

בעניין:

1. אלשרבאתי, ת"ז

תושב השטחים הכבושים

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

– ע"ר 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד אהרון מייסלס קורמן (מ"ר 78484) ו/או מאיסא
אבו סאלח אבו עכר (מ"ר 52763) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065)
ו/או בנימין אחסתרבה (מ"ר 58088) ו/או נדיה דקה (מ"ר
66713) ו/או תהילה מאיר (מ"ר 71836)

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 לאזור הגדה המערבית

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים – אזרחי

משרד המשפטים

רח' מח"ל 7, ירושלים

טל': 02-5419555 ; פקס: 02-6468053

המשיב

עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב:

- 1) לנמק מדוע לא ישיב לפניית העותרים אליו במהירות המתחייבת מנהלי המשיב עצמו – תוך התעלמות מהערותיו החוזרות של בית המשפט העליון בעניין אי מתן תשובה במועד לפניית מסוג זה;
- 2) ולאפשר את יציאתו של העותר 1 מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, ללא הגבלה, בין היתר על מנת שיוכל לעבור במרכז רפואי בעמאן ניתוח מתקדם לטיפול באי-פוריותו, טיפול רפואי אשר אינו זמין בגדה המערבית ובלעדיו עולה חשש כי העותר 1 ואשתו לא יצליחו להביא ילדים לעולם.

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב להגיב לעתירה בהקדם, וזאת לנוכח הפגיעה החמורה בזכויותיו של העותר 1 לחופש התנועה, לחיי משפחה והורות, ולבריאות ונגישות לטיפול רפואי. עוצמתה של פגיעה זו הולכת וגדלה כל עוד מוסיף המשיב למנוע מהעותר 1 לצאת לחו"ל. כדברי בית המשפט העליון:

לעניין 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 לימים מספר כהגבלה לחודשים מספר או אפילו שנים.

(בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695, 705 (2002); וראו גם: בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006 (1) 320, 331; ובג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736, 757, 759 (2005)).

מקור סמכותו של בית המשפט הנכבד לדון בעתירה

עניינה של העתירה באי קבלת החלטה על ידי המשיב על השגת העותר 1 כנגד האיסור המוטל על יציאתו מהגדה המערבית לחו"ל, דרך גשר אלנבי. על פי נהלי המשיב, החלטה מסוג זה אמורה להתקבל ולהימסר למגיש ההשגה תוך שמונה שבועות ממועד הגשתה, אך שנים עשר שבועות כבר חלפו מאז הוגשה השגתו של העותר 1 וטרם נמסרה לו כל תשובה עניינית.

על פי סעיף 5א(א)(1) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000, בצירוף פרט 3(ו) לתוספת הרביעית, החלטה מסוג זה מצויה בסמכותו העניינית והמקומית של בית משפט נכבד זה.

התשתית העובדתית

א. מבוא: האיסור על יציאתם של תושבים מוגנים מהשטחים הכבושים לחו"ל והפגיעה בכללי

הצדק הטבעי

1. כידוע, לכל אדם מוקנית הזכות לצאת את ארצו. יש להדגיש, כי על החלטות המפקד הצבאי לפגוע בזכות זו בשטח הכבוש, חולש הדין הבינלאומי, וממנו בלבד יונק המפקד הצבאי את סמכויותיו. מכוחו מחויב המפקד הצבאי להגן על תושבי השטח הכבוש, ובאופן ספציפי על זכות היציאה מהארץ. סמכותו המצומצמת של המפקד הצבאי, על פי המשפט הבינלאומי, לאסור על יציאה מן השטחים הכבושים, מותנית בקיומו של הכרח ביטחוני מובהק ותוך איזון ראוי עם הזכויות הנפגעות.

2. יצוין, כי על פי החקיקה הצבאית בשטחים, לא נדרש כל היתר על מנת לצאת לירדן. ר' לעניין זה פס' 23-26 לתגובה מטעם המשיבים מיום 25.7.2007 במסגרת בג"ץ 8155/06 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, לפיה: "[לגבי יציאה לחו"ל [דרך מעבר אלנבי], מדיניות המשיב היא לאפשר לתושב פלסטיני המבקש זאת לצאת לחו"ל ללא צורך בקבלת היתר . . . מאחר ומפקד האזור החליט שלא ליתן היתרים פרטניים ליציאה לחו"ל, לא נדרשו תושבי יו"ש להגיש בקשה מראש".

העתק מהחלק הרלוונטי של התגובה מטעם המשיבים מיום 25.7.2007 בבג"ץ 8155/06 מצורף ומסומן ע/1.

3. לא זו אף זו. בהסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (1995), כ"א 1071, אשר הוראותיו נקלטו בדין הצבאי החל בשטחים הכבושים מכוח המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון) (מס' 7), תשנ"ו-1995 (ר' לעניין זה בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 522-523 (2005)), נקבע כי הגבלת היציאה לירדן של תושב הגדה המערבית, אשר מגיע לגשר אלנבי עם המסמכים הדרושים בידו ושאינו מעוכב בו במקום, מותנית בהוצאת צו עיכוב פרטני על ידי המפקד הצבאי או מי שהוסמך על ידו (או הגורמים הפלסטיניים המוסמכים).

4. על אף האמור לעיל, בשטחים הכבושים מונע המשיב מדי שנה את יציאתם של תושבים מוגנים רבים, בלא צו עיכוב חתום בידי איש, ללא הגבלת זמן כלשהי, ובלא שהמשיב מוסר הודעה מראש. יצוין, כי רק לאחר שהוגשה עתירה עקרונית לבג"ץ (בג"ץ 8155/06 האגודה

לזכויות האזרח בישראל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, קבע המשיב נהלים המאפשרים לתושב מוגן לברר מראש האם החליט המשיב למנוע את יציאתו מהשטח הכבוש לחו"ל, והמסדירים את הליך ההשגה על ההחלטה לעשות כן.

5. על פי הנוהל המעודכן, תושב מוגן המגיש בקשה לבירור מקדים חייב להמתין עד ארבעה ימי עבודה בטרם יוכל לברר אם התקבלה החלטה למנוע את יציאתו. מי שכבר גילה שהמשיב אוסר עליו לצאת – בין שהגיש בקשה לבירור מקדים ובין שהוחזר מגשר אלנבי על ידי נציגי המשיב – יכול להגיש בדיעבד השגה בכתב, וזו תידון בפרק זמן ממושך של עד 8 שבועות. במקרים רבים נציגי המשיב אינם עומדים אף במסגרת זמנים זו והפונים נאלצים להמתין שבועות רבים ואף חודשים לקבלת תשובות לפניותיהם.

העתק מ"נוהל טיפול בבקשות לבירור קיום מניעה ביטחונית ליציאה לחו"ל ולהסרתה" (גרסתו ממרץ 2017 כפי שמופיעה באתר מתפ"ש) מצורף ומסומן ע/2.

6. כמו כן, על פי אותו נוהל, מי שהשגתו נדחתה רשאי לשוב ולפנות למשיב בהשגה חדשה **רק בתום תשעה חודשים ממועד הגשת ההשגה הקודמת**; בטרם חלוף תשעה חודשים מאז הוגשה ההשגה הקודמת, ניתן להגיש בקשה חדשה להתרת יציאה אך ורק במקרה של צורך הומניטרי מיוחד. אולם, בלא מעט מקרים, מסרבים נציגי המשיב לטפל אף בהשגות חדשות שמוגשות כהלכה בחלוף 9 חודשים ממועד הגשת ההשגה הקודמת, **ובניגוד לנוהל**, דורשים מתושבים להמתין עד שיחלפו 9 חודשים מהמועד בו **סורבה** השגתם הקודמת, לפני שיגישו השגה חדשה.

7. בעיה נוספת בנוהל המשיב היא היעדר כל מענה ראוי למקרים דחופים; למשל, כאשר תושב השטחים הכבושים מגיע לגשר אלנבי בדרכו לחו"ל, ומתבשר רק שם כי הוא מנוע יציאה, וזאת שעה שעליו להתייצב ביעדו בחו"ל עד לתאריך מסוים, אם בשל טיפול רפואי, התחלת לימודים או ראיון עבודה.

8. מרכיב יסודי בכללי המינהל התקין הוא מסירת תשובות מנומקות. בענייננו, הודעות על עצם קיומה של מניעה ביטחונית ליציאה לחו"ל (דהיינו, תשובות הניתנות במענה לבירור המקדים, לפיהן קיימת מניעת יציאה) אינן מנומקות כלל; ותשובות שליליות לבקשות להסרת מניעה ביטחונית על יציאה לחו"ל (דהיינו, תשובות שליליות להשגות) אינן מנומקות במידה מספקת בדרך כלל. ברובם המכריע של המקרים, התשובות השליליות שנמסרות במענה על השגות, אינן מאפשרות לתושבים מוגנים להתמודד בצורה ממשית ורצינית עם החלטת המשיב לא להסיר את המניעה שכבר הטיל על יציאתם מארצם. ישנם אפילו מקרים בהם המשיב, בניגוד לנהליו, כלל לא מוסר נימוק להחלטתו לדחות השגה. כידוע, "את טענות הצד שכנגד אפשר לסתור רק כשהן ידועות; עם ספינקס אי-אפשר להתווכח" (בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 541 (1953)).

9. **מהאמור לעיל, מצטיירת בבירור הנחיתות המובנית בה מצוי תושב מוגן בשטחים הכבושים המגלה לפתע, ערב נסיעתו לחו"ל, כי אינו יכול לצאת את ארצו.** ההליך המנהלי שעליו למצות הוא מסורבל, מתיש וארוך ביותר, וכמעט ואינו מספק כל הגנה לפונה: על מנוע היציאה נגזר להתמודד עם החלטה שאין הוא יודע מתי התקבלה, בידי מי ומדוע, ואימתי יוכל לצאת את ארצו.

ב. הצדדים לעתירה

10. העותר 1 (להלן: **העותר**), הוא תושב השטחים הכבושים, יליד [198], המתגורר עם אשתו ב ועובד שם ב . העותר ביקש מן המשיב כי יבוטל האיסור המוטל על יציאתו לחו"ל, וכי יציאתו מארצו דרך גשר אלנבי תותר ללא הגבלה, בין היתר, על מנת שיוכל לעבור ניתוח מתקדם שאינו זמין בגדה המערבית והנחוץ לטיפול באי-פוריותו. אולם, על אף פניותיהם החוזרות של העותרים, לא טרח המשיב לתת מענה ענייני לבקשת העותר.
11. העותרת 2, המוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד להגנת הפרט** או **המוקד**), היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
12. המשיב הוא המפקד הצבאי האחראי על אזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי זה למעלה מחמישים ושתיים שנים.

ג. במסגרת טיפולי הפוריות שמקבל העותר, הוא זקוק לניתוח מיקרוכירורגי מתקדם שאינו זמין

בגדה המערבית

13. העותר התחתן עם אשתו בשנת 2014, תוך כמיהה להקים משפחה ולחווה הורות ביחד.
14. מאחר שניסיונותיהם להיכנס להריון לא צלחו, עברו בני הזוג בדיקות רפואיות, ונתגלה שהעותר סובל מסוג של אי פוריות שנקרא מאזואוספרמיה (היעדר תאי זרע בזירמה).
15. החל משנת 2015 העותר קיבל טיפולי פוריות במוסדות רפואיים שונים בגדה המערבית, ובין היתר טיפולים תרופתיים וטיפולים באשכיו, אך טיפולים אלו לא צלחו.
16. עקב כישלונם של טיפולים שכבר ניסה, פנה העותר בשנת 2017 למומחה ירדני בתחום הפוריות, ד"ר פארס אלכרכי, אשר המליץ לעותר על ניתוח "microTESE", שהינו ניתוח מיקרוכירורגי לאיתור זרעונים ברקמת האשך (להלן: **הניתוח המיקרוכירורגי**). על פי דעתו המקצועית של ד"ר אלכרכי, ניתוח זה יהווה את הסיכוי הטוב ביותר לאיתורם של תאי זרע, בהם ניתן יהיה להשתמש להפריה חוץ גופית.
17. דא עקא, הניתוח המיקרוכירורגי אינו זמין בגדה המערבית. לכן ניסה העותר לנסוע לעמאן בשנת 2017, על מנת לעבור את הניתוח המומלץ במרפאה של ד"ר אלכרכי. אולם, יציאתו של העותר מארצו נמנעה על ידי נציגי המשיב בגשר אלנבי.
18. באותה שנה, הוגשה בקשה להסרת המניעה על יציאת העותר לחו"ל, וזאת על מנת לאפשר לו לקבל את הטיפול לו הוא זקוק בירדן. אולם העותר לא קיבל כל תשובה מטעם המשיב להשגה זו.
19. בהיותו לכוד בארצו, ללא נגישות למרפאה מתקדמת בה מתבצע הניתוח המיקרוכירורגי האמור, העותר בחר לנסות ולעבור ניתוח דומה אך פחות מתקדם ("TESE") (להלן: **הניתוח הקונבנציונלי**), אשר כן זמין בגדה המערבית. באוקטובר 2018 עבר העותר את הניתוח הקונבנציונלי ב-"Palestine European Fertility Centre" (להלן: **מרכז הפוריות האירופאית בפלסטין**), אך הניתוח לא צלח.
20. לאחר כישלון הניתוח הקונבנציונלי, התחיל העותר לקבל טיפול תרופתי תחת השגחתו של ד"ר אוסאמה מרעי בבית חולים א-נג'אח בשכם. אך כבעבר, התרופות האלו לא הועילו.

21. הלכה למעשה, העותר מיצה את כל טיפולי הפוריות האפשריים הזמינים בגדה המערבית. עקב כישלונם, נקבע במשנה תוקף כי העותר זקוק לניתוח המיקרוכירורגי, אשר יעניק לו ולאשתו את הסיכויים הטובים ביותר להשיג הריון ולהביא ילדים לעולם.
- העתק ממסמך מטעם "Palestine European Fertility Centre" מצורף ומסומן ע/3.
22. על כן, באמצע ספטמבר 2019 קיבל העותר זימון מד"ר אלכרכי לעבור את הניתוח המיקרוכירורגי במרפאתו בעמאן.
- העתק מהזימון מד"ר פארס אלכרכי מיום 15.9.2019 מצורף ומסומן ע/4.

ד. המשיב לא התיר לעותר לצאת את ארצו מאז 1999, לפני שני עשורים

23. העותר נסע לחו"ל פעמיים, בשנים 1997 ו-1999. במהלך שני העשורים שחלפו מאז, סירב המשיב להתיר לעותר לצאת את ארצו אפילו פעם אחת.
24. לשם שלמות התמונה יצוין, כי העותר נעצר בשנת 2004, הורשע במסגרת עסקת טיעון בגין עבירות ביטחוניות, ונדון ל-9 שנות מאסר לריצוי בפועל ומאסר מותנה בר הפעלה למשך 5 שנים מיום שחרורו. מאז ששחרר ממאסר באמצע ספטמבר 2013, העותר לא הורשע ואף לא הואשם בעבירה כלשהי; תקופת המאסר המותנה חלפה בלא שהופעל; ומלבד החזקתו במעצר מנהלי למשך 3 חודשים, בין אוקטובר 2015 לינואר 2016, העותר אף לא נעצר.
25. למרות שהעבירות בהן הורשע העותר בוצעו לפני למעלה מ-15 שנים, מאז ועד היום, בכל פעם שניסה העותר לצאת את ארצו מאז שחרורו, מנעו זאת ממנו נציגי המשיב בגשר אלנבי.
26. כך, כאמור לעיל, מנעו מהעותר נציגי המשיב בגשר אלנבי לנסוע לירדן בשנת 2017, כאשר עשה את דרכו בפעם הראשונה לעבור ניתוח מיקרוכירורגי במרפאה של ד"ר אלכרכי בעמאן.
27. ואולם, כאמור, על אף שבמהלך 2017 הוגשה השגה כנגד המניעה ליציאתו של העותר לחו"ל, מעולם לא נמסרה לו החלטת המשיב בהשגה זו.
28. לאחר שעבר את הניתוח הקונבנציונלי ללא הצלחה באוקטובר 2018, הגיע העותר למת"ק חברון ביום 10.12.2018 והגיש השגה נוספת כנגד המניעה ליציאתו לחו"ל. גם הפעם, ועל אף הקביעה הברורה בנוהלו של המשיב, לפיה תשובה להשגה תתקבל ותימסר למגישה תוך 8 שבועות ממועד הגשתה, לעותר לא נמסרה כל תשובה מטעם המשיב להשגה זו.
- העתק מההשגה מיום 10.12.2018 מצורף ומסומן ע/5.

ה. לאחר סירובו של העותר לשתף פעולה עם גורמי הביטחון בתמורה ל'סיוע' בהסרת המניעה על יציאתו לחו"ל, סירבו נציגי המשיב בגשר אלנבי לאפשר לו לצאת את ארצו

29. יצוין, כי ביום 24.9.2019 זומן העותר ל"פגישה" במת"ק עציון עם קצין שב"כ שזיהה את עצמו כ"קפטן פאיז". במהלך השיחה, העלה קצין השב"כ את עניין המניעה על יציאת העותר לחו"ל. העותר הסביר כי הוא מבקש לצאת לחו"ל על מנת לקבל טיפול פוריות מתקדם אשר אינו זמין בגדה המערבית. קצין השב"כ הגיב כי הוא יוכל לעזור לעותר לצאת לחו"ל אם העותר יעזור לו ויסכים לשתף פעולה עם גורמי הביטחון הישראליים. העותר הבהיר כי הוא לא מוכן לעסוק בריגול ולמסור ידיעות על אנשים אחרים לגורמי הביטחון הישראליים.
30. העותר הדגיש בפני קצין השב"כ שכל רצונו הוא לחיות חיים רגילים, לרבות לקבל בירדן את הטיפול הרפואי הנחוץ לו. מיוזמתו, שאל קצין השב"כ האם העותר מעוניין לצאת לעומרה.

כשהעותר ענה בחיוב, שאל קצין השב"כ אם, במקרה שיותר לו לצאת לעומרה, יסכים העותר להגיע ל"פגישה" נוספת עם הקצין לאחר שיחזור מחו"ל. העותר הגיב כי אינו צריך 'טובות' וכי הוא אינו מעוניין לצאת לעומרה בכפוף לתנאים כאלה.

31. על אף אמירותיו הברורות של העותר כי לא יסכים לשתף פעולה עם גורמי הביטחון הישראליים, ולו בתמורה לעזרתם בהסרת המניעה על יציאתו לחו"ל, קצין השב"כ ביקש מהעותר לשמור את מספר הטלפון שלו ולחשוב בשנית על ההצעה שלו. בתגובה חד-משמעית, אמר העותר שלא ישקול את ההצעה ושמיד ימחק את מספר הטלפון של קצין השב"כ. בסיום הפגישה ציין קצין השב"כ שהוא ינסה לעזור לעותר בכל זאת, משום שמדובר בעניין הומניטרי.

32. על אף אמירתו האחרונה הזו, במהלך הפגישה רמז קצין השב"כ כי ייתכן שמימוש זכותו של העותר לצאת את ארצו יותנה בהסכמתו למסור ידיעות לגורמי הביטחון הישראליים. מדובר בניסיון של נציגי המעצמה הכובשת לכפות על תושב מוגן לשתף עמם פעולה. כפי שיפורט להלן, צעד כזה פסול בעליל על פי הדין ההומניטרי הבינלאומי.

33. בהקשר זה יודגש, כי שלושה ימים אחרי הפגישה עם קצין השב"כ, ניסה העותר לנסוע למרפאה של ד"ר אלכרכי בעמאן, אך יציאתו מארצו נמנעה על ידי נציגי המשיב בגשר אלנבי.

ו. המשיב מפר את נהליו שלו וטרם השיב עניינית להשגתו הנוכחית של העותר, למרות שכבר חלפו שנים עשר שבועות ממועד הגשתה

34. ביום 3.10.2019, כשבוע לאחר שנציגי המשיב בגשר אלנבי מנעו את יציאת העותר מארצו, הגיש המוקד השגה חדשה כנגד המניעה המוטלת על יציאת העותר לחו"ל. השגה זו הוגשה למשיב באמצעות מוקד הסרות מניעה במנהל האזרחי, שהינו הגורם המטפל מטעם המשיב בהשגות שכאלה. יצוין, כי השגה זו הוגשה בחלוף יותר מתשעה חודשים ממועד הגשת השגתו הקודמת של העותר (קרי, 10.12.2018) – היינו במועד בו מתירים זאת נהלי המשיב.

35. במסגרת השגה חדשה זו, הדגיש המוקד כי העותר מבקש שיציאתו מארצו דרך גשר אלנבי תותר ללא הגבלה, בין היתר על מנת שיוכל לעבור את הניתוח המיקרוכירורגי בירדן. כמו כן, התייחס המוקד לפגישה עם קצין השב"כ שהתרחשה ביום 24.9.2019, והזכיר כי כל ניסיון לכפות על תושב מוגן לשתף פעולה עם נציגי המעצמה הכובשת פסול על פי הדין ההומניטרי הבינלאומי. על כן, הוסיף המוקד כי אין להתנות את יציאת העותר מארצו בהסכמתו לשתף פעולה עם גורמי הביטחון הישראליים.

36. יצוין, כי להשגה החדשה צורפו, בהתאם לדרישות המשיב, "טופס טיפול – מניעה ליציאה לחו"ל" ושני מסמכים רפואיים (מסמכים המצורפים לעתירה זו כנספחים 3/ע ו-4/ע).

העתק מההשגה שהוגשה ביום 3.10.2019 על כל נספחיה מצורף ומסומן 6/ע.

37. ביום 7.10.2019 התקבלה הודעת דוא"ל מטעם המשיב, ממנה עולה שסירב המשיב לטפל בהשגה החדשה של העותר, בעילה – הנוגדת את נהלי המשיב עצמו – כי הוגשה בטרם עת שכן עוד לא חלפו תשעה חודשים "מיום סירוב בקשתו הקודמת". בלשון ההודעה: "מבדיקה שנערכה במערכת הממוחשבת שברשותנו, עולה כי בקשתו של מרשך להסרת המניעה הביטחונית לחו"ל סורבה בתאריך ה-5.7.19. ע"פ הנוהל 'בקשה להסרת מניעה ביטחונית' קובע [כך במקור], כי תושב אשר בקשתו להסרת מניעה ביטחונית סורבה יוכל להגיש בקשה

- נוספת להסרת מניעתו ביטחוניית **בחלוף תשעה חודשים מיום סירוב בקשתו הקודמת**, כלומר בתאריך 5.4.20" (הדגשות הוספו).
- העתק מהודעת הדוא"ל מטעם המשיב מיום 7.10.2019 מצורף ומסומן ע/7.
38. לא למותר לשוב ולהדגיש, כי על פי הנהלים שהמשיב קבע לעצמו, השגה שהוגשה "בחלוף **תשעה חודשים** ממועד הגשת ההשגה הקודמת" תועבר "לאבחון פרטני אצל גורמי הביטחון", וכי "התשובה להשגה תתקבל ככלל תוך **שמונה שבועות** . . . מיום ההגשה". באותם נהלים, אין כל התייחסות למועד **סירוב** ההשגה הקודמת.
39. יצוין כי מהודעת המשיב הנ"ל עולה כי נציגיו של המשיב הפרו נהלים אלו בכמה אופנים: ראשית, בקבלת החלטה בהשגתו הקודמת של העותר כעבור כשבועה חודשים תמימים, ולא, כמתחייב, בתוך שמונה שבועות ממועד הגשתה; ובאי מסירת החלטה שלילית זו לידי העותר; ולבסוף, בסירובם לטפל בהשגתו החדשה של העותר בעילה שכלל אינה קבועה בנהלים, כמוסבר לעיל.
40. ביום 7.10.2019, בהמשך לקבלת ההודעה השגויה של המשיב בעניין העותר, הזכירה נציגת המוקד לנציגי המשיב כי על פי נוהל המשיב, "**ניתן להגיש השגה חדשה 9 חודשים מיום הגשת ההשגה הקודמת**".
- העתק מהודעת הדוא"ל מטעם המוקד מיום 7.10.2019 מצורף ומסומן ע/8.
41. ביום 10.10.2019 שב ופנה המוקד לנציגי המשיב במנהל האזרחי בעניינו של העותר. לפנייתו זו צירף המוקד העתק מ"טופס טיפול – מניעה ליציאה לחו"ל" שהגיש העותר ביום 10.12.2018 (קרי, העתק של ההשגה הקודמת). המוקד שב וציין כי, בניגוד לטענה חסרת הביסוס בהודעת המשיב מיום 7.10.2019, נהלי המשיב מאפשרים הגשת השגה חדשה בחלוף 9 חודשים ממועד **הגשת** ההשגה הקודמת. המוקד הדגיש כי למעלה מ-9 חודשים חלפו בין 10.12.2018, המועד בו הוגשה השגתו הקודמת של העותר, לבין 3.10.2019, המועד בו הוגשה השגתו החדשה.
42. בפנייתו זו מיום 10.10.2019, חזר והטעים המוקד כי ההשגה החדשה הוגשה בכדי שהעותר יוכל לקבל את טיפול הפוריות לו הוא זקוק ושאינו זמין בגדה המערבית. לאור האמור, ביקש המוקד מהמשיב לשקול מחדש את החלטתו שלא לטפל בהשגה בעניין העותר שתגוש לפני יום 5.4.2020. כמו כן, ביקש המוקד כי תשובתו המנומקת והעניינית של המשיב לבקשת העותר החדשה להסרת המניעה על יציאתו לחו"ל תתקבל בהקדם האפשרי.
- העתק מפניית המוקד מיום 10.10.2019 מצורף ומסומן ע/9.
43. ביום 23.10.2019, משלא התקבלה כל התייחסות מטעם המשיב לפניית המוקד מיום 10.10.2019, שלחה נציגת המוקד הודעות דוא"ל מעקב לקצין פניות הציבור במנהל האזרחי ולמפקדת מוקד הסרות מניעה. למחרת, אישר קצין פניות הציבור כי קרא את פניית המוקד מיום 10.10.2019, וביום 30.10.2019 הודיעה מפקדת מוקד הסרות מניעה שהיא "מטפלת בזה".
- העתקים מפניות המוקד מיום 23.10.2019 מצורפים ומסומנים ע/10 א' – ב';
- העתק מהודעת קצין פניות הציבור במנהל האזרחי מיום 24.10.2019 מצורף ומסומן ע/11;
- העתק מהודעת מפקדת מוקד הסרות מניעה מיום 30.10.2019 מצורף ומסומן ע/12.
44. משלא התקבלה תשובה לגופה של השגת העותר בחלוף ארבעה וחצי שבועות ממועד הגשתה, שב ופנה המוקד לנציגי המשיב ביום 5.11.2019 וביקש לקבל תשובתו העניינית והמנומקת

- בדחיפות. צוין בתזכורת זו כי העותרים ייאלצו לפנות לערכאות אם תשובת המשיב לא תתקבל עד ליום 28.11.2019, הינו המועד בו יחלפו שמונה שבועות ממועד הגשת ההשגה. העתק מפניית המוקד מיום 5.11.2019 מצורף ומסומן ע/13.
45. בו ביום, נמסר מנציג המשיב כי פניית המוקד "התקבל לפניה 34522". העתק מהודעת המשיב מיום 5.11.2019 מצורף ומסומן ע/14.
46. ביום 5.12.2019 – שבוע ימים לאחר המועד בו היה על המשיב לקבל ולמסור את החלטתו בהשגת העותר – התקבל במוקד מכתב מטעם המשיב, ובו, בין היתר, התייחס המשיב להשגת העותר כדלהלן: "נדרש לצרף מסמכים רפואיים, נמסרה תשובה בעבר". העתק מהחלק הרלוונטי של מכתבו של המשיב מיום 5.12.2019 מצורף ומסומן ע/15.
47. יצוין, כי על פי נהלי המשיב הרלוונטיים, "אין לסרב בקשות שאינן נתמכות במסמכים [רפואיים], אלא להעבירן לאבחון פרטני אצל גורמי הביטחון" (הדגשה במקור). כך או כך, כפי שנאמר לעיל, שני מסמכים רפואיים (נספחים ע/3 ו-ע/4 בעתירה זו) צורפו כנדרש להשגת העותר מיום 3.10.2019. בנוסף, כאמור בפניית המוקד מיום 10.10.2019 (נספח ע/9 בעתירה זו), ה"תשובה" היחידה ש"נמסרה" . . . בעבר" (קרי, הודעת הדוא"ל מטעם המשיב מיום 7.10.2019) הייתה שגויה, בהיותה מתבססת על דרישה שאינה קיימת בנהלי המשיב והסותרת אותם.
48. יובהר, כי עד למועד כתיבת שורות אלה, ובחלוף **שנים עשר שבועות** ממועד הגשת השגת העותר, לא התקבל מענה ענייני מטעם המשיב, ואף לא התקבל אישור כי השגה זו הועברה לטיפולם של גורמי הביטחון. מדובר בחריגה בוטה מהנהלים שהמשיב קבע לעצמו, והתעלמות מהערוותיו החוזרות של בית המשפט העליון בעניין אי מתן תשובה במועד לפניית מסוג זה, כפי שיפורט להלן. וזאת לאחר שהתשובה בהשגתו הקודמת של העותר התקבלה **כשבעה חודשים** לאחר מועד הגשתה וכלל לא נמסרה לעותר.
49. בנסיבות אלה, ונוכח התנהלותו הלקויה של המשיב והפגיעה החמורה בזכויותיו של העותר, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית משפט נכבד זה.

הטיעון המשפטי

א. המשיב מפר את חובתו להשיב במהירות להשגת העותר

50. התנהלות המשיב בעניין העותר עומדת בסתירה בולטת לחובתו מכוח הדין להשיב במהירות לפניית המופנות אליו. כלל ידוע הוא כי "החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשונים של מינהל תקין" (יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב 717 (מהדורה ראשונה, 1996)).

וראו בעניין זה:

- בג"ץ 6300/93 **המכון להכשרת טוענות בית דין 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, 782-783 (2004);
- בג"ץ 4212/06 **Avocats Sans Frontieres נ' אלוף פיקוד הדרום** (פורסם בנבו, 28.6.2006).

51. בעניינו, עומדות על הפרק זכויותיו של העותר, שהן בין זכויות האדם היסודיות ביותר שישנן, דהיינו זכויותיו לכבוד האדם, לחופש התנועה, לחיי משפחה והורות, ולבריאות ונגישות לטיפול רפואי. כבר 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, פ"ד סב(2) 123, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2007)). כמו כן, בעניינים הנוגעים לזכויות אדם, נקבע כי:

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, פס' 13 להחלטה (פורסם בנבו, 26.4.2006); וראו גם: בג"ץ 10428/05 עליוה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פס' 5 להחלטה (פורסם בנבו, 16.7.2006); בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פ"ד סב(1) 762, פס' 32 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2007)).

52. זאת ועוד. התעלמותו הממושכת של המשיב מהשגתו של העותר במקרה דנן היא למרבה הצער תופעה שכיחה, הגוררת בעקבותיה לא פעם הגשת עתירה לבית המשפט רק לשם קבלת מענה. יפים לענייננו דברי בית המשפט העליון בעניין עלי:

האידיאולוגיה צריכה להיות פשוטה: מבלי לפגוע כהוא זה בביטחון ובשיקולי ביטחון, כמובן, יש צורך במאמץ להקל ככל הניתן על האוכלוסיה הפלסטינית הנזקקת להיתרים במישור המינהלי . . . ראוי להגיע למסגרת פשוטה ככל הניתן ומובנת ככל הניתן, כדי להסיר מעקשים לא נחוצים בחיי האוכלוסיה. העתירות הרבות המוגשות ונמחקות בטרם דיון כיון שנפתרה הבעיה הקונקרטית, והמוכחות על-ידי כך כמיותרות מעיקרן אילו טופל הנושא, מעידות כמאה עדים על הצורך בשיפור.

(בג"ץ 3764/16 עלי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (להלן: עניין עלי), פס' ב' להחלטתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 20.4.2017) (הדגשות הוספו)).

העתק מהחלטת בית המשפט בעניין עלי מיום 20.4.2017 מצורף ומסומן ע/16.

53. בית המשפט העליון חזר ונתן את דעתו בעניין הימנעותו החוזרת של המשיב ממתן תשובות במועד לפניות תושבים מוגנים על איסור יציאתם לחו"ל – בייחוד במקרים בהם הפניות נענות לבסוף בחיוב. במסגרת עניין עלי הנ"ל, הורה בית המשפט העליון למשיב להגיש הודעה "בשאלה החוזרת פעם אחר פעם, מדוע אין משיבים במועד לפונים במקרים בכגון דא, והם נאלצים להגיש עתירה על כל בזבז המשאבים של הצדדים" (עניין עלי, פסק-דין והחלטה (פורסם בנבו, 5.7.2016) (הדגשה הוספה)). בהתאם לכך, ביום 4.9.2016, הגיש המשיב הודעה בדבר 'מנגנון' חדש למניעת מקרים של אי מענה במועד לפניות תושבים פלסטינים, ובמיוחד להשגות על מניעת יציאה לחו"ל. המשיב אף הרחיב על כך בהודעת עדכון מיום 8.2.2017.

העתק מפסק הדין וההחלטה של בית המשפט בעניין עלי מיום 5.7.2016 מצורף ומסומן ע/17.

54. בהמשך ההליכים בעניין עלי, ולאחר שהעותרים טענו כי 'המנגנון' המדובר אינו פועל כשורה – שכן בחודשים שחלפו מאז הודעות המשיב, נאלץ המוקד להמשיך ולעתור לבית המשפט העליון בשמם של אנשים שלא קיבלו מענה להשגותיהם במועד – מסר המשיב מצדו ביום 8.5.2017 כדלקמן:

אכן, בדיקה ראשונית של המינהל האזרחי העלתה כי אכן נפלו ליקויים בתפקוד המת"קים במסגרת הבקשות שבמוקד העתירות שזכרו ברישת התגובה. בין הליקויים שנמצאו: תיעוד חסר ביחס למועד קבלת הבקשות; חריגות זמנים בהעברת הבקשות לגורמי האבחון; היעדר תיעוד ביחס להחזרת מענה לפונה; ואי העברת דיווחים כנדרש במקרה של חריגת זמנים, כנדרש לפי המנגנון שהוצג בהודעות המעדכנות הקודמות.

(עניין עלי, הנ"ל, התייחסות מטעם המשיבים לתגובת העותרים, פס' 8 (הוגשה ביום 8.5.2017)).

55. ביום 9.5.2017 התקיים דיון המשך בעניין עלי בנושא אי מתן מענה במועד, ובסופו הורה בית המשפט העליון למשיב להגיש הודעה נוספת תוך 21 יום, בשל ליקויים רבים שהתגלו במנגנון המשיב, בין השאר, בנגישות למת"קים, בלוח הזמנים למענה ובצורתו, ובאי מתן מענה מהיר דיו במקרים דחופים וחריגים, המצריכים תשובה בטרם חלוף המועד הקבוע בנוהל.

העתק מהחלטת בית המשפט בעניין עלי מיום 9.5.2017 מצורף ומסומן ע/18.

56. ביום 15.6.2017 הגיש המשיב את הודעתו בעניין עלי, בה נטען כי ננקטו צעדים לשיפור המנגנון. ביום 13.8.2017 נתן בית המשפט העליון החלטה ובה הוא מבקש "לברך על ההתקדמות ולהביע את התקווה כי המגמה החיובית תימשך וינתן מענה לפונים באופן מיטבי" (עניין עלי, הנ"ל, החלטה (פורסם בנבו, 13.8.2017)).

57. **אך בפועל, עדיין יש צורך בהגשת עתירות לשם קבלת מענה להשגות, כפי שמדגים המקרה דנן: השגתו הנוכחית של העותר לא נענתה במשך שנים עשר שבועות, וזאת לאחר שהחלטת המשיב בהשגתו הקודמת התקבלה כ-7 חודשים לאחר הגשתה וכלל לא נמסרה לעותר.**

58. לא זו אף זו, באשר להשגתו הנוכחית של העותר, נדמה כי אי עמידת המשיב במועדים שנקבעו בנהליו שלו נבעה, לפחות באופן חלקי, מהסתמכותו על טענה שגויה, לפיה אין להגיש השגה בחלוף פחות מ-9 חודשים מהמועד בו סורבה ההשגה הקודמת. אולם, כפי שהובהר לעיל, הנהלים שהמשיב קבע לעצמו קובעים במפורש כי ניתן להגיש השגה חדשה בחלוף 9 חודשים מהמועד בו הוגשה ההשגה הקודמת, כאשר למועד הסירוב אין כל נפקות.

59. סירובם של נציגי המשיב לטפל בהשגות שהוגשו בהתאם לנהלים, בעילה שלא חלפו 9 חודשים ממועד הסירוב הקודם, הוא הפרה חריפה של נהלי המשיב. למרבה הצער, המצאת הדרישה לפיה יש להמתין לפחות 9 חודשים מהמועד בו סורבה ההשגה הקודמת עד להגשת השגה חדשה, הינה תופעה נפוצה. דרישה כזו הופיעה בכמה וכמה תיקים בהם טיפל המוקד לאחרונה, וביניהם:

א. ביום 12.6.2019 הגיש המוקד השגה עבור תושב מוגן אשר השגתו הקודמת הוגשה למעלה מ-9 חודשים לפני כן. בו ביום, מסר נציג המשיב למוקד כי בקשת העותר "לא רלוונטית משום שלא עברו 9 חודשים מהסירוב האחרון. בקשה של התושב סורבה ב-9.1.19 ולכן ניתן להגיש בקשה רק ב-9.10.19" (ר' סעיפים 24-40 ונספחים ע/11 ו-ע/13 לכתב העתירה בעת"מ 66328-09-19 **בני עודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**).

ב. באמצע חודש מאי 2019, הודיע נציג המשיב למוקד, כי השגה שהוגשה עבור תושב מוגן "לא הועלתה" לאבחון שב"כ כיוון שלא עברה שנה מהסירוב האחרון" (ר' ע/11).

סעיפים 30-24 ונספח 6/ לכתב העתירה בעת"מ 4973-07-19 **עמאר נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**.

ג. בסוף מרץ 2019, ימים ספורים לאחר השגת תושב מוגן הוגשה, הודיע נציג המשיב כי התושב "סורב בתאריך 31.12.18 יש להגיש בקשה 9 חודשים מתאריך זה", דהינו, מתאריך הסירוב (ר' סעיפים 37-28 ונספח 7/ לכתב העתירה בעת"מ 42302-04-19 **סויטי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**).

ד. באמצע דצמבר 2018, בתגובה לבקשת תושב מוגן לבירור מקדים, השיב נציג המשיב כי התושב "סורב בתאריך 17.04.18 לה"מ בטחונות לחו"ל, ויוכל להגיש בקשה חדשה בחלוף תשעה חודשים מיום הסירוב" (ר' סעיפים 26-24 ונספח 11/ לכתב העתירה בעת"מ 5487-04-19 **אלגועבה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**).

ה. באמצע אוגוסט 2018, מסר נציג המשיב כי השגתו של תושב מוגן סורבה ביום 5.7.2018, והוסיף, כי "בהתאם לנהלים [התושב] יוכל להגיש בקשה חדשה להסרת מניעה בינלאומית ב-5.4.19, תשעה מחודשים [כך במקור] מיום סירובו על ידי גורמי ביטחון" (ר' סעיפים 33-30 ונספח 12/ לכתב העתירה בבג"ץ 6941/18 **אבו סאלם נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**).

60. מובן כי סירוב בעילה חסרת בסיס זו גורר לא פעם, כולל במקרה הנדון, הפרה חמורה נוספת של נהלי המשיב, דהינו אי-מתן תשובה להשגה תוך שמונה שבועות מהגשתה.

ב. הדין ההומניטרי הבינלאומי מחייב את המשיב לשמור על זכויות האדם של העותר, וביניהן זכויותיו היסודיות לחופש תנועה, לחיי משפחה והורות, ולבריאות ונגישות לטיפול רפואי

61. כידוע, "ישראל מחזיקה בשטחי האזור בתפיסה לוחמתית" (בג"ץ 7862/04 **אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נט(5) 368, 375 (2005)). המשיב אינו ריבון בשטחים הכבושים, אלא משמש כנאמן בהם. מכלול סמכויותיו של המשיב כנאמן השטח הכבוש נתון לו מכוח המשפט הבינלאומי, ובכפוף לו (ראו למשל בג"ץ 2150/07 **אבו צפיה נ' שר הביטחון**, פ"ד סג(3) 331, פס' 16-17 לפסק דינו של השופט פוגלמן (2009)).

62. בתחום הדין ההומניטרי הבינלאומי, שמירה על זכויות וחירויות יסודיות, וביניהן הזכויות לחופש תנועה, לחיי משפחה והורות, ולבריאות ונגישות לטיפול רפואי, מהווה חלק מחובותיה הבסיסיות – הן האקטיביות והן הפסיביות – של המעצמה הכובשת כלפי האוכלוסייה הכבושה. כמפקד הצבאי האחראי על השטח הכבוש, למשיב **חובה אקטיבית** להגן על זכויותיהם של התושבים המוגנים, להבטיח את חייהם התקינים ולשמור על זכויותיהם **בכל תחומי החיים האזרחיים**. תקנה 43 לאמנה בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה לרבות תקנות בקשר לדיני ומנהגי המלחמה ביבשה (האג 1907) (להלן: אמנת האג (1907)) קובעת:

בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, **ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים**, עד כמה שהדבר אפשרי . . . [הדגשה הוספה].

63. הפסיקה הישראלית מכירה בתחולת אותה תקנה, כך למשל בבג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעתאווניה אלמחדודה אלמסאוליה**, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת

אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז' (4) 785, 798 (1983) (להלן: פרשת ג'מעית אסכאן אלמעלמון). שם, נקבע כי תקנה 43 חלה בכל תחומי החיים הציבוריים:

הרישאה של תקנה 43 לתקנות האג מעניק לממשל הצבאי סמכות ומטיל עליו חובה להחזיר ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים. . . . אין התקנה מגבילה עצמה להיבט מיוחד של הסדר והחיים הציבוריים. היא משתרעת על הסדר והחיים הציבוריים בכל היבטיהם. על-כן חלה סמכות זו – בצד ענייני ביטחון וצבא – גם על נסיבות 'אזרחיות' רב-גוניות, כגון נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם [הדגשות הוספו].

64. בית המשפט העליון הרחיב על משמעותה של תקנה 43 לאמנת האג (1907) בעניין אבו דאהר, הנ"ל, וקבע כי מכוחה מוטלת על המשיב חובה להגן על זכויות האדם של תושבים מוגנים בשטחים הכבושים, לאמור:

אמנת האג מסמיכה את מפקד האזור לפעול בשני תחומים מרכזיים: האחד – הבטחת האינטרס הביטחוני הלגיטימי של הממשל המחזיק בשטח, והשני – הבטחת צרכיה וזכויותיה של האוכלוסיה המקומית בשטח הנתון לתפיסה הלוחמתית. הצורך האחד הוא צבאי. הצורך האחר הוא צורך אזרחי-הומניטרי. הראשון מתמקד בדאגה לביטחון הכוח הצבאי וכן לסדר, לביטחון ולשמירה על שלטון החוק באזור; השני – נוגע לאחריות לקיום שלום ורווחתם של התושבים. בדאגה לרווחה כאמור מוטל על מפקד האזור לא רק לשמור על הסדר ועל הביטחון של התושבים אלא גם להגן על זכויותיהם, ובייחוד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. 'הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול'. . . . בהגנה על הזכויות החוקתיות של תושבי האזור חלים על המפקד הצבאי גם עקרונות המשפט הציבורי הישראלי, ובהם עקרונות היסוד בדבר זכויות האדם.

(פרשת אבו דאהר, הנ"ל, בעמ' 376) (אשר מצטט את דברי השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח' (3) 443, 456 (2004)) (הדגשות הוספו) (אזכורים הוספו).

65. במסגרת חובתו זו, המשיב אף אינו רשאי להתעלם מהתפתחויות חברתיות, טכנולוגיות ואחרות (כגון התקדמויות רפואיות בטיפול באי-פוריות) המשפיעות על מהותן והיקפן של הזכויות היסודיות המוגנות של תושבים מוגנים (כגון הזכות לחיי משפחה והורות). לעניין זה יפים דבריו של השופט ברק (כתוארו דאז) בפרשת ג'מעית אסכאן אלמעלמון באשר לתפיסה צבאית ארוכת מועד:

בקביעת היקף סמכויותיו של הממשל הצבאי על-פי הנוסחה בדבר 'הסדר והחיים הציבוריים' מן הראוי להתחשב בהבחנה בין ממשל צבאי קצר מועד לבין ממשל צבאי ארוך מועד. . . . הבחנה זו בין ממשל צבאי קצר מועד לבין ממשל צבאי ארוך מועד היא בעלת השפעה ניכרת על התוכן שיש ליתן להבטחת 'הסדר והחיים הציבוריים'. . . . בתפיסה צבאית ארוכת מועד צורכי האוכלוסיה המקומית מקבלים יתר תוקף. . . . חייה של אוכלוסיה, כחיי של יחיד, אינם שוקטים על השמרים אלא מצויים בתנועה מתמדת, שיש בה התפתחות, צמיחה ושינוי. ממשל צבאי אינו יכול להתעלם מכל אלה. אין הוא רשאי להקפיא את החיים. . . . על-כן משתרעת סמכותו של ממשל צבאי לנקיטת כל האמצעים הנחוצים כדי להבטיח צמיחה, שינוי והתפתחות.

(פרשת ג'מעית אסכאן אלמעלמון, הנ"ל, בעמ' 800-801, 804) (הדגשות הוספו).

ג. המשיב פוגע בזכותו של העותר לחופש התנועה

66. חלפו שני עשורים מאז התיר המשיב לעותר לצאת את ארצו. המשמעות של הטלת האיסור הממושך על יציאתו של העותר לחו"ל היא בראש ובראשונה פגיעה חמורה בזכותו לחופש

התנועה, זכות אשר מהווה את הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו. חשיבותה הרבה של הזכות לחופש תנועה נעוצה בכך שחופש התנועה הוא הכוח המניע את מארג זכויותיו של האדם, והגבלתו גוררת אחריה בהכרח פגיעה בזכויות אדם נוספות הנוגעות לכל תחומי החיים. וכאן, הפגיעה החמורה בזכויות העותר לחיי משפחה ולהורות, וכן לבריאות ולגישה לטיפול רפואי בכלל וטיפול פוריות בפרט, היא התוצאה הישירה והבלתי נמנעת מהאיסור המוטל על יציאת העותר לחו"ל.

67. לתושבי השטחים הכבושים קיימת זכות לצאת מארצם, "[ו]הממשל הצבאי בשטחים, הכפוף להלכות המשפט המנהלי הישראלי ולהלכות המשפט הבינלאומי המנהגי מחויב לאפשר לתושבי השטחים לממש זכות-יסוד חשובה זו" (יפה זילברשץ "זכות היציאה ממדינה" **משפטים** כג 69, 86 (התשנ"ד)).

68. במשפט המנהלי-חוקתי הישראלי, הזכות לחופש תנועה מעוגנת בסעיף 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מוכרת כזכות יסוד בסיסית, אשר "עומדת בשורה הראשונה של זכויות האדם" ומצויה "ברמה הגבוהה ביותר במידרג הזכויות בישראל" (בג"ץ 1890/03 **עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(4) 736, 754 (2005) (אשר מצטט את דברי הנשיא ברק בבג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 51, 53 (1997))).

69. במשפט זכויות האדם הבינלאומי הזכות לחופש תנועה מעוגנת, בין היתר, בסעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966), כ"א 1040 (להלן: האמנה בדבר זכויות אזרחיות), אשר נחתמה על ידי ישראל בשנת 1966 ואושרה על ידיה בשנת 1991; בסעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948); ובסעיף 2 לפרוטוקול הרביעי לאמנה להגנת זכויות אדם וחירויות יסוד (1963).

70. הזכות לחופש תנועה כוללת את **זכותו של אדם לצאת מארצו ולחזור אליה**, והיא הוכרה בסעיף 13(2) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948):

Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country.

בדומה לכך, זכות היציאה ממדינה מוכרת 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, 702 (2002)).

71. על פי הפרשנות שנערכה על ידי המלומד פיקטה לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949) (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית), הכלל הוא שחירויותיהם האישיות של אזרחים מוגנים בשטחים כבושים, כולל חופש התנועה שלהם, נשמרות ואינן נשללות:

The right to personal liberty, and in particular, the right to move about freely . . . is not . . . included among the other absolute rights laid down in the Convention, but that in no wise means that it is suspended in a general manner. Quite the contrary: the regulations concerning occupation . . . are based on the idea of the personal freedom of civilians remaining in general unimpaired.

(Oscar M. Uhler et al., Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 201-02 (Jean S.

Pictet ed., Ronald Griffin & C. W. Dumbleton trans., International Committee of the Red Cross 1958) (emphasis added)).

ד. בחסימת נגישות העותר לטיפול הרפואי בעל הפוטנציאל הטוב ביותר לאפשר לו להביא ילדים לעולם עם אשתו, מעצים המשיב את הפגיעה בזכותו של העותר לחופש תנועה

72. עוצמת הפגיעה בזכותו של העותר לצאת את ארצו מוגברת בשל כך שזכות זו חיונית ליכולתו למצות את מירב הסיכויים להביא ילדים לעולם עם אשתו. כאמור, העותר, אשר סובל מאי פוריות, מקבל בגדה המערבית שלל טיפולי פוריות הזמינים שם מזה 4 שנים, לרבות הניתוח הקונבנציונלי, אך ללא הועיל. על כן, נקבע כי העותר צריך לעבור ניתוח מיקרוכירורגי מתקדם אשר יעניק סיכוי גבוה יותר לאיתורם של תאי זרע בהם יהיה ניתן להשתמש לצורך הפריה חוץ-גופית, אשר, כמקווה, יאפשר לעותר ולאשתו להעמיד צאצאים.

73. אולם, כאמור לעיל, אין אפשרות לעבור את הניתוח המיקרוכירורגי באף בית חולים או מרפאה בגדה המערבית. בנסיבות אלה, הפגיעה בזכותו של העותר לצאת לחו"ל מועצמת בהיותה כרוכה בפגיעה חמורה עד מאד בזכויותיו היסודיות לחיי משפחה והורות, ולבריאות ונגישות לטיפול רפואי נאות. כדברי בית המשפט העליון בפרשת **סלאח** :

כיצד נשקלת זכות היציאה של הפרט - שהיא, כזכור, נגזרת של הזכות לחופש תנועה ושל הזכות לחירות - מול זכות הציבור לביטחון? . . . עוצמת הפגיעה בזכותו של הפרט תיבדק . . . [אף לפי עניינו האישי של האדם שיציאתו נאסרה, ביציאה מן הארץ. . . מטרת הנסיעה ויעד הנסיעה הם שיקולים חשובים לעניין עוצמת הפגיעה בזכות. **הגבלת זכות היציאה מן הארץ של מי שיציאתו חיונית וחשובה עשויה להעצים את הפגיעה בו. אינו דומה מי שיציאתו נועדה, לדוגמה, לצורך טיפול רפואי למי שיציאתו נועדה למטרת טיול.**

(פרשת **סלאח**, הנ"ל, בעמ' 704-705 (הדגשה הוספה)).

74. בפרשת **עיריית בית לחם**, בית המשפט העליון חזר על האמירה הנ"ל, ואז הוסיף כי :

'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.'

(פרשת **עיריית בית לחם**, הנ"ל, בעמ' 759 (אשר מצטט מן יפה זילברשץ "על חופש התנועה הפנים-מדינית" **משפט וממשל** ד' 793, 815 (התשנ"ח)) (הדגשה הוספה)).

75. במקרה דנן עסקינן ב"מטרה עילאית" מובהקת – לא "הצלת חיים", כי אם יצירת חיים (שם). כדברי השופטת פרוקצ'יה :

במידרג זכויות האדם החוקתיות, לאחר ההגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף, באה ההגנה החוקתית על הזכות להורות ולמשפחה. הזכות לשלמות הגוף נועדה להגן על החיים; הזכות למשפחה היא הנותנת משמעות וטעם לחיים.

(בג"ץ 2245/06 **דוברין נ' שרות בתי הסוהר**, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.6.2006) (הדגשות הוספה)).

76. בהקשר זה ראוי להוסיף, המדובר לא רק ברצונו של העותר למצות כל אפשרות להבאת ילדים לעולם, אלא גם ברצונו לשמור על חיוניותו ואף קיומו של התא המשפחתי עצמו, שכן כידוע, חוסר היכולת להביא ילדים, ולצדו הכישלון החוזר ונשנה של טיפולי פוריות, מלווה בקשים

נפשיים וחברתיים כבירים. לעניין הסבל והקשיים הנובעים מאי ההצלחה בהבאת ילדים, יפים הדברים הבאים :

Infertility is not only a great personal sadness for many women and couples, but in many parts of the world . . . [the] inability to become pregnant is cause for social exclusion and even divorce.

(The Secretary-General, Framework of actions for the follow-up to the Programme of Action of the International Conference on Population and Development Beyond 2014, ¶ 386, U.N. Doc. A/69/62 (Feb. 12, 2014)).

לאותו עניין, נאמר כי :

[Assisted] reproduction . . . is a central issue in the lives of the individuals who are unable to have child. Few situations in life are as challenging and overwhelming as coping with childlessness. In these situations, the personal suffering of the infertile couple is exacerbated and can lead to unstable marriage . . . stigmatisation and even ostracism. . . . [N]ot 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.

(Kamini A Rao, Infertility Treatment is a Human Right, 2 Indian J. Med. Ethics 128 (2005)).

ה. המשיב פוגע בזכויות העותר לחיי משפחה ולהורות

ה(1). המשפט הישראלי

77. כאמור, בהטלת האיסור על יציאת העותר מארצו, פוגע המשיב פגיעה חמורה בזכויות העותר לחיי משפחה והורות. זכויות אלה נגזרות, בין היתר, מהזכות לכבוד האדם, ונמנות על הזכויות הטבעיות הבסיסיות והחשובות ביותר. כפי שנקבע על ידי השופטת פרוקציה בפרשת **דוברין** :

חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו מעגן זכויות אדם לכבוד ולחירות . . . בתחומיה של הזכות לכבוד האדם, ניצבת זכותו של האדם למשפחה ולהורות. הזכות למשפחה הינה אחד היסודות המרכזיים של הקיום האנושי. היא נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות לפרטיות, ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט, המצויה בגרעינו המהותי של מושג כבוד האדם. המשפחה וההורות הם מימושו של היצר הטבעי להמשכיות הדורות ולהגשמתו העצמית של הפרט בחברה. בתחומיה של זכות האדם לכבוד, מהווה הזכות למשפחה ולהורות זכות חוקתית המוגנת על פי חוק היסוד.

(פרשת **דוברין**, הנ"ל, בפס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (אזכורים הושמטו)).

78. ההגנה על הזכות להקים משפחה משמעותה הגנה על "חירותו הבסיסית" של כל אדם לבנות את חייו בהתאם לרצונו החופשי והאוטונומי, לאמור :

בהקמת משפחתו, מעצב האדם את הדרך בה הוא חי את חייו ובונה את עולמו הפרטי. לפיכך, בהגנה על הזכות לחיי משפחה, מגן המשפט על חירותו הבסיסית ביותר של האזרח לחיות את חייו כאדם אוטונומי, החופשי לבחור את בחירותיו. (בג"ץ 7052/03 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, פס' 7 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (2006)).

79. לנוכח חשיבותו העליונה של תפקיד המשפחה "בחיייו של היחיד ובחיייה של החברה", מוקנית לכל אדם, הן על פי המשפט הישראלי והן על פי המשפט הבינלאומי, זכות לחיי משפחה (שם, בפס' 25 לפסק דינו של הנשיא ברק). כנגד זכות בסיסית וחיונית זו, מוטלת על המשיב החובה לכבד את הזכות לחיי משפחה של התושבים המוגנים. כפי שנאמר על ידי הנשיא (בדימוס) ברק (שם):

'חובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית – הלוא היא המשפחה הטבעית'. . . . הקשר המשפחתי, והגנה עליו . . . מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחיייו של היחיד ובחיייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחיייו של אדם [הדגשות הוספו; אזכור הושמט].

80. בגדרי הזכות להקים משפחה, לצד הבחירה של בן זוג עמו להקים תא משפחתי, הבחירה המשותפת של בני הזוג להרחיב את התא המשפחתי ולחוות הורות ביחד היא מבין הבחירות המשמעותיות ביותר בחייהם הפרטיים והמשותפים. שלילתה או הגבלתה של בחירה זו מהווה פגיעה קשה ביותר בחירותו ובכבודו של כל אחד מבני הזוג, ועלולה להביא אף לפירוקן של התא המשפחתי הגרעיני. לדברי השופט דורנר:

חירות במובנה המלא אינה רק חופש מהתערבות חיצונית של השלטונות או של אחרים. כלולה בה גם יכולת האדם לכוון את אורח חייו, לממש את מאווייו הבסיסיים ולבחור בין מיגוון אפשרויות תוך הפעלת שיקול-דעת. **בחברה האנושית, אחד הביטויים החזקים לשאיפה אשר בלא הגשמתה לא יראו עצמם רבים כחופשיים במלוא מובן המילה, היא השאיפה להורות. אין מדובר בצורך טבעי-ביולוגי גרידא. עניין לנו בחירות אשר בחברה האנושית מסמלת את ייחודו של האדם. 'כל אדם שאין לו בנים חשוב כמת' אמר רבי יהושע בן לוי (נדרים, סד, ב [יט]). ואכן, כגבר כן אישה, מרבית האנשים רואים בהעמדת צאצאים הכרח קיומי המקנה משמעות לחייהם.**

(דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661, 719 (1996) (הדגשות הוספו)).

81. גם יפים דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בפסק דינה באותו עניין:

דומה כי אין מי שיחלוק על מעמדה וחשיבותה המרכזית של ההורות בחיי הפרט והחברה. אלה הם מושכלות ראשוניים בתרבות האנושית לדורותיה. החברה האנושית קיימת בזכות ההולדה. מימוש היצר הטבעי של פרייה ורבייה הוא מצווה דתית מן התורה. זהו צורך בסיסי להבטחת המשכיות החברה ולהגשמה עצמית של הפרט.

(פרשת נחמני, הנ"ל, בעמ' 680 (הדגשה הוספה) (אזכורים הושמטו)).

82. בהתאם "[ל]חשיבותה . . . של ההורות בחיי הפרט והחברה" (שם), **"הזכות להורות היא ביסוד-כל-היסודות, בתשתית-כל-התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם – בוודאי שאיפתה של אישה, וזכות זו היא בעלת עוצמה כה-רבה עד שלא תתקשה להתגבר על טענה" שמועלת על ידי המשיב כנגדה (בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419, 447 (2002) (הדגשה הוספה)).**

83. **וידגש, כי האיסור המוטל על יציאת העותר לחו"ל פוגע לא רק בזכותו שלו להורות, אלא גם בזכותה של אשתו לחוות הורות יחד עם בחירת ליבה. לשיטתו של השופט טירקל, יש להשוות את מעמדה של הזכות להיות הורה למעמדה של הזכות לחיים עצמם:**

בצדה של הזכות לחיים, כפי שנתפסה במקורות היהדות, נוצרו זכויות נוספות, שהושוו לה, שבלעדיהן אין חייו של אדם חיים. . . . גם את הזכות להיות הורה יש לראות כך. **בצדה של הזכות לחיים – שהיא הזכות לחיים שלמים ומשמעותיים – או כחלק ממנה, ראוייה גם הזכות להיות הורה להכרה בזכות יסוד אנושית עצמאית ולא רק כנגזרת של אוטונומיה הרצון. זעקתה של רחל אמנו . . . ודברים אין ספור בספרות שלנו ושל עמים אחרים, הם ביטוי מרשים של עוצמתה של הכמיהה לילד, שאין עזה ממנה. בכמיהה זאת מקופל רצונו של האדם להמשיך דרך צאצאיו את הקיום, הפיזי והרוחני, שלו, של משפחתו ואף של עמו. בה טמונה שאיפתו להגשים את עצמו ואף לממש את חלומותיו שלא נתגשמו. בה אצורה אהבתו לצאצאיו, אלה שנולדו ואלה שטרם נולדו; אהבה . . . הגוברת על תשוקת החיים שלו עצמו, וכן כמיהה שעמה התקווה לנוחם ומרגוע בבדידותו, בזקנתו ומול פני מותו. נאמר כי 'במות הורה שלך – אבדת את עברך; במות ילד שלך – איבדת את עתידך'. הצאצא הוא העתיד, וקיומו מעניק לחייהם של רוב בני האדם משמעות מיוחדת, ואולי את עיקר משמעותם.**

(פרשת נחמני, הנ"ל, בעמ' 736-737 (הדגשות הוספו) (אזכור הושמט)).

ה(2). משפט זכויות האדם הבינלאומי

84. חשיבותן של הזכויות לחיי משפחה ולהורות באה לידי ביטוי מובהק לא רק בדין הישראלי אלא גם במשפט זכויות האדם הבינלאומי. והרי, נקבע על ידי בית המשפט העליון כי "ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בין-לאומיות" (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, פס' 73 לפסק דינו של השופט חשין (כתוארו דאז) (1999)).

85. בסעיף 16(3) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948), נקבע כך:

The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.

מעבר לאמירה כללית זו, נקבע בסעיף 16(1) לאותה הכרזה, כי:

Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, **have the right to marry and to found a family** [emphasis added].

86. אותן אמירות והבטחות נשנות בסעיף 23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות, הנ"ל:

1. המשפחה היא היחידה הקיבוצית הטבעית והיסודית של החברה, והיא זכאית להגנה מטעם החברה והמדינה.

2. **הזכות** לשאת בן זוג ולכונן משפחה תהיה מוכרת לגבר ולאשה שבגיל הנישואין [הדגשות הוספו].

87. לעניין הזכות לכונן משפחה המוגנת באמנה בדבר זכויות אזרחיות, קבעה ועדת האו"ם לזכויות אדם כדלהלן:

The right to found a family implies, in principle, the possibility to procreate and live together.

(U.N. Hum. Rts. Comm., CCPR General Comment No. 19: Article 23 (The Family) Protection of the Family, the Right to Marriage and Equality of the Spouses, ¶ 5 (July 27, 1990)).

88. כמו כן, בסעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966), כ"א 1037 (להלן: האמנה בדבר זכויות חברתיות), אשר נחתמה על ידי ישראל בשנת

1966 ואושררה על ידיה בשנת 1991, נקבע כי, "יש להעניק הגנה וסיוע רחבים ככל האפשר למשפחה, שהיא יחידת היסוד הטבעית של החברה, במיוחד לשם כינונה, וכן כל זמן שהיא נושאת באחריות לטיפול בילדים תלויים וחיוכים" (הדגשה הוספה).

89. חובת המדינה להגן על התא המשפחתי והזכות לחיי משפחה מוכרת גם במקורות בינלאומיים נוספים, ביניהם האמנה להגנת זכויות אדם וחירויות יסוד (1950); והאמנה בדבר זכויות הילד (1989), כ"א 1038, אשר נחתמה על ידי מדינת ישראל בשנת 1990 ואושררה על ידיה בשנת 1991.

ה(3). המשפט ההומניטרי הבינלאומי

90. על פי המשפט ההומניטרי הבינלאומי, המשפחה זכאית להגנה מיוחדת בשטח כבוש. כך למשל, תקנה 46 לאמנת האג (1907) קובעת, כי "יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה".

91. כמו כן, סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע במפורש כי "מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ . . . לזכויותיהם המשפחתיות" (הדגשה הוספה).

92. על פי הפרשנות לאמנת ג'נבה הרביעית שנערכה על ידי המלומד פיקטה, סעיף 27 בא לחייב מעצמה כובשת, בין היתר, לשמור על התא המשפחתי, שהינו "היחידה הקיבוצית הטבעית והיסודית של החברה", לאמור:

Article 27 . . . is the basis of the Convention, proclaiming as it does the principles on which the whole of 'Geneva Law' is founded. It proclaims the principle of respect for the human person and the inviolable character of the basic rights of individual men and women. . . . The obligation [imposed by Article 27] to respect family rights, already expressed in Article 46 of the Hague Regulations, is intended to safeguard the marriage ties and that community of parents and children which constitutes a family, 'the natural and fundamental group unit of society'. . . . Respect for family rights implies not only that family ties must be maintained, but further that they must be restored should they have been broken as a result of wartime events.

(Uhler et al., *supra*, at 199-203 (emphasis added)).

93. במחקרו המקיף של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום שפורסם בשנת 2005, מכירים בחובת המדינה להגן על חיי משפחה כאחד מכללי המשפט ההומניטרי הבינלאומי המנהגי. על פי המחקר, הכלל המנהגי הוא כדלהלן:

Family life must be respected as far as possible.

(Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, International Committee of the Red Cross, [1 Rules] Customary International Humanitarian Law 379-83, Rule 105 (Cambridge University Press 2009) (2005)).

בגוף המחקר מרחיבים על מהותה של חובה זו, בה טמונה חובת המדינה שלא להפריע באופן שרירותי, לא חוקי, או פוגעני בחיי המשפחה של הפרט, לאמור (שם) (הדגשה הוספה):

State practice establishes this rule as a norm of customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts. . . . Collected practice shows that respect for family life requires, to the degree possible, the maintenance of family unity, contact between family members and the provision of information on the whereabouts of family members.

. . .

[T]he International Covenant on Civil and Political Rights, the Convention on the Rights of the Child and the American Convention on Human Rights guarantee **the right to be free from arbitrary, unlawful or abusive interference with one's family life**. This is also provided for in other international instruments. The European Convention on Human Rights, meanwhile, contains a general right to respect for 'private and family life' which may not be interfered with by a public authority 'except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.'

The UN Human Rights Committee's General Comment on Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights states that interference with family life will be 'arbitrary' if the interference is not in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and if it is not 'reasonable in the particular circumstances'.

ו. המשיב פוגע בזכויות העותר לבריאות ולנגישות לטיפול רפואי נאות וטיפול פוריות הולם

ו(1). המשפט הישראלי

94. כאמור, העותר סובל מאי-פוריות. בשנים האחרונות ניסה העותר את כל טיפולי הפוריות האפשריים הזמינים בגדה המערבית, כולל הניתוח הקונבנציונלי, אך ללא הועיל. הטיפול המומלץ, באמצעותו ייתכן שיאותרו תאי זרע ברקמת האשך של העותר, בהם ניתן יהיה להשתמש להפריה חוץ-גופית, הוא הניתוח המיקרוכירורגי. אולם, כזכור, ניתוח מתקדם זה אינו מתבצע בגדה המערבית. בחסימת גישתו למרפאה בעמאן בה מתבצע ניתוח זה, פוגע המשיב פגיעה חמורה בזכויות העותר לבריאות ולנגישות לטיפול רפואי נאות – ובפרט, לטיפול פוריות הולם.

95. במשפט הישראלי, הזכות לבריאות, והזכות הנגזרת ממנה לנגישות לטיפול רפואי נאות, הן מוכרות כזכויות אדם בעלות היבטים חוקתיים. לדברי הנשיאה (בדימוס) ביניש, "אין חולק בדבר מרכזיותה של הבריאות לקיום החיים האנושיים, לרווחתו של הפרט וליכולתו לממש את יתר זכויות האדם" (בג"ץ 3071/05 **לוזון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סג(1) 1, פס" 10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008)). כמו כן נקבע, לגבי הזכות לבריאות, כי "יש להכיר במעמד החוקתי של היבטים מסוימים בה, על דרך גזירתם מהזכויות המנויות במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובהן ההגנה על הגוף, החיים והכבוד (סעיפים 2 ו-4 לחוק-היסוד . . .)"

(בג"ץ 11044/04 **סולומטין נ' שר הבריאות**, פ"ד סד(3) 778, פס' 13 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) פרוקצ'יה (2011)).

96. בדומה לכך, נקבע בפרשת **לוזון** כי :

בהתחשב בהיבטים הרבים הנכללים בזכות לבריאות, דומה כי אין מקום לבחון את מעמדה החוקתי של הזכות האמורה כמכלול אחד, אלא יש להתייחס לטעמים המונחים בבסיס הזכויות והאינטרסים השונים המוגנים במסגרתה, בהתאם לחשיבותם החברתית היחסית ובהתחשב בעוצמת זיקתם לזכויות החוקתיות המנויות בחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו.

(פרשת **לוזון**, הנ"ל, בפס' 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (אזכור הושמט)).

97. סעיף 4 לחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו קובע כי, "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל

כבודו". לדברי הנשיא (בדימוס) ברק, "ניתן לעגן זכות סוציאלית לאספקת שירותי בריאות בסיסיים בגדר הזכות לשלמות הגוף, הקבועה בסעיף 4 לחוק היסוד. **כך מוסכם למשל כי חובתה של המדינה להבטיח, באמצעות שירותי הרפואה שלה, כי יינתן טיפול נאות לאדם הנתון במצוקה גופנית מיידיית**" (בג"ץ 494/03 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר**, פ"ד נט(3) 322, 334 (2004) (הדגשה הוספה)).

98. סעיף 2 לחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו קובע כי, "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של

אדם באשר הוא אדם". לדברי הנשיא (בדימוס) ברק, "הזכות לכבוד האדם, במובנה המהותי, היא אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. אלה אותן זכויות שבהיעדרן אין ממש בהיות האדם יצור חופשי, באשר ניטל כוחו לפתח את גופו ואת רוחו על פי רצונו, בתוך החברה שבה הוא חי" (בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 464, 480 (2005) (להלן : פרשת **עמותת מחויבות לשלום**)).

99. בין היתר, "כבודו של האדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי. . . .

אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע" (רע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה(3) 360, 375-376 (2001) (הדגשה הוספה) (אזכור הושמט)). "בלא לקבוע מסמרות בדבר", הנשיא (בדימוס) ברק גם קבע, "כי מחובת המדינה על פי חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו נגזרת החובה לקיים מערכת שתבטיח 'רשת מגן' למעוטי האמצעים בחברה כדי שמצבם החומרי לא יביאם לכלל מחסור קיומי. במסגרת זו עליה להבטיח שלאדם יהיה. . . . [שירותי בריאות שיבטיחו לו גישה ליכולות הרפואה המודרנית" (פרשת **עמותת מחויבות לשלום**, הנ"ל, בעמ' 482-483 (הדגשה הוספה)).

100. בגדרי "[ה]גישה ליכולות הרפואה המודרנית" נכללת הגישה לטיפול פוריות (שם). כידוע,

"תבנית ההולדה בעזרה רפואית, ההולכת ומתפתחת, מכוונת לסייע למי שאין ביכולתו להיבנות בשל בעיה רפואית" (יוסי גרין "התערבות המדינה באוטונומיה של התא המשפחתי : בין הזכות להורות לבין ערכיה של מדינת-ישראל" **מאזני משפט** ט 85, 105 (התשע"ד)). על פי החקיקה הישראלית, "זכותו של החולה לקבל טיפול רפואי נאות – הן מבחינת הרמה המקצועית והאיכות הרפואית והן מבחינת יחסי-האנוש" כוללת את זכותו לקבל טיפולי פוריות (שם, בעמ' 92-93). אכן, "טיפול פוריות כשלעצמם הם 'טיפול רפואי' כמשמעותו בס' 2 לחוק זכויות החולה, שהרי הם נועדו לסייע בידי הזוגות המתקשים להרות בדרך הטבע.

עקרות הנגרמת מסיבה רפואית הינה 'מחלה' שהטיפול הרפואי נועד להתגבר עליה" (שם, בעמ' 93, ה"ש 43).

101. "[...]בהתחשב בעוצמת זיקת[ה] של הזכות לקבל טיפולי פוריות "לזכויות החוקתיות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" – דהינו, הזכות לכבוד האדם, והזכויות להורות ולשוויון הנגזרות ממנה – ניתן לומר כי הזכות לנגישות לטיפול פוריות נאות בעלת היבטים חוקתיים כשלעצמה (פרשת **לוזון**, הנ"ל, בפס' 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). בהקשר זה, נאמר כי:

הזכות לקבל טיפולי פוריות, לרבות על-דרך ההפריה החוץ-גופית, עומדת למתקשים בהולדה מכוח זכותם לחיות הורות. . . . הטלת הגבלות על הזכות לקבל טיפולי פוריות מחייבת משנה זהירות. גם אם מבחינה . . . משפטית ניתן להצדיק מניעת טיפולי פוריות, יש לנהוג ריסון כאשר באים להוסיף פגיעה על זו שהמבקשים כבר חווים בגין אי-יכולתם להעמיד צאצאים.

(גרין, הנ"ל, בעמ' 145).

יתר על כן, נטען "ששלילת הגישה לטיפול פוריות ומניעת הסיכוי להיבנות ללא הצדק סביר עולים כדי פגיעה בשני ערכי-היסוד", הינם "כבוד האדם והשוויון הנגזר ממנו" (שם, בעמ' 91).

102. יוזכר, כי בקשת העותר היא לא שהמשיב יעניק לו טיפול זה או אחר או אפילו שהוא יממנו, אלא רק שהמשיב לא ימנע ממנו גישה לטיפול שבלעדיו נראה כי זכותו להביא ילדים גנטיים לא תמומש. אם כן, בקשת העותר "מבטאת באורח מוחשי אותו אינסטינקט שבאדם, אינסטינקט-בראשית של החי לקיום ולהישרדות על דרך העמדת דור חדש הנושא את מטענו הגנטי" (פרשת **משפחה חדשה**, הנ"ל, בעמ' 447). כפי שנקבע על ידי בית המשפט העליון באותו עניין, אין למנוע מאיש להיעזר בטכנולוגיה מתקדמת בכדי לממש אינסטינקט חזק וחשוב זה, בהיעדר "נימוק מכריע" (שם (הדגשה הוספה)):

אותו צורך קמאי ממלא את הגוף וממלא את הנפש, והוא אף העומד ביסודה של הזכות להורות. מי לא יזכור את קריאתה הנואשת של רחל העקרה בקוראה אל יעקב אישה: 'הִבָּה לִי בָנִים וְאִם אֵין מִתָּה אֶנְכִּי' (בראשית, ל, א [א]). . . . קריאה זו, קריאת יצר-הקיום שִׁבְחִי היא, יצר אשר עם בוא היילוד יקיים את 'קול הדם' שבין הורים לבין ילדיהם. עיקר הוא ביצר זה שבאדם – יצר הקיום וההישרדות – בשאיפתה של אישה, שאיפה עד-כלות, לילד פרי בטנה, ילד בשר מבשרה. **בימים שמכבר ידע האדם אך דרך אחת בלבד לקיים את משאת-נפשו, וכך כמסתבר אף נוצר התא המשפחתי. בימינו, שהטכנולוגיה עשויה להיות לעזר לאדם גם במקום שהטבע כדרכו אינו עומד לו, נדרש נימוק מכריע שלא לאפשר לאישה להיעזר באותה טכנולוגיה.**

2. משפט זכויות האדם הבינלאומי

103. הזכויות לבריאות ולנגישות לטיפול רפואי נאות גם מוכרות ונשמרות במשפט זכויות האדם הבינלאומי. על פי סעיף 25(1) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948):

Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.

104. על פי המבוא לחוקת ארגון הבריאות העולמי, אליו הצטרפה מדינת ישראל בשנת 1949, השגת רמת הבריאות הגבוהה ביותר שניתן להשיגה היא זכות יסודית של כל בן אנוש :

Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity. The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being . . . Governments have a responsibility for the health of their peoples which can be fulfilled only by the provision of adequate health and social measures.
(Constitution of the World Health Organization pmbl., July 22, 1946.)

105. בדומה לכך, נקבע בסעיף 12(1) לאמנה בדבר זכויות חברתיות, הנ"ל, כדלהלן :

מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות כל ליהנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שאפשר להשיגה.

על מנת להשיג "את מימושה המלא של הזכות האמורה", סעיף 12(2) לאותה אמנה מטיל על המדינות החתומות עליה את החובה לנקוט "[ב]צעדים הנחוצים כדי להבטיח" :

(א) הפחתה בשיעור לידות דומה ותמותת תינוקות, והתפתחותו הבריאה של הילד ; (ב) שיפור בכל היבטי הגהות הסביבתית והתעשייתית ; (ג) מניעה של מחלות מדבקות, אתרניות, תעסוקתיות ואחרות, טיפול במחלות אלה ופיקוח עליהן ; (ד) יצירת תנאים נאותים אשר יבטיחו לכל שירותי בריאות וטיפול רפואי במקרה של מחלה.

106. ועדת האו"ם בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, בידיה מופקדת האחריות לפיקוח על יישום האמנה בדבר זכויות חברתיות, הבהירה כי חובה על מדינות שהן צדדים לאמנה להבטיח נגישות לשירותי בריאות לכולם, ללא אפליה, אפילו במצבים של סכסוכים מזוינים :

Health is a fundamental human right indispensable for the exercise of other human rights. Every human being is entitled to the enjoyment of the highest attainable standard of health conducive to living a life in dignity. . . . [T]he right to health must be understood as a right to the enjoyment of a variety of facilities, goods, services and conditions necessary for the realization of the highest attainable standard of health. . . . Health facilities, goods and services have to be accessible to everyone without discrimination, within the jurisdiction of the State party. . . . States should refrain . . . from limiting access to health services as a punitive measure, e.g. during armed conflicts in violation of international humanitarian law.
(U.N. Econ. & Soc. Council [ECOSOC], Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rts., General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant), ¶¶ 1, 9, 12, 34, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (Aug. 11, 2000) (emphasis added)).

107. כמו כן, הבהירה ועדת האו"ם בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כי הזכות לבריאות כוללת בחובה זכות לבריאות מינית ורבייתית (שם, בפס' 8, 14, 34, 36 (הדגשות הוספו)) :

The right to health contains both freedoms and entitlements. The freedoms include the right to control one's health and body, **including**

sexual and reproductive freedom, and the right to be free from interference 'The provision for the reduction of the stillbirth rate and of infant mortality and for the healthy development of the child' (art. 12.2 (a)) may be understood as requiring measures to improve child and maternal health, sexual and reproductive health services, including access to family planning States should refrain from limiting access to contraceptives and other means of maintaining sexual and reproductive health **Public health infrastructures should provide for sexual and reproductive health services**

108. "על פי ארגון הבריאות העולמי", אחד מחמשת הרכיבים היסודיים של בריאות מינית ורבייתית הינו הבטחת שירותי פוריות:

According to the World Health Organization (WHO), **sexual and reproductive health involves five key components, namely: Ensuring contraceptive choice and safety and infertility services** The focus of reproductive rights has been on protecting the reproductive rights of women, and reproductive rights are part of women's rights. . . . Nonetheless, men too should be involved in sexual and reproductive health programmes. . . . Only in societies where men and women have equal rights and responsibilities will reproductive rights be equally shared by all. . . . **Men's sexual and reproductive health must also be addressed by focusing on: . . . Infertility and erectile dysfunction**

(U.N. Population Fund, Office of the U.N. High Commissioner for Human Rights & Danish Institute for Human Rights, Reproductive Rights are Human Rights: A Handbook for National Human Rights Institutions, at 24, 26-27 box2, U.N. Doc. HR/PUB/14/6 (2014) (emphasis added)).

109. בשנת 1994 התקיימה הוועידה הבינלאומית על אוכלוסייה ופיתוח בקהיר, במסגרתה אימצו 179 מדינות תכנית פעולה, לפיה מדינות צריכות לחתור להנגיש שירותי בריאות רבייתית, לרבות טיפול הולם באי-פוריות. על פי תכנית הפעולה:

Reproductive health care in the context of primary health care should, inter alia, include . . . **prevention and appropriate treatment of infertility Referral for family-planning services and further diagnosis and treatment for . . . infertility . . . should always be available, as required.**

(International Conference on Population and Development, Cairo, Egypt, Sept. 5-13, 1994, Programme of Action § 7.6 (emphasis added)).

110. יצוין, כי בשנת 2007, קבע בית הדן האירופי לזכויות אדם כי שלילת נגישות לשירותי הפריה מלאכותית לאסיר ואשתו היווה הפרה לא מידתית בזכויותיהם לחיים פרטיים ומשפחתיים המוגנות בסעיף 8 לאמנה להגנת זכויות אדם וחירויות יסוד (1950):

The Court considers that Article 8 is applicable to the applicants' complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives, which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents. . . . [A]rtificial insemination remained the only realistic hope of the applicants . . . of having a child together Accordingly, where a

particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake (such as the choice to become a genetic parent), the margin of appreciation accorded to a State will in general be restricted. . . . [T]he Court considers that the Policy as structured effectively excluded any real weighing of the competing individual and public interests, and prevented the required assessment of the proportionality of a restriction, in any individual case. . . . There has, accordingly, been a violation of Article 8 of the Convention.

(*Dickson v. United Kingdom*, 2007-V Eur. Ct. H.R. 99, 124-30 (citations omitted)).

ו(3). המשפט ההומניטרי הבינלאומי

111. הזכויות לבריאות ולנגישות לטיפול רפואי מוכרות ומוגנות גם במשפט ההומניטרי הבינלאומי. זכויות אלו ניתן לגזור מקביעתה של תקנה 46 לאמנת האג (1907), לפיה "יש לכבד את . . . חיי אדם" (הדגשה הוספה).

112. בדומה לכך, סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית בא להגן, באופן כללי, על זכויותיהם של מוגנים לכבוד האדם וליחס הומני, בקובעו כי:

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

על פי הפרשנות לאמנת ג'נבה הרביעית שנערכה על ידי המלומד פיקטה:

The right of respect for the person . . . includes, in particular, the right to physical, moral and intellectual integrity – an essential attribute of the human person. **The right to physical integrity involves the prohibition of acts impairing individual life or health . . .** Honour is a moral and social quality. The right to respect for his honour is a right invested in man because he is endowed with a [sic] reason and a conscience. . . . **The obligation to grant protected persons humane treatment is in truth the *leitmotiv* of the four Geneva Conventions.**

(Uhler et al., *supra*, at 201-04 (emphasis added)).

113. יודגש, כי סעיף 3 לאמנת ג'נבה הרביעית גם קובע כי יש לנהוג באנשים "שאינם נוטלים חלק פעיל בפעולות האיבה" ביחס הומני, ואף מוסיף כי "הפצועים והחולים ייאספו, ויושם להם לב". אף על פי שסעיף זה, אשר משותף לכל אחת מארבע אמנות ג'נבה משנת 1949, חל דווקא על סכסוכים מזוינים שאינם בעלי אופי בינלאומי, הוא נחשב כהכרזה על "הכללים היסודיים של משפט ההומניטרי" שחלים בכל סכסוך מזוין "כהשקפה של 'שיקולים אלמנטריים של אנושות'":

[T]he fundamental rules of humanitarian law set forth in common Article 3 are today recognized as a 'minimum yardstick' that is binding in all armed conflicts as a reflection of 'elementary considerations of humanity'.

(International Committee of the Red Cross, Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field ¶ 564 (2d ed. 2016) [hereinafter ICRC, 2016 Commentary], available at <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary>).

114. בפרשנות המעודכנת של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום לסעיף משותף 3, אשר פורסמה בשנת 2016, מבהירים כי ההגנה לפצועים וחולים מגיעה לכל מי שאינו נוטל חלק פעיל בפעולות האיבה אשר זקוק לטיפול או סיוע רפואי כלשהו:

Although concise, when interpreted in conjunction with the other obligations and protections in common Article 3, it provides the foundation for **comprehensive protection of the wounded and sick** in non-international armed conflicts. . . . Collecting and caring for the wounded and sick necessarily implies respecting and protecting them. This also follows from the general obligation in sub-paragraph (1) to treat them humanely [A]s far as the relevant medical condition is concerned, **the terms ‘wounded’ and ‘sick’ are to be interpreted broadly to apply to anyone who is in need of medical assistance or care without any qualitative requirements as to the severity of the medical condition.** . . . It is [] irrelevant whether the need for care arises from a medical condition that pre-dates the conflict or is linked to, even if not caused by, the conflict.

(ICRC, 2016 Commentary, *supra*, ¶¶ 729, 731, 741, 743 (emphasis added)).

115. כמו כן, באותה פרשנות לסעיף משותף 3, מבהירים כי חולה צריך לקבל את הטיפול לו הוא זקוק, כי צד לסכסוך שאין ביכולתו להעניק טיפול נדרש לחולה צריך לנסות להעניק לחולה גישה למקום בו הטיפול יהיה זמין, וכי בהקשרים אלו צעדים ביטחוניים לא יכולים למנוע גישה לטיפול רפואי נאות ונדרש:

[W]hen the medical needs of the wounded and sick go beyond what a Party to the conflict is able to provide, that Party should seek to evacuate them to a place where more extensive medical facilities are available. . . . When a Party deems it necessary to . . . detain a wounded or sick person who is being transported to a medical facility, it must balance any security measures against the patient's medical condition. In any case, such **security measures may not impede access to necessary and adequate medical care** With respect to the kind and quality of medical care that is owed by virtue of common Article 3, **the basic rule is that the wounded and sick must receive the medical care required by their condition.**

(*Id.* ¶¶ 756-57, 764 (emphasis added)).

116. בנוסף לקביעות הכלליות של סעיפים 3 ו-27 לאמנת ג'נבה הרביעית, האמנה כוללת שורה של סעיפים המטילים חובות ספציפיות על מעצמה כובשת שמטרתן, בין היתר, היא שמירה על בריאותם של מוגנים והבטחת אספקת שירותי בריאות להם. ראו, למשל, סעיפים 16-23, 51, ו-55-57 לאמנה.

117. במחקרו המקיף של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום שפורסם בשנת 2005, מוכרת חובת המדינה להעניק טיפול רפואי, למיטב יכולתה, לחולים ופצועים, כאחד מכללי המשפט ההומניטרי הבינלאומי המנהגי. על פי המחקר, הכלל המנהגי (כלל 110) הוא כדלהלן:

The wounded, sick and shipwrecked must receive, to the fullest extent practicable and with the least possible delay, the medical care and attention required by their condition. No distinction may be made among them founded on any grounds other than medical ones.

(Henckaerts & Doswald-Beck, *supra*, at 400-03, Rule 110).

בגוף המחקר מרחיבים על תחולתו, יישומו, ומהותו של כלל זה, כדלהלן (שם):

State practice establishes this rule as a norm of customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts. . . . No official contrary practice was found with respect to either international or non-international armed conflicts. States and international organisations have generally condemned violations of this rule. . . . The obligation to protect and care for the wounded, sick and shipwrecked is an obligation of means. Each party to the conflict must use its best efforts to provide protection and care for the wounded, sick and shipwrecked, including permitting humanitarian organisations to provide for their protection and care.

בנוסף, ראו כללים 87 ו-138 הנזכרים באותו מחקר.

ז. כל ניסיון של המעצמה הכובשת לכפות על תושב מוגן לשתף פעולה עמה מהווה הפרה חמורה של הדין הבינלאומי וסיבה פסולה לשלילת זכויותיו של התושב

118. כזכור, בשלהי ספטמבר 2019 התקיימה "פגישה" בין קצין שב"כ והעותר במת"ק עציון, במהלכה הציע קצין השב"כ כי יוכל 'לעזור' לעותר לצאת לחו"ל בתמורה למסירת מידע מצדו של העותר. העותר סירב נחרצות להצעה לשתף פעולה עם גורמי הביטחון הישראליים. כעבור שלושה ימים מנעו נציגי המשיב את יציאתו של העותר בגשר אלנבי, והשגתו, שהוגשה כשבוע לאחר מכן, טרם נענתה עד עתה.

119. לאור האמור, עולה חשש כי מימוש זכותו של העותר לצאת את ארצו מותנית בהסכמתו לשתף פעולה עם גורמי הביטחון הישראליים – אותם גורמים האחראים על הזנת המניעה הביטחונית ליציאת העותר לחו"ל, ועל האבחון הביטחוני של השגתו. מכאן נשאלות השאלות האם שיקול זר ופסול, דהיינו האינטרס של אותם גורמי הביטחון לגייס משתף פעולה, נשקל עת שהמניעה על יציאת העותר הוטלה (או חודשה) והאם היא תישקל במסגרת בחינתה של השגת העותר התלויה ועומדת.

120. העותרים אף סבורים, כי התחמקות המשיב מלענות להשגת העותר עולה בקנה אחד עם הניסיון הפסול לאלץ את העותר לשתף פעולה עם שלטונות הכיבוש.

121. המשפט ההומניטרי הבינלאומי אוסר על כוחות המעצמה הכובשת להפעיל לחץ פיזי או מוסרי על מוגנים. בייחוד, האיסור על כפייה חל עת שנציג המעצמה הכובשת נוקט באמצעי

אילוץ בכדי להשיג מידע מהמוגן או מאיש אחר. האיסור הזה בא לידי ביטוי בסעיף 31 לאמנת ג'נבה הרביעית, אשר קובע כי :

No physical or moral coercion shall be exercised against protected persons, in particular to obtain information from them or from third parties.

122. האיסור על שימוש באילוץ הקבוע בסעיף 31 לאמנת ג'נבה הרביעית מרחיב על איסור דומה שנקבע בתקנה 44 לאמנת האג (1907). שם נקבע :

A belligerent is forbidden to force the inhabitants of territory occupied by it to furnish information about the army of the other belligerent, or about its means of defense.

מעבר לכך, בתקנה 45 לאמנת האג (1907) נקבע כי :

It is forbidden to compel the inhabitants of occupied territory to swear allegiance to the hostile Power.

123. כפי שהובהר בפרשנות לאמנת ג'נבה הרביעית שנערכה על ידי המלומד פיקטה, **האיסור הקבוע בסעיף 31 לאמנה חל על כפייה בכל צורה שהיא ולכל מטרה שהיא :**

The prohibition laid down in this Article is general in character and applies to both physical and moral forms of coercion. It covers all cases, whether the pressure is direct or indirect, obvious or hidden Furthermore, coercion is forbidden for any purpose or motive whatever. The authors of the Convention had mainly in mind coercion aimed at obtaining information, work or support for an ideological or political idea. The scope of the text is more general than that of Article 44 of the Hague Regulations of 1907 . . . ; Article 31 prohibits coercion for any purpose or reason and the obtaining of information is only given as an example.

(Uhler et al., *supra*, at 219-20).

124. עוד נקבע באמנת ג'נבה הרביעית כי הזכויות המוגנות בה אינן ניתנות לביטול או אף לויתור על ידי המוגנים עצמם. בסעיף 47 לאמנת ג'נבה הרביעית נקבע כי :

Protected persons who are in occupied territory shall not be deprived, in any case or in any manner whatsoever, of the benefits of the present Convention

כמו כן, בסעיף 8 לאותה האמנה נקבע כי :

Protected persons may in no circumstances renounce in part or in entirety the rights secured to them by the present Convention

125. עולה מהאמור לעיל כי התניית זכותו של תושב מוגן לחופש תנועה בהסכמתו למסור מידע לנציגי המעצמה הכובשת ולשתף פעולה איתם אסורה לכל דבר ועניין. ניסיון לגייס משתפי פעולה אינו סיבה לגיטימית לשלילת זכות היציאה מן הארץ כאמצעי להפעלת לחץ על התושב.

126. האיסור על שימוש בכפייה מוכר בפסיקה הישראלית, ולעניין זה יפים דבריו של הנשיא (בדימוס) ברק בפסק דינו בעניין נוהל 'אזהרה מוקדמת' :

עיקרון בסיסי העובר כחוט השני בדיני התפיסה הלוחמתית הוא האיסור על שימוש בתושבים מוגנים כחלק מהמאמץ המלחמתי של הצבא התופס. אין לנצל את האוכלוסייה האזרחית לצרכיו הצבאיים של הצבא התופס. . . . **אין 'לנדב' אותם לשיתוף פעולה עם הצבא** (ראו: תקנה 23(b) לתקנות האג וסעיף 51 לאמנת ג'נבה הרביעית. ראו גם פיקטה, בעמ' 292). מעיקרון כללי זה נגזר האיסור הספציפי של שימוש בתושבים מקומיים כימגן אנושי. **כן נגזר מעיקרון זה איסור השימוש בכפייה (גופנית או מוסרית) כלפי אנשים מוגנים לשם השגת ידיעות** (סעיף 31 לאמנת ג'נבה הרביעית; פיקטה, בעמ' 219). . . . אין לבסס נוהל על הסכמה כאשר ברבים מהמקרים זו לא תהא אמיתית. . . . יש להימנע מכניסה למצב שבו תתבקש הסכמה זו.

(בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67, 81 (2005) (הדגשות הוספו)).

סיכומם של דברים

127. העותר, תושב מוגן בשטחים הכבושים, מבקש כי יבוטל האיסור על יציאתו לחו"ל, וכי יציאתו מארצו דרך גשר אלנבי תותר ללא הגבלה, בין היתר, על מנת שיוכל להגיע למרפאה בעמאן בה מתבצע הניתוח המיקרוכירורגי לו הוא זקוק. בשנים האחרונות ניסה העותר את כל טיפולי הפוריות הרלוונטיים הזמינים בגדה המערבית, לרבות הניתוח הקונבנציונלי, אך ללא הועיל. הניתוח המיקרוכירורגי, אשר מתקדם יותר, יעניק לעותר ואשתו את הסיכויים הטובים ביותר להביא ילדים גנטיים לעולם. דא עקא, ניתוח זה אינו זמין בגדה המערבית, ולכן קיבל העותר זימון מד"ר אלכרכי לעבור את הניתוח במרפאתו שבעמאן.

128. לפני 12 שבועות הוגשה השגה כנגד האיסור על יציאתו של העותר לחו"ל, וטרם התקבלה כל תשובה עניינית מטעם המשיב. התעלמות המשיב מהשגת העותר מהווה הפרה בוטה של נהלי המשיב עצמו ועומדת בניגוד להערותיו החוזרות של בית המשפט העליון בעניין אי מתן תשובה במועד לפניות מסוג זה. לא זו אף זו, היא נובעת, בין היתר, מאי הבנתם של נציגי המשיב את נהליהם שלהם, כפי שהובהר לעיל.

129. יתרה מזאת, וכפי שהובהר, עולה חשש כי נציגי המשיב וגורמי הביטחון הישראליים שוקלים שיקול זר – דהיינו, האינטרס שלהם לגייס את העותר כמשתף פעולה – במסגרת בחינתם את השגת העותר. אם כן, מדובר בהפרה בוטה של כללי המשפט ההומניטרי הבינלאומי, שאוסרים על מעצמה כובשת להתנות את מימוש זכויות מוגנות של תושבים מוגנים בהסכמתם לשותף פעולה עם נציגיה ולמסור להם מידע על מוגנים אחרים.

130. בהתעלמו מהשגת העותר, מעמיד המשיב את העותר במצב של חוסר ודאות מוחלט. בפועל, מונע המשיב מהעותר באופן מוחלט וגורף לצאת את ארצו מזה שני עשורים. בכך הופך המשיב את העותר לכלוא בארצו. בעשותו כן, פוגע המשיב בנושאות בזכות העותר לכבוד ולהליך הוגן, ובזכויותיו לחופש התנועה, לחיי משפחה והורות, ולבריאות ונגישות לטיפול רפואי (ובפרט לטיפול פוריות) נאות.

לאור כל האמור, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב כמבוקש בראשית העתירה ולחייבו בתשלום הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.

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

26 בדצמבר, 2019

אהרון מיילס קורמן, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 108636]