

בעניין:

1. עאבדין, ת"ז \_\_\_\_\_  
תושב הרשות הפלסטינית
2. עאבדין, ת"ז \_\_\_\_\_  
תושבת הרשות הפלסטינית
3. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר**  
ע"י ב"כ עוה"ד נירית היים (מ"ר 48783) ו/או עידו  
בלום (מ"ר 44538) ו/או 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 דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או  
ליאורה בכור (מ"ר 50217).  
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 לגדה 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 את יציאתו של העותר 1 (להלן: **העותר**) מן הגדה המערבית לירדן, יחד עם אשתו, העותרת 2, על מנת לעבור טיפולי פוריות מחוץ לשטחי הגדה;
- ב. מדוע לא יטפל וישיב להשגה שהגיש העותר על מניעת יציאתו לירדן כבר לפני כחצי שנה.

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב להשיב לעתירה בדחיפות, לאור ניסיון העבר במקרים דומים רבים, בהם די היה בתגובת המשיב כדי ליתר את העתירה, לאור העובדה שהסעד המרכזי המתבקש בעתירה הינו קבלת מענה מצד המשיבים, וכן לאור משמעותו של מימד הזמן, כאשר מדובר באיסור יציאה לחו"ל והשלכת משך הזמן על עוצמת הפגיעה בזכויותיו של העותר:

לענין עוצמתה של הפגיעה בזכות - או "מידתיותה" של הפגיעה - יש לשקול גם את משך הזמן של ההגבלה. ככל שמשך הזמן של ההגבלה ארוך יותר, גדלה עוצמת הפגיעה. לא הרי הגבלה על זכות היציאה מן הארץ למספר ימים כהגבלה למספר חודשים או אפילו שנים.

(בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695 (2002)).

## התשתית העובדתית והצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**) יליד 1973 והעותרת 2 (להלן: **העותרת**) ילידת 1984 (להלן: **בני הזוג**), הם פלסטינים המתגוררים בחברון. בני הזוג נשואים שלוש שנים.
2. העותר, נכה בפלג גופו התחתון בעקבות אירוע פגיעה מירי בשנת 1994, מרותק לכסא גלגלים. **בשל נכותו, אין העותר יכול להביא ילדים לעולם ללא שימוש בטכניקות רפואיות מתקדמות לטיפול בבעיות אי-פוריות.** משך שלוש השנים האחרונות נכשלו טיפולי הפוריות שעברו העותרים במרפאות בגדה המערבית. **העותרים קיבלו את המלצת ביה"ח הממשלתי בחברון להמשיך ולעבור טיפולי פוריות עד להצלחת הטיפול.**

העתק מאישור ועדה רפואית לצורך קביעת נכות, מצורף ומסומן ע/1.

העתקים מן המסמכים הרפואיים אודות מצבם הרפואי של העותרים, מצורפים ומסומנים ע/2 א'-ו'.

**מתמודדים כעת עם כישלונות הטיפול בגדה המערבית** (ומבירור שנערך עולה, כי פרקטיקת הטיפול הנדרשת לעותרים קיימת בגדה זמן מאוד קצר ולמעשה רמת הניסיון בטיפול כאמור נמוכה מאוד), מבקשים העותרים לממש את **סיכויי ההצלחה של הטיפול הרפואי המורכב ממילא בחו"ל, שם, במרפאות טיפולי אי-פוריות, רמת מיומנות גבוהה, טכנולוגיה מתקדמת וניסיון רב שנים.**
3. במהלך חודש פברואר 2009 הוזמנו **העותרים לטיפול במרפאה לטיפול באי-פוריות בסעודיה.** ד"ר חסין מחמד עות'מן ביקש מן העותרים לשהות משך חודשיים ימים בקירבת המרפאה, לבדיקות וקבלת טיפולים.

העתק הזמנה לטיפול במרפאה בסעודיה מצורף ומסומן ע/3.
4. ואולם, בדרכם לסעודיה כדי לפגוש את הרופא המטפל, מנעו נציגי המשיב בגשר אלנבי לראשונה את יציאתו של העותר לחו"ל. לאור האמור, נאלצו העותרים לבטל ברגע האחרון את כרטיסי הטיסה שהזמינו מעמאן לריאד, על כל המשמעויות הכספיות הנובעות מביטול כרטיסי טיסה ברגע האחרון כאמור.

העתק משובר הזמנת כרטיסי הטיסה לעותרים מצורף ומסומן ע/4.
5. לא מיותר לציין כי העותר לא נחקר ולא נעצר מעודו.
6. העותרת 3 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**), היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
7. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על שטח הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בשטחי הגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה יותר מארבעים שנה.

## נוהל "בירור מוקדם" ליציאת תושבי השטחים הכבושים לחו"ל

8. במסגרת עתירה עקרונית בעניין מנועי יציאה לחו"ל (בג"ץ 8155/06 **האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**), קבע המשיב נהל חדש, המאפשר לתושבי השטחים הכבושים המבקשים לצאת לחו"ל, לערוך בירור מוקדם לקיומה של מניעה ביטחונית ליציאתם.
9. הנוהל כולל הליך של הגשת בקשה במת"ק, אשר תשובה לה תתקבל לכל **היותר בתוך ששה שבועות**. במידה והבקשה מסורבת, ניתן להגיש ערעור או השגה, אשר תטופל גם היא לכל היותר בתוך **ששה שבועות**.
10. במסגרת בג"ץ 8155/06, הודיעו המשיבים (בהודעותיהם מיום 24.9.08 ומיום 10.3.09) כי גם מי שלא פנה מראש בהליך של "בירור מוקדם" על פי הנוהל, אלא הגיע ישירות לגשר אלנבי ושם נמסר לו כי יציאתו נמנעת (כפי שאירע בעניינו של העותר), יכול לפנות מייד בהליך של **השגה** בהתאם לנוהל.
- המשיבים הבהירו עוד, כי במידה ואכן תוסר המניעה, תמסר על כך הודעה לפונה באמצעות **הטלפון** (כאמור, לכל היותר בתוך ששה שבועות).
11. בהערת אגב, ולמען שלמות התמונה, יצויין כי בג"ץ 8155/06 עודנו תלוי ועומד, וכי הנוהל והוראותיו ניצבים כיום במוקד המחלוקת בין הצדדים. בתוך כך, טוענים העותרים, כי מדובר בנוהל המנוגד לעקרונות מינהל תקין בסיסיים, מעגן פגיעות בלתי מוצדקות ובלתי סבירות בזכויות אדם ומכביד על תושבי השטחים המבקשים לצאת לחו"ל.

## מיצוי ההליכים

12. בחודש מאי 2008 יצא העותר לחו"ל ללא כל בעיות.
13. בתאריך 28.3.09 מנעו נציגי המשיב בגשר אלנבי - לראשונה - את יציאתו לחו"ל.
14. במעמד מניעת היציאה, תחקר נציג השב"כ בגשר אלנבי את העותר ושאל אותו שאלות כלליות לגבי עבודתו, משפחתו ולגבי מטרת הנסיעה.
- העותר מסר כי הוא יוצא עם אשתו לטיפול פוריות וביקש **למסור לנציג השב"כ את מסמכיו הרפואיים, ביניהם ההזמנה לטיפול** במרפאתו של ד"ר חסן מחמד עותימאן בסעודיה (לעיל), אך הלה סירב לקבלם.
- נציג השב"כ הודיע לעותרים כי העותרת 2 יכולה לצאת לחו"ל אך העותר מנוע יציאה. בתשובה מסר העותר, כי אין טעם בנסיעה של העותרת 2 לחו"ל בלעדיו, כי **מטרתה של הנסיעה היא טיפול רפואי בו נדרשת נוכחות שניהם במרפאה בחו"ל**, אך דבריו נפלו על אזניים ערלות והעותרים נאלצו לשוב על עקבותיהם כלעומת שבאו.

15. בתאריך 29.3.09 פנה העותר למת"ק הישראלי בחברון, על מנת להגיש טופס השגה על מניעת יציאתו לחו"ל.

**משך שעה שלמה המתין העותר המרותק לכסא גלגלים מחוץ לשטחי המת"ק, מול שער קרוסלה שלא מאפשר גישה לנכים, בעוד החיילים מהם ביקש שוב ושוב לפתוח שער כלשהו, שכן יאפשר את כניסתו, מתעלמים ממנו לחלוטין.**

**רק בעקבות התערבות טלפונית של נציגת המוקד להגנת הפרט, הסכימו החיילים במת"ק לפתוח שער כלשהו, על מנת שהעותר יוכל להיכנס למת"ק להגיש את השגתו.**

16. לאחר התערבותה הטלפונית של נציגת המוקד להגנת הפרט, אף ליווה הקצין האחראי במקום את העותר ומילא עמו את טופס ההשגה. על הטופס נכתב, כי מדובר בעניין רפואי דחוף וכן צורפו אל הטופס מסמכים רפואיים התומכים בבקשה.

**אותו קצין שליווה את העותר, ביקש מן העותר את מספר הטלפון שלו - ומסר לו כי את התשובה להשגה שהגיש יקבל בטלפון ואין כל צורך שיגיע למת"ק שוב כדי לקבל את התשובה.**

17. לא מיותר לציין, כי הודעתו הרשמית של הקצין בעניין קבלת התשובה להשגה שהגיש העותר באמצעות טלפון, מתיישבת אף עם הודעת המשיבים מתאריך 10.3.09 בבג"ץ 8155/06 (לעיל), שבה נאמר כי הודעות בנוגע להסרת מניעה יתקבלו בטלפון (ראו: סעיף 10ד להודעה).

18. **ואולם בחלוף שישה שבועות, טרם ניתן מענה להשגה שהגיש העותר.**

19. לאור האמור פנה העותר, באמצעות המוקד להגנת הפרט, בתאריך 3.5.09 במכתב אל ראש מת"ק חברון, תיאר את שאירע במת"ק וביקש מענה להשגה. העתק מן המכתב שוגר גם לקפ"ץ המינהל אזרחי.

העתק המכתב מתאריך 3.5.09 מצורף ומסומן ע/5.

20. בתאריך 17.5.09 פנה העותר, באמצעות המוקד להגנת הפרט, אל ראש מת"ק חברון (העתק המכתב נשלח לקפ"ץ המינהל האזרחי) **במכתב תזכורת**, לפיו על אף שחלפו כבר שבעה שבועות, העותר **טרם קיבל תשובה להשגה שהגיש**, ועל כן נתבקשה החשת המענה להשגה.

העתק המכתב מתאריך 17.5.09 מצורף ומסומן ע/6.

21. בתאריך 4.6.09 – למעלה מחודשיים לאחר שהוגשה ההשגה – שב ופנה העותר באמצעות המוקד להגנת הפרט במכתב. שוב נתבקשה קפ"ץ המינהל האזרחי, סג"מ ענבל לידן, לברר ולהסביר מדוע אף על פי שחלפה מסגרת הזמן הקבועה בנוהל ואף על פי שהעותר הוא נכה המרותק לכסא גלגלים, המתקשה להגיע שוב ושוב למת"ק, ואף על פי שנמסר לעותר, כי **יקבל את התשובה להשגה שהגיש באמצעות הטלפון**, טרם נתקבלה כל תשובה.

העתק המכתב מתאריך 4.6.09 מצורף ומסומן ע/7.

22. והנה, למעלה מחמישה חודשים לאחר הגשת ההשגה, וחודשים ארוכים לאחר פניית העותר במכתבים אל גורמי המינהל האזרחי השונים, עד ליום הגשת העתירה לא מסרו נציגי המשיב השונים כל מענה בכתב או בעל פה.

23. לעותר לא נותרה ברירה אלא לפנות אל בית המשפט הנכבד בעתירה.

## הטיעון המשפטי

### החובה להשיב לפניית בכתב ובתוך זמן סביר

24. כלל ידוע הוא כי "החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשונים של מינהל תקין" (י' זמיר, הסמכות המינהלית (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 717). וראו בעניין זה:

בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441, 451 (1994);

בג"ץ 7198/93 מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח(2) 844, 853 (1994);

בג"ץ 5931/04 מזורסקי נ' מדינת ישראל – משרד החינוך, פ"ד נט(3) 769, 782 (2004);

בג"ץ 4212/06 Avocats Sans Frontiers נ' אלוף פיקוד דרום, תק-על 2006(2) 4751 (2006).

וכבר נפסק כי כאשר מדובר בזכויות אדם מקבל מושג "הזמן הסביר" משמעות מיוחדת (בג"ץ 1999/07 גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006, תק-על 2007(2) 569, 551 (2007));

וכי בעניינים הנוגעים לזכויות אדם -

יש מקום לצפות להסדרה מהירה יותר של העניין [...] התמשכות פגיעה בזכויות אדם מחמירה לא פעם את היקף הפגיעה ותוצאתה עלולה להיות שחיקה של הזכות כמו גם פגיעה קשה ומתמשכת בפרט.

בג"ץ 8060/03 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק-על 2006(2) 775, 780 (2006).

וראו גם: בג"ץ 10428/05 עליוה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, תק-על 2006(3) 1743, (2006); בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, תק-על 2007(1) 1999, (2007).

25. בהתאם לכך, קובע ס' 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, כי:

הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו - משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה...

26. סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, מחדד חובה זו ומגדיר מסגרת זמנים ברורה, בקובעו כי חובה על עובד ציבור להשיב בכתב לפניית המופנות אליו לכל היותר בתוך ארבעים וחמישה יום. במקרים מסויימים, המנויים בחוק, נקבע כי אין חובה להשיב בתוך ארבעים וחמישה יום, אך בכל מקרה חובה להודיע למבקש בכתב בתוך ארבעים וחמישה יום את הטעמים לכך.

27. גם היועץ המשפטי לממשלה הבהיר בהנחיותיו – המחייבות את המשיבים – את החובה להשיב לפניות בהקדם האפשרי ולא יאוחר מארבעים וחמישה יום (הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה מס' 3.1004 – חוק לתיקון סידרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, סעיף ג.1).

הוראה מקבילה נקבעה גם בהוראות משרד הביטחון, המחייבות כמובן אף הן את המשיבים (הוראת משרד הביטחון מס' 10.06 – דפוסי התנהגות ציבורית והיבטים משפטיים בפעולות עובדי משרד הביטחון, סעיף 21).

28. אף פקודות הצבא עצמן מחייבות מענה בכתב, בהקדם ולכל המאוחר בתוך 45 יום :

פקודת מטכ"ל 08.0101 - פניות גורמים אזרחיים - חובת מתן תשובה והנמקה, קובעת בסעיף 4, כי :

חייל שקיבל פנייה בכתב מגורם אזרחי, והוא מוסמך על-פי דין לטפל בנושא הפנייה, ישיב לפונה בהקדם, אך לא יאוחר מ-45 ימים מיום קבלת הפנייה.

בסעיף 6.א. לפקודה נקבע כי :

מקום בו קיימת הצדקה לעיכוב מתן התשובה לפונה על-פי סעיף 5 לעיל - יודיע החייל לפונה, בכתב ובהקדם (אך לא יאוחר מ-45 ימים, מיום קבלת הפנייה), את הסיבה לעיכוב במתן התשובה...

29. כך, על אף החובה הכללית לפעול במהירות, תוך הקדשת מאמץ להימנע מפגיעה בזכויות, ועל אף החובה המפורשת – הן לפי חוק והן לפי פקודות הצבא להשיב לכל המאוחר בתוך 45 יום, נוהג המשיב כאילו רשאי הוא לעכב מתן מענה, תוך התעלמות מהממתינים לתשובותיו. התנהלות זו הינה בלתי סבירה ובלתי מידתית, וגורמת לפגיעה קשה בזכויותיו של העותר.

### **החובה על פי הנוהל לטפל בבקשה בתוך מסגרת זמן קצובה**

30. המשיב, כפי שתואר לעיל, התחייב אף במסגרת נוהל לטפל בבקשות ובהשגות המוגשות במת"קים השונים בתוך פרק זמן שלא יעלה על 6 שבועות (לכל היותר בתוך 42 יום).

31. דא עקא, ששוב ושוב ממאנים נציגי המשיב לעמוד במסגרת הזמן המאקסימלית שנקבעה בנוהל, ובתוך כך מוצאים עצמם בני האוכלוסייה הכבושה "מטורטרים" לשוב בלך ושוב אל המת"ק וממנו, עד שתתקבל תשובה בעניינם וזאת בניגוד להנחיות הנוהל ובאופן מעשי ללא כל הגבלת זמן.

32. בעניין העותר יובהר כי "טרטורו" באין ברירה בלך ושוב אל תחומי המת"ק בחלוף מסגרת הזמן הקצובה שנקבעה בנוהל אינו סביר בצורה קיצונית וממילא אינו מתיישב עם ההודעה המפורשת של אותו קצין במת"ק חברון, לפיה תשובה להשגה יקבל העותר באמצעות הטלפון.

33. מובן, כי לאור כל האמור לעיל, ברי כי התנהלות נציגיו השונים של המשיב, המעכבים את בירורה המהותי של השגת העותר, והימנעותם להשיב לפניית המופנות אליהם בכתב, מנוגדות לחובות המשיב כרשות מנהלית ויש לראותן בחומרה רבה.

34. יפים לענייננו דבריו של כב' השופט לוי, המבטאים בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים את החומרה הרבה שבהתנהלות של סחבת, עיכובים ואי מתן מענה ענייני מצד הרשות:

המשיב אינו רשאי לנהוג בעותרים - כמוהם ככל פונה אחר - באופן בו הוא נוהג; המשיב אינו רשאי להותיר את עניינם תלוי ועומד בלא מענה ענייני... המשיב אינו רשאי להתיש את העותרים ללא תוחלת, לגרום להם להוצאות מיותרות ולעכב, אגב כך, את בירוורו המהותי של עניינם. ואם נשתכחו מן המשיב טיבן של חובות בהן הוא חב, כי אז מחובתו של בית המשפט לשוב ולשנן באוזניו.

(בג"ץ 10399/04 בן אבדקול נ' משרד הפנים, תק-על 2005(3) 1608 (2005) ההדגשה הוספה).

35. דברים אלו מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בפנייה לרשות שיש לה השלכות מרחיקות לכת על זכויותיהם הבסיסיות ביותר של הפונים.

36. ובאין מענה, כך למצער, נוצר מצב בלתי מתקבל על הדעת לפיו אין ברירה אלא לפנות אל בית המשפט בעתירה.

לעניין זה ראו דבריו של כב' השופט אוקון:

המשיבים הופכים את בית המשפט לסניף משנה שלהם: דלפק קבלה ומזכירות גם יחד. אילו היה מדובר בהטלת עומס עבודה על בית המשפט, ניתן היה לעבור על מחדלים אלה בלא כלום. ניתן לחשוב גם שיש דגמים מוצלחים יותר מאשר שיעבוד פרקליטות מחוז לטפול בבקשות המופנות אל משרד הפנים, והפיכתה לסדרנית עבודה של משרד זה. אולם, בפועל המשיבים מכבידים על העותרים, גורמים להם להוצאות מיותרות בעניינם של מה בכך, ומשאירים את ענייניהם תלויים ועומדים בלא מענה ממשי וענייני...

חובתו של בית המשפט היא לדאוג לעיגון עיקרון השירות, והכפפתן רשויות המדינה אליו... עקרון זה מחייב גישה רצינית לפניית הפרט, מניעת התעמרות, הטמעת ערכי שיוויון, ושירוש זכויות יתר של בעלי כוח שלטוני או כוח אחר. זכויות הפרט אינן מסתיימות במתן הצהרות חגיגיות. זכויות הפרט הן חומר של יום יום. אם הזכויות לא יעמדו במבחן המעשה, הן יהפכו עד מהרה למטבעות שחוקים המוטלים הלוך ושוב, תוך יצירת אשליה חולפת של כיבוד זכויות, המתפוגגות בשל מחסומים בירוקרטיים בלתי עבירים, המוצבים על כל צעד ושעל.

(עת"מ (ירושלים) 769/04 אבו מיאלה נ' משרד הפנים (לא פורסם), 14.10.04) ההדגשה הוספה).

37. בסחבת ובהתעלמות, פוגעת התנהלותו של המשיב בזכויותיו של העותר באופן המנוגד לחובותיו של המשיב כרשות מנהלית.

## חובת המשיב להבטיח את חייהם התקינים של תושבי השטחים

38. המשיב, כמפקד השטח הכבוש, מחויב להבטיח את החיים התקינים בשטחים ולשמור על זכויותיהם של תושבי השטחים. תקנה 43 לתקנות האג, קובעת:

בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, **עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים...**

39. במרכז שיקוליו של המפקד הצבאי צריכה לעמוד הדאגה לזכויותיהם של התושבים המוגנים בשטח הכבוש:

אמנת האג מסמיכה את מפקד האיזור לפעול בשני תחומים מרכזיים: האחד - הבטחת האינטרס הביטחוני הלגיטימי של המחזיק בשטח, והשני - **הבטחת צרכיה של האוכלוסייה המקומית** בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית...

בתחום האחרון מופקד מפקד האיזור **לא רק על שמירת הסדר והביטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם**, ובמיוחד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטאריים שחובה על המפקד לשקול.

(בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 456, 443 (2004) ההדגשה הוספה).

## הזכות לחופש התנועה וזכותו של העותר לצאת מארצו

40. המשיב מונע מהעותר לצאת לחו"ל. משמעותה של שלילת זכותו של העותר לצאת לחו"ל, הינה **כליאתו בפועל בתוך שטח הגדה המערבית למשך זמן בלתי ידוע.**

41. **במצבם המיוחד של העותרים כיום, אף שולל המשיב מן העותרים את זכותם לקבל טיפול רפואי הולם וזכותם להקדיש את מירב מאמציהם להרות ולהביא ילדים לעולם.**

42. 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 נפגעות ואף חדלות מלהתקיים. מכאן החשיבות הרבה המיוחדת לזכות לחופש התנועה.

43. הזכות לחופש תנועה נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המינהגי ומעוגנת היטב במשפט הישראלי. ראו 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(1)2006(1) 320, פסקה 10 (2006);

בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על(1)2005(1) 1114, פסקה 15 (2005);

בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).

44. 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)).

45. יפים לענייננו גם דבריו של כב' השופט בך, בפרשת דאהר :

הגבלת חופש תנועתו של אזרח במונח זה, שנאסרת עליו היציאה מתחום המדינה לארצות אחרות, הינה פגיעה חמורה בזכויות הפרט, ומי כמו הציבור הישראלי חייב, מטעמים מובנים וידועים, להיות רגיש לנושא זה.

השופט זילברג נתן ביטוי לאותה תחושה בקובעו בפסק הדין בבג"צ 111/53, קאופמן נ. שר הפנים ואח', פ"ד ז' 534, עליו הסתמכה גם חברתי הנכבדה, המשנה לנשיא, לאמור :

"חירות התנועה של האזרח מן הארץ אל מחוצה לה, היא זכות טבעית, מוכרה, כדבר מובן מאליו...".

(בג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701 (1986) ההדגשה הוספה).

46. הזכות לחופש התנועה קיימת גם בזמן מלחמה, כפי שקובע סעיף 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... [emphasis 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.** [emphasis added].

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

47. הזכות לעזוב את ארץ המגורים הוכרה כזכות יסוד אף במספר ניכר של אמנות והצהרות בין-לאומיות. ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948) בסעיף 13, והאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) בסעיף 12(2), קובעות כי כל אדם זכאי לעזוב את ארצו :

Everyone shall be free to leave any country, including his own.

48. הפסיקה הישראלית מכירה בחשיבות הזכות לחופש תנועה, במיוחד כשמדובר במקרים רפואיים.

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. 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.

(בג"צ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, (2005)).

49. במקרה של העותר, לא נלקחו בחשבון מידת הפגיעה בזכותו לחופש תנועה וכל הזכויות הנלוות לה, ולא נעשה איזון ראוי בין החלטת המשיב לבין עצמת הפגיעה בעותר, עם הגבלת זכותו זו.

### זכותם של העותרים להורות

50. מושכלות ראשוניות בתרבות האנושית לדורותיה, כי יסוד ההורות בחיי הפרט והחברה הוא בעל מעמד מרכזי וחשוב מאין כמותו. הורות היא זכות אנושית בסיסית, "זכות טבעית מולדת טבועה באדם" (דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 675), המהווה מרכיב מרכזי אם לא למעלה מכך, במשמעות החיים. את הזכות להורות ניתן להשוות לזכות לחיים ממש.

51. לעניין זה, יפים דבריה של המלומדת ד' ברק-ארז במאמרה "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני", עיוני משפט כ (תשנ"ו-תשנ"ז) 197:

**מימושה של אופציית ההורות אינה רק דרך חיים אפשרית, אלא מושרש בקיום האנושי. יהיה מי שימצא בה מזור לבדידות; אחר יתמודד באמצעותה עם תודעת המוות... הבחירה בהורות אינה רק בחירה לגבי דרך חיים; יש לה משקל מעבר לכך בקיום האנושי. היא מבטאת צורך קיומי בסיסי (ההדגשה הוספה).**

52. ודברי השופט מ' חשין:

משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש. זה יצר הקיום וההישרדות שבנו – "קול הדם", ערגת קדומים ... ומשותף הוא לאדם לחיה ולעוף. "גם-תנין [תנים – מ' ח'] חלצו שד היניקו גוריהן" (איכה, ד, ג)... קשר זה חזק הוא מכל חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה... משפט המדינה לא יצר את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו. משפט המדינה בא אל המוכן, אומר הוא להגן על אינסטינקט מולד שבנו, והופך הוא "אינטרס" של הורים ל"זכות" על-פי דין...

(דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48 (1995) ההדגשה הוספה).

53. אם בימים של עבר רחוק, ידע האדם דרך אחת בלבד לקיים את משאת נפשו, בה יכול היה ליצור את התא המשפחתי, הרי שבימינו, כשהטכנולוגיה עשויה להיות לעזר לאדם גם במקום שהטבע כדרכו אינו עומד לו, מניעת זכותו זו, כמוה כפגיעה אנושה ביצר הקיום, בזכות מיצוי החיים, בשאיפתם של בני זוג, שאיפה עד כלות, לילד פרי בטנם, ילד בשר מבשרם.

54. המלומד Rao תיאר את הסבל הנפשי והקושי החברתי העצום אשר חווים בני זוג שלא יכולים להוליד ילדים ולפתח תא משפחתי:

[T]he personal suffering of the infertile couple is exacerbated and can lead to unstable marriage, domestic violence, stigmatisation and even ostracism... [T]he right to procreate is the natural right of this couple irrespective of their financial status or the husband's physical disability... **not having children is a source of social and psychological suffering for both men and women and can place great pressures on the relationship within the couple.** In addition to the personal grief and suffering it causes, **the inability to have children especially in poor communities can create broader problems, particularly for the woman, in terms of social stigma,** economic hardship, social isolation, and even violence. [Emphasis added].

(Rao KA. "Infertility treatment is a human right." Indian Journal of Medical Ethics, Vol 2, 2005. p 128).

55. לאור האמור, הרי ששאלת כבוד האדם במובנה היסודי ביותר עומדת על הפרק בעתירה זו, בעיקר נוכח היותה של הזכות להורות מצויה בגרעין הקשה כל כך של זכויות האדם באשר הוא אדם.

### הפגיעה בזכות לבריאות ובזכות הגישה לטיפול פוריות

56. מניעת יציאתו של העותר מן הגדה המערבית לירדן פוגעת בזכותו היסודית לבריאות ולטיפול רפואי. התנהלות זו של המשיב מנוגדת לכללי המשפט הבינלאומי ומשפט זכויות האדם ואינה עולה בקנה אחד עם ההגנה המוענקת לאוכלוסייה הכבושה.

57. מדינה מחויבת להבטיח את זכות הגישה לטיפול בריאות, לא רק כאשר מדובר במניעתן של מגפות ומחלות, אלא גם כשמדובר בטיפול בריאות המגינים על הזכות לחיי מין, לפוריות ולהקמת משפחה.

58. הזכות להקמת תא משפחתי כחלק מן הזכות לבריאות הוגדרה על-ידי ארגון הבריאות הבינלאומי, באופן הבא:

[A] state of complete physical, mental and social well-being and... not merely the absence of disease or infirmity, in all matters relating to the reproductive system and to its functions and processes. **Reproductive health therefore implies that people are**

able to have a satisfying and safe sex life and that they have the **capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so**. Implicit in this last condition are the right of men and women to be informed and to have access to safe, effective, affordable and acceptable methods of family planning of their choice, as well as **other methods of their choice for regulation of fertility**... and provide couples with the best chance of having a healthy infant. [Emphasis added].

(UN International Conference on Population and Development (ICPD), Cairo, Egypt, September 1994, Programme of Action, para. 7.2).

59. המקורות הנורמטיביים המעגנים את זכות הגישה של אדם לטיפול פוריות, מתוארים בשיח האקדמי. ראו להלן:

Yanda K. Smith S.V. Rosenfield A. "Reproductive health and human rights." *International Journal of Gynecology and Obstetrics*. Vol 82, 2003. pp 275–283; and

Cook R. "Human rights and reproductive self determination." *American University Law Review*, Vol 44, 1994. pp 975-1016.

ראו גם:

סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית 1949;

סעיפים 16 ו-25 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948;

סעיפים 10 ו-12 לאמנה בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות 1960;

סעיפים 3, 7, 8, 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות מדיניות ופוליטיות 1956;

סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם 1950.

60. גם ועדת האו"ם לעניין הזכות לקבלת טיפול רפואי ראוי, הדגישה כי **במרכזה של הזכות לבריאות ולקבלת טיפול רפואי, עומדת זכותו של כל אדם לפוריות ובריאות מינית**:

The freedoms include the right to control one's health and body, including sexual and reproductive freedom,... By contrast, the entitlements include the right to a system of health protection which provides equality of opportunity for people to enjoy the highest attainable level of health.

(Kinney E.D. "The international human right to health: What does it mean for our nation and world?" *Indiana Law Review*, Vol. 34, 2001. pp 1467-1474).

61. **מתוך כאבם של העותרים מוגשת עתירה זו**, שכן המשיב מונע מן העותר את יציאתו לחו"ל ובכך למעשה מונע מן העותרים את הזכות לקבל את הטיפול הרפואי הטוב ביותר והמתאים למצבם, לבחור את הרופאים שיטפלו בהם וכיו"ב מונע מהם להקים תא משפחתי.

## סיכומם של דברים

62. סירוב המשיב לאפשר את יציאתו של העותר לירדן, פוגע בזכותו היסודית של העותר לעזוב את ארצו, פוגע באוטונומיה שלו ופוגע במיוחד בזכותו להקים תא משפחתי ולמצות את מירב הסיכויים להביא ילדים לעולם עם אשתו, בת זוגו, העותרת 2.

63. אי מענה ממושך לפניית העותר אל המשיב, ועיכוב בירורה המהותי של ההשגה שהגיש, אך מחמירים את הפגיעה הקשה בזכויותיו של העותר.

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

זכותו של אדם לעזוב את ארצו ולצאת לחו"ל היא כה מהותית וחשובה, עד כי הגבלתה צריכה להיעשות במקרים חריגים ביותר, ורק מטעמים ביטחוניים, פרטניים, כבדי משקל במיוחד.

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 באי 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.

---

נירית היים, עו"ד

ב"כ העותרים

24 בספטמבר, 2009

[ת.ש. 60693]