

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ גמחאוי

ת.ז. \_\_\_\_\_, מגינין

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.

ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור (מ.ר. 37962) 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 עביר ג'ובראן (מ.ר. 44346)  
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 -

מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

המשיב

### עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לקביעת דיון דחוף

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב, והמורה לו לבוא וליתן טעם מדוע לא ישיב לפנייתו של העותר 1 ומדוע לא יתיר את יציאתו לחו"ל.

העותר מנוע כבר תקופה ממושכת מלצאת מהאזור לירדן, שם מתגוררת משפחתו, וזאת אף שבת זוגו סובלת מאי ספיקת כליות והיא אינה בקו הבריאות ואף שיש לו ילדים קטנים בירדן.

לאחרונה אובחן העותר כחולה סרטן ריאות וקיים חשש כי הסרטן מתפשט גם לעבר עמוד השדרה. יש לו הזמנה לטיפול כימותרפי בבית חולים בעמאן ועליו להתחיל את הטיפולים במהירות האפשרית.

ישנה חשיבות רבה שהעותר יחל בטיפולים במחלקה המתמחה בסוג זה של סרטן ולא פחות חשוב מכך – בחברת בת זוגו וילדיו, אשר יכולים להעניק לו את התמיכה הנפשית החיונית בזמן הטיפולים הכימותרפיים. גם רופאיו של העותר המליצו כי יעבור את הטיפול בבית חולים בירדן.

בנסיבות העניין מתבקש בית המשפט לקבוע מועד דחוף לדיון בעתירה.

### התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן – העותר) הוא פלסטיני, בן 49, תושב רשום בשטחים משנת 1994, החולק את חייו בין הגדה לירדן. בשנת 1984 נשא לאישה את גבי \_\_\_\_\_ עלי (תושבת ירדן) ולבני הזוג נולדו שבעה ילדים: \_\_\_\_\_ בת ה-24; \_\_\_\_\_ בת ה-19; \_\_\_\_\_ בן ה-17; \_\_\_\_\_

בן ה-14; \_\_\_\_\_ בן ה-12; \_\_\_\_\_ בן ה-10 ו \_\_\_\_\_ בת ה-8. העותר לא רשם את נישואיו ואת ילדיו במרשם האוכלוסין בשטחים, כי הדבר לא היה נחוץ לו עד עתה.

העתק תעודת הזהות של העותר מצורף ומסומן ע/1.

העתק תעודת הנישואין מצורף ומסומן ע/2.

העתקי תעודות הלידה של הילדים הצעירים מצורפים ומסומנים ע/3-8.

2. אשתו של העותר סובלת מאי ספיקת כליות וסכרת. מצבה הרפואי מחייב אותה להתאשפז מפעם לפעם בבית חולים. לאחרונה עברה אשתו ניתוח ביום 12.12.05 בחוליות הגב. מאחר שרוב ילדי המשפחה הם קטינים, מטבע הדברים המצב הקיים הוא בלתי נסבל.

העתק מסמכים רפואיים המעידים על מצבה של אשת העותר מצורפים ומסומנים ע/9-10.

3. בשנת 1994, עם הקמת הרשות הפלסטינית, חזר העותר לשטחים ונרשם במרשם. משפחתו המשיכה את חייה בירדן, והעותר חלק את חייו בין משפחתו בירדן ומשרתו ברשות הפלסטינית. העותר פרנס את משפחתו מעבודתו בגדה.

4. ביום 20.8.02 נעצר העותר על ידי כוחות הביטחון ונשפט לעונש מאסר בפועל בגין חברות בארגון חללי אל אקצא ובגין ייצור או קשירת קשר לייצור חפץ נפיץ. ביום 26.10.05 סיים העותר לרצות את עונשו ושוחרר.

העתק טופס השחרור מצורף ומסומן ע/11.

5. העותרת 2 (להלן – **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה הפועלת לקידום זכויות אדם בשטחים.

6. המשיב הוא המחזיק בגדה מטעם מדינת ישראל בתפיסה מלחמתית. המשיב שולט בדרכי היציאה לחו"ל מהגדה ורואה עצמו בעל סמכות לאסור יציאתם של פלסטינים מתחומי הגדה המערבית לחו"ל, מכוח הכרזתו על שטח הגדה המערבית שטח צבאי סגור. למרות שבעקבות הסכם הביניים הישראלי-פלסטיני חלו שינויים בסמכות המשיב, לצורך עתירה זו יצאו העותרים מהנחה שהיא קיימת.

### **פניות העותר בעבר**

7. ביום 1.11.05 ניסה העותר לצאת לירדן דרך מעבר אלנבי, אך הוחזר ע"י הרשויות הישראליות ללא הסבר או נימוק, מלבד זאת שנאמר לו שהוא מנוע ביטחוני.

8. ביום 14.11.05 ביקש העותר, באמצעות המוקד, מיועמ"ש המשיב להסיר את המניעה ולהתיר את יציאתו לחו"ל. במכתב הודגש מצבה הבריאותי של אשת העותר.

העתק המכתב מיום 14.11.05 מצורף ומסומן ע/12.

9. משבקשה זו לא נענתה נשלחו תזכורות בימים 27.11.05 ו-1.12.05, אז גם צוין כי אשתו של העותר עומדת להתאשפז לניתוח. תזכורת נוספת נשלחה ביום 25.12.05.

העתקי המכתבים מצורפים ומסומנים ע/13-15/ע.

10. ביום 28.12.05 התקבלה תשובת סירוב מיועמ"ש המשיב: "בשים לב למידע הכולל, לרבות מידע מודיעיני חסוי, לא ניתן להיענות לבקשה בשל היותו פעיל תני"טים, המעורב בפח"ע ויציאתו לירדן עלולה לסכן את בטחון האזור".

העתק המכתב שהתקבל ביום 28.12.05 מצורף ומסומן ע/16.

11. העותר ביקש להמתין בתקווה כי חלוף הזמן יאפשר את הסרת המניעה, שכן מניעה ביטחונית צריכה להיות מבוססת על חומר עדכני, ובחלוף כחצי שנה ניתן לבקש לבחון אותה מחדש.

### **הבקשה הנוכחית נשוא העתירה**

12. עברו שלושה חודשים, אך הנסיבות השתנו בצורה דרמטית. בגוף העותר אובחן סרטן ריאות ויש חשש כי הסרטן יתפשט גם לעמוד השדרה. העותר זקוק לטיפול כימותרפי כמה שיותר מהר.

13. **מטבע הדברים, ישנה חשיבות רבה, שהעותר יעבור את הטיפול לצד אשתו וילדיו בירדן. לעותר יש הזמנה לעבור את הטיפול בבית חולים בעמאן והוא מבקש לצאת בדחיפות לירדן על מנת להתחיל את הטיפול.** גם רופאו של העותר המליץ כי יעבור את הטיפול בירדן.

העתקי המסמכים הרפואיים מצורפים ומסומנים ע/17-18/ע.

העתק מכתב מרופאו בבית החולים בג'נין מצורף ומסומן ע/19.

העתקי הזמנה ואישור מבית החולים אל-בשיר בירדן מצורפים ומסומנים ע/20 ו-21/ע.

14. ביום 29.3.06 פנה העותר בשנית, באמצעות המוקד להגנת הפרט, ליועמ"ש המשיב, בבקשה דחופה להתיר את יציאתו לירדן. לבקשה צורפו המסמכים הרפואיים.

העתק המכתב מיום 29.3.06 מצורף ומסומן ע/22.

15. שלוש תזכורות נוספות נשלחו בימים 5.4.06, 16.5.06 ו-5.6.06 אך תשובה – אין.

העתקי התזכורות מצורפים ומסומנים ע/23-25/ע.

16. חלפו חודשיים וחצי מאז פנייתו של העותר, וחרף דחיפות הבקשה לא נתקבלה כל תשובה. במצב דברים זה יש לחייב את המשיבים להגיב לבקשה במהירות.

## הטיעון המשפטי

### **פגיעה בזכות לחופש התנועה**

17. המשפט הישראלי הציב את חופש התנועה לחוץ לארץ כזכות יסוד חוקתית המעוגנת בסעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

**הערך של כבוד האדם וחירותו מבוסס על האוטונומיה של הרצון האישי, על חופש פיתוח האישיות ועל ההכרה בחופש הבחירה של הפרט. מכאן נגזרת זכותו של הפרט לנוע באופן חופשי בגבולות מדינתו ומחוצה לה.**

א' ברק, פרשנות במשפט (פרשנות חוקתית), עמ' 428.

זכותו של כל אדם לצאת מישראל. "זכות זו נגזרת מהיותו של אדם בן חורין ומאופייה של המדינה כמדינה דמוקרטית ומהיותו חלק מהקהילייה הבינלאומית, אשר במסגרתה זכות התנועה מוכרת כזכות אדם מנהגית. לזכות הלכתית זו מקום "בכותל המזרח של משפט ישראל". חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו העניק לזכות התנועה מעמד חוקתי על-חוקי (שם, עמ' 247).

לאחרונה חזר ופסק בית המשפט הנכבד כי:

**ההגנה החוקתית על חופש התנועה מגלמת את עוצמתה של הזכות לאוטונומיה של הרצון האישי, ומשתלבת בהכרה בכבוד האדם, המהווה מקור זכויותיו של הפרט לחירות הרוח והגוף... במדרג זכויות היסוד של האדם, לזכות התנועה של הפרט עוצמה חוקתית גבוהה עד מאד... היא ניצבת ברף העליון במדרג זכויות האדם בישראל... לחופש התנועה מעמד חוקתי הדומה בעוצמתו לחופש הביטוי**  
(בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, פס"ד מיום 12.1.06, פסקה 10).

ר' גם בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי תק-על 94(1), 1139, עמ' 1147.

18. הזכות לחופש התנועה, לרבות הזכות לעזוב את שטח המדינה ולחזור אליה בחופשיות, הוכרה גם במשפט הבינלאומי. סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966, אשר אושרה ואושררה ע"י ישראל, קובע:

**כל אדם בן חורין לעזוב כל ארץ שהיא, לרבות ארצו הוא... לא תישלל באורח שרירותי מאיש הזכות להיכנס לארצו הוא.**

19. אכן, הזכות לחופש התנועה, ככל זכות, ניתנת להגבלה. אף אמנת ג'נבה הרביעית והאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות קובעות, כי שיקולי ביטחון מהווים עילה להגבלת זכות זו. אולם, חשוב לזכור כי בשל מעמדה החוקתי נקבע בפסיקה, בדומה להגבלת חופש הביטוי, כי

על מנת להגביל זכות זו יש צורך לעמוד לפחות במבחן "החשש הכן והרציני" לפגיעה בביטחון, אם לא במבחן חמור יותר של "סכנה ממשית לביטחון המדינה".

בג"צ 448/85 עו"ד דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2), 701.

20. בכל מקרה, אף המשיב סבור כי דרושה מניעה ביטחונית פרטנית, המבוססת על מידע קונקרטי, מהימן ועדכני, על מנת לשלול או להצר את חופש התנועה של תושבי הגדה לחו"ל. לא די בעצם העובדה כי אדם הוא אסיר משוחרר, שכן האקט המינהלי של איסור יציאה מן הארץ אינו ענישה נוספת, אלא צעד צופה פני עתיד הנובע מסיכון עכשווי וקונקרטי מהאדם. ככל שיש בידי המשיב מידע כזה – יביאו בפני העותר, או למצער, בפני בית המשפט.

21. הפגיעה בחופש התנועה פוגעת גם בזכויות אחרות של העותר. במיוחד פוגעת ההגבלה ביכולתו של העותר לקבל טיפול רפואי לצד בני משפחתו.

### **פגיעה בזכות לטיפול רפואי נאות**

22. הזכות לטיפול רפואי נאות היא זכות המוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 נקבע כי:

**מטופל זכאי לקבל טיפול רפואי נאות, הן מבחינת הרמה המקצועית והאיכות הרפואית, והן מבחינת יחסי האנוש.**

ר' גם סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, אשר ישראל חתומה עליה, והיא אושררה על ידה בשנת 1991.

23. הזכות לטיפול רפואי נאות כוללת בחובה גם שמירה על כבודו של המטופל ועל האוטונומיה שלו בבחירת סוג הטיפול, זהות המטפל ומקום קבלת הטיפול. בית המשפט הנכבד פסק כי על האוטונומיה של המטופל יש להגן, למשל:

**החולה אינו אובייקט. הוא הסובייקט הנושא בתוצאות הסיכון והסיכוי שנוטל הרופא בבחורו בדרך הטיפול. על-כן עומדת לו זכות-יסוד, הנובעת מן האוטונומיה של הפרט, להחליט מדעת, כלומר בידיעת העובדות הרלוואנטיות, אם להסכים לטיפול הרפואי המוצע לו (ע"א 434/94 פלונית נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205, 213).**

24. החלטה על מניעת הטיפול הרפואי בחוץ לארץ היא החלטה גורלית, בנסיבות מסוימות, לטיפול ולמטופל. החלטה זו יש לקבל ברגישות ובשיקול דעת, שכן גורמי הרפואה של המשיב מעמידים עצמם, הלכה למעשה, במקומו של הרופא המחליט על הטיפול, ובמקרה הנוכחי, גם מחליפים את שיקול הדעת של הרופא המטפל. כשרופא מחליט על טיפול נאות עליו להתחשב גם באוטונומיה של המטופל ובנסיבות המקרה, קל וחומר כאשר גורמי רפואה צבאיים מחליטים החלטות שלהן השלכה רפואית משמעותית במקום הרופא המטפל:

הרופא, השם לו את בריאות החולה, נר לרגליו, סבור במקרים רבים כי הוא מיטיב לדעת איזה הוא הטיפול הראוי להינתן לחולה וכיצד ניתן להביא מזור לחוליו. החולה, מאידך גיסא, עשוי לבחון את אותן העובדות ששוקל הרופא מבעד לפריזמה מעט שונה, בגדרה הוא עשוי לשקול שיקולים סובייקטיביים שונים - כגון חששות שונים, איכות החיים הצפויה לו בעקבות הצלחת הטיפול או כישלונו וכיוצא באלו שיקולים - שאינם מצויים תמיד לנגד עיניו של הרופא. במצב דברים זה, הזכות לאוטונומיה של החולה בקבלת החלטה על ביצוע טיפול רפואי, כמבטאת את זכותו של אדם לכבוד, ניצבת כערך הראוי להגנה ומשמעה, הכרה במעמדו העצמאי של החולה והיותו שותף בתהליך גיבוש ההחלטה (ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל", תק-על 99(3) 574, 623).

25. כך הוא בענייננו – העותר יכול אולי לקבל את הטיפול בגדה, אך כל משפחתו גרה בירדן וישנה חשיבות רבה מבחינתו להתחיל את הטיפול בירדן, כשמשפחתו לצידו. לעומת זאת, אם יעבור את הטיפולים בגדה, לא יהיה מי שיעמוד לצדו ויתמוך בו בשעתו הקשה. כל מי שעבר טיפול רפואי קשה, על אחת כמה וכמה טיפול כימותרפי, יכול להעיד על החשיבות של תמיכת בני המשפחה בזמן הטיפול. לכן העותר גם קיבל הזמנה לטיפול בירדן בהמלצת רופאיו.

26. אין לקבל מצב בו הנתון האם ישנה אפשרות לקבל את הטיפול בגדה, גם אם נניח שהוא רלוונטי, יהפוך להיות למעין הנחיית-על או קריטריון-סף קשיח, המגבילים את שיקול הדעת. מחובתו של המשיב להתחשב גם ברצון הסובייקטיבי של המטופל ובצרכיו ביחס לטיפול הקונקרטי ונסיבות המקרה.

### **פגיעה בזכות לקיום חיי משפחה**

27. זכות נוספת שנפגעת עקב החלטת המשיב היא **הזכות לחיי משפחה**, הכוללת את הזכות של הורים וילדים לשמור על קשריהם המשפחתיים, זכות המוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינ"ל. כנגד זכות זו מוטלת על המשיב החובה לכבד את התא המשפחתי.

28. תקנה 46 לתקנות האג, המהווה דין בינ"ל מנהגי, קובעת:

יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן. אין להחרים רכוש פרטי.

וכבר נפסק כי:

ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות (בג"צ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 728, 787).

29. באחד המקרים תיארה השופטת פרוקצ'יה את הקשר בין הורים לילדיהם כזכות טבעית, "ערך בעל מעמד משפטי מן הדרגה הראשונה".

רע"א 3009/02 פלוגית נ' פלוגי פ"ד נו(4), 844, 872.

ר' עוד: 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; סעיף 27 לאמנת גינבה הרביעית.

### סבירות ומידתיות

30. המשיב לא טרח להגיב לבקשה ועל כן שומרים לעצמם העותרים את הזכות להתייחס לטענות שיועלו על ידו לראשונה. אולם, לעת הזאת, שתיקתו של המשיב כמוה כתשובה שלילית לבקשה.

31. על המשיב לשקול את העובדה שמשפחתו של העותר בירדן ושיש חשיבות עצומה לתמיכתם בו בעת הטיפול הכימותרפי.

32. על המשיב לשקול את העובדה שלמשיב ילדים קטנים, אשר אותם לא ראה זמן רב ואת העובדה שבת זוגו של העותר אינה בקו הבריאות בעצמה. אין לבני משפחתו אפשרות להגיע לגדה, משום שהמשיב אינו מטפל בבקשות לרישיונות ביקור בגדה, וגם זה שיקול חשוב.

33. על המשיב לשקול את העובדה שסרטן הריאות היא מחלה קשה, ולעיתים, למרבה הצער, קטלנית, וכי הדבר מפחית בצורה משמעותית את הסיכון, אם קיים כלל סיכון כזה, מהעותר.

34. לסיכום ייאמר, כי אף אם סבור המשיב כי השיקול הביטחוני מחייב הגבלת זכויותיו של העותר, עליו לנקוט באמצעי מידתי, אשר יאפשר לעותר ליהנות מזכויותיו באופן אשר יניח את דעת המשיב.

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 ניתן בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין בא כוחו.

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.