

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

באמצעות ב"כ עוה"ד תמר פלדמן ו/או נעמי הגר 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

המערער

- נגד -

1. שר הפנים
 2. אלוף פיקוד דרום
 3. שירות הביטחון הכללי
 4. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
- באמצעות פרקליטות המדינה
מרח' צאלח א-דין 29 ירושלים

המשיבים

הודעת ערעור

מוגש בזאת ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כבוד השופטת רחל ברקאי) מיום 21.1.2010, בו דחה בית המשפט את עתירת המערער להתיר את כניסתו לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי דחוף וחיוני שאינו זמין ברצועת עזה.

העתק פסק הדין של בית המשפט קמא מצ"ב ומסומן **נספח ע/1**.

העתק פרוטוקול הדיון בבית המשפט קמא מצ"ב ומסומן **נספח ע/2**.

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את הערעור ולהורות למשיבים להתיר את כניסתו של המערער לישראל לצורך קבלת הטיפול לו הוא זקוק.

ואלה נימוקי הערעור:

תוכן עניינים

- א. מבוא.....2
- ב. עיקרי העובדות הצריכות לעניין.....5
- ג. ההליך בבית המשפט המחוזי.....6
- ד. נימוקי הערעור – שגיאות בפסיקת בית המשפט קמא.....8
1. ישראל חבה בחובות הומניטאריות כלפי תושבי רצועת עזה.....8
2. הצורך באיזון ראוי בין אינטרס המשיבים לבין הפגיעה בזכויות היסוד של המערער, ובראשן הזכות לבריאות ולשלמות הגוף.....13
3. הבסיס לביקורת שיפוטית על קביעות והחלטות המשיבים.....16

א. מבוא

1. **ערעור זה עוסק בפגיעה בזכויותיו הבסיסיות של חולה במצב קשה, שלא נטענה כלפיו כל טענה ביטחונית ושכל מבוקשו לצאת מרצועת עזה כדי לקבל טיפול רפואי דחוף וחיוני, אשר אינו ניתן להשגה ברצועה.**
2. המערער הוא תושב פלסטיני המתגורר ברצועת עזה ואשר סובל זה כשנתיים מכאבי גב הולכים וגוברים. המערער אובחן באוגוסט 2009 כסובל מבלט בחוליות עמוד השדרה, אשר מפעיל לחץ על שורשי העצבים. לחץ זה גורם למערער לכאבים עזים ולחולשה עד כדי שיתוק של צד שמאל של גופו. מצבו הבריאותי של המערער מונע ממנו לתפקד באופן עצמאי, הוא נזקק לסיוע בביצוע פעולות יומיומיות ואינו מסוגל לעבוד זה למעלה מחצי שנה. **הרופאים המטפלים בו ביקשו כבר לפני כחצי שנה להעבירו בדחיפות לקבלת טיפול רפואי הולם בישראל, ולפי חוות דעת רפואית ממומחה ישראלי, עיכוב בקבלת הטיפול הנדרש עלול לגרום לנזק תפקודי בלתי הפיך.**
3. מאז אובחן המערער, באוגוסט 2009, הגיש מספר בקשות להסדרת כניסתו לישראל לצורך טיפול רפואי. המערער אף עבר תחקור ביטחוני בלי שהועלתה טענה ביטחונית כלשהי כלפיו, אולם בקשתו נדחתה לבסוף כיוון שהמשיבים טענו שניתן לקבל את הטיפול הרפואי הנדרש ברצועת עזה ושהם חוששים פן ישתקע המערער בגדה המערבית.
4. בעקבות העתירה שהגיש המערער לבית המשפט קמא ערכו המשיבים בירורים נוספים ולבסוף ויתרו על טענתם בנוגע לזמינות הטיפול ברצועת עזה. אף על פי כן, דבקו המשיבים בטענת החשש מהשתקעות וטענו שהצורך הרפואי הדחוף נסוג מפניו.
5. בית המשפט קמא לא מצא פסול בהחלטת המשיבים וקבע שסירובם להתיר את כניסתו של המערער לישראל לצורך קבלת טיפול דחוף וחיוני, הגם שהתבסס אך ורק על חשש כלשהו מפני השתקעותו של המערער בגדה המערבית – סירוב סביר הוא. ברם, בכל הכבוד, פסיקתו של בית המשפט קמא מושתתת על טעויות שבדין ועל קביעות עובדתיות שגויות, כמפורט להלן:

(א) **שגה בית המשפט קמא בקובעו כי לא מוטלת כל חובה על מדינת ישראל לדאוג לרווחתם או לבריאותם של פלסטינים המתגוררים ברצועת עזה.** בית המשפט קמא קבע כי אין שוני בין פלסטינים המתגוררים ברצועת עזה לבין אזרחי מדינות זרות, ובפרט אזרחי מדינות אויב, לעניין חובותיה של מדינת ישראל כלפיהם. קביעה זו עומדת בסתירה מובהקת לפסיקות קודמות של בית המשפט העליון, השלכותיה המשפטיות מרחיקות לכת, ועל כן עליה להיפסל.

(ב) **כן שגה בית המשפט קמא בשעה שפסק שהעותר יכול, במידת הצורך, לפנות למדינות שכנות אחרות לקבלת הטיפול הרפואי.** בראש ובראשונה יצוין, כי טענה זו לא נטענה על ידי המשיבים ואף לא הועלתה בדיון, ועל כן לא ניתנה הזדמנות לברר את יסודותיה ולטעון כנגדה. כבר בשל כך דינה להתבטל. לגופא, קביעה זו מגלה טעות עובדתית וטעות משפטית עוקבת. טעות עובדתית, שכן תושבים פלסטינים המתגוררים ברצועת עזה אינם יכולים לצאת בשגרה, ואף לא במידת הצורך, למצרים דרך מעבר רפיח. לעומת זאת, דרך מעבר ארז נכנסים לישראל תושבים פלסטינים, בעיקר חולים, סטודנטים ובעלי צרכים מיוחדים, מדי יום ביומו. המערער, כזכור, זקוק לטיפול דחוף. יתר על כן, מצבו הבריאותי של המערער דורש את העברתו לטיפול באמצעות אמבולנס – דבר שמתאפשר על פי רוב רק דרך מעבר ארז. כיוון שמעבר ארז מהווה רוב הזמן צוהר יחיד לעולם שמחוץ לרצועת עזה, על ישראל חובה מוגברת ביחס לכל מדינה אחרת לדאוג לצרכיהם ההומניטאריים של האוכלוסייה הפלסטינית ברצועת עזה, כאמור בסעיף א' לעיל. מכאן הטעות המשפטית שביסוד קביעתו האחרונה של בית המשפט קמא.

(ג) **עוד שגה בית המשפט קמא בכך שלא איזן כראוי בין החשש הלא מבוסס מהשתקעות בגדה המערבית והאינטרס הנעלם של המשיבים במניעתה, מחד גיסא, לבין הנזק המוחשי והחמור שנגרם ושעלול להיגרם למערער כתוצאה מסירוב המשיבים להתיר את כניסתו, מאידך גיסא.** בית המשפט קמא קבע כי בשקלול האינטרסים העומדים על כפות המאזניים, אין בסירובם של המשיבים להתיר את כניסתו של המערער לישראל כדי להצדיק התערבות שיפוטית. ברם, קביעתו של בית המשפט קמא מתבססת על הנחות יסוד שלטענת המערער הינן שגויות. ראשית, הקביעה לפיה חשש המשיבים מהשתקעות מעוגן היטב בחומר הראיות שגויה לטענת המערער, כפי שיפורט להלן. שנית, המשיבים לא הציגו בפני בית המשפט קמא כל טיעון באשר לאינטרס שבבסיס החשש מהשתקעות או ביחס לנזק שעלול להיגרם לטענתם כתוצאה מהשתקעות המערער בגדה המערבית. שלישית, אל מול אינטרס המשיבים, לא שקל בית המשפט קמא כראוי את הפגיעה הקשה בזכויותיו כבדות המשקל של המערער, ובראשן הזכות לבריאות, הזכות לשלמות הגוף והזכות לכבוד.

ייתכן שבית המשפט קמא לא ייחס לזכויות המערער את משקלן הראוי, בהסתמכו על הקביעה המשפטית, לפיה ישראל לא חבה חובות הומניטאריות כלפי תושבים פלסטינים המתגוררים ברצועת עזה – קביעה, שכאמור, בטעות יסודה.

ייתכן שהפחית בית המשפט קמא בחומרת הפגיעה המסתברת בזכויות המערער בהניחו כי המערער יכול לקבל את הטיפול הנדרש במדינות שכנות אחרות. אף הנחה זו שגויה בבסיסה.

כאשר יתוקנו קביעותיו המקדימות של בית המשפט קמא, תוצאת שקלול האינטרסים תהיה גם היא שונה מזו שאליה הגיע בית המשפט במסגרת הדיון בעתירה.

בהקשר זה חשוב לציין, כי למיטב ידיעת ב"כ המערער, **לא היה כל מקרה אחר** בו פסק בית משפט כנגד בקשתו של חולה פלסטיני הזקוק לטיפול דחוף וחיוני בישראל ושלא נשקף ממנו סיכון ביטחוני, אך ורק מהטעם שקיים חשש כלשהו מהשתקעות.

(ד) בנוסף, שגה בית המשפט קמא בקובעו כי המשיבים הניחו תשתית ראייתית איתנה המצביעה על כוונתו של המערער להשתקע בגדה המערבית. המשיבים לא הציגו בפני בית המשפט קמא ראיות לכך שהמערער פעל על-מנת לעבור לגדה המערבית ולהשתקע שם או שברצונו לעשות כן. נהפוך הוא – ב"כ המערער הציגה בפני בית המשפט קמא ראיות המעידות על כך שבניגוד לטענת המשיבים המערער מעולם לא ביקש להתאחד עם אשתו וילדיו בגדה המערבית, אלא רק לבקרו ולשוב לביתו שברצועת עזה. המערער אף הציג ראיות לכך שישנם גורמים משמעותיים הקושרים את המערער לרצועת עזה, בראשם בתו בת ה-14, שבמשמורתו הבלעדית, הוריו המבוגרים ואחיותיו הרווקות. אי לכך, ככל שהראיות מצביעות על כוונותיו של המערער, הרי שהן מעידות דווקא על כוונתו שלא להשתקע בגדה המערבית.

(ה) ולבסוף, שגה בית המשפט קמא בקובעו כי בקשתו של המערער לצאת את רצועת עזה לצורך קבלת טיפול רפואי שאינו זמין ברצועה לא היתה אלא אמתלה המכסה על כוונתו של המערער לעבור לגדה המערבית לצורך השתקעות. הצורך הרפואי הדחוף והיעדר אפשרויות הטיפול ברצועת עזה אינם נתונים במחלוקת. כך גם פסק בית המשפט קמא. אי לכך, על בסיס קביעותיו של בית המשפט קמא עצמו, לא ניתן לומר כי בקשתו של המערער אינה כנה או שהיא מגלה כוונות אחרות.

ב. עיקרי העובדות הצריכות לעניין

6. המערער הינו תושב פלסטיני בן 40 המתגורר ברצועת עזה. המערער סובל מזה כשנתיים מכאבי גב גוברים כתוצאה מבליטת דיסק בחוליות הצוואר המפעיל לחץ על שורשי העצבים של גפיו השמאליות.
7. כבר בשנת 2007 הופנה המערער לבצע צילום MRI, שלא היה זמין באותה עת ברצועת עזה, ברמאללה. כיוון שיציאתו לא התאפשרה אז, טופל המערער במשככי כאבים בלבד, בזמן שמצבו הלך והחמיר. רק לפני כחצי שנה, בתאריך 13.8.09, עלה בידו של המערער לבצע צילום MRI במרכז רפואי בעזה, וזאת לאחר שישראל התירה זמן קצר קודם לכן את הכנסת החומרים הרפואיים המאפשרים הפעלת מכשיר MRI. תוצאות הבדיקה העידו על בליטת דיסק אשר מפעילה לחץ על שורשי העצבים בצווארו של המערער.
8. לאור תוצאות הבדיקה החמורות ובהיעדר האמצעים הרפואיים המתאימים במערכת הבריאות בעזה, הפנה משרד הבריאות הפלסטיני את החולה באופן **דחוף** לקבל טיפול נירוכירורגי מחוץ לרצועת עזה ואישר התחייבות כספית כנדרש. ד"ר נתן ברוק, מומחה בכירורגיה אורטופדית מבית החולים תל השומר ומתנדב בעמותת "רופאים לזכויות אדם", החווה דעתו כי על בסיס ממצאי הבדיקות של המערער **נדרשת התערבות ניתוחית דחופה, אחרת עלול להיגרם למערער נזק בלתי הפיך.**
9. בית החולים סנט ג'וזף שבמזרח ירושלים ניאות לקבל את המערער ולאשפזו, בהשגחתו של ד"ר ח'ליל סלאמה, מנהל המחלקה הנירוכירורגית. לצורך הסדרת יציאתו לטיפול הרפואי במזרח ירושלים, פנה המערער לוועדה האזרחית הפלסטינית, אולם בקשותיו לא נענו.
10. בצר לו, פנה המערער לעמותת "רופאים לזכויות אדם" בבקשה לעזרה ביום 15.9.2009, אשר הפנתה את התיק לטיפול המשפטי של עמותת "ג'ישה". האחרונה פנתה בשמו של המערער בהליך של קדם עתירה וביקשה כי הפרקליטות תתערב בדחיפות בעניינו של המערער אצל גורמי הביטחון, על מנת שאלה יאפשרו לו להיכנס לישראל לצורך קבלת הטיפול הרפואי הנדרש.
11. ביום 4.11.2009 הודיע עו"ד ירון פנש מפרקליטות מחוז דרום לב"כ המערער, כי נקבע למערער תחקור ביטחוני במעבר "ארז" ליום המחרת. ביום 5.11.2009 התייצב המערער במעבר "ארז", על אף מצבו הפיזי הקשה והכאבים העזים. המערער 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 המערער 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.
12. לאחר התחקור עמדה ב"כ המערער בקשר עם עו"ד פנש מפרקליטות מחוז דרום על מנת לקבל תשובה בעניינו של המערער. עו"ד פנש פעל להשגת מענה בכתב, אולם זה בושש להגיע. רק ביום

22.11.2009 העביר עו"ד פנש לב"כ המערער את תשובתם של הגורמים המוסמכים. לפי תשובתם, בקשתו של המערער לצאת את רצועת עזה לצורך קבלת טיפול רפואי דחוף וחיוני בישראל נדחתה מהטעם העיקרי, שלטענת המת"ק אפשר לקבל את הטיפול הרפואי הנדרש גם ברצועת עזה. בנוסף, העלו הרשויות חשש שמא יבקש המערער לנצל את היתר הכניסה בכדי להשתקע בגדה המערבית, שם שוהים אשתו וארבעה מילדיו.

13. לאור הסירוב ולנוכח דחיפות הבקשה, הגישה ב"כ המערער עתירה דחופה לבית המשפט המחוזי בבאר שבע ביום 22.12.2009.

ג. ההליך בבית המשפט המחוזי

14. מיום קבלת סירובם של המשיבים, חזרה ב"כ המערער וביקשה מהמשיבים פרטים על אודות הטיפול הרפואי הזמין לטענתם ברצועת עזה, על מנת לברר אם אכן קיים ברצועה טיפול מתאים למצבו הרפואי של המערער אשר יוכל להביא סוף סוף להקלה בסבלו. אולם ללא הועיל.

15. רק יום לפני המועד הראשון שנקבע לדיון בעתירה, ביום 5.1.2010, הגישו המשיבים את תגובתם ובה ציינו לראשונה כי טענותיהם ביחס לזמינות הטיפול הנדרש למערער ברצועת עזה מסתמכות על דבריו של מר רפעת מחסן, מתאם הבריאות מטעם הרשות הפלסטינית ברצועת עזה.

16. בעקבות בירורים שערכה ב"כ המערער באמצעות עמותת "רופאים לזכויות אדם", התברר כי עורבא פרח! מתאם הבריאות טען כי ההפך הוא שנמסר והמשיבים השתכנעו כי עליהם לערוך בירור נוסף. לצורך כך, ביקש ב"כ המשיבים לדחות את הדיון בכמה ימים.

17. בדיון שנערך לבסוף ביום 11.1.2010 הודיע ב"כ המשיבים כי מרשיו מוותרים על טענתם העיקרית בעניין זמינות הטיפול ברצועת עזה, אך עומדים בסירובם על בסיס הטענה השנייה, היא החשש מהשתקעות בגדה המערבית.

18. המשיבים טענו בכתב התגובה כי הם מבססים את חששם על שתי בקשות קודמות של המערער מחודש מאי 2009 להיכנס לגדה המערבית. לפי המשיבים, הגיש המערער ביום 6.5.2009 בקשה למעבר לאיו"ש לשם התאחדות עם אשתו וילדיו, ושוב בתאריך 17.5.2009, הפעם לצורך ביקור אשתו וילדיו. על סמך זאת כתב ב"כ המשיבים כי "בקשות אלו לכניסה לישראל/איו"ש אשר הוגשו לאחרונה, יכולות ללמד על הכוונה העומדת מאחורי בקשת כניסה נוספת זו" (היינו, הבקשה לכניסה לצורך קבלת טיפול רפואי).

19. המערער לא הכחיש ולו לרגע כי אשתו וארבעה מילדיו נמצאים בגדה המערבית, וזאת לאחר שבאוגוסט 2008 ילדה אשתו רביעייה בבית החולים ברזילי שבאשקלון ולאחר מכן הצטרפה

למשפחתה בטול כרם. אלא שאין בין זאת לבין בקשתו הנוכחית של המערער לצאת את רצועת עזה לצורך קבלת טיפול רפואי ולא כלום.

20. אכן, במאי 2009 ביקש המערער להגיע לגדה המערבית ולבקר שם את ילדיו, אותם לא ראה מעולם. לצורך כך פנה המערער לוועדה האזרחית הפלסטינית, בהתאם לנוהלי המשיבים, וזו העבירה את בקשתו לביקור אשתו וילדיו בגדה המערבית ביום 6.5.2009. האסמכתא מהוועדה האזרחית הפלסטינית המעידה על כך הוצגה בפני בית המשפט קמא במהלך הדיון.

העתק האסמכתא מאת הוועדה האזרחית הפלסטינית, המעידה על כך שהעבירה את בקשתו של המערער לביקור משפחתו בגדה המערבית לצד הישראלי ביום 6.5.2009, בצירוף תרגום לעברית, מצ"ב ומסומן נספח ע/3.

21. במקביל פנה המערער לעמותת "המוקד להגנת הפרט" (להלן: **המוקד**) בבקשה שתפעל בשמו לצורך הסדרת יציאתו מרצועת עזה וביקורו בגדה. המוקד פנה למת"ק עזה ביום 17.5.2009 בבקשה שיתיר את כניסתו של המערער לישראל כדי שיוכל להגיע לגדה המערבית ולבקר שם את ילדיו. המוקד צרף לפנייתו את האסמכתא האמורה מהוועדה האזרחית הפלסטינית, אולם הפנייה לא נענתה. ביום 7.6.2009 שלח המוקד מכתב תזכורת בעניינו של המערער, ואף הוא לא נענה.

העתקי פניותיו של המוקד בעניינו של המערער מצ"ב ומסומנים נספח ע/4.

22. כלומר, מדובר למעשה באותה בקשה אחת ויחידה לביקור ילדיו בגדה, אשר שהוגשה על ידי הוועדה האזרחית הפלסטינית ולוותה על ידי המוקד. וזאת בשונה מהמצג שביקשו המשיבים לייצר, כאילו המערער הגיש בקשות חוזרות ונשנות, לא רק לביקור אלא גם להשתקעות, וכאילו המשיך להגיש בקשות כאלו גם לאחרונה.

23. כאמור, בקשתו של המערער לבקר את ילדיו לא נענתה. במקביל, החמיר מצבו הבריאותי. ברגע שהתאפשר למערער, בחודש אוגוסט 2009, לעבור צילום MRI, הופנה בדחיפות על ידי רופאיו, ובאישור משרד הבריאות הפלסטיני, לטיפול נירוכירורגי שאינו זמין ברצועת עזה. מאז שקיבל את ההפניה מבקש המערער דבר אחד בלבד: שהמשיבים יאפשרו לו לקבל את הטיפול הרפואי החיוני לו ושבצעדיו עלול הוא להפוך לנכה.

24. המערער הצהיר מפורשות בתצהירו אשר צורף לכתב העתירה, ואף אמר זאת בתחקור הביטחוני, כי אין בכוונתו להשתקע בגדה המערבית וכי כל מטרתו היא לקבל את הטיפול הרפואי הנדרש. המערער מתכוון לשוב לרצועת עזה מיד עם תום הטיפול ולהחלים ממנו בביתו ובחיק משפחתו. למערער בת 14 מנישואיו הראשונים שנמצאת בחזקתו הבלעדית, והוא מתגורר איתה בסמוך להוריו המבוגרים ולאחיותיו הרווקות. במהלך הדיון בעתירה הגישה ב"כ המערער לבית המשפט העתק מתעודת הזהות של המערער, שבה רשומה בתו הבכורה.

העתק תעודת הזהות של המערער מצ"ב ומסומן נספח ע/5.

25. המערער הצהיר בעבר והוא מצהיר על כך שוב, כי הוא מוכן להתחייב על כך שיימנע מלהיכנס לגדה המערבית ולא ינצל את ההיתר למטרה אחרת מזו שעבורה יינתן לו.
26. בכל מקרה, לא ייתכן כי יימנע מהמערער טיפול רפואי דחוף וחיוני, שלא ניתן להשיגו ברצועת עזה, רק משום שהמשיבים מעלים חשש לא מבוסס מהשתקעות המערער בגדה המערבית. סירוב על בסיס חשש שכזה חותר תחת חובותיהם של המשיבים כלפי המערער, כפי שיפורט בהמשך, ואינו ענייני לצורך הרפואי המהותי של המערער.
27. המערער, כאמור, סובל ממצב בריאותי חמור ביותר וסכנה ממשית של שיתוק תמידי רובצת לפתחו, אם לא יזכה לטיפול הראוי בהקדם. הכאבים העזים מחייבים אותו ליטול משככי כאבים חזקים, המשפיעים גם הם על תפקודו. המערער זקוק לטיפול נירוקירורגי דחוף על מנת למנוע את היקבעותם של הנזקים ולהביא להקלה במצבו.
28. למרות הצורך הרפואי המוחשי והדחוף ואף שהמשיבים לא טענו כל טענה ביטחונית נגד המערער, דחה בית המשפט קמא את עתירת המערער, בהתבסס על קביעות עובדתיות ומשפטיות שגויות. אי לכך ובהתאם לזאת, לא נותרה בידי המערער ברירה אלא לפנות לבית המשפט הנכבד בערעור על פסק דינו של בית המשפט קמא.

ד. נימוקי הערעור – שגיאות בפסיקת בית המשפט קמא

1. ישראל חבה בחובות הומניטאריות כלפי תושבי רצועת עזה

29. בית המשפט קמא קבע שרצועת עזה מהווה "ארץ אויב" או "מדינת אויב" ועל סמך קביעה מוטעית זו, בין היתר, קבע בית המשפט כי למדינת ישראל אין כל חובה כלפי המערער. רצועת עזה איננה מדינת אויב. רצועת עזה איננה מדינה. הרשויות הישראליות נמנעו מלהכריז על רצועת עזה כעל "אויב", דבר שהיה גורר הגבלות על קיום מגעים עם תושבי עזה (ראו, למשל, פרק ז' לחוק העונשין, התשל"ז-1977 וכן ראו פקודת המסחר עם האויב). לא רק שתושבי רצועת עזה אינם "נתיני אויב" אלא הם זכאים ליחס מיוחד בידי הרשויות הישראליות, אשר קבעו הסדרים מיוחדים לתת ביטוי לחובותיה של מדינת ישראל כלפי תושבי עזה.
30. בקובעו כי "מאז שבוטל בשנת 2005 הממשל הצבאי בשטח רצועת עזה... לא מוטלת עוד כל חובה על מדינת ישראל לדאוג לרווחת תושבי רצועת עזה וגם לא לבריאותם", הסתמך בית המשפט קמא על בג"ץ 4920/06 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (לא פורסם, 25.6.2006). אלא שפסק הדין בעניין "רופאים לזכויות אדם" מבסס דווקא את המסקנה ההפוכה. באותו עניין הסכימו המשיבים להתיר את כניסתו של העותר לישראל לצורך טיפול רפואי דחוף וחיוני, אף שהיו בידיהם טענות ביטחוניות כנגדו, והתנו את כניסתו בליווי גורמי אבטחה. סלע המחלוקת היה מימון שירותי האבטחה, ובעניין זה קבע בית המשפט כי ככל שלא יצליח העותר להשיג לכך מימון מהרשות הפלסטינית, יישאו המשיבים בעלויות.

31. אם הותרה כניסתו של אדם שנטען נגדו שהוא מהווה סיכון ביטחוני, אף שמדינת ישראל עשויה לשאת בעלויות הליווי והאבטחה, הרי שעל אחת כמה וכמה שצריכה להתאפשר כניסתו של המערער – אדם אשר לא נטענה כנגדו כל טענה ביטחונית ואשר יציאתו מרצועת עזה אינה דורשת ליווי מאובטח. התרת כניסתו של העותר במקרה אליו הפנה בית המשפט קמא נעשתה, מן הסתם, מתוך הכרה בחובותיה ההומניטאריות של ישראל ולא מתוך שלילתן. הכרה זו עולה במפורש מפסיקותיו של בית המשפט הנכבד והיא מתבקשת על פי הדין הישראלי והדין הבינלאומי.

החובות הנובעות משליטתה של ישראל במעברי הגבול ולנוכח התלות של רצועת עזה בישראל כפי שהתפתחה במשך כארבעה עשורים של כיבוש

32. בבג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 30.1.2008. להלן: עניין אלבסיוני) בית המשפט העליון התייחס לשינויים 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.

33. אי לכך, "ההתנתקות" של ישראל מרצועת עזה אינה מאיינת, במצב הדברים הנוהג, את כלל אחריותה וחובותיה 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 במשך כארבעה עשורים של כיבוש, קמה החובה לדאוג לבריאות התושבים המוגנים, לפחות בכל הקשור לשליטתם במעברים.

34. הרשויות הישראליות הכירו בתלות של תושבי עזה כתוצאה מהשליטה בגבולות וכן באחריות שנובעת מתלות זו (ראו סעיף 12 לפרשת אלבסיוני) כאשר קבעו הסדר עם הרשות הפלסטינית, אשר מאפשר לתושבים פלסטיניים לקבל טיפול רפואי בישראל כאשר הוא אינו זמין ברצועת

עזה או בגדה המערבית. המשיבים אף מעידים, בתגובתם המקדמית לעתירה, כי במסגרת מנגנון זה, ניתנו 13,333 היתרים בשנת 2008 ו-15,148 היתרים בשנת 2007 לצורך קבלת טיפול רפואי בישראל, כביטוי להכרה בחובתם לאפשר לחולים פלסטיניים לקבל טיפול רפואי בישראל. לצורך כך, הוקם מנגנון תיאום אשר פועל בין נציגי הרשות הפלסטינית ברצועת עזה לבין המשיב 4. מנגנון זה מאפשר לחולים לקבל טיפול רפואי בכפוף לתנאים הבאים: (1) היעדר הטיפול ברצועת עזה; (2) התחייבות כספית מטעם הרשות הפלסטינית; (3) איזון בין טענה ביטחונית פרטנית לבין הצורך בקבלת הטיפול. במקרה של המערער, הטיפול אינו זמין ברצועת עזה, ובכך הכירו גם המשיבים; ההתחייבות הכספית הנדרשת ניתנה; וטענה ביטחונית כלל לא הועלתה. בנסיבות אלו, החלטתו של בית משפט קמא שלא להתערב במניעת הטיפול מהווה חריגה בוטה מפסיקתו של בית המשפט הנכבד. למיטב ידיעת הח"מ, **בית המשפט הנכבד מעולם לא סמך ידו על מניעת טיפול רפואי במקרים שבהם לא הועלתה טענה של מניעה ביטחונית.**

35. נהפוך הוא – בשורה של פסקי דין הדגיש בית המשפט הנכבד את חשיבותה העליונה של התרת כניסתם של חולים, לצורך קבלת טיפול רפואי חיוני שאינו בנמצא ברצועת עזה, אפילו בזמנים בהם נשקפת סכנה מעצם פתיחת המעברים (ראו בג"ץ 5429/07 **רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון** (לא פורסם, 28.6.2007)), וגם כאשר נשקפה סכנה ביטחונית פרטנית מהחולה הזקוק לטיפול. כך, למשל, בבג"ץ 8840/06 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה** – **אלוף פיקוד הדרום**, שם החליט בית המשפט הנכבד ביום 27.10.2006 להתיר את כניסתו של החולה בשמו עתרה העמותה על אף טענות ביטחוניות משמעותיות שהעלו המשיבים כנגדו. בבג"ץ 9522/07 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה**, **אלוף פיקוד הדרום** (לא פורסם, 28.11.2007) עמד כבוד השופט רובינשטיין על הערך ההומניטארי במתן גישה לשירותים רפואיים דחופים וחיוניים, גם כאשר נשקפת סכנה:

"אף אם מדובר ברשעים, וגם אם שלטונותיהם מתנהגים כפי שהם מתנהגים, אין לשלול מהם נגישות לטיפול מציל חיים." (פסקה 6)

וביחס להבחנה בין "הצלת חיים" לבין "איכות חיים" כתב:

"ההבחנה שערכו בעבר המשיבים בין 'הצלת חיים' ל'איכות חיים', אשר כשלעצמנו איננו סבורים כי יש לה מקום ככלל שעה שמדובר במומים קשים"
(פסקה 3)

36. ויודגש – המציאות אליה התייחסו פסקי הדין הנ"ל ובפרט בג"ץ 5429/07 שונה בתכלית מהמציאות העובדתית כיום, בה בני אדם עוברים דרך מעבר ארז מדי יום, בהתאם לקריטריונים שנקבעו לאחר מתן פסק הדין באותה פרשה.

37. מניעת כניסתו של המערער לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי אשר איננו בנמצא ברצועת עזה מנוגדת אם כך למחויבותם של המשיבים לתושביה המוגנים של רצועת עזה.

חובת המשיבים לדאוג לקיומם של חיים תקינים, ופרט לקיומם של שירותי רפואה חיוניים

38. ההחלטה שלא לאפשר את כניסת המערער 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.

39. 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 אי סבירות החלטת המשיבים, במיוחד לנוכח הצהרתה של מדינת ישראל כי הסעיפים ההומניטאריים של אמנה זו יחולו דה פקטו בשטחים הכבושים.

40. 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 . . .”

41. בפרשנות המוסמכת של ארגון הצלב האדום לאמנת ג'נבה הרביעית מבהיר ד"ר ז' ס' פיקטה, כי אף 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.

42. בדומה, תקנה 43 לאמנת האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה – אמנה 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...”

43. כך נאמר בבג"ץ 202/81, סעיף 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".

44. ספציפית ביחס לשירותים רפואיים קובע סעיף 38 לאמנת ג'נבה הרביעית, כי למדינה השולטת חובה לספק לתושבים מוגנים, הזקוקים לטיפול רפואי, שירותים המשתווים לאלו שמקבלים נתיניה:

"they [protected persons] shall, if their state of health so requires, receive medical attention and hospital treatment to the same extent as the nationals of the State concerned"

45. מניעת כניסתו של המערער 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.

חובתה של ישראל להתייר כניסתו של המערער לטיפול בהיעדר חלופות הולמות במקומות אחרים

46. בית המשפט דלמטה קבע, כי "העותר יכול לפנות, במידת הצורך, למדינות שכנות אחרות לקבלת הטיפול הרפואי". קביעה זו מתעלמת מהעובדה שמדינת ישראל שולטת כמעט בכל הגבולות והמעברים של רצועת עזה – הימיים, האוויריים והיבשתיים. **למערער אין אפשרות לצאת לטיפול רפואי במדינות שכנות בשל סגר שמוטל על כל המעברים של רצועת עזה.**

47. גם מעבר רפיח, הוא המעבר היבשתי בין רצועת עזה למצרים עליו מפעילה ישראל שליטה עקיפה אך משמעותי, אינו מהווה פתרון לבעיה. מעבר רפיח סגור רוב ימות השנה ונפתח רק מעת לעת לכמה ימים בודדים, באופן לא סדור ובלתי צפוי. כתוצאה, רק כ-12% מהמבקשים מצליחים לעבור כיום דרך מעבר רפיח, וזאת בהשוואה לכמות האנשים שעברה דרכו לפני יוני 2006. בו בזמן, מעבר ארז פתוח מדי יום ביומו למעבר חולים, סטודנטים ואחרים. (ראו לעניין זה דו"ח מטעם העמותות "גישה" ו"רופאים לזכויות אדם", "מעבר רפיח: מי מחזיק במפתחות" מחודש מארס 2009, זמין באתר www.gisha.org)

48. המערער זקוק, כאמור, לטיפול דחוף וחיוני. אי לכך, הפתיחות החריגות והבלתי צפויות של מעבר רפיח אינן מהוות פתרון עבור המערער, בייחוד לאור מצבו הבריאותי הרעוע, אשר מעמיד בסימן שאלה את יכולתו לעבור את המסע המפרך מהגבול לקהיר, גם אם היה מצליח להיכנס לרשימות ההמתנה הארוכות לצורך מעבר דרך רפיח.

49. יתר על כן, מצבו של המערער חמור עד כדי כך שרופאו המטפל קבע שעליו לצאת לטיפול רק באמצעות אמבולנס. מעבר רפיח, אשר נפתח לעיתים נדירות על בסיס חריג, אינו ערוך ליציאתם של חולים על גבי אמבולנסים. זאת בניגוד למצב במעבר ארז, דרכו יוצאים חולים באמבולנסים כעניין שבשגרה.

יצוין, כי חוות דעת הרופא המטפל לגבי הצורך בהסעה באמבולנס ניתנה בחודש אוקטובר 2009 ולא צורפה לעתירה, כיוון שלא היתה רלוונטית לטענות המערער בזמנו. משהועלתה הטענה ביחס לאפשרות היציאה למצרים לראשונה במסגרת פסק הדין, יבקש המערער לצרף את חוות הדעת מאת רופאו לערעור ויגיש לצורך כך בקשה נפרדת, במקביל להגשת ערעור זה.

העתק חוות דעת הרופא המטפל של המערער מיום 26.10.2009 לגבי הצורך בהסעתו לאשפוז באמבולנס ותרגומה לעברית מצ"ב ומסומנים נספח ע/6.

50. לאור כל זאת, קביעה כאילו המערער יכול לצאת בכל זמן נתון לטיפול רפואי במדינות שכנות אחרות כמוה כלעג לרש ואין להותירה על כנה.

51. הכרעה עובדתית בנוגע לאפשרות או חוסר האפשרות לגשת לטיפול הולם במצרים משליכה, מן הסתם, על קביעת מידת הפגיעה הנשקפת למערער כתוצאה מהחלטת המשיבים שלא לאפשר לו גישה לטיפול הנדרש במזרח ירושלים. בהיעדר אפשרות לגשת לטיפול במצרים, מניעת כניסתו של המערער לישראל לצורך טיפול עלולה לגזור עליו נכות ותלות לשארית חייו.

2. הצורך באיזון ראוי בין אינטרס המשיבים לבין הפגיעה בזכויות היסוד של המערער, ובראשן הזכות לבריאות ולשלמות הגוף

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

53. מניעת כניסתו של המערער לקבלת טיפול אינה 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.

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

55. כיוון שלא נטען כי קיימת מניעה ביטחונית כלשהי מלאשר את הבקשה, לא ברור למערער מדוע סירבו המשיבים לבקשתו ומדוע דחה בית המשפט קמא את עתירתו ובכך מנע ממנו טיפול רפואי דחוף והכרחי. התמשכות ההליכים בעניינו של המערער מאריכה את סבלו ומסכלת את סיכוייו לטפל במחלתו הקשה. אם לא תותר כניסתו של המערער לישראל לצורך הטיפול הנדרש בהקדם, יגברו באופן מובהק הסיכויים שיהפוך לנכה ותלוי באחרים כבר בגיל

40, כאשר הוא אב לחמישה ילדים, אחת מהן בחזקתו הבלעדית. כך, במקום שיטפל המערער בבתו, תיאלץ היא לטפל בו.

56. לאור זאת, מניעת כניסתו לישראל של המערער לצורך קבלת טיפול רפואי פוגעת בזכויות היסוד שלו ובפרט בזכות לחיים ולשלמות הגוף, שלא למען תכלית ראויה, ובאופן בלתי מידתי ובלתי סביר.

הזכות לקבלת טיפול רפואי במשפט הישראלי

57. הזכות לחיים הינה זכות חוקתית בסיסית, הנתונה לכל אדם. זכות זו נגזרת מעיקרון קדושת החיים, המהווה עיקרון 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".

58. 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".

59. 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 אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע" (רע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה (2), 360, 376).

60. מוטלת על המדינה החובה החיובית להגן על החיים ועל הגוף וכן לקדם את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד כלפי כל אדם באשר הוא אדם. **סירוב להתיר את כניסתו של המערער לישראל, תוך מניעת טיפול רפואי החיוני עבורי, חורג מתנאי פסקת ההגבלה, ובעיקר מדרישת המידתיות שבה, ועל כן עומד בסתירה לחוק היסוד.**

הזכות לקבלת טיפול רפואי במשפט הבינלאומי

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

62. 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.

63. מדינת ישראל חתומה, אם כך, על אמנות בינלאומיות המסדירות את חובת הבטחת סיוע רפואי לאוכלוסייה המקומית, ולפיכך סירוב מתן היתר לכניסתו של המערער לצורך לקבלת טיפול רפואי, תוך ידיעה כי מניעת נגישותו של החולה מטיפול רפואי זה עלולה 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.

מהו האינטרס שעומד מנגד?

64. אל מול זכויותיו הבסיסיות של המערער והנזק החמור שייגרם לו כתוצאה מסירוב לבקשתו העמיד בית המשפט קמא שיקול אחד בלבד: החשש שהעלו המשיבים שמא ינצל המערער את היתר הכניסה לישראל לצורך השתקעות בגדה המערבית.

65. ברם, לא רק שהחשש, כאמור, אינו מבוסס, כפי שיובהר בהמשך, ולא רק שחשש זה הפך למשענתם המרכזית של המשיבים רק לאחר שטענתם באשר לזמינות הטיפול הוכחה כמשוללת כל יסוד, אלא שהמשיבים אף לא הציגו כל טענה באשר לאינטרס שבבסיס חששם או ביחס לנזק שעלול להיגרם לשליטתם אילו חשש ערטילאי זה ימומש.

66. בנוסף, גם אם קיים אינטרס לגיטימי ביסוד חששם של המשיבים וסירובם לבקשת המערער, הרי שהמשיבים לא הראו שבחנו חלופות אשר יקיימו אינטרס זה ושפגיעתן פחותה מהפגיעה הגלומה במניעת הטיפול מהמערער. המשיבים סומכים את סירובם על החשש מהשתקעות המערער בגדה המערבית, הנתונה לשליטתם. ככל שלמשיבים אינטרס לגיטימי בשלילת אפשרות תיאורטית זו, מדוע לא שקלו חלופות לאיון האפשרות, למשל על ידי אמצעי אכיפת החוק בגדה המערבית?

67. בית המשפט קמא לא עמד על קשיים אלו ולא העלה כל תהייה באשר לכובד ולמוצקות טענות המשיבים לנוכח התנהלותם עובר להליך מול בית המשפט ובמהלכו.

68. **אי לכך ובהתאם לזאת, החלטת המשיבים ופסק דינו של בית המשפט קמא אינם משקפים איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים: הזכות לבריאות, שלמות הגוף וקיום בכבוד מחד גיסא, והשיקול האחר שהציגו המשיבים – היינו, החשש מהשתקעות בגדה – מאידך גיסא.**

לפיכך, סירובם של המשיבים לבקשתו של המערער חורג מגבולות הסבירות והמידתיות ועל בית המשפט קמא היה לפוסלו.

3. הבסיס לביקורת שיפוטית על קביעות והחלטות המשיבים

69. פעולותיהן של רשויות המדינה, ובהן 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

70. מניעת כניסתו של המערער לישראל לשם קבלת טיפול רפואי והתנייתה במסירת מידע ובשיתוף פעולה, כאשר אין כנגדו כל טענה ביטחונית ותוך ניצול מצבו הרפואי הקשה, נגועות בשיקולים זרים ומהוות ביטוי לסחיטה ולהפעלת לחץ פסול לצורך השגת מטרות המשיב 3.

71. 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 התקיין"

72. 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..."

73. זאת ועוד, שקילתם של שיקולים זרים במסגרת הפעלת הסמכות פוסלת את מעשה הרשות. בעמ"ס 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"

74. **סירובם של המשיבים לאפשר את יציאתו של המערער לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי דווקא לאחר שהמערער סירב לשמש כסייען לרשויות הבטחון, מעלה חשש כבד כי שיקולים זרים הניעו את החלטתם של המשיבים.** חשש זה מתחזק לנוכח היאחזותם של המשיבים במשך תקופה ארוכה בטענה המופרכת, לפיה הטיפול הנוירוכירורגי הנדרש למערער זמין ברצועת עזה. זאת בזמן שהמשיבים עצמם אישרו בקשות של חולים אחרים להיכנס לישראל לצורך טיפול נוירוכירורגי דומה, כפי שפורט בכתב העתירה.

75. התנהלות זו של המשיבים עלולה להעיד על פגמים בשיקול הדעת. **אף על פי כן, ואף שהטענות שלעיל הועלו במסגרת ההליכים בפני בית המשפט קמא, הן לא נשקלו ולא נדונו על ידי בית המשפט קמא.**

76. 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 ולמנהגי 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.

77. **הפרה של איסור זה מטילה, על פי דיני המלחמה, אחריות פלילית בינלאומית באופן אישי על מבצעי המעשה (ראו: סעיף 147 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949)).**

78. בדומה לכך, פסק בית משפט נכבד זה בבג"ץ 3799/02 **עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז**, תק-על 2005(4), 49 (2005) (פרשת "נוהל שכ"ן"), ויפים דבריו של הנשיא ברק בפסק דינו, על דרך האנלוגיה, לעניין גיוס משתפי פעולה:

"עקרון בסיסי העובר כחוט השני בדיני התפיסה הלוחמתית הוא האיסור של שימוש בתושבים מוגנים כחלק מהמאמץ המלחמתי של הצבא התופס. אין לנצל את האוכלוסייה המקומית לצרכיו הצבאיים של הצבא התופס (ראו פלק עמ' 218). **אין לנדב אותם ל'שיתוף פעולה' עם הצבא** (ראו סעיף 23 (B) לתקנות האג וסעיף 51 לאמנת ג'נבה הרביעית. ראו גם פיקטה, ע' 292). מעקרון כללי זה נגזר האיסור הספציפי של שימוש בתושבים מקומיים כ'מגיני אנוש... כן נגזר מעקרון זה איסור השימוש בכפייה (גופנית או מוסרית) כלפי אנשים מוגנים לשם השגת ידיעות (סעיף 31 לאמנת ג'נבה הרביעית; פיקטה, עמ' 219). אין לבסס נוהל על הסכמה, כאשר ברבים

מהמקרים זו לא תהא אמיתית (ראו פלק עמ' 252). יש להימנע ממצב בו תתבקש הסכמה זו. מה גם שלא יהיה לה תוקף, הואיל ולאור סעיף 8 לאמנה הרביעית (פיקטה עמ' 72, 74), תושב מוגן אינו רשאי לוותר על זכויותיו. " [ההדגשות הוספו – הח"מ]

החובה להניח תשתית ראייתית מספקת

79. בית המשפט קמא קבע, כי המשיבים הניחו "תשתית ראייתית איתנה המצביעה על כוונתו של העותר להתאחד עם אשתו וילדיו המתגוררים באיו"ש, וזאת לנוכח פניותיו החוזרות של העותר להיכנס לישראל כדי לפגוש ב[ב]ני משפחתו. " (סעיף 7 לפסק הדין). בנוסף, קבע בית המשפט כי הבקשה להיכנס לישראל לצורך הטיפול לא היתה אלא "אמתלה" וזאת למרות פסיקתו, לפיה "אין חולק כי נכון להיום נדרש העותר להתערבות כירורגית אותה אין הוא יכול לקבל בבית החולים בעזה" (סעיף 2 לפסק הדין).
80. בית המשפט קמא לא עמד על הפגמים בתשתית הראייתית שהניחו המשיבים ולא ניסה ליישב את הסתירות שבין טענות המשיבים לבין הראיות שהציג המערער. כתוצאה, הגיע בית המשפט קמא למסקנות עובדתיות שגויות. בית המשפט קמא צריך היה להפעיל ביקורת שיפוטית בבחון את התשתית הראייתית שהציגו בפניו המשיבים והיה עליו לשוקלה כראוי אל מול הראיות הסותרות.
81. כלל הוא, כי על הרשות המינהלית חלה חובה לעגן את החלטתה בתשתית ראייתית ראויה. השופט י' זמיר קבע את ארבעת מבחני התשתית הראייתית בבג"ץ 987/94 **יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5) 412, 423-425 (להלן: עניין **יורונט**), והם: איסוף הנתונים; השייכות לעניין; אמינות הנתונים; ומהותיות הנתונים (ראו גם בג"ץ 8569/96 **הסתדרות הנוער העובד והלומד נ' שר החינוך**, פ"ד נב(1) 597, 620-621).
82. בענייננו, לא הצליחו המשיבים לעגן את טענת החשש מהשתקעות בתשתית ראייתית מספקת, שכן לא עמדו במבחני האמינות, השייכות ומהותיות הנתונים. ראשית לא עמדו המשיבים במבחן אמינות הנתונים, שכן המשיבים טענו שהמערער הגיש בקשות נפרדות בתקופה האחרונה להתאחדות עם משפחתו ולביקור משפחתו בגדה המערבית, בעוד שהמערער הראה שהגיש בקשה אחת בלבד לביקור ילדיו ואשתו בגדה המערבית לפני כתשעה חודשים ומעולם לא הגיש בקשה להתאחד עמם, בין היתר לאור חובתו ורצונו לדאוג לבתו הבכורה מנישואים קודמים, אשר חיה איתו ברצועת עזה ואשר נמצאת בחזקתו הבלעדית. למערער אין כוונה לנטוש את בתו הבכורה, ולפיכך – **אין ברצונו להשתקע בגדה המערבית והוא מתחייב שלא להיכנס לתחומה אף לביקור, אם יתאפשר לו להגיע לבית החולים במזרח ירושלים.**

83. שנית, המשיבים לא הראו כיצד בקשתו הקודמת של המערער רלוונטית לבקשתו לצאת לטיפול רפואי חיוני. האם חששם של המשיבים מהשתקעות בגדה המערבית רלוונטי בהכרח ובכל מקרה לשאלת התרת כניסתו של תושב פלסטיני מרצועת עזה לישראל?

84. שלישית ואחרונה, המשיבים לא הצליחו לבסס תשתית ראייתית מוצקה במידה מספקת כדי לתמוך בהחלטתם למנוע מהמערער טיפול רפואי חיוני. **ככל שהפגיעה כתוצאה מההחלטה קשה יותר, עליה להתבסס על ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות יותר, ואין די בראיות המתפרשות לכאן ולכאן (ראו עניין יורונט; כן ראו את דבריו של השופט שמגר ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 249-250).**

85. הסירוב לבקשת המערער לצאת לטיפול הרפואי הנדרש פוגע בזכויותיו הבסיסיות של המערער לבריאות ולשלמות הגוף ועלול להביא לנזק תמידי של נכות ותלות באחרים. אי לכך, אין די בתשתית הראייתית הרעועה שהציגו המשיבים על מנת לבסס את החלטתם.

86. **הפרת החובה להניח תשתית ראייתית ראויה מהווה עילה להתערבות שיפוטית במעשי הרשות המינהלית.** תשתית ראייתית פגומה עלולה להפוך החלטה לבלתי סבירה, כפי שאירע במקרה דנן. כפי שקבע בית המשפט הנכבד ברע"ב 426/06 **חוא נ' שירות בתי הסוהר**, תק-על 2006(1) 3425, 3429:

"ההחלטה המינהלית עומדת לביקורת שיפוטית, בין היתר, מבחינת סבירותה, וסבירות זו נבחנת, בין השאר, על פי השאלה האם התשתית העובדתית עליה נסמכת ההחלטה בנויה על ראיות מינהליות המספקות, בנסיבות הענין, בסיס סביר לאותה החלטה [...]"

87. **כיוון שהמשיבים הניחו תשתית ראייתית רעועה ופגומה, היתה עילה להתערבות בית המשפט קמא בהחלטותיהם גם על יסוד זה.** אי לכך ובהתאם לזאת, שגה בית המשפט קמא כשקבע שהמשיבים הניחו תשתית ראייתית איתנה לביסוס כוונות ההשתקעות בגדה אותן ייחסו למערער, ושגה גם כשקבע שאין מקום להתערב בהחלטת המשיבים.

החובה להפעיל שיקול דעת בסבירות ולנהוג בהגינות

88. למשיבים מוקנה שיקול הדעת באשר להתרת כניסת המערער 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”

89. **על המשיבים לשקול במהירות, ביעילות וברצינות המתחייבת אם קיימות נסיבות שמצדיקות את מניעת המערער מלהגיע לבית חולים לצורך קבלת הטיפול הרפואי הנדרש לו.**
90. כפי שנפסק בבג”ץ 5820/91 פאנוס ואח’ נ’ דני יתום, אלוף פיקוד מרכז, תק-על (1)92, 270, חלה על המפקד הצבאי החובה לשקול שוב ושוב את עצם הצורך וההצדקה בהפעלת הסמכות ולבחון מעת לעת האם עדיין קיימות נסיבות שמצדיקות שימוש באמצעים פוגעניים, כאלו המונעים מהמערער להגיע לבית חולים לצורך קבלת הטיפול הרפואי הנדרש לו.
91. המשיבים, בבואם לבחון את בקשת המערער, לא שקלו כנדרש את משקל הפגיעה בזכות המערער לטיפול רפואי חיוני, ובסירובם לבקשתו מנעו ממנו טיפול רפואי חיוני לו הוא זקוק ואשר בלעדיו עלול להיגרם לו נזק בלתי הפיך.
92. על כן, סירוב המשיבים לבקשתו של המערער, 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. על כן, היה גם היה מקום להתערבות שיפוטית בהחלטתם של המשיבים ושגה בית המשפט קמא שעה שנמנע מלהתערב.
93. לאור כל האמור, מתבקש בית משפט נכבד זה לבטל את החלטתו של בית המשפט קמא ולהורות למשיבים לאפשר את כניסתו של המערער לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי, כמבוקש ברישא לערעור, ולחייב את המשיבים בהוצאות העתירה והערעור, בשכ”ט עו”ד ומע”מ.