כלפי ילדיהם, וכך מצדם של ילדים כלפי הוריהם : משפט הטבע הוא שילד ייחזק בידי הוריו, בביתם של הוריו יגדל, אותם יאהב, ומחסורו יהיה עליהם. חוק טבע זה אף הוא נספג אל משפט המדינה, וכך הפך "אינטרס" של ילדים ל"זכות" על-פי דין. להורים זכות לגדל את ילדיהם, ולילדים זכות כי הוריהם יאהבו אותם ויספקו להם את מחסורם...

חזקה על-פי חוק היא, ש"טובתו" של ילד תימצא בבית הוריו ; מי כהורים שיאהבו את ילדם וידאגו למחסורו, וקטנים יחזירו אהבה ויתלו עצמם בצווארי הוריהם.

(דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, תק-על 1995(3) 2156, 2189 (1995)).

28. בסירובם של המשיבים לטפל בעניינם של העותרים ולהתיר להם לשוב לביתם, למשפחתם ולבתם הקטנה הם קורעים את התא המשפחתי, מותירים ילדה בת חמש שנים בלבד הרחק מהוריה, ופוגעים פגיעה אנושה בזכותם של העותרים לחיי משפחה.

עקרון 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 כנושא 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, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני "זכות" של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו.

(ע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט(1) 241, 251-252 (1955)).

ראו גם:

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

31. טובתה של העותרת 5 הינה להיות במחיצת אביה ואמה. נתק מתמשך מההורים מהווה חוויה טראומטית המותירה צלקת בנפשם הרכה של ילדים. ככל שחולף הזמן הנזק הולך ומחמיר, עד שהוא עלול להיות בלתי הפיך.

זכות המעבר דרך ישראל

32. העותרים אינו מבקשים להיכנס לישראל לשם שהייה בה. לעותרים אין כל עניין או רצון לשהות בישראל. כל שהם מבקשים הוא לחזור לארצם ולביתם. מכורח הנסיבות הדרך היחידה כיום לעשות זאת הינה באמצעות מעבר דרך ישראל.

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

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

נרחיב מעט ביחס לזכות זו.

34. 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.

35. 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), וכשאין בו כדי לפגוע במדינה הנעברת. המעבר יכול שיהיה בתנאים שמטרתם להגן על אינטרסים לגיטימיים של המדינה הנעברת.

36. 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).

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 *(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).

37. 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 מפוצלות מבחינה גיאוגרפית** (כמו השטחים הפלסטיניים).

38. 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 (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).

39. 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).

40. 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.

סיכומם של דברים

41. בנסיבותיה של עתירה זו אין צורך להכביר מילים בדבר החשיבות הברורה שבמימוש זכותם של העותרים לשוב לארצם, לביתם, ולבתם הקטנה. סירובם של המשיבים לטפל בעניינם של העותרים ולאפשר את חזרתם, פוגע באופן בלתי מידתי ובלתי סביר בעותרים ובילדיהם.

42. כל יום שחולף הוא יום נוסף בו נאלצת המשפחה לשהות בגלות, בארץ שאינה ארצם, הרחק מביתם, הרחק ממכריהם והרחק מבתם הקטנה. כל יום הוא יום נוסף של געגועים, של דאגה, של הוצאות כספיות עצומות ושל המתנה מורטת עצבים.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד בירדן ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת יפוי 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 המשיבים, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

עידו בלום, עו"ד
ב"כ העותרים

12 במאי 2008

[ת.ש. 54112]