

בעניין:

1. **קפישה, ת"ז**
תושבת השטחים הכבושים
2. **קפישה, ת"ז**
קטינה באמצעות אמה, העותרת 1
3. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר**
– ע"ר 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או אהרון מיילס קורמן (מ"ר 78484)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרות

- נ ג ד -

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח אל-דין 29, ירושלים
טל: 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיב

עתירה דחופה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם מדוע לא בטל בדחיפות את האיסור המוטל על יציאתה של העותרת 1 מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, ללא הגבלה, על מנת שתוכל ללוות את בתה התינוקת בת ה-5 חודשים שנולדה ללא אף. התינוקת סובלת מתסמונת העדר האף "Congenital Absence Of Nose- Arhinia" הקשה והנדירה ביותר - מדובר באחד מ-41 המקרים היחידים בעולם שנולדו עם התסמונת האמורה.

מקור הסמכות של בית המשפט הנכבד לדון בעתירה

עניינה של העתירה בסירוב המשיב לבטל את האיסור המוטל על יציאתה של העותרת 1 (להלן: **העותרת**) מהגדה המערבית לחו"ל, דרך גשר אלנבי. על פי סעיף 5א(א)(1) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, בצירוף פרט 3(ו) לתוספת הרביעית, נושא זה מצוי בסמכותו של בית משפט נכבד זה.

בקשה לקביעת דיון דחוף

כאמור, העותרת 2, בתה התינוקת של העותרת 1, סובלת מהתסמונת הקשה והנדירה ביותר, תסמונת העדר האף, אשר פוגעת ב-1 מכל 200 מיליון לידות בעולם. התינוקת אושפזה בבית החולים "Al-Ahli" בחברון במשך כחודשיים ובשל קשיי הנשימה, הייתה מחוברת לצינור חמצן שהוחדר לקנה הנשימה שלה. הרופאים הודיעו למשפחתה, כי התינוקת זקוקה לטיפול דחוף ומתקדם **שאינו קיים בבתי החולים בגדה המערבית.**

בעקבות הגשת עתירה לבג"ץ בחודש אוקטובר, התיר המשיב לעותרת לצאת לירדן כדי ללוות את בתה לטיפול רפואי דחוף בבית החולים "ירדן" שבעמאן.

בשבועות האחרונים חלה הזדוהרות על מצבה הרפואי של התינוקת ואושפזה שוב פעם בבית החולים בחברון והיא זקוקה לטיפול הרופאים בירדן, ולמעקב רפואי תקופתי חודשי בבית החולים שם. מדובר בטיפול שאינו קיים בגדה המערבית.

חרף הנסיבות ההומניטאריות הקשות, ומצבה הרפואי של הבת והעדר טיפול מתאים בגדה, המשיב מסרב להתיר לעותרת לצאת את ארצה לירדן כדי ללוות את בתה הפעוטה בת החמשה חודשים לטיפול הרפואי לו היא זקוקה בירדן.

לאור האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע מועד **לדיון דחוף** בעתירה, ולמצער להורות למשיב להגיש את תגובתו המקדמית בהקדם, שכן ייתכן שזו תייתר את הדיון בעתירה.

התשתית העובדתית

למפקד הצבאי אחריות כלפי התושבים המוגנים וחובה לדאוג לחייהם ולבריאותם, חובה זו מתעצמת ככל שמדובר בכיבוש מתמשך ומשורש שמתקיים מזה יותר מחמישים שנה. אולם, בכל זאת, במקרה דנן, המשיב **לא מתבקש להעניק טיפול רפואי לתינוקת החולה. המשיב לא מתבקש לממן את הטיפול הרפואי בתינוקת. המשיב לא מתבקש למצוא עבור התינוקת מקום לקבלת טיפול רפואי. המשיב לא מתבקש לפעול להצלת חייה של התינוקת. המשיב לא מתבקש לאפשר לאדם ממנו קיים סיכון בטחוני להיכנס לישראל. המפקד הצבאי מתבקש אך ורק לא למנוע מהתינוקת לקבל טיפול רפואי דחוף שאינו קיים בשטחים הכבושים בליווי אמה, היחידה שיכולה ללוות אותה.**

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) הוא פלסטיני תושבת השטחים הכבושים, ילידת 1981, נשואה ואם לשלושה ילדים קטינים. העותרת מתגוררת בחברון יחד עם בני משפחתה.

2. העותרת 2, הינה בתה התינוקת של העותרת 1, בת חמשה חודשים. התינוקת נולדה ללא אף, והיא סובלת מתסמונת העדר האף "Congenital Absence Of Nose- Arhinia" הקשה והנדירה ביותר - מדובר באחד מ-41 המקרים היחידים בעולם שנולדו עם התסמונת האמורה. כאמור מדובר בתסמונת קשה ונדירה, אשר פוגעת ב-1 מכל 200 מיליון לידות בעולם.

העתקים ממסמכים רפואיים אודות מצבה של הבת מצורפים ומסומנים ע/1 א'-ג' ;

העתק מסמך רפואי מטעם בית החולים "JORDAN" מיום 28.7.2018 מצורף ומסומן ע/2.

3. התינוקת אושפזה בבית החולים "Al-Ahli" בחברון במשך כחודשיים. כאמור, הרופאים הודיעו למשפחתה כי התינוקת זקוקה לטיפול דחוף ומתקדם שאינו קיים בבתי החולים בגדה המערבית.

4. בחודש ספטמבר 2018 ביקשה העותרת לצאת מהגדה לירדן על מנת שתוכל לוות את בתה התינוקת לטיפול רפואי לו היא זקוקה בירדן, אולם אז המשיב סירב להתיר את יציאתה לחו"ל. בשל סירוב המשיב, העותרות הגישו עתירה דחופה לבית המשפט הגבוהה לצדק (בג"ץ 6407/18 נג'אח קפישה ואח' נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית). בעקבות עתירה זו, הודיע המשיב כי תותר יציאתה של העותרת לחו"ל בכפוף להפקדת ערבות כספית.
5. באוקטובר 2018 יצאה העותרת לירדן יחד עם בתה החולה, וקיבלה את הטיפול הרפואי הנדרש ע"י מנתח ילדים בבית החולים "ירדן" שבעמאן. בחלוף מספר ימים שוחררה התינוקת לביתה, והיא התבקשה להגיע לבית החולים בירדן כל באופן חודשי לצורך המשך המעקב הרפואי. העתק ממכתב הזמנה לקבל טיפול רפואי חודשי בבית החולים בירדן מצורף ומסומן ע/3.
6. **חשוב לציין, כי בשבועות האחרונים חלה הדרדרות על מצבה הרפואי של התינוקת, וביום 18.12.2018 אושפזה בבית החולים "חברון" שבגדה, ושחררה ביום 25.12.2018 בשל העדר טיפול רפואי מתאים בבית החולים. הרופאים המליצו לעותרת לפנות לרופאים בירדן בהקדם האפשרי.**
- העתק ממכתב שחרורו התינוקת מיום 25.12.2018 מצורף ומסומן ע/4.
7. **כאמור, העותרת מבקשת לבטל את האיסור המוטל על יציאתה לחו"ל על מנת שתוכל ללוות בדחיפות את בתה החולה לטיפול הדחוף לו היא זקוקה בירדן, שאינו קיים בגדה המערבית.**
8. יצוין, כי העותרת מעולם לא נעצרה או נחקרה.
9. העותרת 3, המוקד להגנת הפרט (להלן: המוקד), היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
10. המשיב הוא המפקד הצבאי האחראי על איזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי זה למעלה מחמישים שנה

מיצוי ההליכים

11. ביום 12.11.2018 פנו העותרות לנציגי המשיב במת"ק חברון, וביקשו לבטל את המניעה המוטלת על יציאת העותרת לחו"ל על מנת שתוכל ללוות את התינוקת לטיפול הרפואי בירדן. העותרות הדגישו את נסיבות העניין הדחופות וביקשו לטפל בבקשתה בטרם יחלפו 8 שבועות בשל נסיבות המקרה ההומניטאריות. למעלה מן הצורך, לפנייה זו צורף טופס טיפול בבקשה כדרישת המשיב.
- העתק מפניית המוקד מיום 12.11.2018 מצורף ומסומן ע/5;
- העתק מטופס טיפול בבקשה מצורף ומסומן ע/6.
12. ביום 19.11.2018 שב ופנה המוקד בשמן של העותרת לנציגי המשיב במת"ק חברון, ציינו את נסיבות העניין, וביקשו לקבל בדחיפות תושבה לבקשת העותרת לבטל את האיסור על יציאתה לחו"ל.
- העתק מפניית המוקד מיום 19.11.2018 מצורף ומסומן ע/7.

13. ביום 25.11.2018 שב ופנה המוקד לנציגי המשיב, צירף את המסמכים הרפואיים העדכניים אודות מצבה של התינוקת החולה, וביקש לאפשר לעותרת לוות את בתה לטיפול בירדן.

העתק מפניית המוקד מיום 25.11.2018 מצורף ומסומן ע/8.

14. בשל דחיפות העניין, שב ופנה המוקד בכתב בימים 2.12.2018 ו-25.12.2018 וביקש לקבל תשובה לבקשת העותרת על מנת להפסיק את הפגיעה בזכויותיה של התינוקת לקבלת טיפול רפואי מתאים.

15. ביום 24.12.2018, וחרף מצבה הרפואי של התינוקת, התקבלה תשובת המשיב שבה הוא מודיע על סירובו לבקשת העותרת לבטל את האיסור על יציאתה לירדן לצורך ליווי בתה לטיפול הנדרש, וזאת בליווי פרפראזה סתומה ולקונית כי "יציאתך [של העותרת] מסכנת את ביטחון האיזור".

העתק מתשובת המשיב מיום 24.12.2018 מצורף ומסומן ע/9.

16. בשל נסיבות המקרה הדחופות, והחלטתו הלקויה והחמורה של המשיב למנוע את יציאתה של העותרת לירדן כדי ללוות את בתה החולה לטיפול לו היא זקוקה שם, לא נותר לעותרת אלא לפנות לבית המשפט.

טיעון המשפטי

הפגיעה בזכויות העותרת לבריאות ולנגישות לטיפול רפואי

17. כאמור, בשבועות האחרונים חלה הדרדרות על מצבה הרפואי של התינוקת. התינוקת אושפזה במשך 7 ימים בבית החולים בחברון, ושחררה ביום 25.12.2018 בשל העדר טיפול רפואי מתאים. התינוקת בת ה-5 חודשים זקוקה לטיפול רפואי דחוף שאינו קיים בגדה המערבית.

18. ככל שהמשיב מונע את יציאתה של העותרת לחו"ל על מנת ללוות את בתה החולה, הוא שולל מהתינוקת שנמצאת בסכנת חיים את זכותה לבריאות ולנגישות לטיפול רפואי. התנהלותו המקוממת של המשיב הינה מנוגדת לכללי המשפט הבינלאומי ומשפט זכויות האדם ואינה עולה בקנה אחד עם ההגנה המוענקת לאוכלוסייה הכבושה.

ראו בעניין זה:

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, ראו למשל:

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.

19. ועדת האו"ם לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, אשר ישראל חתמה עליה, 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)).

20. 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...

21. הן הזכות לחיים והן הזכות לקבל טיפול רפואי שנגזרת ממנה, מצאו את ביטוי במשפט זכויות האדם הבינלאומי בשלוש אמנות שישראל חתומה עליהן. יודגש, כי משפט זכויות האדם הבינלאומי מחייב את המדינה גם בעת מלחמה (ראו בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נז(2) 349).

22. 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-היסוד מוסיף על כך וקובע: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".

23. 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.

24. **הזכות לשלימות 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"ץ 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).

פגיעה בזכותן של העותרות לחופש התנועה

25. המשיב מונע מן העותרת לצאת את ארצה לחו"ל כדי ללוות את בתה התינוקת החולה לטיפול הרפואי לו היא זקוקה בחו"ל. בכך נפגעת זכותן של העותרות לחופש תנועה, אשר מהווה את הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו. חשיבותה הרבה של הזכות לחופש תנועה נעוצה בכך שחופש תנועה הוא הכוח המניע את מארג זכויותיו של האדם, והגבלתו גוררת אחריה בהכרח פגיעה בזכויות אדם נוספות, הנוגעות לכל תחומי החיים.

26. במשפט הישראלי, מעוגנת הזכות לחופש תנועה בסעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומוכרת כזכות יסוד בסיסית, אשר עומדת בשורה הראשונה של זכויות האדם ומצויה ברמה הגבוהה ביותר במדרג זכויות האדם בישראל (ראו למשל: 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)).

27. הזכות לחופש תנועה מהווה זכות יסוד גם במשפט הבינלאומי. במשפט זכויות האדם הבינלאומי מעוגנת זכות זו בסעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966; בסעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם 1948; ובסעיף 2 לפרוטוקול הרביעי לאמנה האירופאית לזכויות אדם 1950. במשפט ההומניטארי הבינלאומי, מעוגנת הזכות לחופש תנועה בסעיף 35 לאמנת גינבה הרביעית (1949):

All protected persons who may desire to leave the territory... may be entitled to do so... The applications of such persons to leave shall be decided in accordance with regularly determined procedures and the decision shall be taken as rapidly as possible... if any such person is refused to leave the territory he shall be entitled to have such refusal reconsidered... [Emphases added].

המלומד פיקטה מבהיר בפרשנותו כי:

It should be noted that the **right to leave the territory is not in any way conditional, so that no one can be prevented from leaving** as a measure of reprisals... It is therefore essential for States to safeguard the basic principal by showing moderation and **only invoking these reservations when reasons of the utmost urgency so demand** [Emphases added].

(Pictet J.S., Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, pp. 235-236 (Geneva, 1958)).

28. הזכות לחופש תנועה כוללת גם את זכותו של אדם לצאת מארצו ולחזור אליה, והיא הוכרה בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם 1948 (סעיף (2) 13):

13(2) Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country.

כמו גם בפסיקה הישראלית:

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)).

סיכומם של דברים

29. העותרת 2, בתה של העותרת 1, תינוקת בת חמשה חודשים, סובלת מהתסמונת הקשה והנדירה ביותר, תסמונת העדר האף, אשר פוגעת ב-1 מכל 200 מיליון לידות בעולם.

30. בשבועות האחרונים חלה הדרדרות על מצבה הרפואי של התינוקת, וביום 18.12.2018 אושפזה בבית החולים "חברון" שבגדה, ושחררה ביום 25.12.2018 בשל העדר טיפול רפואי מתאים בבית החולים. הרופאים המליצו לעותרת לפנות לרופאים בירדן בהקדם האפשרי.

31. על אף מצבה הקשה של התינוקת הנמצאת בסכנת חיים, וחרף פניות העותרים החוזרות לנציגי המשיב, המשיב מסרב לבטל את האיסור המוטל על יציאתה של העותרת 1, אמה של התינוקת, כדי שתוכל ללוות את בתה לטיפול הרפואי הדחוף בירדן תוך פגיעה קשה בזכותה העליונה והחוקתית של התינוקת לחיים ולנגישות לטיפול רפואי, ותוך זלזול בערך החיים של התושבים הפלסטינים המוגנים בגדה המערבית.

32. החלטת המשיב לא להתיר את יציאתה של העותרת על מנת ללוות את בתה הקטינה לטיפול הדחוף בחו"ל, הינה החלטה שרירותית שאינה עומדת במבחני המסבירות והמידתיות, ואף פוגעת בזכויות העל החוקתיות של התינוקת לחיים ולנגישות לטיפול רפואי.

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 ייפוי הכוח שאף הוא נשלח בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותרת לבין באי כוחה.

9 ינואר, 2019