

בעניין:

1. מר _____ סאלם

ת.ז. _____, תושב הרשות הפלסטינית

2. מר _____ סאלם

ת.ז. _____, תושב הרשות הפלסטינית

3. עמותת רופאים לזכויות אדם ע.ר. 580142214

4. 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 עידו
בלום (מ.ר. 44538) ו/או ידן 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

- נגד -

1. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

2. אלוף פיקוד דרום

3. שר הפנים

4. שר הביטחון

5. מתאם הפעולות בשטחים

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 ינפיקו היתרי כניסה לישראל, לצורך מעברם של העותרים 1 ו-2 מרצועת עזה אל העיר רמאללה שבגדה המערבית, לצורך ניתוח המשך להשתלת עדשה מלאכותית בעינו השמאלית של העותר 1, במרכז אמסלם לרפואת עיניים. העותר 2 הינו המלווה של העותר 1 בנסיעה ובזמן האשפוז במרכז אמסלם.

בקשה לדיון דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה.

הניתוח שאמור לעבור העותר 1, להשתלת עדשה מלאכותית בעינו השמאלית, קבוע למועד 20.1.08 במרכז אמסלם לעיניים בעיר רמאללה שבגדה המערבית.

העותר סובל כיום מעיוורון בעינו השמאלית.

העותר היה אמור לעבור את הניתוח בסוף חודש נובמבר 2007, אך נדחה בשל סירוב המשיבים להנפיק היתרי כניסה לישראל לצורך מעברם של העותר 1 בליווי אחיו, העותר 2, אל המרכז הרפואי אמסלם בעיר רמאללה.

הניתוח נדחה מאז ארבע פעמים ברצף וכיום הוא קבוע לתאריך 20.1.08.

הניתוח הינו חלק מסדרת ניתוחים שעבר העותר הן במרכז הרפואי ברזילי בישראל והן בבית חולים "אלאורדן" בירדן, לצורך הצלת עינו השמאלית.

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**) הינו פלסטיני, יליד 1964, המתגורר בבית לאהיה ברצועת עזה. העותר נשוי ואב לשבעה ילדים, ועובד כאיש אחזקה במחלקת הבריאות בארגון אונר"א של האו"ם בעזה.

העתק מכרטיס העובד של העותר מאונר"א מצורף ומסומן ע/1.

2. העותר 2 הינו אחיו של העותר 1, פלסטיני יליד 1962, המתגורר בבית לאהיה ברצועת עזה. העותר נשוי ואב לארבעה ילדים, ועובד באגף הפיקוח והבקרה במשרד החינוך הפלסטיני.

3. העותרת 3 (להלן: **עמותת רופאים לזכויות אדם** או **רל"א**) הינה עמותה רשומה המאגדת רופאים ואנשי רפואה להגנה על זכויות אדם, הפועלת למען כבודו, שלמות גופו וזכותו לבריאות ולסעד רפואי של כל אדם בישראל ובשטחים הכבושים.

4. העותרת 4 (להלן: **המוקד להגנת הפרט** או **המוקד**) הוא ארגון הפועל לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.

5. המשיב 1 מחזיק מטעם מדינת ישראל, המשיבה 6, בשטח הגדה המערבית בתפיסה לוחמתית.

6. המשיבים 2-3 אחראים על הוצאת היתרי כניסה לישראל לצורך מעבר מרצועת עזה לגדה המערבית. המשיב 3 הוא בעל הסמכות, אותה האציל למשיב 2.

7. המשיב 5 הינו האחראי על קביעת מדיניות הצבא בשטחים הכבושים, ומונה מטעם המשיב 4 לעקוב אחרי המצב ההומניטרי ברצועה.

התשתית העובדתית

הפגיעה בעינו השמאלית של העותר

8. ביום 9.10.04, כאשר ישבו העותר ובני משפחתו על גג הבית המשותף של המשפחה בבית לאהיה, הפגיו הצבא הישראלי את הבניין. כתוצאה מכך נפגעו בני המשפחה - דודו ואחיו של העותר נהרגו, ואחרים נפגעו קשה.

9. העותר נפגע מרסיסים בכל חלקי גופו, כאשר הפגיעה הקשה ביותר הייתה בעינו השמאלית.

הטיפול שערך העותר בישראל ובירדן

10. מצילום C.T. בבית חולים אלשפאא ברצועה, עלה כי לעינו השמאלית של העותר חדרו חלקים מתכתיים. כמו כן חדרו חלקי מתכת לפניו.

העתק מדו"ח ה-C.T. מיום 16.10.04 מצורף ומסומן ע/2.

11. העותר הופנה לקבלת טיפול רפואי בבית חולים ברזילי באשקלון. הוא אושפז שם מספר פעמים, עבר מספר ניתוחים מורכבים לצורך הוצאת החלקים הזרים מתוך העין השמאלית, והגיע מדי שבועיים אל המרכז הרפואי לצורך מעקב וטיפולים.

כניסת העותר לישראל, אשפוזו בבית החולים ברזילי והטיפולים הרפואיים שקיבל שם, הוסדרו באמצעות היתרי כניסה לישראל אשר קיבל באישור המשיב 2, והפניות מתאימות מטעם משרד הבריאות הפלסטיני והמרכז הרפואי ברזילי.

העתק הדו"ח הרפואי המסכם של ד"ר קרן הס, אודות אשפוזו של העותר בבית החולים ברזילי והניתוחים שעבר בין התאריכים 21.10.04 – 7.11.04 מצורף ומסומן ע/3;
העתק סיכום אשפוז לצורך בדיקות בין התאריכים 28.11.04 – 29.11.04 בבית החולים ברזילי מצורף ומסומן ע/4;
העתק סיכום אשפוז בין התאריכים 3.4.05 – 5.4.05 בבית החולים ברזילי, וקביעת תור למעקב ליום 7.4.05, מצורף ומסומן ע/5.

12. על אף הטיפולים, החמיר מצבו של העותר והוא סבל מבעיות בקרנית ורשתית העין השמאלית. על כן הומלץ לו על ניתוחים חוזרים בעין.

העתק הדו"ח הרפואי של ד"ר הס מבית חולים ברזילי מיום 22.5.05, מצורף ומסומן ע/6.

13. מאוחר יותר קבעו הרופאים כי העותר זקוק להשתלת קרנית, ולצורך כך הופנה על ידי משרד הבריאות של הרשות הפלסטינית לניתוח בבית חולים "אלאורדן" בירדן. העותר יצא

לירדן דרך מעבר רפיח, ועבר ניתוח להשתלת קרנית ביום 28.3.06. העותר המשיך במעקב וטיפולים רפואיים בירדן כחודש ימים לאחר הניתוח.

העתק הדו"ח המסכם של האשפוז והניתוח מבית החולים "אלאורדון" בירדן, מיום 28.3.06, מצורף ומסומן ע/7.

מיצוי הליכים

14. עתה זקוק העותר לניתוח המשך להשתלת עדשה מלאכותית בעינו השמאלית, ולצורך כך הופנה על ידי הרשות הפלסטינית לניתוח במרכז הרפואי "אמסלם" לעיניים בעיר רמאללה שבגדה המערבית. נקבע לו תור לניתוח ליום 26.11.07.

העתק מהדו"ח המסכם של משרד הבריאות הפלסטיני מיום 5.6.07, מצורף ומסומן ע/8.

15. העותר הגיש ארבע בקשות לצד הישראלי, באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית, לצורך קבלת היתר כניסה לישראל לשם מעברו מעזה אל בית החולים "אמסלם" בעיר רמאללה. לשלוש הבקשות הראשונות לא קיבל מענה כלשהו, ובקשתו הרביעית סורבה "ביטחונית" על ידי הצד הישראלי.

16. העותר נאלץ לחדש את ההפניה הרפואית ממשרד הבריאות הפלסטיני, ונקבע לו תור חדש לניתוח במרכז אמסלם הרפואי לעיניים, ליום 9.12.07. העותר שב והגיש בקשה בוועדה האזרחית הפלסטינית, ובקשתו סורבה על ידי הצד הישראלי ביום 9.12.07.

העתק מההתחייבות הכספית של הרשות מצורף ומסומן ע/9 ;
העתק מכתבו של ד"ר אסמאעיל אמסלם מהמרכז הרפואי אמסלם על מועד הניתוח ליום 9.12.07 מצורף ומסומן ע/10 ;
העתק מהסירוב לבקשתו של העותר להיתר כניסה לישראל על ידי הצד הישראלי מצורף ומסומן ע/11.

17. ביום 13.1.07 נקבע לעותר מועד חדש לניתוח במרכז הרפואי אמסלם ברמאללה.

העתק מכתבו של ד"ר אסמאעיל אמסלם מהמרכז הרפואי אמסלם על מועד הניתוח ליום 13.1.07 מצורף ומסומן ע/12 ;

18. ביום 25.12.07 פנתה נציגת עמותת רופאים לזכויות אדם, גב' נעמי מרק, אל המוקד ההומניטרי במת"ק עזה ואל"מ ניר פרס, רמת"ק עזה, וביקשה להנפיק לעותרים 1 ו-2 היתרי כניסה לישראל, לצורך מעברו של העותר 1 מרצועת עזה אל העיר רמאללה, בליווי אחיו, העותר 2 (במכתב צוין בטעות שכם), לניתוח רפואי להשתלת עדשה בעינו השמאלית במרכז הרפואי אמסלם ברמאללה.

העתק ממכתבה של עמותת רופאים לזכויות אדם מיום 25.12.07 מצורף ומסומן ע/13.

19. ביום 31.12.07 נמסר לגב' נעמי מרק, נציגת רל"א, מקצינה בשם עירית מהמוקד ההומניטרי, כי בקשתו של העותר מסורבת.

20. בינתיים, בשל אילוצי הזמן, שוב נאלץ העותר לדחות את מועד הניתוח, בפעם הרביעית, ליום 20.1.08.

העתק מכתבו של ד"ר אסמאעיל אמסלם מהמרכז הרפואי אמסלם על מועד הניתוח ליום 20.1.07 מצורף ומסומן ע/14.

מדיניות המשיבים ביחס ליציאה של חולים, מקרים הומניטאריים ואזרחים זרים

מרצועת עזה

21. בעקבות התפרצות האירועים האלימים ברצועת עזה בחודש יוני 2006, סגרו המשיבים כמעט לחלוטין את המעברים לרצועת עזה, ובהם מחסום ארז, המשמש לכניסת ישראלים לרצועה.

ביטוי למצב הקשה ולמדיניות סגירת המעברים במהלך חודש יוני ניתן למצוא, למשל, בפסק הדין שניתן ביום 28.6.07, בבג"צ 5429/07 רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון, תק-על 2007(2), 5055 (2007).

22. על אף סגירת המעברים, איפשרו המשיבים את יציאתם ושל מקרים רפואיים דחופים מרצועת עזה.

23. בדו"ח שהוצא על ידי משרד החוץ, תוארה מדיניותה של ישראל ביחס למעבר באותה עת (דהיינו בתקופה שבין 15-30 ביוני):

The **Erez crossing** is an international crossing open only for the passage of foreign and Palestinian employees of international organizations, diplomats, foreign journalists, Palestinians with dual citizenship, and **urgent humanitarian cases**. Approximately 350 foreign nationals and several hundred Palestinian refugees left the Gaza Strip; Red Cross doctors and medical equipment entered.

(ההדגשה הוספה).

החלק הרלבנטי מתוך דו"ח משרד החוץ על הסיוע ההומניטארי לרצועת עזה, מצורף ומסומן ע/15.

את הדו"ח המלא ניתן למצוא באתר האינטרנט הרשמי של משרד החוץ, בכתובת: <http://www.mfa.gov.il/MFA/Government/Communiques/2007/Humanitarian+supplies+transferred+to+the+Gaza+Strip+19-Jun-2007.htm>

24. גם בדו"ח מתאם הפעולות בשטחים (להלן: **המתפ"ש**) מיום 5.7.07, תוארו עיקרי מדיניות ישראל ביחס לאזרחים הנמצאים ברצועת עזה - התרת היציאה מקרים הומניטאריים, **לרבות מקרים רפואיים**, היא אחת הנקודות העיקריות במדיניות שנקבעה.

כך, תחת הכותרת "Civilian Policy in the G.S [Gaza Strip] – Key Measures", מופיע, בין השאר:

Evacuation of wounded and humanitarian cases into Israel

העמודים הרלבנטיים מתוך דו"ח המתפ"ש מיום 5.7.07 מצורפים ומסומנים ע/16.

25. בהתאם לדו"ח של מתאם הפעולות בשטחים, המתפרסם מדי יום באתר האינטרנט, עולה כי מאז יוני 2007 יצאו מהרצועה דרך מחסום ארז כ- 9,000 מקרים רפואיים.

בימים 4-5.1.08 היה מעבר ארז פתוח מהשעה 6:30 ועד השעה 18:30, והתאפשרה כניסת פלסטינים ויציאתם דרך מחסום זה, כמו גם אזרחים זרים. כך למשל איפשרו המשיבים באותם תאריכים מעברם של 40 מקרים רפואיים, ששה פלסטינים קיבלו היתרי כניסה לישראל לצורך מעברם לגדה המערבית, ו-15 פלסטינים נכנסו לישראל. מתחילת השנה ועד 5.1.08 חזרו לרצועה ממצרים 319 פלסטינים דרך מעבר כרם שלום ומחסום ארז (היינו כניסתם של אותם פלסטינים נעשתה דרך ישראל).

העתק מהעמודים הרלוונטיים מהדו"ח שפורסם על ידי מתאם הפעולות בשטחים ביום 6.1.08 מצורף ומסומן ע/17.

ניתן לראות את הדו"ח במלואו, ודו"חות נוספים אודות התנועה במחסום ארז, באתר מתאם הפעולות בשטחים:

<http://www1.idf.il/matpash/site/templates/controller.asp?lang=HE&fid=47357&did=49074>

הטיעון המשפטי

26. החלטתם של המשיבים למנוע טיפול רפואי חיוני להצלת עינו של העותר 1, וזאת באמצעות סירובם להנפיק לו ולעותר 2 היתרי כניסה לישראל לצורך המעבר בלבד, הינה החלטה שרירותית ולא מידתית, החורגת ממתחם הסבירות.
27. המשיבים מפירים בהתנהגותם את חובותיהם בהתאם למשפט ההומניטרי ודיני זכויות האדם ופועלים בניגוד לכללי המשפט הישראלי.

הפגיעה בזכויותיו של העותר

28. לעמדת העותרים, גם לאחר יישום תוכנית ההתנתקות, המשיכה ישראל להחזיק ברצועה ככוח לוחם וכובש, בעיקר מכוח שליטתה האפקטיבית ברצועה. 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 ג'נבה הרביעית.
29. אך עניינה של עתירה זו אינו בשאלת מעמדה של רצועת עזה, ואין צורך להידרש לסוגייה סבוכה זו בגדרה של העתירה הנוכחית. עניינה של העתירה באחריותם של המשיבים למציאת פתרונות שיאפשרו לעותר ולאוכלוסייה הפלסטינית ברצועה, בדרך כלשהי, לצאת מהרצועה במקרה הצורך.
30. אין צורך בדיני הכיבוש כדי לבסס את הזכות לחופש התנועה, את הזכות לבריאות, את הזכות לחיים ואת הזכות לכבוד, ואת הזכויות החשובות האחרות שתלויות בהן.
31. די בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר המשיבים חייבים לכבדו כלפי כל אדם. טול מאדם את הזכות לנוע ופגעת בכבודו כאדם.
32. 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.
33. גם דיני זכויות האדם הבינלאומיים רלוונטיים לענייננו, שכן ישראל חתומה על אמנות אלו ומחויבת 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; סעיפים 27, 38 ו-55 לאמנת ג'נבה הרביעית; סעיף 41(1) לפרוטוקול I לאמנת ג'נבה הרביעית; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש הממשלה; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואחרים נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(5), 807, עמ' 834-835.

34. אין צורך להכביר מילים בדבר זכותו של העותר לשלמות גופו ולבריאות ועל זכותו לחופש תנועה. המשפט הישראלי הכיר בזכותו של האדם, בהיותו אדם, לשלמות גופו ולבריאות. כך נקבע בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" ובסעיף 4 "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".

35. הפסיקה הישראלית הכירה בזכות לבריאות כחלק מזכותו של האדם לכבוד. כך נקבע בפרשת גמזו:

אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים הוא אדם שכבודו כאדם נפגע (ראו א' ברק, פרשנות במשפט 423 (כרך שלישי, 1994). (רע"א 4905/98 פרופסור יוסף גמזו נ' נעמה ישעיהו ואח', תק-על 12001(1) 1440, עמ' 1446 (2001)).

36. הפסיקה הישראלית לא רק הכירה בזכותו של אדם לבריאות, אלא גם בזכותו לבחור בידי מי יטופל, וזאת כחלק מזכותו לחירות ולכבוד ומזכותו לשלמות גופו ונפשו:

הלכה פסוקה בידינו, מכוח עקרון החירות האישית של כל הנברא בצלם, כי זכות יסוד היא לאדם שלא ייפגע בגופו על כורחו ושלא בהסכמתו (בג"צ 373, 370, 355/79, ע"א 548/78, בעמ' 755). זכות יסוד זו כוללת בתוכה זכותו של אדם לבחור ולהחליט בידי מי מבין הרופאים המוסמכים לכך מפקיד הוא את הטיפול הרפואי שהוא זקוק לו, שהרי בחירה והחלטה אלה חלק מהותי הן מזכותו היסודית לשלמותו ולשלומו הגופניים והנפשיים, ושלא להיות "נפגע" בהם אלא בהסכמתו (וראה: ע"א 81, 67/66, בעמ' 233). (עע"א 4/82 מדינת ישראל נ' אבריאל בן אריאל תמיר, פ"ד לז(3), 201, עמ' 203-204 (1983)).

37. העותר זקוק לטיפול רפואי כדי להציל את עינו השמאלית. אם תיחסם דרכו של העותר לניתוח בגדה, ייפגע לא רק חופש התנועה שלו – זכות יסוד שהיא הבסיס עליו בונה אדם את האוטונומיה האישית שלו ומכוון את דרכו בעולם. תיפגע גם זכותו לשלמות גופו וזכותו לבריאות. מניעת הגעתו של העותר לניתוח בעיר רמאללה משמעה החלשה ואולי גם אבדן הסיכויים להחזרת הראייה לעינו השמאלית.

38. חופש התנועה אינו 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 לחופש תנועה היא כה מהותית וחשובה, על כן הגבלתה צריכה להיעשות מטעמים פרטניים כבדי משקל, ואין כל אפשרות להקפידה כליל לתקופה ממושכת.

39. ברצועת עזה מתגוררים כמיליון וחצי תושבים. הרעיון שאפשר למנוע בצורה הרמטית את יציאתם של התושבים לחו"ל או לגדה המערבית, אף במקרים מיוחדים, הוא רעיון אבסורדי ממש, אשר לא רק מנוגד לרוח אמנת ג'נבה הרביעית ואמנות זכויות האדם, אלא לרעיון זכויות האדם כולו.

40. הפסיקה הישראלית אף מכירה בחשיבות הזכות לחופש תנועה, במיוחד כשמדובר במקרים רפואיים דחופים, ועל הצורך להגן על אותה זכות במיוחד כאשר מטרת הנסיעה הינה חשובה. הגבלת חופש תנועתו של העותר והחלטת המשיבים למנוע את יציאתו של העותר לירדן אינן עומדות במבחן המידתיות.

על פי אמת המידה של העניין האישי של האדם במימוש חופש התנועה, נבחנת מטרת התנועה או הנסיעה לשם הערכת עוצמת הפגיעה בחופש התנועה. **הגבלת תנועתו של מי שנסיעתו חיונית וחשובה עשויה להעצים את הפגיעה בו. אכן, אין דומה מי שנסיעתו נועדה לצורך טיפול רפואי דחוף למי שנסיעתו נועדה למטרת טיול** (פרשת סלאח הנ"ל, בע' 705). מבחן דומה מציעה גם פרופ' זילברשץ במאמרה הנ"ל על חופש התנועה:

"ככל שמטרת התנועה תהיה חשובה יותר, כך ההגנה החוקתית שיש להעניק לזכות לחופש התנועה תהיה רבה יותר... לפי זה ייתכן בהחלט, שתנועה מסוימת למטרה שאינה עילאית, כגון למעבר בלבד, תוכר כזכות-יסוד שיש להגן עליה, אך באופן פחות מאשר תנועה למטרה עילאית, כגון: לשם הצלת חיים" (שם, בע' 815) (בג"צ 1890/03 עיריית בית לחם ו-21 אח' נ' מדינת ישראל ואח', תק-על 12005(1), 1114, עמ' 1127). (ההדגשה הוספה).

זכות המעבר במדינה לעומת זכות הכניסה לשטחה של מדינה לצרכי עבודה או מגורים

45. עמדתם של המשיבים, כפי שהוצגה במסגרת עתירות דומות קודמות, מבלבלת בין שני מושגים שונים זה מזה: בין זכותו של פלסטיני לחיות ולעבוד בישראל, לבין זכותו לעבור במשך זמן קצוב וקצר דרך ישראל משטח פלסטיני אחד לשטח פלסטיני אחר.

46. העותר אינו מבקש להיכנס לישראל לצורך מחייה או עבודה, אלא מבקש לעבור בישראל, מעבר של שעה וחצי בערך, מעזה לגדה המערבית, אזורים הנחשבים מכוח הפסיקה הישראלית וההסכמים בין מדינת ישראל לרשות הפלסטינית ומנשר 7 כיחידה אינטגרלית 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);

בג"צ 7015/05 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2002(3), 1021.

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

48. 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.

49. **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.

50. זכות המעבר נובעת באופן טבעי מעצם קיומה של מובלעת. כפי שמתאר זאת המלומד ד'אוליביה 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. (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 בסיסם 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).

51. וכך מתאר המלומד 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 . (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).

52. 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.

53. 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**.

השאלה האמיתית: האם יש טעם ביטחוני למנוע את זכותו של העותר לבריאות ולטיפול רפואי שיציל את עינו השמאלית

54. בסופו של דבר, השאלה שצריכה להישאל היא אותה שאלה ידועה ושחוקה עד דק של איזון אינטרסים:

א. מצד אחד, זכותו של העותר לבריאות ולשלמות גוף;

ב. מצד שני, שיקולי ביטחון.

55. העותר קיבל סדרת טיפולים רפואיים בישראל. הוא נכנס לישראל מספר רב של פעמים, והוכיח כי כוונותיו כנות ותמימות וכי כניסתו שימשה לצורך קבלת טיפול רפואי וניתוחים בעינו השמאלית.

56. העותר זקוק לניתוח המשך בעינו, שאמור להחזיר את ראייתו. העותר אינו מבקש לעבוד או לחיות בישראל אלא לעבור דרך ישראל, מעבר של כשעה וחצי, על מנת להגיע לעיר רמאללה אל המרכז הרפואי אמסלם, לביצוע הניתוח.

57. אין שום טעם מהותי או הצדקה למניעת מעברו של העותר בישראל בליווי אחיו, לצורך הניתוח ברמאללה.

58. למרות האירועים האחרונים ברצועה, לא נותק הקשר החברתי-כלכלי בין הגדה המערבית ורצועת עזה, עדיין מנוהל מרשם אוכלוסין אחד, שהינו מרשם האוכלוסין של השטחים, ומשרדי הרשות הפלסטינית הפועלים הן ברצועה והן בגדה משרתים את כלל האוכלוסייה הפלסטינית, לרבות משרד הבריאות הפלסטיני.

59. בהחלטת בית המשפט הנכבד בבג"ץ 9522/07 עמותת רופאים לזכויות אדם ואח' נ' אלוף פיקוד דרום ואח' (פורסם ביום 28.11.07), אשר עניינו יציאת חולים מעזה לצורך קבלת טיפול רפואי, קבע בית המשפט כי אפשר לערוך איזון ולנטרל את הסכנה הנובעת ממעברו של פלסטיני אשר ישראל טוענת שיש כנגדו מניעה ביטחונית, וזאת באמצעות ליווי של הצלב האדום או גורם אחר המקובל על המשיבים.

60. המשיבים בחרו לנקוט באמצעי הפוגעני ביותר, דהיינו מניעת טיפול רפואי מהעותר. החלטת המשיבים אינה מידתית, היות וניתן היה לנקוט באמצעי פחות פוגעני ולהסדיר את עניין מעברו בישראל תוך שמירה על האינטרס הביטחוני.

ולסיכום

61. העותר זקוק לניתוח שיכול להחזיר אליו את אור עינו השמאלית. הוא זקוק להשתלת העדשה בדחיפות.

62. העותר נכנס בעבר לישראל ואושפז מספר פעמים בבית חולים ברזילי בישראל. המשיב 2 הנפיק לעותר מספר רב של היתרי כניסה לישראל לצורך טיפולים וניתוחים בתוך ישראל.

63. העותר הוכיח פעם אחר פעם כי כניסתו לישראלים תמימה וכנה, כי מטרת הכניסה בעבר הייתה לצורך טיפול רפואי וניתוחים בעינו השמאלית, כניסה שנוצלה אך ורק למטרה זו. מכאן שההתנגדות למעברו של העותר, והפעם למעבר מוגבל בזמן, הינה שרירותית ואינה מוצדקת או מאוזנת, בהתאם לנסיבות העניין.

עתירה זו נתמכת בתצהיר 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.