

בעניין: עצאם מחמוד עבדאללה חמדאן (ת.ז. 975311549)

באמצעות ב"כ עוה"ד תמר פלדמן ו/או ידין עילם ו/או שרי בשי ו/או קנת מן
מ"גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע"
רחוב הרכבת 42
תל אביב, 67770
טלפון: 03-6244120; פקס: 03-6244130

העותרים

- נגד -

1. שר הפנים
2. אלוף פיקוד דרום
3. שירות הביטחון הכללי
4. מתאם פעולות הממשלה בשטחים

באמצעות פרקליטות מחוז דרום
רח' התקווה 4, באר-שבע

המשיבים

עתירה מנהלית דחופה

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים לאפשר לעותר 1 (להלן: העותר) להיכנס לישראל לצורך טיפול רפואי דחוף וחיוני.

בקשה לקיום דיון דחוף

העותר הוא תושב פלסטיני המתגורר ברצועת עזה. העותר סובל מלחץ על עמוד השדרה, אשר גורם לכאבים עזים ולשיתוק כמעט מוחלט של צד שמאל של גופו. מצבו הבריאותי של העותר מונע ממנו לתפקד באופן עצמאי. הוא נזקק לסיוע בביצוע פעולות יומיומיות ואינו מסוגל לעבוד כבר למעלה מחצי שנה. הרופאים המטפלים בו ביקשו כבר לפני מספר חודשים להעבירו בדחיפות לקבלת טיפול רפואי הולם בישראל, ולפי חוות דעת רפואית ממומחה ישראלי, עיכוב בקבלת הטיפול הנדרש עלול לגרום לנזק תפקודי בלתי הפיך. כפי שיפורט בגוף העתירה, העותר הגיש מספר בקשות להסדרת כניסתו לישראל לצורך טיפול רפואי ואף עבר תחקור בטחוני, אולם בקשתו נדחתה לבסוף בשל חששם של המשיבים מהשתקעותו בגדה המערבית וכיוון שלטענתם ניתן לקבל את הטיפול הרפואי הנדרש ברצועת עזה, וזאת בניגוד להצהרותיהם החתומות של הרופאים המטפלים בעותר.

במונעם מהעותר כניסה לישראל פוגעים המשיבים פגיעה חמורה בזכותו לבריאות ולשלמות הגוף. בהתחשב באלה מתבקש בית המשפט הנכבד לקיים דיון דחוף בעתירה. ככל שיחליט בית המשפט

לבקש את תגובת המשיבים לעתירה, נבקש כי מועד הגשתה ייקבע סמוך ככל הניתן למועד הגשת עתירה זו.

יצוין, כי יחד עם עתירה זו מוגשת בקשה לפטור מאגרה. לאור נסיבות המקרה ודחיפותו, נבקש מבית המשפט הנכבד לקבוע דיון בעתירה בהקדם האפשרי, ואף בטרם תתקבל החלטה בבקשה לפטור מאגרה.

הצדדים לעתירה

1. העותר הינו תושב פלסטיני המתגורר ברצועת עזה ומבקש להיכנס לישראל על-מנת לעבור טיפול רפואי דחוף וחיוני.
2. המשיב 1 (להלן: **שר הפנים**) הינו בעל הסמכות להוצאת היתרי כניסה לישראל לצורך מעבר מרצועת עזה ואליה, סמכות אותה האציל, בין היתר, למשיב 2 (להלן: **המפקד הצבאי**).
3. המשיב 3 (להלן: **שירות הביטחון הכללי או השב"כ**) הינו בעל הסמכות לחוות דעה באשר להשלכות הביטחוניות הכרוכות באישור בקשה לכניסה לישראל.
4. המשיב 4 (להלן: **מתאם פעולות הממשלה בשטחים או המתפ"ש**) הוא, בין היתר, הממונה על מפקדת התיאום והקישור לרצועת עזה, על יישום מדיניות ממשלת ישראל בשטחים הכבושים ועל הקשרים בין מדינת ישראל ובין הרשות הפלסטינית.

ואלה נימוקי העתירה:

א. התשתית העובדתית

1. העותר הינו תושב פלסטיני בן 40, המתגורר ברצועת עזה. העותר סובל מזה שנתיים מכאבי גב גוברים כתוצאה מבליטת דיסק בחוליות הצוואר המפעיל לחץ על שורשי העצבים של גפיו השמאליות של העותר.
2. בשנת 2007 פנה העותר לבית החולים שפא' ברצועת עזה, שם נמסר לו שעל-מנת לאבחן את הבעיה נדרש לעבור צילום MRI, שלא היה זמין באותה תקופה ברצועת עזה, ולכן הופנה לרמאללה. יציאתו של העותר לרמאללה לא התאפשרה באותה העת. לאחר שהתגברו הכאבים, שב העותר ופנה לקבל טיפול רפואי בבית חולים ברצועה. הוא פנה לבית החולים האירופי בח'אן יונס שברצועת עזה, שם ביצעו סדרת צילומים והופנו את העותר בשנית לצילום MRI, אשר לא היה זמין באותה העת במערכת הבריאות ברצועת עזה. במקביל רשמו לו רופאיו משככי כאבים להקלה על סבלו. מלבד צילומי רנטגן של עמוד שדרה ומשככי כאבים, לא קיבל העותר כל

טיפול נוסף בעזה באותו הזמן.

3. רק לפני כחצי שנה, בתאריך 13.8.09, עלה בידו של העותר לבצע צילום MRI במרכז רפואי בעזה, וזאת לאחר שישראל התירה זמן קצר קודם לכן הכנסת החומרים הרפואיים המאפשרים הפעלת מכשיר MRI. תוצאות בדיקת ה-MRI שנערכה ביום 13.8.2009 מעידות על בליטת דיסק אשר מפעיל לחץ על העצבים בצווארו של העותר.

העתק תוצאות בדיקת ה-MRI שנעשתה לעותר בעזה מיום 13.8.2009 מצ"ב ומסומן נספח ע/1.

4. בעקבות תוצאות הבדיקה, ולאור מצבו הרפואי המדרדר, ובהעדר האמצעים הרפואיים המתאימים במערכת הבריאות בעזה, הפנה משרד הבריאות הפלסטיני את החולה באופן דחוף לקבל טיפול נזירי-כירורגי מחוץ לרצועת עזה ביום 18.8.2009 בבית החולים St. Joseph שבמזרח ירושלים. לעותר תואם מועד אשפוז בבית החולים סנט ג'וזף במזרח ירושלים ליום 14.9.2009, בהשגחתו של ד"ר ח'ליל סלאמה, מנהל במחלקה הנזירוכירורגית. לצורך הסדרת יציאתו לטיפול הרפואי במזרח ירושלים, פנה העותר לוועדה האזרחית הפלסטינית. בראשית חודש ספטמבר זומן העותר על-ידי המשיבים לתחקור בטחוני במעבר "ארז", אליו לא הצליח להגיע מפאת מצבו הגופני שהיה קשה באותו היום.

העתק ההפניה הדחופה לטיפול רפואי מטעם הרשות הפלסטינית מיום 18.8.2009 מצ"ב ומסומן נספח ע/2.

העתק המכתב מבית החולים St. Joseph המודיע על מועד האשפוז שנקבע ליום 14.9.2009 מצ"ב ומסומן נספח ע/3.

5. בקשת העותר לצאת לטיפול הרפואי בתאריך 14.9.2009, לא נענתה. יש לציין, כי אף שמועד האשפוז המקורי חלף, בית החולים סנט ג'וזף ערוך לאשפוז גם במועד אחר בו תתאפשר יציאתו.

6. בצר לו, פנה העותר לעמותת רופאים לזכויות אדם בבקשה לעזרה ביום 15.9.2009. לצורך הערכת מצבו הרפואי של החולה ומידת הדחיפות שלו לקבלת טיפול, פנתה רופאים לזכויות אדם להתייעצות רפואית עם ד"ר נתן ברוק, מומחה בכירורגיה אורטופדית מבית החולים תל השומר, מתנדב בעמותת רופאים לזכויות אדם. על פי חוות דעתו של ד"ר ברוק, המתבססת על ממצאי הבדיקות של העותר "אם ישנה חולשה משמעותית ביד שמאלה נדרשת התערבות ניתוחית דחופה, אחרת עלול להיגרם נזק בלתי הפיך". העותר מעיד על חולשה קיצונית עד כדי שיתוק של גפיו השמאליות, ולאחרונה התפשטות של השיתוק לכיוון צד ימין. כתוצאה מכך, שוהה העותר רוב היום במיטתו וקולר פלסטיק לצווארו.

העתק חוות דעתו של ד"ר נתן ברוק בעניינו של העותר מצ"ב ומסומן נספח ע/4.

7. עמותת רופאים לזכויות אדם הפנתה את התיק לטיפול המשפטי של עמותת גישה. אלא

שבאותה תקופה הודיע אל"מ משה לוי, ראש מנהלת התיאום והקישור (מת"ק) עזה, על ניתוק יחסי המת"ק עם ארגוני זכויות אדם ישראלים הפועלים בשמם של פלסטינים תושבי רצועת עזה ועל סירובו להשיב לפניותיה של עמותת רופאים לזכויות אדם בעניינם של תושבים פלסטיניים דוגמת העותר.

העתק מכתבו של אל"מ משה לוי, ראש מת"ק עזה, מיום 13.9.2009 למנכ"ל רופאים לזכויות אדם, גישה והמוקד להגנת הפרט מצ"ב ומסומן **נספח ע/5**.

8. כתוצאה מהנתק, לא ניתן היה לברר מול מת"ק עזה מה סטטוס הטיפול בבקשתו של העותר ומדוע התשובה לבקשה מתעכבת זמן רב כל-כך. בהעדר אפשרויות אחרות, פנתה לבסוף ביום 29.10.2009 ב"כ העותר ישירות לפרקליטות מחוז דרום בהליך של קדם עתירה וביקשה כי הפרקליטות תתערב בדחיפות בעניינו של העותר אצל גורמי הביטחון, על מנת שאלה יאפשרו לו להיכנס לישראל לצורך קבלת הטיפול הרפואי הנדרש.

העתק פנייתה של ב"כ העותר לעו"ד איתי בר, פרקליט המחוז, מפרקליטות מחוז דרום (אזרחי) בקדם עתירה מיום 29.10.2009 מצ"ב ומסומן **נספח ע/6**.

9. ביום 4.11.2009 הודיע עו"ד ירון פנש מפרקליטות מחוז דרום לב"כ העותר, כי נקבע לעותר תחקור ביטחוני במעבר "ארז" ליום המחרת.

10. ביום 5.11.2009 התייצב העותר במעבר "ארז", על אף מצבו הפיזי הקשה והכאבים העזים. העותר תוחקר על-ידי גורמי הביטחון במשך כשעתיים וחצי. במהלך התחקור התבקש למסור מידע לגבי אנשים שאינו מכיר, הואשם בזיוף מסמכים ובניסיון לרמות את הרשויות על מנת להצטרף לאשתו בגדה. החוקרים הפעילו על העותר לחץ כבד לאסוף מידע עבור רשויות הביטחון הישראליות ואיימו עליו שאם לא יעשה כן, לא יקבל אישור לצאת מעזה לקבלת טיפול רפואי, גם אם יהיה "פצוע, חתוך ושבור" בכל גופו.

11. לאחר התחקור עמדה ב"כ העותר בקשר עם עו"ד פנש מפרקליטות מחוז דרום על-מנת לקבל תשובה בעניינו של העותר. עו"ד פנש פעל להשגת מענה בכתב, אולם זה בושש להגיע. רק ביום 22.11.2009 העביר עו"ד פנש לב"כ העותר את תשובתם של הגורמים המוסמכים. לפי תשובתם, בקשתו של העותר לצאת את רצועת עזה לצורך קבלת טיפול רפואי דחוף וחיוני בישראל נדחתה משני טעמים: הראשון הוא שלטענת המת"ק ניתן להשיג את הטיפול הרפואי הנדרש גם ברצועת עזה, והשני הוא חשש הרשויות כי "מטרת הכניסה לישראל הינה לצרכים אחרים זולת הטיפול הרפואי". משיחת טלפון בין ב"כ העותר לעו"ד פנש עלה כי המשיבים חוששים שמא יבקש העותר להשתקע בגדה המערבית, שם שוהים אשתו וארבעה מילדיו.

העתק תשובתו של עו"ד ירון פנש לקדם העתירה בעניינו של העותר מצ"ב ומסומן **נספח ע/7**.

12. העותרים חולקים על שתי הטענות. באשר לטענתם הראשונה של המשיבים, הרי שזו עומדת בסתירה למסמכים הרפואיים, לרבות חוות הדעת הרפואית מטעם ד"ר נתן ברוק (המצורפת כנספח ע/4), המעידים על צורך דחוף בטיפול, ובפרט התערבות כירורגית, אשר לא ניתן להשיגם

ברצועת עזה. העובדה שלא ניתן לעותר כל טיפול מלבד משככי כאבים בבתי החולים בהם ביקר ברצועת עזה מלמדת כשלעצמה על חוסר יכולתם לבצע את הטיפול הנדרש, שהרי אם ניתן היה לסייע לעותר במצוקתו הבריאותית הקשה, היו עושים כן ולא היו מפנים אותו מלכתחילה. יצוין, כי הפניה רפואית לבתי חולים במזרח ירושלים כרוכה בהתחייבות כספית מטעם הרשות הפלסטינית, התחייבות שניתנת רק במצבים בהם הטיפול אינו זמין ברצועת עזה.

13. יתר על כן, בתגובה לטענת המשיבים בדבר קיומו של טיפול רפואי כאמור ברצועה, הצהירו רופאי המטפלים של העותר מבית החולים האירופי ברצועת עזה, וביניהם מנכ"ל בית החולים, כי ההפך הוא הנכון, וכי לא ניתן לקבל את הטיפול הנדרש ברצועה. מכתבם החתום של רופאי של העותר נשלח לעו"ד פנש ביום 29.11.2009.

העתק המכתב מטעם רופאי של העותר מיום 23.11.2009, בו הם מצהירים כי לא ניתן לבצע את הטיפול האמור ברצועת עזה, מצ"ב ומסומן נספח ע/8.

14. זאת ועוד, הטיפול המתאים לבעייתו הרפואית של העותר הוא התערבות נירוכירורגית – סוג טיפול שבאופן קטגורי לא ניתן לבצע כיום ברצועת עזה בשל העדר מכשור רפואי ומומחיות מספיקים.

עמותת רופאים לזכויות אדם טיפלה בכמה וכמה מקרים שדרשו התערבויות נירוכירורגיות דומות ובהם ניתנו היתרים על-בסיס הידיעה שטיפולים כאלה אינם נמצא ברצועת עזה. כך למשל, בעניינו של מר ספיאן אבו-שמיס (ת.ז. 954628087), פלסטיני בן 32, שסבל מכאבים עזים בצוואר, המלווים בכאבים בכתפיים ובגפיים העליונות. לפי חוות דעת של ד"ר יחיאל היילבורן, נירוכירורג מומחה שעבר על המסמכים הרפואיים הרלבנטיים, מר אבו-שמיס "זקוק לטיפולים אשר יכולים להיעשות אך ורק בבית חולים שלישוני גדול, בית חולים מרכזי...". בקשת מר אבו-שמיס להיכנס לישראל הוגשה על ידי עמותת רופאים לזכויות אדם ביום 19.11.2009, אושרה במהרה על-ידי מת"ק ארז, והחולה יצא לטיפול הרפואי כמה ימים לאחר מכן, ביום 24.11.2009.

דוגמה נוספת היא זו של גבי טריפה אלכתנאני (ת.ז. 933730459), בת 52 שסבלה מדיסק צווארי שלחץ על שורשי העצבים לגפה השמאלית העליונה. החולה הופנתה על ידי רופאיה בעזה להמשך טיפול בבית החולים אלמקאצד במזרח ירושלים לצורך ביצוע ניתוח. לפי חוות דעת אורתופד מומחה מבית החולים שערי צדק בירושלים, ד"ר אורי לבל "על הטיפול להתבצע בהקדם על מנת למנוע נזק עצבי קבוע שיגביל את תפקוד היד השמאלית." עמותת רופאים לזכויות אדם פנתה בשמה של גבי אלכתנאני ביום 24.11.2009 ויציאתה הותרה ביום 1.12.2009.

15. לעמותת רופאים לזכויות אדם לא ידוע על מקרים בהם נדרשה התערבות נירוכירורגית ובהם ניתן סירוב על רקע טענה מעין זו שהועלתה בעניינו של העותר, כאילו ניתן לקבל את הטיפול הנדרש ברצועת עזה.

16. יוצא, אם כך, כי בקשתו של העותר עוכבה במשך חודשים ארוכים, בעוד שמצבו הבריאותי הולך ומידרדר, ולבסוף סורבה על רקע טענה ביחס לזמינות הטיפול ברצועת עזה – טענה

העומדת בסתירה להצהרות רופאיו המטפלים של העותר ברצועת עזה. וכל זאת בזמן שלאחרים, במצב דומה לזה של העותר, מונפקים היתרים תוך ימים ספורים.

17. באשר לטענתם השנייה של המשיבים, בדבר החשש מהשתקעות העותר בגדה המערבית: העותר לא מכחיש כי אשתו וילדיו נמצאים בגדה המערבית, וזאת לאחר שבאוגוסט 2008 ילדה אשתו רביעייה בבית החולים ברזילי שבאשקלון ולאחר מכן הצטרפה למשפחתה בטול כרם.

18. אלא שאין בין זאת לבין בקשתו זו של העותר לצאת את רצועת עזה לצורך קבלת טיפול רפואי ולא כלום. העותר מצהיר מפורשות (ראו סעיף 4 לתצהיר העותר המצורף לעתירה זו), ואף אמר זאת בתחקור הביטחוני, כי אין בכוונתו להשתקע בגדה המערבית וכל מטרתו היא לקבל את הטיפול החיוני לו. בעתיד ייתכן כי יפעל העותר על-מנת להתאחד עם משפחתו שבגדה המערבית, אך לעת עתה דאגתו העיקרית היא למצבו הפיזי המדרדר. במידת הצורך, **העותר מוכן להתחייב על כך שיימנע מלהיכנס לגדה המערבית ולא ינצל את ההיתר למטרה אחרת מזו שעבורה יינתן לו.**

19. בכל מקרה, לא ייתכן כי יימנע מהעותר טיפול רפואי דחוף וחיוני, שלא ניתן להשיגו ברצועת עזה, רק משום שהמשיבים חוששים מהשתקעות העותר בגדה המערבית. סירוב על בסיס חשש שכזה חותר תחת חובותיהם של המשיבים כלפי העותר, כפי שיפורט בהמשך, ואינו ענייני לצורך הרפואי המהותי של העותר.

20. העותר, כאמור, סובל ממצב בריאותי חמור ביותר, כשחצי גופו משותק הלכה למעשה וכשסכנה ממשית של שיתוק תמידי רובצת לפתחו, אם לא יזכה לטיפול הראוי בהקדם. הכאבים העזים מחייבים אותו ליטול משככי כאבים חזקים, אשר גם הם בתורם משפיעים על תפקודו. העותר זקוק לטיפול נוירוכירורגי דחוף על מנת למנוע את היקבעותם של הנזקים ולהביא להקלה במצבו.

21. נוכח סירובם של המשיבים להתיר את כניסתו לישראל לצורך הטיפול האמור, לא נותרה בידי העותר ברירה אלא לפנות לבית המשפט הנכבד בבקשת סעד.

ב. הטיעון המשפטי

22. נוכח מצבו הרפואי של העותר, והצורך בטיפול רפואי, מניעת כניסת העותר לישראל לצורך קבלת הטיפול הרפואי, אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד של זכויות אדם בסיסיות לפי המשפט הבינלאומי ולפי הדין הישראלי.

1. סמכות המשיבים להתיר כניסה ויציאה מאזור עזה

23. על פי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב – 1952 (להלן: **חוק הכניסה לישראל**) מי שאיננו אזרח ישראלי, תהיה כניסתו לישראל על פי אשרה.

24. חוק הכניסה לישראל מסמיך את שר הפנים ליתן אשרות ורישיונות ישיבה, לרבות אשרה ורישיון לישיבת מעבר – עד חמישה ימים ואשרה לישיבת ביקור – עד לשלושה חודשים.

25. סעיף 7 לחוק הכניסה לישראל שעניינו תחנות גבול קובע כי:

"לא יכנס אדם לישראל בין שהוא אזרח ישראלי ובין שאיננו אזרח ישראלי, אלא באחת מתחנות הגבול שקבע שר הפנים בצו שפורסם ברשומות, ולאחר שהתייצב שם לפני קצין ביקורת הגבולות או בקר גבולות והציג לפניו דרכון או תעודת מעבר בני תוקף; שר הפנים רשאי לפטור אדם מהוראות סעיף זה, אם יש נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת לדעתו".

26. צו הכניסה לישראל (פטור תושבי רצועת עזה) (הוראת שעה) התשס"ה-2005 (להלן: **הצו**) קובע:

"בתוקף סמכותי לפי סעיף 17(ב) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן – החוק), ואחרי התייעצות עם ועדת הפנים של הכנסת, אני מצווה לאמור: **תושב רצועת עזה הנכנס לישראל משטח רצועת עזה מכוח היתר, לרבות היתר כללי, שנתן מנהל מינהל האוכלוסין או מי ששר הפנים הסמיך לכך, פטור מהוראות סעיף 7 לחוק ומהוראות החוק בדבר אשרה ורישיון לישיבת מעבר או ביקור, כל עוד הוא מקיים את תנאי ההיתר כאמור; לעניין צו זה, "תושב רצועת עזה" – מי שמתגורר ברצועת עזה, וכן מי שרשום כתושב רצועת עזה במרשם האוכלוסין של המועצה הפלסטינית.**" (ההדגשה הוספה. י.ל.).

27. המשיבים, אשר בסמכותם להתיר כניסתו של העותר לישראל, אינם יכולים להתנער מאחריותם כלפי תושבי רצועת עזה הנדרשים לטיפול רפואי אשר אינו בנמצא ברצועה.

2. ישראל חבה בחובות הומניטאריות כלפי תושבי רצועת עזה לאור שליטתה במעברי הגבול ותלותה של רצועת עזה בישראל לאחר כארבעה עשורים של כיבוש

28. בבג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 30.1.08. להלן: עניין אלבסיוני) בית המשפט העליון התייחס לשנינויים הנובעים מהמצב העובדתי והנורמטיבי ברצועת עזה לאחר יישומה של תכנית "ההתנתקות" וקבע מפורשות כי לישראל חובות הומניטאריות כלפי תושבי רצועת עזה, וכי חובותיה של ישראל כלפי תושבי עזה נובעות מעצם מצב הלחימה, כמו גם ממידת שליטתה של ישראל במעברי הגבול ומהתלות של רצועת עזה בישראל בשל שנות הכיבוש הארוכות של ישראל בעזה:

"בנסיבות שנוצרו, החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון חמאס השולט ברצועת עזה; חובות

אלה נובעות גם ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה אחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל." (בפסקה 12 לפסק הדין).

ראו גם בג"ץ 201/09, **רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה** (טרם פורסם, 19.1.09) שם חזר בית המשפט הנכבד על קביעתו באשר לחלות הדינים ההומניטאריים על חובות המדינה באשר לתושבי רצועת עזה והתייחס להסכמת המדינה לכך.

29. אי לכך, "ההתנתקות" של ישראל מרצועת עזה אינה מאיינת, במצב הדברים הנוהג, את אחריותה כלפי תושבי עזה לאור הדין הבינלאומי והישראלי. למשיבים, אשר מכירים בחובותיהם ההומניטאריות לתושבי רצועת עזה הנובעות משליטתם במעברי הגבול ומהתלות שנוצרה לתושבי רצועת עזה במערך הרפואה הישראלי לאחר כארבעה עשורים של כיבוש, קמה החובה לדאוג לבריאות התושבים המוגנים, לפחות בכל הקשור לשליטתם במעברים.

30. מניעת כניסתו של העותר לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי אשר איננו בנמצא ברצועת עזה מנוגדת למחויבותם של המשיבים לתושביה המוגנים של רצועת עזה.

3. חובת המשיבים להבטיח לעותר חיים תקינים

31. ההחלטה שלא לאפשר את כניסת העותר לישראל לשם קבלת טיפול רפואי נדרש מנוגדת לכללי המשפט הבינלאומי, ואינה עולה בקנה אחד עם החובות ההומניטאריות החלות על המשיבים כלפי תושבי רצועת עזה או עם ההגנה המוענקת לזכויות אדם במסגרת החקיקה הפנימית במדינת ישראל.

32. תקנה 43 לאמנת האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה הרביעית בעלת מעמד מנהגי מחייב במסגרת לחימה, עימות מזוין, כיבוש או הפעלת שליטה על ידי כוח צבאי בשטח שאינו בריבונותו, קובעת:

"The authority of the legitimate power having in fact passed in to the hands of the occupant, the latter shall take all measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety..."

33. כך נאמר בבג"ץ 202/81, **סעיד מחמוד טביב ואחק נ' שר הביטחון**, פ"ד לו (2) 622:

"מהי הבטחת סדר וחיים ציבוריים? התשובה המתבקשת היא: הפעלת ממשל תקין על כל שלוחותיו הנהוגות בימינו בארץ מתוקנת, כולל ביטחון, בריאות, חינוך, סעד, אך בין היתר גם איכות החיים והתחבורה".

34. מניעת כניסתו של העותר לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי חיוני, שאינו בנמצא ברצועת עזה,

מנוגדת לחובת המשיבים להבטיח את הסדר והחיים התקינים של תושביה המוגנים של רצועת עזה, לפחות בכל הקשור לשליטתם במעברים.

4. החלטת המשיבים פוגעת בזכויות היסוד של העותר, ובראשן הזכות לחיים

35. הזכות לשלמות הגוף והזכות לבריאות הינן זכויות יסוד המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והמוקנות לכל אדם באשר הוא אדם.

36. סירוב המשיבים לבקשתו של העותר אינו עולה בקנה אחד עם חובתה של המדינה לשמירה על החיים והגוף, חובה המעוגנת בסעיפים 1, 2 ו-4 לחוק היסוד. חובה זו היא חובה אקטיבית המוטלת על המדינה להגן ולקדם את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד כלפי כל אדם באשר הוא אדם, ואילו החלטת המשיבים חורגת מתנאי פסקת ההגבלה, ובעיקר מדרישת המידתיות שבה.

37. ניתן לפגוע בזכויות אלה רק לאחר שכנוע כי הפגיעה מתחייבת למען השגת מטרה ביטחונית ספציפית (ראו בג"ץ 672/87 עתאמללה נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב(4) 708, 709). כפי שכתב כבוד השופט רובינשטיין:

"אף אם מדובר ברשעים, וגם אם שלטונותיהם מתנהגים כפי שהם מתנהגים, אין לשלול מהם נגישות לטיפול מציל חיים..."

(ראו בג"ץ 9522/07 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה (טרם פורסם), 28.11.2007, פסקה 6 לפסק הדין)

38. לאור זאת, סירוב המשיבים להתיר את כניסתו לישראל של העותר לצורך קבלת טיפול רפואי פוגעת בזכויות היסוד שלו ובפרט בזכות לחיים ולשלמות הגוף, שלא למען תכלית ראויה, ובאופן בלתי מידתי ובלתי סביר. על כן, סירוב המשיבים עומד בסתירה למשפט הישראלי ולמשפט הבינלאומי.

הזכות לקבלת טיפול רפואי במשפט הישראלי

39. הזכות לחיים הינה זכות חוקתית בסיסית, הנתונה לכל אדם. זכות זו נגזרת מעקרון קדושת החיים, המהווה עקרון יסוד בשיטת המשפט הישראלית. זכות זו מעוגנת גם בסעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע את עקרונות היסוד של זכויות היסוד בישראל: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין".

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

41. הזכות להגנה על החיים ועל הגוף כוללת בחובה את הזכות לקבלת טיפול רפואי. הזכות לבריאות של כל אדם, באשר הוא אדם, הינה זכות יסוד חברתית בעלת מעמד חוקתי מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לקיום אנושי בכבוד. כדברי כב' הנשיא ברק: "כבודו של אדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי (ראו בג"ץ 161/94 **אטרי נגד מדינת ישראל** (לא פורסם)). אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטארי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע" (רע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה (2) 360, 376).
42. מוטלת על המדינה החובה החיובית להגן על החיים ועל הגוף וכן לקדם את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד כלפי כל אדם באשר הוא אדם.
43. **החלטת המשיבים אינה משקפת איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים: הזכות לחיים, בריאות ושלמות הגוף מחד גיסא, והשיקול האחר שהציגו המשיבים – היינו, החשש מהשתקעות בגדה – מאידך גיסא. אי לכך, סירובם של המשיבים לבקשתו של העותר חורג מתנאי פסקת ההגבלה, ובעיקר מדרישת המידתיות שבה, ועל כן עומד בסתירה לחוק היסוד.**
44. יש להוסיף ולציין, כי יציאתם של חולים ואחרים מרצועת עזה לישראל הינה אפשרית כיום, והיא מתבצעת באופן שגרתי ויומיומי. כך שהסתמכות אפשרית של המשיבים על פסק הדין בבג"ץ 5429/07 **רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, ניתן ביום 28.6.2007) אינה עולה בקנה אחד עם המציאות העובדתית כיום, בה בני אדם עוברים דרך מעבר ארזי מדי יום, בהתאם לקריטריונים שנקבעו לאחר מתן פסק הדין באותה פרשה.
45. **אי לכך, וכיוון שלא נטען כי קיימת מניעה ביטחונית לאשר את הבקשה, לא ברור לעותר מדוע מנעיים המשיבים מלאשר את כניסתו לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי דחוף והכרחי ובכך מאריכים את סבלו ומסכלים את סיכוייו לטפל במחלתו הקשה.**

הזכות לקבלת טיפול רפואי במשפט הבינלאומי

46. אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 (להלן: "אמנת ג'נבה הרביעית") מעגנת את זכותם של אזרחים מוגנים לחיים, ומדגישה, כי זכות זו איננה ניתנת לשלילה בשום מקרה. אמנת ג'נבה הרביעית קובעת בשורה של סעיפים את חובתה של מעצמה כובשת לדאוג לאספקת שירותים רפואיים חיוניים לאוכלוסייה המקומית, ואפילו אין אמנה זו מהווה חלק מהותי מן המשפט הישראלי המקומי, יש בה כדי ללמד על סבירות החלטת המשיבים, במיוחד לנוכח הצהרתה שדל מדינת ישראל כי הסעיפים ההומניטאריים של אמנה זו יחולו דה פקטו בשטחים הכבושים.
47. סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, אשר הינו סעיף הומניטארי מובהק, ועל כן מדינת ישראל מחויבת לקיימו קובע:

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

48. בפרשנות המוסמכת של ארגון הצלב האדום לאמנת ג'נבה הרביעית מבהיר ד"ר ז' ס' פיקטה, כי למרות שסעיף 27 לאמנה אינו מציין במפורש את הזכות לחיים, הרי שזכות זו מעוגנת בהוראת הסעיף כזכות בסיסית, שבלעדיה אין טעם לקיומן של זכויות אדם אחרות:

“It is nevertheless obvious that this right is implied, for without it there would be no reason for the other rights mentioned.”

Jean S. Pictet Commentary on Geneva Convention IV of 1949 (Geneva, 1958) 201.

49. הן הזכות לחיים והן הזכות לקבל טיפול רפואי שנגזרת ממנה, מצאו את ביטויין במשפט זכויות האדם הבינלאומי בשלוש אמנות שישראל חתומה עליהן. יודגש, כי משפט זכויות האדם הבינלאומי מחייב את המדינה גם בעת מלחמה (ראו בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נו(2) 349). עקרון זה אומץ גם על ידי ועדת זכויות האדם של האו"ם אשר קבעה, כי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ודיני מלחמה אינם מסייגים את תחולתה של האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות פוליטיות (ICCPR):

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

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

50. הזכות לחיים מעוגנת בסעיף 6(1) ל-ICCPR. הדברים שנכתבו בהערה הכללית מס' 14 (General)

Comment) של ועדת זכויות האדם של האו"ם לסעיף 6 של ה-ICCPR מבהירים את חשיבותה של זכות זו וכן מדגישים, כי לא תותר הפרתה גם בעת מצב חירום ציבורי:

"[. . .] the right to life enunciated in the first paragraph of article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights is the supreme right from which no derogation is permitted even in time of public emergency."

Human Rights Committee, General Comment 14, Article 6 (Twenty-third session, 1984), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 18 (1994).

51. בהערה כללית 14 משנת 2000 של המועצה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, המתייחסת לסעיף 12 לאמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (ICESCR), אשר מעגן את הזכות לבריאות, נכתב כי למדינות החתומות חובה חיובית לאפשר נגישות פיזית לזכות לבריאות:

"...Physical accessibility: health facilities, goods and services must be within safe physical reach for all sections of the population ..." (para. 12)

וכן בפסקה 34:

"States should refrain ...from limiting access to health services as a punitive measures, e.g. during armed conflicts in violation of international humanitarian law".

52. מדינת ישראל חתומה, אם כך, על אמנות בינלאומיות המסדירות את חובת הבטחת סיוע רפואי לאוכלוסייה המקומית, ולפיכך סירוב מתן היתר לכניסתו של העותר לצורך לקבלת טיפול רפואי, תוך ידיעה כי מניעת נגישותו של החולה מטיפול רפואי זה עלול להביא להחמרה במצבו הרפואי, מהווה הפרה חמורה של חובות המשיבים לכבד את הזכות לחיים ולשלמות הגוף של האזרחים המוגנים, לפחות בכל מה שקשור לשליטתם במעברים.

5. הפרת חובות מינהליות

53. פעולותיהן של רשויות המדינה, וביניהן גורמי הצבא, כפופות לכללי המשפט המנהלי הישראלי גם כאשר הן מופנות כלפי זרים (ראו בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח (5) 70, בעמ' 75), ודאי וודאי כאשר הן מופנות כלפי מוגנים של ישראל חובות כלפיהם מתוקף אמצעי השליטה שהיא מפעילה עליהם (פרשת אלבסיוני, פסקה 12).

שיקולים זרים וכללי הצדק הטבעי

54. מניעת כניסתו לישראל לשם קבלת טיפול רפואי והתנייתה במסירת מידע ושיתוף פעולה תוך ניצול מצבו הרפואי הקשה ותלותו המוחלטת בחסדי המשיבים כאשר אין כל איום ביטחוני מצידו, נגועה בשיקולים זרים ומהווים ביטוי לסחיטה, לענישה קולקטיבית ולהפעלת לחץ פסול לצורך השגת מטרות המשיב 3.

55. בבג"ץ 1100/95 **קאסוטו נ' ראש עיריית ירושלים**, פ"ד מט(3) 691, 698 (1995) נקבע כי אל לה לרשות לקבל החלטות אשר מושפעות משיקולים זרים. לעניין זה ראו גם ע"א 6763/98 **כרמי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(1) 418, 427 (1999):

"ביסוד הכלל האוסר על ניגוד עניינים בתחום המשפט הציבורי עומדים שלושה שיקולים עיקריים. ... הראשון, עניינו חובת האמון שעובד הציבור חב לציבור במילוי תפקידו. מחובה זו נגזרת גם חובתו שלא להימצא במצב שבו קיים חשש כי יהיה ניגוד בין חובתו לציבור לבין אינטרסים אחרים; השני – מקורו בדרישות של הגינות, תום-לב וצדק טבעי והשלישי מקורו בדרישות המינהל התקין"

56. בעת שרשות מנהלית מפעילה את שיקול דעתה חל עליה איסור לשקול שיקולים זרים אשר אינם נלמדים מהחוק המסמיך. כבוד השופט ברק קבע בבג"ץ 953/87 **פורז נ' ראד עיריית תל אביב- יפו**, פ"ד מב (2) 309, 324 כי:

"אכן, הרשות השלטונית... רשאית לפעול על פי שיקול דעתה, ובלבד ששיקול דעת זה מקיים את כללי המשפט המנהלי הישראלי (החקוק וההלכתי, המהותי והדיוני) בעניין הפעלתו של שיקול-דעת מינהלי. על כן, חייב שיקול הדעת השלטוני לקחת בחשבון אותם שיקולים, הנופלים לדל"ת אמותיו של החוק המסמיך אותו להפעיל שיקול דעת. שיקול החורג ממטרותיו של החוק המסמיך הוא שיקול זר, ועל כן פסול..."

57. זאת ועוד, שקילתם של שיקולים זרים במסגרת הפעלת הסמכות פוסלת את מעשה הרשות. בעמ"ם 1/82 **קוואסמה נ' שר הביטחון**, פ"ד לו (1) 666 קבע השופט כהן כי:

"שימוש בסמכות שלא לאותה מטרה שבשבילה היא ניתנה פוסל את מעשה הרשות"

סירובם של המשיבים לאפשר את יציאתו של העותר לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי דווקא **לאחר שהעותר סירב לשמש כסייען לרשויות הבטחון**, מעלה חשש כבד כי שיקולים זרים מניעים את החלטתם של המשיבים. אחרת, כיצד ניתן להסביר את הטענה שמועלית בעניינו של העותר, לפיה טיפול ניורוכירורגי זמין ברצועת עזה, בעוד שהם מאשרים בקשות מחולים אחרים, אשר מבקשים להיכנס לישראל לצורך טיפול ניורוכירורגי בנימוק שלא ניתן לקבלו בעזה? יוזכר, כי המשפט הבינלאומי אוסר על מעצמה מלהפעיל לחץ על תושבים מוגנים לסייע לה (סעיף 31 לאמנת ג'נבה אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה מ-1949 וסעיף 44 לאמנה בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה לרבות תקנות בקשר לדיני ומנהגי המלחמה ביבשה (תקנות האג 1907)). איסור זה מקבל משנה תוקף כשמדובר **בהתניית קבלת טיפול רפואי דחוף במסירת מידע לרשויות הבטחון הישראליות**, שאף היא עשויה לסכן את חייו של התושב בתוך רצועת עזה.

החובה להפעיל שיקול דעת בסבירות ולנהוג בהגינות

58. למשיבים מוקנה שיקול הדעת באשר להתרת כניסת העותר לישראל, אולם אין המדובר בשיקול דעת מוחלט, אלא בשיקול דעת הכפוף להוראות המשפט המנהלי. הגדיר זאת כבוד הנשיא ברק בבג"ץ 742/84, **כהנא נ' יו"ר הכנסת** פ"ד לט (4) 85 :

"כל שיקול דעת שלטוני, היונק כולו מדבר חקיקה, הוא שיקול דעת המוגבל במסגרת המטרות שאותן בה אותו דבר חקיקה להגשים... אכן שיקול דעת סטטוטורי לעולם אינו מוחלט. אפילו נאמר בדבר החקיקה כי שיקול הדעת הוא מוחלט, הרי גם אז בעל הסמכות אינו רשאי לעשות כרצונו. לא רק שעליו לפעול בהגינות, בתום לב ללא הפליה ושרירות ובסבירות, אלא שעליו לפעול תוך הגשמת מטרות החקיקה, שרק ממנה יונקת סמכותו"

59. **על המשיבים לשיקול במהירות, ביעילות וברצינות המתחייבת אם קיימות נסיבות שמצדיקות את מניעת העותר מלהגיע לבית חולים לצורך קבלת הטיפול הרפואי הנדרש לו.**

60. סירוב המשיבים לבקשתו של העותר, מהטעמים שהטעימו ואף מבלי שסיפקו ראיות לביסוסן, אינו מקיים את דרישת הסבירות כפי שעוצבה על ידי בית משפט נכבד זה בשורה ארוכה של פסקי דין.

61. כפי שנפסק בבג"ץ 5820/91 **פאנוס ואח' נ' דני יתום**, **אלוף פיקוד מרכז**, תק-על (1)92, 270, חלה על המפקד הצבאי החובה לשיקול שוב ושוב את עצם הצורך וההצדקה בהפעלת הסמכות ולבחון מעת לעת, האם עדיין קיימות נסיבות, שמצדיקות שימוש באמצעים פוגעניים, כאלו המונועים מהעותר להגיע לבית חולים לצורך קבלת הטיפול הרפואי הנדרש לו.

62. לאור זאת, החלטת המשיבים אינה מקיימת את דרישת הסבירות כפי שעוצבה על ידי בית משפט נכבד זה בשורה ארוכה של פסקי דין.

63. יתרה מזאת, העובדה שמדינת ישראל חתמה על אמנות בינלאומיות המסדירות את נושא חובתה להבטיח סיוע רפואי לאוכלוסייה המקומית, אפילו אין באמנות אלו כדי לחייב את המשיבים למתן היתר כניסה, יש בהן כדי ללמד לכל הפחות על סבירותו של שיקול הדעת. היינו, על מנת שתעמוד החלטת המשיבים במבחן הסבירות, על המדינה להראות שיקול דעת כבד משקל אשר יש בכוחו להכריע את הכף.

64. העולה מכל האמור, כי המשיבים בבואם לבחון את בקשת העותר לא שקלו כנדרש את משקל הפגיעה בזכות העותר לטיפול רפואי חיוני, ובסירובם לבקשתו, מנעו ממנו טיפול רפואי חיוני לו הוא זקוק ואשר בלעדיו עלול להיגרם לו נזק בלתי הפיך.

65. בנסיבות אלו, סירוב המשיבים להתיר את כניסתו של העותר נגוע בחוסר סבירות קיצוני, ועל כן דינו להידחות.

66. לאור כל האמור, מתבקש בית משפט נכבד זה להורות למשיבים להתיר את כניסתו של העותר לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי, כמבוקש ברישא לעתירה, ולחייב המשיבים בהוצאות העתירה ובשכ"ט עו"ד ומע"מ.

67. יש לציין, כי העובדות המפורטות בעתירה זו נתמכות בתצהירו של העותר, אשר הועבר לידי הח"מ באמצעות פקס, לאחר שהוקראו לו ואומתו על-ידו ולאחר שהוזהר כי עליו לומר את האמת כנדרש בחוק. בשל מצבו הרפואי של העותר נבצר ממנו להתייצב בפני עורך דין ברצועת עזה ולחתום בנוכחותו על התצהיר. בהתחשב בנסיבות, נבקש מבית המשפט הנכבד לקבל את התצהיר כמצורף.

תמר פלדמן, עו"ד
ב"כ העותרים

21.12.2009