

בעניין:

1. ז' ג' לבוש, ת"ז _____
תושב השטחים הכבושים

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) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088)

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 -

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

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

- א. מדוע לא יתיר בדחיפות את יציאתו של העותר 1 מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, על מנת שיעבור ניתוח להשתלת כבד;
- ב. מדוע לא יודיע מהו התאריך המדויק בו יפוג תוקפו של האיסור על יציאתו של העותר 1 מן הגדה המערבית;
- ג. מדוע לא ינמק את סירובו להתיר את יציאת העותר 1, ולא יציג את סיבת הסירוב ונימוקיו ואת אופי הראיות עליהן הוא נשען.

בקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה.

העותר, צעיר יליד 1982 המתגורר בגדה המערבית, חולה מזה כעשור בצהבת חיסונית. לאחרונה פגעה המחלה בתפקוד הכבד שלו, ולאחר שנבדק בידי רופאיו נמצא כי הוא סובל משחמת הכבד, מחלה קשה שאף עלולה להסתיים במוות. המחלה נותנת את אותותיו בעותר, שנמצא כי הוא סובל, בין היתר, מאגירת נוזלים בגוף, בעיות בכלי הדם בוושט ונפיחות באיבריו הפנימיים.

משכך, קבעו רופאיו כי עליו לעבור ניתוח להשתלת כבד. העותר הופנה על ידי הרשות הפלסטינית לקבל טיפול בית חולים בירדן (Jordan Hospital); תוקף ההפניה הוא עד ליום 6.10.11. על פי חוות דעתו של ד"ר אנואר ג'ראד, מומחה מחלות והשתלות כבד בבית החולים בירדן, העותר סובל מאי

ספיקת כבד והוא זקוק להשתלת כבד מקרוב משפחה. אחיו של העותר ממתניים ליציאת העותר לירדן, על מנת לעבור יחד עמו את בדיקות ההתאמה כדי לגלות מי מהם יכול להיות התורם.

ברי, כי מצבו של העותר בכי רע. העותר ניסה לצאת את ארצו לירדן לצורך הטיפול ביום 13.9.11 אולם נציגי המשיב מנעו זאת ממנו. השגה שהגיש העותר כנגד ההחלטה ביום 19.9.11, נדחתה ביום 20.9.11.

בנסיבות אלה, נוכח מצבו הקשה של העותר, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**), הוא תושב השטחים הכבושים, יליד 1982, המתגורר בכפר מרכא ליד ג'נין. העותר נשוי ואב לילד כבן שנתיים. בעבר התפרנס העותר מחקלאות, אולם בשל מצבו הרפואי הוא אינו עובד עוד.

2. העותר סובל מצהבת חיסונית מאז שנת 1997, בגינה עבר טיפולים בגדה במשך השנים. לאחרונה פגעה המחלה בתפקוד הכבד שלו והוא נבדק אצל מספר רופאים. נמצא כי העותר סובל מנפיחות והגדלה באיבריו הפנימיים, כי הכבד שלו נקרש, וכי יש לו נפיחות בוורידים בוושט.

רופאיו אבחנו את העותר כסובל ממחלת שחמת הכבד, היא מחלה קשה מאד שאף עלולה להסתיים במוות. בשל כך, נמצא כי העותר זקוק לעבור ניתוח להשתלת כבד.

העותר הופנה לבית החולים בירדן, אשר מצא כי עליו לקבל את התרומה מאחד מקרובי משפחתו של העותר. יצוין, כי לעותר שמונה אחים, הממתניים ליציאת העותר לירדן על מנת שיוכלו להגיע לבית החולים ולעבור יחד עמו את בדיקות ההתאמה. למשפחה נמסר, כי משך הליך בדיקת ההתאמה הוא כיומיים.

העתק אישור רופא שב"ס מיום 13.7.08 המעיד על מחלת הצהבת של העותר מצורף ומסומן **ע/1**.

העתק דו"ח רפואי מאפריל 2011 על מצבו של העותר מצורף ומסומן **ע/2**.

העתק דו"ח מחלקת רדיולוגיה על מצבו של העותר מאוגוסט 2011 מצורף ומסומן **ע/3**.

העתק אישור רפואי על מצבו של העותר והטיפול לו הוא זקוק מיום 5.9.11 מצורף ומסומן **ע/4**.

העתק הפניה מאת הרשות הפלסטינית לקבלת הטיפול בירדן, מיום 6.9.11, מצורף ומסומן **ע/5**.

העתק מסמך רפואי מבית החולים בירדן על מצבו של העותר והטיפול לו הוא זקוק מצורף ומסומן **ע/6**.

3. למעלה מן הצורך ולמען שלימות התמונה בלבד יצוין, כי העותר נעצר בשנת 2004 והוחזק מספר חודשים במעצר מינהלי, מיום 22.8.04 עד 2.6.05. מספר חודשים לאחר מכן, ביום

- 2.11.05, נעצר העותר בשנית והוגש נגדו כתב אישום בגין חברות בארגון החמאס. העותר הורשע במסגרת הסדר טיעון ושחרר ממאסרו בחודש יולי 2008, ומאז לא נעצר ולא נחקר.
4. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
5. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על איזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה ארבעים וארבע שנה.

מיצוי ההליכים

6. ביום 13.9.11 הגיע העותר לגשר אלנבי, יחד עם אביו, על מנת לצאת לירדן ולעבור את הניתוח. להפתעתו, גילה כי נציגי המשיב בגשר מונעים את יציאתו, מבלי שמסרו לו דבר אודות פשר העניין. כל שנמסר לעותר הוא, שהוא "מנוע" ושעליו "לחזור הביתה".
- יצוין כי אביו של העותר יצא לירדן וממתין לו שם בבית החולים. אביו קיווה כי הוא יוכל לתרום לבנו את הכבוד, אולם מבית החולים נמסר כי עדיף שאחד מאחיו של העותר יעשה זאת.
7. ביום 19.9.11 הגיש העותר השגה על החלטת המשיב למנוע את יציאתו לחו"ל. על ההשגה נרשם, בעברית: "לציין שהנ"ל מצבו קשה מאד וצריך לעשות את הניתוח בהקדם".
- ביום 20.9.11 נמסר לעותר כי השגתו סורבה וכן נמסר לו עותק מהחלטה על הסירוב, בה כל שנרשם הוא "לאחר אבחון שב"כ".
- העתק ההשגה שהגיש העותר, ובה גם החלטת הסירוב, מצורף ומסומן ע/7.
8. בנסיבות אלה, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

א. זכותו של העותר לחיים ולחופש התנועה

9. שחמת הכבד היא מחלה קשה, שכידוע גורמת לנזק בלתי הפיך ואף עלולה להסתיים במוות. העותר הוא אב צעיר לילד קטן, אשר כל עתידו לפניו, וכיום הוא סובל מכאבים ובעיות רבות, אינו עובד ואינו יכול לפרנס ולכלכל את עצמו ואת משפחתו. ברי, כי מצבו של העותר קשה מאד ובכי רע, וכי עליו לקבל את הטיפול אליו הופנה, השתלת כבד.
10. דומה, כי אין צורך להרחיב על תוצאותיה הרוות האסון של החלטת המשיב. החלטה זו, הפוגעת בזכותו של העותר לחופש התנועה, פוגעת באופן אנוש בזכותו לבריאות, וכתוצאה מכך אף עשויה להעמיד את חייו בסכנה.
11. הן הזכות לחיים והן הזכות לקבל טיפול רפואי שנגזרת ממנה, מצאו את ביטויין במשפט זכויות האדם הבינלאומי בשלוש אמנות שישראל חתומה עליהן. יודגש, כי משפט זכויות האדם הבינלאומי מחייב את המדינה גם בעת מלחמה (ראו בג"צ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נז(2) 349). עקרון זה אומץ גם על ידי ועדת זכויות האדם של האו"ם אשר קבעה, כי המשפט הבינלאומי ההומניטרי ודיני מלחמה אינם מסייגים את תחולתה של האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות:

The Committee has noted the State party's position that the Covenant does not apply beyond its own territory, notably in the West Bank and in Gaza, especially as long as there is a situation of armed conflict in these areas. The Committee reiterates the view, previously spelled out in paragraph 10 of its concluding observations on Israel's initial report (CCPR/C/79/Add.93 of 18 August 1998), that the applicability of the regime of international humanitarian law during an armed conflict does not preclude the application of the Covenant, including article 4 which covers situations of public emergency which threaten the life of the nation. Nor does the applicability of the regime of international humanitarian law preclude accountability of States parties under article 2, paragraph 1, of the Covenant for the actions of their authorities outside their own territories, including in occupied territories. The Committee therefore reiterates that, in the current circumstances, the provisions of the Covenant apply to the benefit of the population of the Occupied Territories, for all conduct by the State party's authorities or agents in those territories that affect the enjoyment of rights enshrined in the Covenant and fall within the ambit of State responsibility of Israel under the principles of public international law.

(UN Human Rights Committee, Concluding Observations: Israel (2003), op cit, para 11).

12. גם סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן את הזכות לחיים, בקובעו: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". סעיף 4 לחוק-יסוד זה מוסיף על כך וקובע: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו."

13. הזכות לבריאות היא התשתית שעליה נבנות – בהתאם למשפט זכויות האדם – שאר הזכויות, הן האזרחיות והן הכלכליות. כמעט כל שאר זכויות האדם, בסיסן בזכות לבריאות, אשר מאפשרת לאדם לחיות חיים שלמים בקרב משפחתו, להמשיך לפרנס את משפחתו, ולטפל בילדיו ובהוריו. מכאן נובעת חובתה של מדינה לאפשר את מימושה של זכות זו באופן אקטיבי ובכל צורה שהיא.

14. **הזכות לשלמות הגוף, לבריאות וחיים, הכוללת בחובה את הזכות לקבלת טיפול רפואי, הינן זכויות יסוד המוקנות לכל אדם באשר הוא אדם. כדברי כב' הנשיא (דאז) ברק:**

כבודו של אדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי (ראו בג"צ 161/94 **אטרי נ' מדינת ישראל** (לא פורסם)..אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע.

(רע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה (2) 360, 376).

15. ועדת האו"ם לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, הדגישה מפורשות את המחויבות שיש למדינות החתומות, לאפשר נגישות פיזית ממשית לזכות הבסיסית לבריאות:

Physical accessibility: health facilities, goods and services must be within safe physical reach for all sections of the population... States should refrain... from limiting access to health services as a punitive measure, e.g. during armed conflicts in violation of international humanitarian law.

(UN CESCR General Comment No. 14 (2000), The right to the highest attainable standard of health (August 2000).

16. חובה זו נובעת אף מסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובע את החובה הבסיסית לנהוג בתושבים המוגנים באופן הומאני, תוך שמירה על כבודם :

Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights... They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof...

וראו גם :

סעיף 25 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948 ;
 סעיפים 7, 11 ו-12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות 1976 ;
 סעיף 5 לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזענית 1965 ;
 סעיפים 10, 12 ו-14 לאמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות האפליה כלפי נשים 1979 ;
 וסעיף 24 לאמנה בדבר זכויות הילד 1989.

מלומדים רבים הבהירו את חשיבותה העצומה של זכות זו, שמקורה בזכות לחיים :

Jamar S. D. "The international human right to health." *Southern University Law Review*, Vol 22, No 1, Fall, 1994 ;

Evans T. "A human right to health?" *Third World Quarterly*, Vol 23, No 2, 2002. pp 197–215; and

Kinney E.D. "The international human right to health: What does this mean for our nation and world?" *Indiana Law Review*, Vol 34, 2001. pp 1457-1474.

17. כמו כן, גם הזכות לחופש התנועה זכתה להגנה רחבה הן במשפט הישראלי והן במשפט הבינלאומי, וראו בעניין זה :

סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966 ;
 סעיף 2 לפרוטוקול 4 לאמנה האירופית לזכויות האדם 1950 ;
 סעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948 ;
 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 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא (4) 1 (1997).

18. חלק מרכזי בזכות לחופש התנועה היא זכותו של אדם לצאת מארצו :

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)).

ב. החלטת המשיב – בלתי סבירה ובלתי מידתית

19. החלטת המשיב פוגעת באופן בלתי סביר ובלתי מידתי בזכויותיו של העותר, אשר נותר לכוד בארצו, לאחר שהופנה על ידי מומחים רפואיים לטיפול מציל חיים בחו"ל.

20. חוסר הסבירות והמידתיות אך מתעצמים, נוכח העובדה שהחלטת המשיב ניתנה ללא בדל של נימוק; מבלי שנערך לעותר שימוע, כדרישות כללי הצדק הטבעי, כך שיוכל להעלות את טענותיו; ללא צו חתום; וללא הגבלת זמן כלשהי.

21. עקרון המידתיות, אשר מחייב כי כל פגיעה בזכות מוגנת צריכה להיות מידתית, מושרש הן במשפט הבינלאומי, הן במשפט המינהלי והן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חובת המידתיות חולשת על כל הוראות החוק המקנות לרשות סמכות להגביל את זכות היציאה.

על חשיבות הזכות הנתונה לכל אדם לצאת מישראל אין איש חולק. עוד לפני יותר מחמישה עשורים קבע בית-משפט זה, כי "חירות התנועה של האזרח מן הארץ אל מחוצה לה היא זכות טבעית" (השופט זילברג בבג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 536). ובינתיים - כלום יש להזכיר? - עוגנה החירות האמורה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע (בסעיף 6א), כי "כל אדם חופשי לצאת מישראל". אך חוק היסוד לא גרע מסמכות השר על-פי תקנה 6 הנ"ל, בהיות התקנה בגדר "דין שמור", כמשמעו בסעיף 10 לחוק היסוד. עם זאת, כפי שכבר צוין, אף שחוק היסוד איננו משפיע על תוקפה של תקנה 6, הוא משפיע על פרשנותה, וכפועל-יוצא מכך - על הזהירות המיוחדת שבה יש להתייחס להפעלת הסמכות בידי שר הפנים, לנוכח המשקל הנכבד שיש ליתן לזכותו של האדם הנפגע מהפעלתה (השוו: דברי חברי, הנשיא, שנאמרו בהקשר שונה מזה שבענייננו, בבש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290, 293). **הבחינה הנדרשת היא כפולה: תכלית הוצאתו של הצו ומידתיותו.**

(בג"צ 5211/04 **מרדכי ואנונו ואח' נ' אלוף פיקוד העורף ואח'**, פס"ד מיום 26.7.04, פורסם באתר ביהמ"ש).

22. עיקרון המידתיות במשפט הבינלאומי קובע, כי כאשר הדין הבין לאומי מאפשר למדינה לפגוע בזכויות מוגנות בשל קיומו של צורך מכריע לעשות כן, על אותה פגיעה להיות מידתית. עיקרון זה חל אף כאשר המדינה פוגעת בזכות לצאת מהמדינה.

Restrictions on the right to leave must be 'provided by law, must be necessary in a democratic society for the protection of these purposes and must be consistent with all other rights recognized in the Covenant'. In addition to these limitations, General Comment No. 27 requires restrictions on the right to leave to be proportionate, appropriate under the circumstances, and the 'least intrusive instrument amongst those which might achieve the desired result [...]'. The application of restrictions in any individual case must be based on clear legal grounds and meet the test of necessity and the requirements of proportionality

(Harvey and Barnidge "Human Rights, Free Movement, and the Right to Leave in International Law" *International Journal of Refugee Law*, Vol. 19, Issue 1, pp. 1-21, 2007

לקריאה נרחבת על עיקרון המידתיות במשפט הבינלאומי ר' יובל שני **שימוש בעקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי** (2009), פורסם באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה www.idi.org.il.

סיכומם של דברים

23. העותר נדרש לצאת לירדן בדחיפות על מנת לעבור שם ניתוח מציל חיים להשתלת כבד, כהוראת רופאיו. סירוב המשיב לאפשר את יציאתו מהגדה פוגע באופן אנוש בזכותו לבריאות, על כל המשתמע מכך.

24. המשיב מונע מהעותר לצאת את ארצו באופן מוחלט וגורף. בכך הופך המשיב את העותר לכלוא בארצו. החלטת המשיב אף אינה תחומה בזמן, ללא הנמקה וניתנה מבלי שנערך לעותר שימוע.

25. חופש התנועה אינה עוד זכות ככל זכות אחרת, שכן חופש התנועה הוא המפתח להגשמת זכויות אדם בסיסיות: הזכות לחיי משפחה, חופש הדת והפולחן, חופש העיסוק, הזכות לטיפול רפואי, הזכות לחינוך ועוד.

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.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד בגדה המערבית ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת יפוי הכוח שאף הוא נשלח בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באי כוחו.

אלעד כהנא, עו"ד
ב"כ העותרים

22 בספטמבר 2011

ת.ש. 70307