

בעניין:

1. _____ **עאמר**
ת.ז. _____, תושבת הרשות הפלסטינית
2. _____ **אבו עאצי**
ת.ז. _____, תושב הרשות הפלסטינית
3. _____ **אבו עאצי**
ת.ז. _____, תושבת הרשות הפלסטינית
4. _____ **אבו עאצי**
ת.ז. _____, תושב הרשות הפלסטינית
קטין, באמצעות הוריו העותרים 2 ו-3
5. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.**
ע"י ב"כ עוה"ד 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 ענת
קדרון (מ.ר. 37665) ו/או עידו בלום (מ.ר. 44538)
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. **מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**
 2. **אלוף פיקוד דרום**
 3. **שר הפנים**
 4. **מדינת ישראל**
- המשיבים**

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם מדוע לא ינפיק היתרי כניסה לישראל לצורך מעברם של העותרים 1-4 מעזה לגדה המערבית, כדי לאפשר השתתפותם בטקס החתונה של העותרת 1, שאמור להיערך בטול כרם שבגדה המערבית, ביום 5.4.07.

העותרים 2-4 מבקשים לקבל היתר כניסה לישראל ביום 29.3.07 וכן להסדיר את חזרתם לעזה דרך ישראל ביום 12.4.07.

בקשה לדיון דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה.

מדובר בעוד סיפור קשה של בני זוג פלסטינים, בעל ואישה, שאחד מהם מתגורר בגדה והאחר בעזה, ואשר מבקשים לערוך את טקס ליל הכלולות לפי המסורת האסלאמית, שכן רק לאחר עריכתו יוכלו לחיות יחד, תחת קורת גג אחת, כבני זוג.

העותרת 1, פלסטינית מרצועת עזה, נשואה למר _____, עאמר, ת.ז. _____, מטול כרם.

טקס ליל כלולותיהם נדחה בכל פעם מחדש בשל סירוב המשיבים להעניק לעותרים 1-4 היתר כניסה לישראל, לצורך הגעתם של הכלה ומשפחתה מעזה לטול כרם שבגדה המערבית, שם אמור להיערך הטקס. לאחר מכן תוכלו העותרת 1 להתגורר בבית החתן, מר עאמר, בטול כרם.

המועד החדש שנקבע לעריכת טקס ליל הכלולות הנו 5.4.07 בעיר מגוריו של החתן, טול כרם. לצורך ההכנות מבקשים העותרים להיכנס לגדה ביום 29.3.07. העותרים 2-4 מתכוונים לחזור לעזה לאחר עריכת הטקס ביום 12.4.07.

התשתית העובדתית

השופט ג'ובראן מסביר, בסעיף 7 לפסק-דינו, כי:

נדמה שבימינו, מעטות הן הבחירות, אשר בהן מגשים אדם את רצונו החופשי, כמו בחירתו באדם עמו יחלוק את חייו, עמו יקים את משפחתו, עמו יגדל את ילדיו. בבחירת בן-זוגו, בקשירת קשר הנישואין עמו, מבטא האדם את אישיותו ומממש את אחד ממרכיביה המרכזיים של האוטונומיה האישית שלו. בהקמת משפחתו, מעצב האדם את הדרך בה הוא חי את חייו ובונה את עולמו הפרטי. לפיכך, בהגנה על הזכות לחיי משפחה, מגן המשפט על חירותו הבסיסית ביותר של האזרח לחיות את חייו כאדם אוטונומי, החופשי לבחור את בחירותיו.

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) היא פלסטינית המתגוררת בבני סוהילה ברצועת עזה, ילידת 1984, אשר נישאה ביום 14.1.06 למר _____, עאמר, ת.ז. _____, פלסטיני מטול כרם.
2. העותרים 2-3 הם הוריה של העותרת, מתגוררים ברצועת עזה. העותר 4 הוא אחיה של העותרת.
3. העותרת 5 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה רשומה בישראל שמושבה בירושלים.
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.

העובדות

6. העותרת נשואה למר עאמר מטול כרם. חוזה הנישואין שלהם נחתם ביום 4.1.06.

העתק מחוזה הנישואין מצורף ומסומן ע/1.

7. טקס ליל הכלולות של בני הזוג נדחה כמה פעמים בשל סירוב המשיבים, ללא הצדקה, להעניק לעותרים 1-4 היתר כניסה לישראל, לצורך מעברם מרצועת עזה לגדה המערבית.

8. המועד החדש שנקבע לעריכת הטקס הנו 5.4.07, בעיר מגוריו של מר עאמר, טול כרם שבגדה המערבית.

מיצוי הליכים

9. ביום 26.2.07 פנה המוקד להגנת הפרט אל המוקד ההומניטרי במשרד התיאום והקישור בעזה (להלן: **מת"ק עזה**), וביקש להנפיק לעותרים 1-4 היתרי כניסה לישראל לצורך מעברם לגדה המערבית ליום 29.3.07, ועוד ביקש להסדיר את חזרתם של העותרים 2-4 לעזה, דרך ישראל, ביום 12.4.07, לאחר עריכת הטקסים הקשורים לחתונת העותרת.

העתק מהמכתב מיום 26.2.07 מצורף ומסומן ע/2.

10. ביום 4.3.07 התבקשה נציגת המוקד - בשיחה טלפונית עם נציגת המוקד ההומניטרי במת"ק עזה - למסור את מספרי הטלפון של העותרים 1-4 כתנאי לטיפול בבקשתם להיתרי כניסה לישראל.

נציגת המוקד השיבה כי בוטלה ההנחיה החדשה, בדבר דרישת מספרי הטלפון של פלסטינים המבקשים לקבל היתרי כניסה לישראל, לצורך מעברם מעזה לגדה המערבית, ואשר פונים למת"ק באמצעות המוקד להגנת הפרט או ארגון זכויות אדם אחר. נציגת המוקד אף שיגרה למת"ק עזה בפקס העתק ממכתב מלשכת פיקוד דרום, בו הודע לח"מ על ביטול אותה הנחיה.

העתק מהמכתב של לשכת האלוף – מפקדת פיקוד דרום מיום 19.2.07, מצורף ומסומן ע/3.

11. ביום 8.3.07 נמסרה תשובה ממת"ק עזה למוקד, ולפיה "הוחלט ע"י הגורם המוסמך לכך כי: לא תותר כניסתם [של העותרים 1-4] לאיו"ש מהנימוקים הבאים: **לא עומדים קריטריונית**" [כך הניסוח במקור, ההדגשה שלי. ע.ג.].

העתק מהמכתב מצורף ומסומן ע/4.

הטיעון המשפטי

שיקול הדעת של המשיבים בלתי סביר ובלתי מידתי

12. המשיבים החליטו למנוע את מעברם של העותרים 1-4 דרך ישראל, בשל אי עמידה בקריטריונים. בתשובתם אינם מציינים מאומה על מניעה ביטחונית שעומדת כנגד העותרים.

13. סמכותם של המשיבים הנה להעניק היתר כניסה לישראל לצורך מעבר לגדה. השיקולים שצריכים להישקל הם שיקולי ביטחון טהורים. שיקולים אלו עניינם היחיד הוא במניעת סכנה עתידית (ראו: בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6)352, 370). **הצעד בו נקטו המשיבים נובע משיקולים שאינם ביטחוניים והנם בבחינת ענישה קולקטיבית, הן לעותרים 1-4 והן למר עאמר. המשיבים פוגעים בכך בזכויות היסוד של העותרים 1-4 ללא נימוק המצדיק זאת, ואף תוך חריגה מהקווים המנחים להם התחייבו המשיבים בעבר, דהיינו, התרת המעבר במקרים הומניטאריים, לרבות חתונות.**

14. על המשיב לערוך איזונים בין השיקולים הרלוונטיים, ולהתייחס בכובד ראש לדחיות הרבות של עריכת טקס ליל הכלולות, בשל אי הענקת ההיתרים המבוקשים.

15. בעניינם של העותרים, במיוחד בני הזוג עאמר, אין ספק כי נפל פגם מהותי בשיקול הדעת של המשיבים: על כף אחת של המאזניים עומדים כל חייהם של בני הזוג עאמר, שאינם מהווים סיכון ביטחוני כלשהו, ומן הצד השני "קריטריונים" עלומים, המבוססים על שיקולים שהם במקרה הטוב היפותטיים ובמקרה הגרוע פסולים, ושאינן בהם כדי להצדיק פגיעה כה קשה בזכות לחיי משפחה, לכבוד ולחופש תנועה.

חובתם של המשיבים לכבד את מנהגיה של החברה הפלסטינית

16. לכל מדינה או קהילה בעולם המנהגים המאפיינים אותה בכל הקשור ללידה, נישואין ופטירה.

17. לפי מנהגי החברה הפלסטינית, לרבות פלסטינים המאמינים בדת האיסלאם, יש לערוך את טקס ליל הכלולות על מנת שבני הזוג יוכלו להתגורר יחדיו, תחת קורת גג אחד.

18. בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, נקבע במפורש שעל כוח כובש לכבד את מנהגיהם של המוגנים ואת זכותם לחיי משפחה:

מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי, והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשה אלימות או איומי אלימות, ומפני עלבונות וסקרנות הרבים. נשים יוגנו במיוחד מפני התקפה על כבודן, ובעיקר מפני אונס וכפיית זנות, או מפני כל צורת התקפה על צניעותן. בלא לפגוע בהוראות הנוגעות למצב בריאותם, גילם ומינם של מוגנים, יהא בעל הסכסוך נוהג בכל המוגנים שברשותו מתוך תשומת לב שווה, ללא כל הפלייה לרעה המבוססת, במיוחד, על נימוקי גזע, דת או השקפה מדינית. אולם בעלי הסכסוך רשאים לנקוט, לגבי מוגנים, אותם אמצעי פיקוח וביטחון שיהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה.

ראו גם: סעי' 46 לאמנת האג משנת 1907.

19. החובה לכבד את מנהגי משפחת הכלה מחייבת את המשיבים לנקוט בפעולה חיובית, ולהקל על מעברם של העותרים 1-4 לגדה המערבית.

ההוראות שבתקנה 46 לתקנות האג ובסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית מטילות על המפקד הצבאי חובה כפולה: עליו להימנע מפעולות הפוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה"שלילית"; עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זוהי חובתו ה"חיובית" (הנשיא (בדימוס) ברק, בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(5), 807, עמ' 834-835).

20. אך במקום שהמשיבים יקלו על העותרים ויאפשרו לבני הזוג עאמר לממש את זכותם הבסיסית להקים משפחה, ולכבד את מנהגיה של החברה הפלסטינית, הם מערימים קשיים על דרכם מונעים מהם לפגוש זו את זה ולקיים קשר תקין ביניהם. בפעולתם זו פוגעים המשיבים בעותרים מעל הנדרש וללא מניעה ביטחונית כלשהי, מפירים את חובותיהם כלפי אזרחים מוגנים ופוגעים באורח חייהם.

הפגיעה בזכויותיהם של בני הזוג

זכותם של בני הזוג להקים משפחה

21. זכותם של בני הזוג עאמר להקים משפחה ולהתחיל את חייהם המשותפים יחד.

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

לפי סעיף טז להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם, 1948:

- א. כל איש ואשה שהגיעו לפרקם רשאים לבוא בברית הנישואין ולהקים משפחה, ללא כל הגבלה מטעמי גזע, אזרחות או דת. הם זכאים לזכויות שוות במעשה הנישואין בתקופת הנישואין ובשעת ביטולם.
- ב. נישואין ייערכו רק מתוך הסכמה חופשית ומלאה של בני הזוג המיועדים.
- ג. המשפחה היא היחידה הטבעית והבסיסית של החברה וזכאית להגנה של החברה והמדינה.

ראו גם:

- 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 ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נג(2), 728, 787.

23. המשפחה הטבעית היא היחידה הבסיסית של החברה.

התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית (השופט אלון בע"א 488/77, בעמ' 434).

24. 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 ובחיייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של האדם.
[...]

קשריו המשפחתיים של האדם הם במידה רבה טעם חייו... מעטות הן ההחלטות המעצבות את חייו של אדם ומשפיעות עליהן כהחלטה עם מי יקשור את גורלו ועם מי יקים את משפחתו. כך גם ביחס לזכותם של ההורים לגדל את ילדיהם... הנה כי כן, מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו, נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת (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).

ההכרה בזכות לחיי משפחה כזכות מוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התקבלה על ידי רוב השופטים והיא ההלכה הפסוקה.

הזכות לכבוד, לחופש תנועה ולאוטונומיה

25. לתושבי השטחים עומדת הזכות לשנות את מקום מגוריהם כראות עיניהם בתוך השטחים, לרבות בין רצועת עזה לגדה המערבית, המהוות יחידה טריטוריאלית אחת. זוהי זכותם המהותית והיסודית.

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 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2002(3), 1021;

בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל העותרים ואח' נ' שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754.

26. 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:

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 1994(1) 1139, 1147.

27. 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.

28. 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.

29. 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.

30. 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).

31. 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.

32. 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.

33. הפגיעה בזכויותיו של העותרים 1 ו-2 הינה קשה במיוחד. אין העותרים יכולים לחיות יחד כבעל ואישה תחת קורת גג אחת, על אף היותם נשואים. אין הם יכולים להקים להם בית משותף. אין הם יכולים לנהל משק בית משותף. אין הם יכולים לעצב את חייהם ואת גורלם ביחד.

נקודת המוצא לדיון טמונה בהכרה בכך, שלכל אדם זכות יסודית לאוטונומיה. זכות זו הוגדרה כזכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה [...] זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו - היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדירות את אישיותו ואת חייו של הפרט. (ע"א 2781/93 מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, תק-על (3)99, 574, עמ' 595).

34. 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 השלילית; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זו חובתו החיובית (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות האדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 394).

זכות המעבר במדינות במשפט הבינלאומי ובאמנות

35. קבלת היתר כניסה לישראל, הנה בבחינת כרטיס המעבר בין רצועת עזה והגדה המערבית. המשפט הבינלאומי מכיר בקיומה 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.

זכות המעבר קיימת גם במקום שאין יחסי קרבה, כמו בין ישראל והפלסטינים. 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) ומדינות שמפוצלות מבחינה גיאוגרפית (כמו השטחים הפלסטיניים).

העתק ממאמרו המקיף של המלומד לאוטרפאכט בעניין זה מצורף ומסומן ע/5.

36. 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'5, 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).

כבר בתנ"ך ניתן למצוא את הגישה, לפיה זכאים אנשים לבוא למדינה בדרישה הלגיטימית "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.

37. 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'5, עמ' 340.

38. 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.

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**.

39. מתשובת המשיבים, על אף היותה לא מנומקת, אפשר ללמוד כי אין מדובר בעניינינו בהתנגדות ביטחונית לקבלת היתרי כניסה לישראל למעברם של העותרים 1-4, אחרת היו המשיבים מציינים בתשובתם כי הוחלט שלא לאפשר את המעבר בשל מניעה ביטחונית, כמו במקרים אחרים שהיו בטיפול המוקד להגנת הפרט, בהם הייתה התנגדות מטעמי ביטחון למעבר.

40. כל עוד אין מניעה ביטחונית נגד מעברם של העותרים 1-4 בתוך ישראל, נחלש הבסיס עליו מבססים המשיבים את עמדתם והתנגדותם למעבר העותרים לגדה דרך ישראל.

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.

עביר ג'ובראן, עו"ד
ב"כ העותרים

22 במרץ, 2007

[ת.ש. 48633]