



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5693/18

לפני :
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ע' גרוסקופף

העותרים :
1. סמיה ציאם
2. זכיה שלוף
3. ניפין חבוב
4. חנאן סבאח
5. פאדיה עביד
6. האלה אלעקרקאן
7. אמל אבו גאמע
8. מרכז אלמיזאן לזכויות אדם בעזה
9. רופאים לזכויות אדם
10. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט
הערבי בישראל
11. גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע

נגד

המשיבים :
1. ראש הממשלה
2. שר הביטחון
3. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
4. מנהלת תיאום וקישור לרצועת עזה

עתירה למתן צו על תנאי

תאריכי הישיבות :
ט' באלול התשע"ח (20.8.2018)
י"ב באלול התשע"ח (23.8.2018)

בשם העותרים :
עו"ד מונא חדאד ; עו"ד סיגי בן ארי ; עו"ד אסנת
כהן-ליפשיץ

בשם המשיבים :
עו"ד ערין ספדי-עטילה

פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

במוקד העתירה שלפנינו חמש נשים פלסטיניות, תושבות רצועת עזה, הזקוקות לטיפול רפואי מציל חיים שאינו זמין ברצועת עזה. בקשתן להיכנס לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי נדחתה מן הטעם שהן קרובות משפחה מדרגה ראשונה של אנשי חמאס. העתירה מופנית נגד החלטה זו, כמו גם נגד החלטת ועדת השרים לענייני בטחון לאומי (להלן: הקבינט) העומדת ברקע הדברים. בהסכמת המשיבים, נדונה העתירה כאילו ניתן צו על תנאי.

הרקע הצריך לעניין

1. חמש העותרות שלפנינו, העותרות 2-4 ו-6-7 (להלן: העותרות), סובלות מסרטן ומגידולים המצריכים ניתוחי מוח מורכבים אחרים. מזה מספר חודשים אין לעותרות נגישות לטיפול רפואי מתאים. מכיוון שהטיפול הרפואי שלו זקוקות העותרות אינו זמין ברצועת עזה פנו הן אל המשיבה 4, מנהלת תיאום וקישור לרצועת עזה, בבקשה שתתיר את כניסתן לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי בבתי החולים "אוגוסטה ויקטוריה" ו"אלמקסאד" הנמצאים במזרח ירושלים. הרשות הפלסטינית התחייבה לשאת במימון הטיפולים. יצוין כי חלק מן העותרות עברו בעבר טיפולים בבתי החולים האמורים בגין מצבן הרפואי האמור.

2. בקשותיהן של העותרות סורבו מן הטעם שהן קרובות משפחה מדרגה ראשונה של אנשי חמאס. יסודו של סירוב זה בהחלטת הקבינט (המסווגת) ב/172 שבמסגרתה נקבעו שורת צעדים שנועדו להפעיל לחץ על ארגון החמאס השולט ברצועת עזה כדי לקדם הסדר שיוביל להשבתם של שבויים ונעדרים המוחזקים בידיה. כעולה מתגובתם המקדמית של המשיבים, ההחלטה קובעת כי יש "לבטל יציאת בני משפחות אנשי חמאס מעזה לטיפולים רפואיים בישראל" (להלן: החלטת הקבינט).

3. נוכח הסירוב האמור הוגשה ביום 29.7.2018 עתירה זו על ידי העותרות ושלושה ארגוני זכויות אדם נוספים (להלן יחד: העותרים). בגדרה של העתירה התבקש להתיר את כניסת העותרות לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי ולהורות על ביטול ההוראה האמורה בהחלטת הקבינט. יוער כי לכתחילה התייחסה העתירה לשבע נשים שבקשתן סורבה בשל קרבתן לאיש חמאס. ברם, לאחר הגשת העתירה ערכה המדינה

בדיקה חוזרת וגילתה כי העותרת 5 אינה קרובת משפחה של איש חמאס, וזו הופנתה להגשת בקשה חדשה מתאימה תוך שצוין כי הבקשה תאושר. כמו כן, במעמד הדיון לפנינו ביום 20.8.2018 עדכנה המדינה כי לאחר בדיקה נוספת התברר כי גם העותרת 1 אינה קרובת משפחה של איש חמאס ולכן גם עליה להגיש בקשה חדשה שתיבחן כמקובל. לאחר הגשת העתירה נבחן פעם נוספת גם עניינן של העותרות וביום 6.8.2018 מסרה להן באת כוח המדינה כי הוחלט לאשר את כניסתן לישראל "אך ורק לצורך מעבר לקבלת טיפול רפואי באיו"ש או בחו"ל". העותרות השיבו כי בכך אין כדי ליתן מענה לבקשותיהן, שכן הטיפול הדרוש להן אינו זמין בגדה המערבית; כי אין בידן לממן טיפול רפואי בחו"ל; וכי הרשות הפלסטינית לא תסכים לשאת בעלויות של טיפול כאמור. משכך, הודיעו העותרות למשיבים כי הן עומדות על עתירתן.

מכאן העתירה שלפנינו.

טענות הצדדים

4. העותרים טוענים, בין היתר, כי החלטת המשיבה 4 שלא להתיר את כניסת העותרות לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי מנוגדת לחובותיה ההומניטאריות של מדינת ישראל על פי המשפט הבינלאומי; וכי גם במשקפי הדין הישראלי הפנימי מדובר בהחלטה שרירותית, בלתי סבירה ובלתי מידתית. בדומה, נטען כי מנימוקים דומים יש לבטל את ההוראה בהחלטת הקבינט האוסרת כניסת בני משפחות של אנשי חמאס לקבלת טיפול רפואי בישראל; וכי שלילת האפשרות לקבל טיפול רפואי בישראל על בסיס קטגוריה גורפת של "קרבה לאיש חמאס" עולה כדי ענישה קולקטיבית.

5. לעמדת המשיבים, כפי שנפרשה במסגרת תגובתם המקדמית לעתירה כמו גם בהודעה המשלימה שהוגשה בהמשך, לא נפל פגם המצדיק התערבות בהחלטת הקבינט או בהחלטות הפרטניות בעניינן של העותרות. המדינה מדגישה את ייחודו של המצב השורר ביחס לרצועת עזה, אשר מאז שנת 2005 אינה מוחזקת עוד בתפיסה לוחמתית על ידי ישראל; וכן מציינת כי מאז השתלטות ארגון הטרור חמאס רצועת עזה היא בבחינת שטח עויין. בהתאם לכך מנהיגה ישראל מדיניות המגבילה באופן גורף כניסת תושבי עזה לישראל, ומתירה כניסה כאמור רק במקרים הומניטאריים חריגים. בנתון לאמור, ובשים לב לשיקול הדעת הרחב המסור לרשות בכל הנוגע למתן היתרי כניסה לישראל, סבורים המשיבים כי יש לדחות את טענות העותרים. לגישתם של המשיבים, לנתין זר, כמו גם לתושב עזה, אין זכות קנויה להיכנס לישראל, גם לא לצורך קבלת טיפול רפואי. הדברים אמורים גם כאשר מדובר בכניסה לצורך מעבר לשטח שלישי

שבו יינתן הטיפול הרפואי המבוקש. המשיבים טוענים כי על רקע בסיס נורמטיבי זה יש לבחון הן את החלטת הקבינט, הן את ההחלטות הפרטניות בעניינן של העותרות.

6. אשר להחלטת הקבינט, המשיבים עומדים על כך שהתכלית העומדת ביסודה היא יצירת "מנופי לחץ" על ארגון חמאס במטרה לקדם הסדר שבמסגרתו יושבו לישראל שבויים ונעדרים המוחזקים בידי החמאס (להלן: תכלית שו"ן). לעמדתם, מניעת כניסתם של קרובי משפחה מדרגה ראשונה של אנשי חמאס לישראל צפויה, יחד עם אמצעים נוספים, לדרבן את החמאס לפעולה בסוגיה זו, באופן שיסייע לקידומו של הסדר כאמור. עוד נטען כי האיזון הקבוע בהחלטה בין הצורך ההומניטארי של קרוב משפחתו של איש חמאס לבין תכלית השו"ן הוא סביר ומידתי.

פרשנות החלטת הקבינט

7. כנקודת מוצא לדיון יש להזכיר את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בהתייחס לפרשנותה של החלטת הקבינט כפי שהוצגה במסגרת תגובת המדינה שהוגשה עוד ביום 14.1.2018 בבג"ץ 8627/17 גולדין נ' ממשלת ישראל. לפי פרשנות זו, כאשר מדובר בטיפולים מצילי חיים, לא תימנע כניסה לישראל אך ורק על בסיס זיהוי משפחתי של המבקש; וכי לפיכך, כאשר מדובר בטיפול מציל חיים תותר גם כניסת קרובי משפחה של אנשי חמאס. הואיל ובענייננו אין מחלוקת כי מדובר בטיפולים מצילי חיים, החלטת הקבינט אינה עומדת אפוא למכשול לפני העותרות, שכן אין היא חלה על פי הפרשנות האמורה, המקובלת גם עלינו, על הנסיבות שלפנינו. ממילא אין אנו נדרשים להחלטה זו בגדר ההליך שלפנינו.

8. מכל מקום, מהתגובה המקדמית עולה כי חלה התפתחות במדיניות שר הביטחון, הוא המשיב 2, ביחס לענייננו. על פי עמדתו כפי שהוצגה בתגובה המקדמית, גם כאשר מדובר בטיפול רפואי מציל חיים, המדינה תאפשר לבני משפחות אנשי חמאס הזקוקים לטיפול להיכנס לישראל אך לצורך מעבר בשטח המדינה לשם קבלת טיפול רפואי באיו"ש או בחו"ל. לצד זאת צוין כי "ייתכנו גם מקרים חריגים בהם תתאפשר בכל זאת כניסה לצורך מתן טיפול מציל חיים בישראל".

מהלך הדיון בעתירה

9. ביום 20.8.2018 קיימנו דיון בעתירה, אשר כאמור לעיל, נדונה בהסכמה כאילו ניתן צו על תנאי. במהלך הדיון לפנינו הבהירה באת כוח המשיבים כי טרם התקבלה עמדת היועץ המשפטי לממשלה ביחס למדיניותו האמורה של שר הביטחון, ולפיכך

ביקשה כי יתאפשר לה להגיש הודעה משלימה בעניין. בהחלטה מאותו היום נעתרנו לבקשתה זו. בהמשך אותו יום התקיים דיון המשך במעמד צד אחד שבו, בהסכמת העותרים, הוצג לעיוננו חומר חסוי ושכמהלכו הצגנו שאלות לגורמי הביטחון שהופיעו לפנינו. יצוין כי מן הדיון החסוי עולה כי כל אחת מחמש העותרות שלפנינו היא קרובה משפחה מדרגה ראשונה של איש חמאס.

10. ביום 22.8.2018 התקבלה הודעה משלימה מטעם המשיבים (להלן: ההודעה המשלימה) שבה נמסר כי עמדתו העדכנית של שר הביטחון היא כי כאשר קרוב משפחה מדרגה ראשונה של איש חמאס זקוק לטיפול רפואי מציל חיים או כזה שבלעדיו טעם החיים משתנה כליל, תותר כניסתו לישראל אך ורק לצורך מעבר לאיו"ש או לחו"ל לצורך קבלת הטיפול הרפואי שם. זאת, בכפוף לבדיקה ביטחונית פרטנית. כך, למעט בשלושה מקרים חריגים: האחד, כאשר נדרש "טיפול רפואי מציל חיים מיידית". החרג השני עוסק במצב שבו לא ניתן לקבל טיפול מציל חיים באיו"ש או בחו"ל "מסיבות שאינן כלכליות גרידא". צוין כי במקרים אלה תישקל האפשרות להתיר כניסה לבתי חולים פרטיים בישראל או לבתי חולים אחרים במקרים המצדיקים זאת. לבסוף, לפי החרג השלישי, תותר כניסה לישראל למי שזקוק לטיפול רפואי והוא קטין שטרם מלאו לו 16 שנים, כאשר טיפול זה אינו זמין באיו"ש או בחו"ל. במקרה זה, תישקל כניסתו של הקטין בליווי "מלווה מקרבה ראשונה" שיעבור בדיקה ביטחונית לבתי חולים פרטיים בישראל, ובמקרים המצדיקים זאת גם לבתי חולים שאינם פרטיים. כך, ובלבד שתוצג התחייבות מצד הרשות הפלסטינית לשלם עבור הטיפול (להלן: שלושת החרגים או החרגים). עוד צוין כי לאחר שבחן את הדברים מצא היועץ המשפטי לממשלה כי עמדה זו היא סבירה ומידתית וכי אין עילה להתערב בה.

11. על רקע מדיניות עדכנית זו, שבים המשיבים וטוענים כי אין עילה להתערב בהחלטה בעניינן הפרטני של העותרות. זאת, כנטען, משום שהאחרונות אינן באות בגדרי אי אילו מהחריגים שפורטו, בין היתר מאחר שטענתן בדבר חוסר היכולת לקבל טיפול רפואי בחו"ל נובעת מטעמים כלכליים גרידא. נטען כי ההחלטה לאפשר לעותרות להיכנס לישראל לצורך מעבר לאיו"ש או לחו"ל מבטאת איזון ראוי בין עניינן ההומניטארי לבין הצורך בקיומם של אמצעי לחץ שיקדמו את השבתם של שבויים ונעדרים המוחזקים בידי ארגון החמאס. בפרט הודגש כי מדובר בהחלטה הנטועה בלב שיקול הדעת המדיני-ביטחוני של הרשות וכי לפיכך מתחם ההתערבות בה הוא צר עד מאוד.

להשלמת התמונה יצוין כי במסגרת ההודעה המשלימה עדכנו המשיבים בנוסף כי ביום 21.8.2018 הנחו ראש הממשלה ושר הביטחון לפתוח בעבודת מטה ממשלתית

שתבחן באופן כולל את מדיניותה של מדינת ישראל ביחס למתן טיפולים רפואיים לתושבי רצועת עזה בישראל, בשים לב להיחלשות זיקת המדינה לרצועת עזה מאז שנת 2005.

12. ביום 23.8.2018, לבקשת המשיבים, קיימנו דיון נוסף לצורך השלמת טיעון. במהלך הדיון חזרו המשיבים על עמדתם העדכנית כמתואר לעיל. העותרים מצדם הגישו לעיוננו, בהסכמת המשיבים, מספר מסמכים. החשוב שבהם הוא מסמך מאת פרופ' בלה קאופמן, נשיאת המערך האונקולוגי בבית החולים שיבא, המציג חוות דעת רפואית עדכנית מצד גורם בר סמכא בהתייחס למצבן הרפואי של העותרות ולדחיפות הצורך במתן טיפול רפואי נדרש. מפאת חשיבותה של חוות דעת זו, נביא את עיקר דבריה ככתבם וכלשונם:

“הטיפולים האמורים לסרטן בין אם הם כימוטרפיה ובין אם קרינה הנם טיפולים ממושכים, שאינם חד פעמיים. הם מחייבים ביקורים תכופים במכון האונקולוגי המטפל, וזמינות גבוהה לטיפול חירום בסיבוכים המתעוררים.

לפיכך, על טיפולים אלו להנתן בבית החולים הקרוב ביותר לעזה אשר בו קיימים טיפולים שהנם ברי השגה לעותרות – דהיינו – מזרח ירושלים.

מצבן של העותרות מוסיף להידרדר ככל שמתמשך עיכוב הטיפול בהן, נסיעה למדינה מרוחקת, ירדן, טורקיה, או כל מדינה אחרת ימנע טיפול סביר, יפגע ברצף ויסכן את חייהן באופן מיידי.

כך הוא הדבר לגבי העותרות הסובלות ממצבים המחייבים ניתוחי מוח מורכבים שאין כל אפשרות לבצע בעזה, וקיימת האפשרות לביצוע במזרח ירושלים – מצבן אינו מאפשר את טיטולן (כאבי ראש, התכווצויות, עיוורון, זיהומים) ויש לבצעם בהקדם האפשרי ובמקום אליו ניתן להגיע תוך מינימום סיכון בריאותן, שגם כך בשל הסירוב והעיכוב – ממשיכה להידרדר.

לפיכך, אני ממליצה, מטעמים רפואיים של הצלת חיים לאפשר את יציאתן המיידית למזרח ירושלים לקבלת הטיפול” (להלן: חוות הדעת של פרופ' קאופמן).

13. עוד הוגשה התייחסותו של ד"ר עומאר מ. עבדול שאפי, ראש המחלקה הכירורגית בבית החולים אוגוסטה ויקטוריה, שממנה עולה כי בבית חולים זה ניתן הטיפול המקיף ביותר לחולי סרטן פלסטיניים; וכי מדובר בבית החולים היחיד המספק טיפולי הקרנה לפלסטיניים, ולכן אליו מופנים תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה. לבסוף, הוגש מסמך מאת גורם בארגון הבריאות העולמי, שבו צוין, בין היתר, כי בשנים האחרונות האפשרות להפנות לירדן ולמצרים חולים הנזקקים לטיפול שאינו

קיים ברצועת עזה הצטמצמה. זאת, מאחר שמעבר רפיח היה סגור רוב ימי השנה; ומאחר שבתי חולים בירדן החלו לסרב לקבל מטופלים פלסטיניים נוכח חובות מצטברים של הרשות הפלסטינית. בנוסף, הוזכר כי תהליך האישור ברשות הפלסטינית למתן טיפול רפואי שלא בשטחי איו"ש או בישראל הוא מורכב; וכי הפניית החולים לטיפול שאינו בשטחי ישראל או הרשות עלול לפגוע בנגישות החולים לטיפול ולהשית עליהם עלויות כלכליות והליכים בירוקרטיים.

14. בהמשך הדיון, הביאו המשיבים לעיוננו – בהסכמה ובמעמד צד אחד – חוות דעת מטעם מתאם שו"ן (שבויים ונעדרים) כתימוכין לטענתם כי יישום החלטת הקבינט הוא צעד אפקטיבי לקידום השבתם לישראל של שבויים ונעדרים המוחזקים על ידי ארגון החמאס.

ומכאן להכרעה.

דיון והכרעה

15. כפי שכבר הובהר, איננו נדרשים להחלטת הקבינט בהינתן פרשנות היועץ המשפטי לממשלה שעליה עמדנו. הביקורת השיפוטית נסבה על סירובם של המשיבים להתיר את כניסת העותרות לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי מציל חיים בנקודת הזמן הנוכחית ובשים לב למכלול נסיבותיו הפרטניות של העניין. ודוק, ענייננו אינו בשאלת אחריותה של המדינה לממן טיפול רפואי מציל חיים לעותרות, אלא אך בשאלת החלטתה להתיר את כניסתן לישראל לצורך קבלת טיפול כאמור במימון הרשות הפלסטינית. עוד יודגש כי התשתית הנורמטיבית שתובא להלן נגזרת מפסיקתנו העקבית שהתייחסה לכניסה לישראל מרצועת עזה לאחר יישום תכנית ההתנתקות לצורך קבלת טיפולים מצילי חיים.

מדיניות המשיב בנוגע לכניסת תושבי רצועת עזה לצורך קבלת טיפול רפואי בישראל

16. כידוע, עם יישום תכנית ההתנתקות בשנת 2005 באה אל קצה התפיסה הלוחמתית של מדינת ישראל ברצועת עזה. כפועל יוצא מכך, חל שינוי מהותי במערך החובות והזכויות של ישראל ביחס לתושבי עזה (בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, פסקה 12 (30.1.2008)). על רקע השתלטותו של ארגון הטרור חמאס על רצועת עזה והמצב הביטחוני השורר מאז, נוקטת ישראל מדיניות המגבילה באופן נרחב את כניסתם של תושבי עזה למדינת ישראל, ומתירה את כניסתם לישראל רק במקרים הומניטאריים חריגים. מדיניות זו – שביסודה עיקרון הריבונות ושיקול הדעת הרחב

המסור למדינה ביחס לבאים בשעריה – נבחנה ואושרה על ידי בית משפט זה (עע"ם 4620/11 קישאוי נ' שר הפנים, פסקה 6 (7.8.2012) (להלן: עניין קישאוי); בג"ץ 5268/08 ענבר נ' אלוף פיקוד הדרום, פסקה 7 (9.12.2009)). בהמשך לכך נקבע כי לאף נתין זר אין זכות קנויה להיכנס לישראל, ובפרט כך כאשר מדובר בנתיניה של רצועת עזה, שהיא כאמור שטח עויין (עניין קישאוי, פסקה 5; בג"ץ 9657/07 גרבוני נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (24.7.2008); בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113, 117 (1973)).

17. דברים אלה עומדים ברקע דיוננו והם אינם שנויים במחלוקת. בגדרה של עתירה זו עסקינן אך בנגזרת הצרה של כניסה לישראל מטעם הומניטארי לצורך קבלת טיפול רפואי מציל חיים המתאפשרת מכוח היתרים הניתנים לפי סעיף 3ב(1) לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. מדיניותו הנוהגת של המשיב 3, מתאם פעולות הממשלה בשטחים, בקשר למתן היתרים לפי סעיף זה מוצאת ביטוייה במסמך "סטטוס הרשאות בלתי מסווג לכניסת פלסטינים לישראל למעברם בין אזור יהודה ושומרון לבין רצועת עזה וליציאתם לחו"ל" של תיאום פעולות הממשלה בשטחים (12.7.2018). סעיף 10(א) למסמך קובע כי כניסתם של פלסטינים לישראל תותר לצורך קבלת "טיפול רפואי מציל חיים או טיפול רפואי שבהעדרו טעם החיים משתנה כליל, כל זאת בכפוף לכך שהטיפול המבוקש אינו זמין ברצועת עזה". לשם הנוחות, להלן נתייחס אל שני סוגי הטיפולים הנזכרים כטיפולים מצילי חיים.

18. מדיניות זו מבטאת את הכרתה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, בעליונותו של ערך קדושת החיים ואת החתירה לפעול – ככל הניתן ובמסגרת הדין – להצלת חייהם של זרים המתדפקים על שעריה, גם אם אלה הם בניה של ארץ אויב (בג"ץ 7094/05 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מתאם פעולות הממשלה בשטחים, פסקה 31 (27.4.2010) (להלן: עניין רופאים לזכויות אדם השני); בג"ץ 1912/08 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' אלוף פיקוד דרום, פסקה 7 (16.4.2008) (להלן: עניין רופאים לזכויות אדם הראשון)). וכבר נפסק בהקשר שבו עסקינן כי:

"מתן טיפול רפואי לנזקק, במיוחד כאשר המדובר בהצלת חיים, הוא ערך הומניטרי שראוי, ככל האפשר, לחתור להגשמתו, גם כאשר מדובר במי שאינו ישראלי וגם אם הוא מתגורר בארץ אויב. השמירה על הערכים ההומניטריים היא אבן יסוד בשיטת המשפט הישראלית, והם ישימים לגבי כל אדם באשר הוא אדם [...] מובן, כי ישראל מגלה רגישות מיוחדת לערכים הומניטריים של תושביה החיים בתחומי גבולותיה, אולם היא נדרשת לשמירה על ערכים אלה גם ביחס לזרים נזקקים המתדפקים על שעריה. היא מגלה רגישות לערכים אלה

גם כאשר הנזק הוא זר המתגורר במדינת אויב" (עניין רופאים לזכויות אדם הראשון, פסקה 7).

19. ואולם, השיקול ההומניטארי אינו חזות הכל וגם כאשר מתבקשת כניסה לישראל מרצות עזה לצורך קבלת טיפול רפואי, ההיתר איננו "אוטומטי" ולגורמים המוסמכים מסור שיקול דעת רחב בעניין זה. המדינה, האחראית בראש ובראשונה לשלומם ולביטחונם של היושבים בגבולותיה נדרשת לוודא כי מתן הסעד ההומניטארי לנזק לא יגרור פגיעה באזרחיה ובתושביה, או יסב נזק אחר לאינטרס בעל ערך של הפרט או של הציבור הרחב. גם על כך עמד בית משפט זה בזו הלשון:

"מתן סעד מטעמים הומניטריים, עם כל חשיבותו, איננו ערך מוחלט הגובר בכל מצב ובכל תנאי על הערכים המתמודדים. כאשר, בצד הטעם ההומניטרי, ניצב ערך נוגד חשוב – בין אינטרס נוגד של הפרט ובין אינטרס נוגד של הציבור, נדרשת הרשות המוסמכת לשקלל בין מכלול הערכים, ולקבוע את נקודת האיזון המידתית הראויה ביניהם. על האינטרסים הנוגדים בעלי החשיבות הרבה ביותר נמנים שיקולי ההגנה על בטחון הפרט והציבור. בטחון החיים של תושבי ישראל הוא ערך רב מעלה, ומשקלו רב באיזון שבינו לבין הערך ההומניטרי שבמתן סעד לנזק. במקום שבו מתן סעד לנזק עלול לסכן באופן ממשי את בטחון חייהם של תושבי המדינה, עשוי שיקול ההגנה על הביטחון לגבור. אמת המידה לאיזון היא המידתיות" (שם).

20. לפיכך, בפסיקתנו התקבלה לא פעם העמדה שלפיה בקשה הומניטארית לכניסה לישראל מרצות עזה לצורך קבלת טיפול רפואי תיבחן אל מול קיומה של מניעה ביטחונית מצד מבקש ההיתר:

"גם לתושבי רצות עזה ניתנים היתרים, אם כי בהיקף מצומצם יותר עקב השוני בתשתית המדינית, ונוכח הסיכון הבטחוני הנשקף מאזור זה, ומקום שאין חלופה רפואית נאותה אחרת. סירוב למתן היתרים מתבסס על פי רוב על מניעה בטחונית פרטנית, מקום שעוצמת הסיכון הבטחוני מהווה שיקול מכריע הגובר אף על הערך ההומניטרי שבמתן אפשרות לטיפול רפואי הולם" (עניין רופאים לזכויות אדם השני, פסקה 33).

יוער כי בצד האמור שבנו והדגשנו כי ככל שעצמת הצורך הרפואי גדלה, כך גם תגדל הנכונות לאתר את נקודת האיזון שתאפשר מתן מענה רפואי הולם, בישראל או מחוץ לה, גם כאשר מדובר במי שנשקפת ממנו סכנה ביטחונית מובהקת:

"אנו סבורים, כי במציאות הקשה מאוד בשטח, שהחמירה בהרבה מצב קשה ממילא אשר שרר בעזה גם

לפני כן, נעשה על-ידי המשיבים מאמץ לסייע בפתרון בעיות אנושיות של חולים ופצועים מסוכנים שיש להציל את חייהם [...] אנו יוצאים גם מן ההנחה, כי אם יוברר, לאחר פניה לגורם הפלסטינאי המתאם ובדיקה על ידיו, כי בעלי המניעה הבטחונית מצויים בסיכון גבוה מאוד, יידרשו המשיבים לאיזון הנחוץ; זאת – אף כי אנו ערים, ועלינו להטעים זאת, לקושי הביטחוני לגביהם שהוצג בפנינו, כך שכניסתם אם יוחלט עליה תוכל להתאפשר רק בניטרול הסיכון הביטחוני" (בג"ץ 5429/07 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון, פסקה ד(1) (20.6.2007)).

21. מכל מקום, הובהר כי ההכרעה תתקבל לעולם על בסיס בחינה פרטנית ואיזון בין מכלול השיקולים הצריכים לעניין:

"המדיניות הנקוטה בבית משפט זה הינה כי הפעלת שיקול הדעת ביחס לכניסה לישראל לצורך טיפול רפואי של תושבי השטחים נעשית בדרך פרטנית, תוך בחינת כל מקרה לגופו, שיקלול מכלול השיקולים הנדרשים לעניין, ואיזון בין הצורך לתת סעד הומניטרי לנזקק מצד אחד, והערכת הסיכון הבטחוני הנשקף ממנו, מקום שקיים מידע ממשי על קיומו של סיכון כזה" (עניין רופאים לזכויות אדם הראשון, פסקה 9 והאסמכתאות שם; ראו גם עניין רופאים לזכויות אדם השני, פסקה 31).

עוד נקבע כי:

"במסגרת האיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים, ובגדרה של דרישת המידתיות, יש לאמוד את מידת הצורך בסעד המבוקש מבחינת הנזקק, ובגדרי שיקול זה יש לשקול מהי חומרת מצבו, ובאיזו מידה פתוחה בפניו האפשרות לקבל סעד חלופי במקום אחר; כנגד שיקול זה, נשקל השיקול הנגדי, למשל – הסיכון הבטחוני העלול להתהוות מכניסת הנזקק לסעד לישראל, פעילותו בהקשר זה, ומידת עוצמתו של סיכון זה. השקלול בין הערכים הנוגדים צריך להיות מאוזן ומידתי, והוא נגזר מנסיבות העניין. השקילה היחסית של כל אחד מהשיקולים הנוגדים מצמיחה את ההכרעה אם להיענות לבקשת הסעד במלואה, או לדחותה במלואה, או לקבלה בחלקה, בכפוף לתנאים כאלה ואחרים" (עניין רופאים לזכויות אדם הראשון, פסקה 7).

22. הנה כי כן, על פי התשתית הנורמטיבית שהותוותה בפסיקת בית משפט זה, בהינתן האיזון בין השיקולים הנזכרים מאפשרת מדינת ישראל כניסה לטיפול מציילי חיים, למעט במקרים שבהם נשקפת ממבקש הטיפול עצמו סכנה ביטחונית. בגדרה של עתירה זו מבקשת המדינה לסטות מן האמור ולפעול על פי כלל גורף חדש שלפיו גם כאשר מדובר בטיפול מציל חיים, אם מבקש הטיפול הוא קרוב משפחה מדרגה ראשונה

של פעיל חמאס – אך בשל קרבה משפחתית זו – לא תותר כניסתו לקבלת טיפול רפואי מציל חיים בישראל, אלא בהתקיים אחד משלושת החריגים. עמדה זו אינה יכולה לעמוד במבחן הביקורת השיפוטית על פי אמות המידה שנקבעו בפסיקתנו.

הכלל הגורף שקבעו המשיבים אינו עולה בקנה אחד עם חובת הבחינה הפרטנית כשמדובר בטיפולים מצילי חיים

23. נקודת המוצא לדיוננו היא כי עסקינן בתושבי רצועת עזה המבקשים להיכנס לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי מציל חיים, בהנחה שחלופה טיפולית הולמת אינה זמינה ברצועת עזה. משמע, על כף המאזניים ניצב ערך החיים במובנו הגרעיני והבסיסי ביותר. מניעתו של טיפול רפואי זמין מאדם כזה או הכבדה ממשית על אפשרות קבלתו באופן גורף בלא בחינה פרטנית, בנסיבות שבהן אין היתכנות מעשית לקבלתו בחו"ל, משמעה העמדת חייו של זה בסכנה ממשית. ונזכיר, ככלל, תושבי רצועת עזה במצב רפואי מסכן חיים מקבלים מהמשיבים היתר כניסה לישראל לצורך קבלת טיפול. לעומת זאת, כשמדובר בקרובי משפחה של אנשי חמאס ממדרגה ראשונה הנמצאים באותו מצב לא מתאפשרת כניסה כאמור, גם במקרים שבהם אין חולק כי לא נשקפת מהם כל סכנה ביטחונית. זאת, גם בנסיבות שבהן אין היתכנות מעשית למתן טיפול רפואי בלוח הזמנים הדרוש שלא בתחום מדינת ישראל. ניתן אפוא לקבוע כי מטרתה של המניעה אינה נוגעת למבקש הכניסה ואינה נותנת משקל ראוי לגורלו ולהשפעת הסירוב על מצבו הבריאותי. מניעה זו אינה עולה בקנה אחד עם פסיקתנו כפי שהובאה לעיל.

24. הגם שאין חולק כי ממשלת ישראל רשאית לנקוט את מירב האמצעים כדי לקדם את השבתם של שבויים ונעדרים ישראלים המוחזקים על ידי ארגון החמאס; וכי מדובר בתכלית ראויה שיש לחתור ללא לאות להגשמתה – הרי שאין בכוחה של תכלית זו להצדיק הסדר השולל אפשרות לקבל טיפול רפואי מציל חיים בישראל מבין משפחה של איש חמאס. זאת, הגם שמן החולה עצמו לא נשקפת סכנה ולא מיוחסת לו כל פעילות אסורה. ההכרה בקדושת ערך חיי האדם מחייבת כי בקשה להיכנס לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי הומניטארי מציל חיים תיבחן באופן פרטני. לא ניתן לסרב לבקשה מסוג זה על בסיס גורף כשמדובר במי שלא נשקפת ממנו סכנה ביטחונית מבלי שנבחנו, בין היתר, מצבו הרפואי העדכני של מבקש הכניסה; החלופות הרפואיות האפקטיביות העומדות לרשותו; והשפעתו של חלוף הזמן – בין היתר עקב הידרשות לחלופה טיפולית רחוקה מישראל – על מצבו הרפואי. התעלמות מכל אלה וביסוס ההחלטה על פעילות אסורה של בן משפחה, שאין כל טענה כי החולה מעורב בה או מודע לה, מנוגדת למושכלות היסוד שבהן אנו מחוייבים.

25. שומה עלינו לזכור את העיקרון שלפיו "איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת". וכדבר הנביא: 'הַנֶּפֶשׁ הַחַטָּאת הִיא תָמוּת בֵּן לֹא-יִשָּׂא בְּעוֹן הָאָב וְאָב לֹא יִשָּׂא בְּעוֹן תֵּבַן צְדָקָת הַצְדִּיק עָלָיו תִּהְיֶה וְרִשְׁעַת רִשָּׁע (קרי: תְּרִשָּׁע) עָלָיו תִּהְיֶה' (יחזקאל, יח, כ). אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו. זו תורת משה והוא הכתוב בספר תורת-משה: 'לֹא-יוֹמְתוּ אָבוֹת עַל-בְּנֵים וּבְנֵים לֹא-יוֹמְתוּ עַל-אָבוֹת כִּי אִם-אִישׁ בְּחַטָּאוֹ יוֹמֵת' (קרי: יוֹמֵת) (מלכים ב, יד, ו) " (דברי השופט (כתארו אז) מ' חשין, בדעת מיעוט באותו עניין, בבג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 654 (1997); והשוו גם ל: דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741-742 (2000); בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 370-372 (2002); והשוו לבג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 24 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור (12.11.2015); לדין בהקשר קרוב ראו גם בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פסקה 86 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (16.9.2013)). לעקרון יסוד זה לא ניתן משקל מתאים בהחלטת המשיבים, כפי שיובהר להלן.

מן הכלל אל הפרט

26. כפי שאמרנו, בצד קיומה של מדיניות, הרשות מחויבת להפעיל שיקול דעת פרטני בכל מקרה, וכפי שנפסק בעניין כרנו: "על הרשות המינהלית מוטלת החובה לבחון האם נסיבותיו המיוחדות והחריגות של המקרה הנדון, אינן מצדיקות סטייה מהנהלים וההנחיות הכלליות" (בג"ץ 2777/18 כרנו נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פסקה 8 (16.4.2018) (להלן: עניין כרנו)). החובה היא לקבל החלטה קונקרטיית לגבי חמש הנשים שלפנינו על סמך נסיבות כל אחד מהמקרים.

27. המשיבים אינם חולקים על כך שמצבן הרפואי של העותרות קשה; כי הן זקוקות לטיפול רפואי מציל חיים; וכי מזה חודשים ארוכים אינן מקבלות טיפול מעין זה. על מצבן הקשה של חמש העותרות למדים אנו באופן שאינו משתמע לשני פנים מחוות דעתה של פרופ' קאופמן המדברת בעד עצמה. זו אינה מותרת מקום לספק כי ישנה סכנה ממשית לחייהן של העותרות אם לא תטופלנה בבית החולים הקרוב ביותר לעזה באופן מידי. אין מחלוקת כי הטיפול הדרוש לעותרות אינו זמין באיו"ש; וכי מעבר לאמירה כללית, לא ידעה המדינה להצביע על היתכנותה של חלופה טיפולית ממשית וזמינה עבור העותרות במצרים, בירדן או במדינה אחרת בעת הזו. לפיכך, לא שוכנענו כי האפשרות של קבלת טיפולים רפואיים שלא בשטח ישראל באופן מידי היא בעלת היתכנות מעשית לגבי העותרות. ונזכיר, במבחן המציאות למדים אנו כי במשך

פרק זמן ניכר לא היה בידי העותרות לזכות בטיפול רפואי מציל חיים. הדעת נותנת כי אם הייתה בפניהן חלופה נוספת היו הן פועלות ללא דיחוי למימושה. גם בכך יש כדי לתמוך בטענת העותרות כי בנקודת הזמן הנוכחית אין חלופה מעשית אחרת זמינה ומיידית לטיפול רפואי במדינה אחרת.

28. כמו כן, כפי שכבר הוסבר, אין כל טענה לסיכון ביטחוני הנשקף מן העותרות או כי קרבתן מדרגה ראשונה לאיש חמאס יוצרת סיכון כאמור. על אף האמור, ובניגוד לחובה לבחון באופן פרטני כל מקרה לגופו שעליה עמדנו לעיל, סירבה המדינה באופן גורף לבקשתן של העותרות אך מפאת קרבתן האמורה לאנשי החמאס. המשיבים לא נתנו דעתם למצבן הרפואי הקונקרטי של כל אחת מן העותרות; לחומרתן ולמידת דחיפותן של הטיפולים הדרושים; ולהשפעה על מצבן הבריאותי של העותרות של חלוף הזמן עד שיימצא פתרון בחו"ל, אף בהנחה שיעלה בידן למצוא פתרון כאמור. המשיבים אף לא נתנו משקל לכך שביחס לחלק מן העותרות מדובר בטיפולים עוקבים לטיפולים שכבר ניתנו להן בבתי החולים שאליהן ביקשו להגיע.

29. סיכום הנקודה. תכלית השו"ן, על אף חשיבותה הרבה שאינה שנויה במחלוקת, אינה יכולה להצדיק כל אמצעי באשר הוא. החלטת המשיבים בענייננו אינה נותנת משקל הולם לערך חיי אדם העומד על הפרק, כמו גם למכלול השיקולים שעליהם עמדנו ובכלל זה להיעדר מעורבות של החולה בפעילות אסורה מכל סוג שהוא. משכך, ההחלטה אינה מצויה במתחם הסבירות.

30. במערך הנתונים האמורים כפי שהוצג לנו ובנסיבות שבהן נמנעת מהעותרות נגישות לטיפול רפואי מציל חיים למשך פרק זמן ניכר – שבמהלך חלקו הייתה מדיניות הרשות בתהליכי גיבוש והתהוות – לא ראיתי להורות על השבת העניין לבחינה נוספת על ידי הרשות (ראו עניין כרנון, פסקה 9). בשלב זה הסעד המתאים הוא מתן צו מוחלט שיאפשר את כניסת העותרות לישראל לקבלת הטיפול בבתי החולים "אוגוסטה ויקטוריה" ו"אלמקסאד" באופן מידי.

ש ו פ ט

אני מסכים.

1. המדינה לא מתבקשת להעניק טיפול רפואי לעותרות. המדינה לא מתבקשת לממן את הטיפול הרפואי בעותרות. המדינה לא מתבקשת למצוא עבור העותרות מקום לקבלת טיפול רפואי. המדינה לא מתבקשת לפעול להצלת חייהן של העותרות. המדינה לא מתבקשת לאפשר לאדם ממנו קיים סיכון בטחוני להיכנס לארץ. המדינה מתבקשת אך ורק לא למנוע מהעותרות לקבל טיפול רפואי, בבית חולים פלסטיני, על חשבון הרשות הפלסטינית, במקום בו מטופלים חולים פלסטינאים מכל שטחי איו"ש. אכן, שני בתי החולים (אלמקאסד ואוגוסטה ויקטוריה) נמצאים במזרח ירושלים, ואילו ניתן היה לקבל את הטיפול הרפואי ברמאללה, במרחק של כ-20 ק"מ, הבעיה לא הייתה מתעוררת, אלא שאלטרנטיבה אחרת אינה בנמצא. ההחלטה למנוע מהעותרות קבלת טיפול רפואי מציל חיים בבית חולים פלסטיני במזרח ירושלים משמעה להמית אישה, פשוטו כמשמעו, בשל עוון אחיה/בעלה/בנה בניגוד לכלל היהודי הבסיסי "פּי אִם אִישׁ בעונו יָמוּת..". (ירמיהו לא, 29).

2. מול הפגיעה ההומניטרית בעותרות הציבה המדינה את התכלית ההומניטרית של החזרת גופות חללי צה"ל הדר גולדין ז"ל ושאול אורון ז"ל והאזרחים הישראלים שנמצאים ברצועה. לטענת המדינה, יש בצעד שנקט על ידי שר הביטחון כדי להפעיל "מנופי לחץ" על חמאס.

אשרי המאמין, וחוות הדעת של מתאם שו"ן (שבויים ונעדריים) בנושא לא הוסיפה נתונים של ממש. ככל שבעתיד אשתו/בתו/אחותו של אחד מבכירי חמאס תזדקק לטיפול רפואי, מן הסתם החמאס ידאג לממן עבורה את הטיפול בחו"ל (בירדן, מצרים, טורקיה, קטאר וכו') מבלי להזדקק לחסדיה של ישראל. רוצה לומר, כי גם בהיבט התועלתני, ספק רב אם יש בהחלטה כדי לקדם באופן אפקטיבי את המטרה של השבת השבוים והנעדריים.

ש ו פ ט

אני מסכים.

תכליתה של המדיניות החדשה שהובאה לבחינתנו היא הפעלת לחץ על ארגון החמאס במסגרת מאמצייה של מדינת ישראל לקדם את השבת השבויים והנעדרים. תכלית זו היא בוודאי תכלית חשובה, ואולם, כפי שציין חברי, השופט עוזי פוגלמן, לא כל האמצעים כשרים על מנת להשיגה. האפשרות לעשות שימוש בחולה הזקוקה נואשות לטיפול רפואי מציל חיים, ואשר אין כל טענה כי היא עצמה מעורבת בפעילות נגד מדינת ישראל, כ"מנוף לחץ" אינה תואמת את ערכי מדינת ישראל, ואינה יכולה לעמוד מבחינה משפטית. לא כל שכן, כאשר מדובר במדיניות גורפת המופנית כלפי קבוצה המונה מספר לא ידוע של מטופלים במצב קריטי, אשר כל חטאם הוא היותם קרובי משפחה מדרגה ראשונה של אנשי חמאס, זוטרים כבכירים. מצטרף אני על כן לעמדתם של חבריי כי דינה של העתירה להתקבל.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, ט"ו באלול התשע"ח (26.8.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט