

1. [redacted], ת.ז. [redacted]
2. [redacted], ת.ז. [redacted]
3. [redacted], ת.ז. [redacted]
4. [redacted], ת.ז. [redacted]
5. [redacted], ת.ז. [redacted]
6. [redacted], ת.ז. [redacted]
7. [redacted], ת.ז. [redacted]
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

ע"י ב"כ עוה"ד מונא חדאד; סיגי בן ארי; אסנת כהן ליפשיץ; מוריה פרידמן שריר מ"גישה" - מרכז לשמירה על הזכות לנוע" רחוב הרכבת 42 תל אביב, 67770 טלפון: 03-6244120; פקס: 03-6244130
דוא"ל: info@gisha.org

העותרים

- נגד -

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

ע"י ב"כ ממחלקת בג"צים, פרקליטות המדינה רחוב צלאח א-דין 31 ירושלים, 9711054 טלפון: 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה דחופה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים, והמורה להם לבוא וליתן טעם כדלקמן:

1. מדוע לא יאפשרו לעותרות 1-7, תושבות פלסטיניות מרצועת עזה, לצאת מרצועת עזה לישראל בכדי לקבל את הטיפול הרפואי הדחוף והחיוני הנדרש להן ואשר עשוי להציל את חייהן;
2. מדוע לא יבטלו את החלטת הקבינט הביטחוני מיום 1.1.2017, ככל שהיא מתייחסת למניעת "יציאת בני משפחות אנשי חמאס מעזה לטיפולים רפואיים בישראל".

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

1. עניינה של העתירה הוא בסירוב המשיבים ליתן לעותרות 1-7, חולות הסובלות ממחלות המסכנות את חייהן, היתר כניסה לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי חיוני ודחוף הנדרש להן ואשר אינו זמין ברצועת עזה, זאת תוך פגיעה בזכויות היסוד שלהן לחיים ולבריאות.
2. הסיבה מאחורי הסירוב אינה הטענה שהעותרות לא עונות על הקריטריונים שקבעו המשיבים ליציאת תושבי עזה לקבלת טיפול רפואי, ואף לא שקיימים טעמים ביטחוניים פרטניים המונעים את יציאתן. הסיבה למניעת היציאה לקבלת טיפול רפואי היא שלטענת המשיבים כל אחת מהעותרות "הינה קרובת משפחה של איש חמאס". תשובות סירוב מהטעם הזה, אשר החלו להתקבל במשרדיהם של העותרים 8 ו-9 רק לאחרונה, הפתיעו את העותרים. לעותרים לא ברור מה הבסיס המשפטי והעובדתי לשימוש בטעם זה, וקיים חשש כבד שהמשיבים החלו לעשות בו שימוש נרחב ומרחיק לכת (כעולה מהתשובה שהתקבלה מהמתפ"ש בבקשה לחופש מידע, כפי שיפורט להלן).
3. ככל הנראה, סיבת סירוב זו קשורה בהחלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (להלן: **הקבינט**) ב/172 מיום 1.1.2017, אשר הורתה על "מספר צעדים אופרטיביים שיהוו מנופי לחץ על חמאס בנושא השבת שבויים ונעדרים", וביניהם "לבטל יציאת בני משפחות אנשי חמאס מעזה לטיפולים רפואיים בישראל". על תוכנה של החלטה זו נודע לעותרים דרך הפרסומים השונים בכלי התקשורת, מבלי שהצליחו להשיג את ההחלטה עצמה.
4. בעתירה זו, העותרים טוענים כי החלטת הקבינט ככל שהיא נוגעת למניעת מתן טיפולים רפואיים, כמו גם סירוב מתן היתרי כניסה לעותרות 1-7, הינם בלתי חוקיים, מפריס את זכויותיהן לחיים, לבריאות ולכבוד, ומנוגדים לדין הבינלאומי ולחובותיה של מדינת ישראל כלפי תושבי רצועת עזה.

הצדדים לעתירה

5. העותרות 1-7 הן תושבות פלסטיניות, חולות במחלות מסכנות חיים, המתגוררות ברצועת עזה והמבקשות להיכנס לישראל על מנת לעבור טיפול רפואי דחוף וחיוני.
6. העותר 8, הינו עמותה הממוקמת בעזה שמטרתה להגן על זכויות האדם של הפלסטינים בשטחים הכבושים.
7. העותר 9, הינו עמותה הרשומה בישראל והמאגדת רופאים ואנשי רפואה להגנה על זכויות אדם, שמטרתה "להיאבק למען כבודו, שלמות גופו וזכותו לבריאות ולסעד רפואי של כל אדם בישראל ובשטחים שבשליטתה".
8. העותר 10, הינו עמותה הרשומה בישראל והפועלת, בין היתר, על מנת להגן על זכויות האדם של הפלסטינים בישראל ובשטחים הכבושים.
9. העותר 11, הינו עמותה הרשומה בישראל שמטרתה להגן על זכויות אדם בישראל ובשטחים הכבושים, ביניהן הזכות לחופש תנועה.

המשיבים

10. המשיב 1 הינו ראש הממשלה ומי שעומד בראש ועדת השרים לענייני ביטחון, מכוח סעיף 27 לחוק יסוד: הממשלה.
11. המשיב 2 (להלן: **שר הביטחון**) הינו הממונה מטעם ממשלת ישראל על הצבא מכוח חוק יסוד: הצבא.
12. המשיב 3 (להלן: **המתפ"ש**) הינו האחראי על יישום מדיניות ממשלת ישראל בשטחים הכבושים. המתפ"ש הוסמך על ידי המפקד הצבאי להנפיק היתרי כניסה לתושבים פלסטינים לישראל, מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 (להלן: **החוק**).
13. המשיב 4 (להלן: **מת"ק עזה**) כפוף למתפ"ש והינו זרוע ביצועית שלו בכל הנוגע לקשר עם תושבי רצועת עזה. מת"ק עזה הינו הרשות המינהלית המוסמכת לקבל בקשות של תושבי רצועת עזה להיכנס לישראל, לבחון אותן, ולקבל החלטה באם לסרב או לאשר אותן.

התשתית העובדתית

המצב הבריאותי של העותרות ומיצוי הליכים

העותרת 1

14. העותרת 1, היא ילידת שנת 1967, תושבת אלשיח רדואן ברצועת עזה, נשואה ואם לילדה קטינה. היא אובחנה כסובלת מסרטן הקיבה שהוא גידול ממאיר אליים. היא נותחה להסרת חלקים מקיבתה ובנוסף לגידול סולקו גם קשרי לימפה גרורתיים. בהתאם לחוות דעתה של פרופ' מיכל לוטם, העותרת נותרה בסכנה ממשית ומידית לחזרת המחלה, הן למקום הניתוח, והן להופעתן של גרורות מרוחקות, בוודאות של כמעט 100%. בהתאם לכך, העותרת נדרשת לטיפול כימותרפי – טיפול רפואי מציל חיים שכן הוא מגדיל את סיכוייה לשרוד.

העתק ת.ז. של העותרת 1, חוות הדעת הרפואית והמסמכים הרפואיים בעניינה מצ"ב ומסומן ע/1.

15. הטיפול החיוני הנדרש עבור העותרת 1 אינו מצוי ברצועת עזה. נוכח מצבה הרפואי והצורך בטיפול מחוץ לרצועה, הופנתה העותרת 1 להמשך טיפול בבית חולים אוגוסטה ויקטוריה בירושלים המזרחית וזאת תוך הבטחת מימון מלא מצד הרשות הפלסטינית.

העתק הפניה, האישור לכיסוי ואישור בית החולים אוגוסטה ויקטוריה מצ"ב ומסומן ע/2.

16. הטיפול עבור העותרת 1 נקבע בבית החולים למספר מועדים, אולם היא לא קיבלה כל תשובה והמועדים הללו חלפו. עם קביעת מועד חדש ליום 27.5.2018, שבה העותרת ופנתה באמצעות העותרת 8 ביום 12.5.2018 אל המשיב 4 בבקשה לקבל היתר כניסה לצורך טיפול רפואי.

העתק המכתב של העותרת 8 מיום 12.5.2018 מצ"ב ומסומן ע/3.

17. ביום 20.6.2018, התקבלה תשובת המשיב 4 המפתיעה לפיה בקשתה של העותרת 1 מסורבת בטענה כי "מבדיקה התברר, כי התושבת, הינה קרובת משפחה של איש חמאס".

העותרת 2

18. העותרת 2, היא ילידת 1987, תושבת חורבת אל עדס ברצועת עזה. היא אובחנה בחודש יולי 2017 כסובלת מגידול סרטני מסוג לימפומה של העור. כמצוין בדוחות הרפואיים, העותרת 2 נדרשת לטיפול קרינתי בכדי להציל את חייה.

העתק ת.ז. של העותרת 2 והמסמכים הרפואיים בעניינה מצ"ב ומסומן ע/5.

19. הטיפול הנדרש עבור העותרת 2 אינו מצוי ברצועת עזה. לאור מצבה הרפואי, היא הוזמנה לבית חולים אסותא לבדיקת PET CT בתאריכים 1.2.2018 ו-21.5.2018, אך פנייתיה למשיב 4 לצאת לא נענו. היא עוד הופנתה לבית חולים אוגוסטה ויקטוריה בירושלים המזרחית וזאת תוך הבטחת מימון מלא מצד הרשות הפלסטינית.

העתק הפניות, האישור לכיסוי ואישור בית החולים אוגוסטה ויקטוריה מצ"ב ומסומן ע/6.

20. פנייתיה החוזרות ונשנות של העותרת 2, גם באמצעות העותר 8, החל מחודש אוקטובר 2017 ועד מאי 2018 לא קיבלו כל מענה מצד המשיב 4. זאת עד לתשובתו התמוהה מיום 24.5.2018, המסרבת את בקשתה של העותרת בטענה כי "מבדיקה התברר, כי התושבת, הינה קרובת משפחה של איש חמאס".

העתק פנייתיה של העותרת 2 מהתאריכים 25.10.2017, 24.12.2017, 18.1.2018, 6.3.2018 ו-7.5.2018, וכן תשובת המשיב 4 מיום 24.5.2018 מצ"ב ומסומן ע/7.

העותרת 3

21. העותרת 3, ילידת שנת 1978, תושבת אלנצר ברצועת עזה, נשואה ואם לארבעה ילדים, בגילאי 10, 13, 16, 19.

22. העותרת 3 אובחנה כסובלת מסרטן שד גרורתי לפני כשנתיים זאת לאחר שכבר בשנת 2011 נאלצה לעבר ניתוח כריתת שד. לפני שנתיים וחצי יצאה לטיפול רפואי בבית החולים אוגוסטה ויקטוריה בירושלים המזרחית ועברה בדיקה גם בבית החולים אסותא לפני כשלוש שנים. על פי חוות הדעת של דר' יונתן כהן, מומחה לאונקולוגיה רפואית, "על פי ההדמיה יש פיזור חדש נרחב גרמי כולל לעמוד השדרה המלווה בכאבים עזים. זקוקה באופן מיידי לטיפול קרינתי". העותרת 3 נמצאת בסכנת חיים ונדרשת לעבור טיפול זה העשוי להציל את חייה.

העתק ת.ז. של העותרת 3, חוות הדעת הרפואית והמסמכים הרפואיים בעניינה מצ"ב ומסומן ע/8.

23. הטיפול הנדרש עבור העותרת 3 אינו מצוי ברצועת עזה וזאת, ככל הנראה, בשל האיסור על הכנסת חומרים מסוימים לרצועה. כמו כן יש חשיבות להמשך הטיפול אצל הרופאים בירושלים שביצעו את הטיפול בעותרת. לאור מצבה הרפואי והצורך בטיפול מחוץ לרצועה, הופנתה העותרת 3 להמשך טיפול בירושלים המזרחית וזאת תוך הבטחת מימון מלא מצד הרשות הפלסטינית וזאת החל מסוף שנת 2017.

העתק הפניה, האישור לכיסוי ואישור בית החולים אוגוסטה ויקטוריה מצ"ב ומסומן ע/9.

24. למיטב ידיעתה של העותרת 3 נשלחו שבע בקשות בעניינה למשיבים מאז אוקטובר 2017, כאשר כולן לא נענו או נדחו. ביום 24.6.2018 התקבלה תשובת המשיב 4 לפיה בקשתה של העותרת 2 סורבה בטענה כי "מבדיקה התברר, כי התושבת, הינה קרובת משפחה של איש חמאס".

העתק מכתב התשובה של המשיב 4 מצ"ב ומסומן ע/10.

העותרת 4

25. העותרת 4, היא ילידת שנת 1976, תושבת נוציראת ברצועת עזה, נשואה ואם לארבעה ילדים קטינים. היא אובחנה כסובלת מגידול, שבד"כ שפיר, של יותרת המוח. עקב גדילתו מחוץ לאזור האנטומי שבו שוכנת הבלוטה נוצר לחץ ובעקבותיו הרס של הרקמות השכנות כגון עצבי הראיה והבלוטה עצמה. בהתאם לדוחות הרפואיים וחוות דעתו של דר' דוד שול, יש צורך לנתח את העותרת בהקדם האפשרי. גדילת התהליך עלולה לגרום להחמרת ההפרעות ההורמונליות, עיוורון ואף למוות.

העתק ת.ז. של העותרת 2, חוות הדעת הרפואית והמסמכים הרפואיים בעניינה מצ"ב ומסומן ע/11.

26. הטיפול הנדרש עבור העותרת 4 אינו מצוי ברצועת עזה הוא נדרש בתקווה כי יציל את חייה. לאור מצבה הרפואי והצורך בטיפול מחוץ לרצועה, הופנתה העותרת 4 להמשך טיפול בבית חולים אלמקאסד בירושלים המזרחית וזאת תוך הבטחת מימון מלא מצד הרשות הפלסטינית.

העתק הפניה, האישור לכיסוי ואישור בית החולים אלמקאסד מצ"ב ומסומן ע/12.

27. פניותיה הדחופות של העותרת 4 לא קיבלו מענה והיא נאלצה לקבלת מועדים חדשים לקבלת הטיפול. ביום 14.6.2018 היא פנתה אל המשיב 4 באמצעות העותר 8 בבקשה דחופה לצורך יציאה לטיפול רפואי אשר נקבע לתאריך 26.6.2018.

העתק המכתב של העותר 8 מיום 14.6.2018 מצ"ב ומסומן ע/13.

28. ביום 1.7.2018 התקבלה תשובתו המפתיעה של המשיב 4 לפיה בקשתה של העותרת 4 לצאת לצורך קבלת טיפול רפואי מסורבת בטענה כי "מבדיקה התברר, כי התושבת, הינה קרובת משפחה של איש חמאס".

העתק מכתב התשובה של המשיב 4 מצ"ב ומסומן ע/14.

העותרת 5

29. העותרת 5, היא ילידת 1978, תושבת דיר אלבלח ברצועת עזה, נשואה ואם לשישה ילדים קטינים. היא אובחנה כסובלת ממחלת סרטן השד שאובחן בשלב שלוש. העותרת עברה כריתה של הגידול וכימותרפיה. בהתאם לדוחות הרפואיים וחוות דעתו של דר' יונתן כהן, מומחה באונקולוגיה רפואית, העותרת 5 נדרשת להמשך טיפולי קרינתי משלים לצורך הקטנת הסיכוי לחזרת המחלה ותמותה ומשכך הטיפול חיוני ביותר לצורך הצלת חייה.

העתק ת.ז. של העותרת 5, חוות הדעת הרפואית והמסמכים הרפואיים בעניינה מצ"ב ומסומן ע/15.

30. הטיפול הנדרש עבור העותרת 5 אינו מצוי ברצועת עזה וזאת, ככל הנראה, בשל האיסור על הכנסת חומרים מסוימים לרצועה. כמו כן יש חשיבות להמשך הטיפול אצל הרופאים שביצעו את ניתוח הכריתה. לאור מצבה הרפואי והצורך בטיפול מחוץ לרצועה, הופנתה העותרת 5 להמשך טיפול בבית חולים אוגוסטה ויקטוריה בירושלים המזרחית וזאת תוך הבטחת מימון מלא מצד הרשות הפלסטינית וזאת החל מסוף שנת 2017.

העתק הפניה, האישור לכיסוי ואישור בית החולים אוגוסטה ויקטוריה מצ"ב ומסומן ע/16.

31. ביום 18.3.2018 נשלחה בקשה נוספת מטעם העותר 9 לצורך קבלת טיפול בירושלים, וזאת לאחר שהעותרת 5 לא קיבלה כל מענה לבקשותיה במשך כחמישה חודשים. בבקשה פורט שוב מצבה הרפואי של העותרת 5 וחשיבות הטיפול הרפואי.

העתק המכתב של העותר 9 מיום 18.3.2018 מצ"ב ומסומן ע/17.

32. ביום 24.6.2018, התקבלה תשובת המשיב 4 לפיה בקשתה של העותרת 5 מסורבת בטענה כי "מבדיקה התברר, כי התושבת, הינה קרובת משפחה של איש חמאס".

העתק מכתב התשובה של המשיב 4 מצ"ב ומסומן ע/18.

33. יצוין, כי ביום 5.7.2018 אישר נציג המשיב 4, כי הוגשה בקשה בעניינה של העותרת 5, אולם כיוון שחלף מועד הבקשה נדרשת הגשת בקשה חדשה עם מועד טיפול עתידי.

העותרת 6

34. העותרת 6 הינה תושבת אלזיתון ברצועת עזה, ילידת שנת 1979, נשואה ואם לארבעה ילדים. היא עקרת בית, אולם מאז שחלתה אינה מתפקדת בבית אלא נתמכת על ידי משפחתה.

35. העותרת 6 סובלת מקברנוס המנגיומה בראש, אשר פוגעת קשות בתפקודה היומיומי, גורמת לכאבי ראש כרוניים קשים, סחרחורות והפרעות בראייה ומסכנת את חייה. הגידול אובחן בצמוד למוחה ברצועת עזה בחודש נובמבר 2017. כמו כן נצפו בבדיקה שרידי דם המעוררים חשד להופעת דימום מהקברנומה. על פי חוות דעתו של ד"ר רפיק מסאלחה, מומחה בניירולוגיה ויועץ בכיר לשירותי בריאות כללית, "יש מקום להתערבות כירורגית להסרת הקברנומה, על מנת להימנע מדימום מסיבי ומסוכן שיכול להופיע בכל רגע." אם כן טיפול זה הינו חיוני לצורך הצלת חייה.

העתק ת.ז. של העותרת 6, חוות הדעת הרפואית והמסמכים הרפואיים בעניינה מצ"ב ומסומן נספח ע/19.

36. ההליך הדרוש להסרת הגידול מראשה של העותרת 6 הוא מורכב ורגיש, ואינו ניתן לביצוע במסגרת האפשרויות הקיימות ברצועת עזה. לאור מצבה הרפואי והצורך בטיפול מחוץ לרצועה, הופנתה העותרת 6 להמשך בירור ולביצוע הניתוח בבית החולים אלמקאסד שבירושלים המזרחית וזאת תוך הבטחת מימון מלא מצד הרשות הפלסטינית.

העתק הפניות, האישור לכיסוי ואישור בית החולים על נכונות לקב את העותרת 6 לטיפול מצ"ב ומסומן ע/20.

37. מספר בקשות להעברתה של העותרת 6 לטיפול החל מחודש דצמבר 2017 הוגשו ולא קיבלו מענה או סורבו. ביום 4.5.2018 נשלחה בקשה נוספת באמצעות העותר 8, וביום 20.6.2018

התקבלה תשובתו המפתיעה של המשיב 4 לפיה בקשתה של העותרת 6 מסורבת בטענה כי "מבדיקה התברר, כי התושבת, הינה קרובת משפחה של איש חמאסי".

העתק המכתב של העותר 8 מיום 4.5.2018 מצ"ב ומסומן ע/21.

העתק התשובה של המשיב 4 מיום 20.6.2018 מצ"ב ומסומן ע/22.

38. ביום 28.6.18 נשלחה בקשה נוספת מטעם העותר 9 לצורך קבלת טיפול בירושלים אשר נקבע ליום 4.7.18. בבקשה פורט שוב מצבה הרפואי של האלה והצורך הנואש שלה בטיפול. בקשה זו לא נענתה.

העתק המכתב של העותר 9 מיום 28.6.2018 מצ"ב ומסומן ע/23.

העותרת 7

39. העותרת 7, תושבת בני סוהילה ברצועת עזה, ילידת שנת 1985, נשואה ואם לארבעה ילדים קטנים. העותרת 7 אובחנה כסובלת מנינגיומה פטרוקליבאלית שמאלית. בשל מחלתה נותחה בספטמבר 2017 בבית החולים אלמקאסד שבירושלים המזרחית, לאחר שהגיע לטיפול ביולי 2017, אולם לא טופלה בשל קרבת הזמן ללידת בנה. במהלך הניתוח נאלצה לעבור פיוס קנה והועברה לשיקום ברצועת עזה. בחודש דצמבר 2017 חזרה העותרת לטיפול רפואי בבית החולים בו נותחה.

40. על פי חוות הדעת של דר' דוד שול, נירוכירורג, בדצמבר 2017 אובחנה אוטוטיס מדיה מוגלתית עם התפשטות תוך גולגלתית. מדובר על מהלך מסובך עם חולשת צד ניכרת והפרעות עצבים קרניאליים דו-צדדיים. העותרת מאושפזת בחודש האחרון בבית החולים האירופאי ברצועת עזה וזאת בשל מצבה הקשה. היא נמצאת בסכנת חיים ממשית ונדרשת לטיפול לצורך הצלת חייה.

העתק ת.ז. של העותרת 7, חוות הדעת הרפואית והמסמכים הרפואיים בעניינה מצ"ב ומסומן ע/24.

41. הפרוצדורה המורכבת הנדרשת לצורך הצלת חייה של העותרת 7 דורשת מומחיות ושילוב של ידע שאינו מצוי ברצועת עזה. כמו כן יש חשיבות להמשך הטיפול על ידי בית החולים שביצע את הניתוח הראשון בחודש ספטמבר 2017 כחלק מעקרון הרצף הטיפולי. לפיכך הופנתה העותרת 7 לטיפול בבית החולים אלמקאסד בירושלים המזרחית במימון מלא של הרשות הפלסטינית וזאת החל מפברואר 2018.

העתק הפניות, האישור לכיסוי ואישור בית החולים על נכונות לקבלת את האלה לטיפול מצ"ב ומסומן ע/25.

42. בקשתה של העותרת 7, אשר הוגשה באמצעות העותר 8 ביום 6.3.2018, נתקלה בסירוב מטעם המשיב 4 ביום 11.3.2018 בטענה של "טעמים ביטחוניים" שלא פורטו.

העתק פנית העותר 8 בעניינה של העותרת 7 ותשובת המשיב 4 מיום 11.3.2018 מצ"ב ומסומן ע/26.

43. ביום 15.5.2018 נעשתה פנייה נוספת בעניינה של העותרת 7 באמצעות העותר 8 וזאת בבקשה דחופה לאפשר לא לצאת לקבל טיפול רפואי בבית חולים אלמקאסד אשר נקבע ליום 29.5.2018.

העתק המכתב של העותר 8 מיום 15.5.2018 מצ"ב ומסומן ע/27.

44. ביום 17.6.2018, התקבלה תשובת המשיב 4 לפיה בקשתה של העותרת 5 מסורבת בטענה כי "מבדיקה התברר, כי התושבת, הינה קרובת משפחה של איש חמאס".

העתק מכתב התשובה של המשיב 4 מצ"ב ומסומן ע/28.

45. כעולה, מצבן הרפואי של העותרות 1-7 נופל בגדר הקריטריונים המצומצמים שקבעו המשיבים המאפשרים יציאה לישראל (גם לצורך מעבר לגדה), "לצורך קבלת טיפול רפואי מציל חיים או טיפול רפואי שבהעדרו טעם החיים משתנה כליל" כאשר הטיפול המבוקש עבור כל אחת מהעותרות אינו זמין ברצועת עזה. מצבן של העותרות ממשך להידרדר וקיימת סכנה ממשית לחייהן, זאת כאשר המשיבים עומדים על סירובם לאפשר להם לקבל את הטיפול הרפואי וזאת בטענה של "קרבת משפחה לאיש חמאס".

46. יצוין, כי ביום 29.11.2017 וביום 29.5.2018 נשלחו פניות מטעם העותר 9 בבקשה להחיש את הטיפול בעניינן של חולות סרטן מרצועת עזה. בפניות הוסבר, כי ישנם טיפולים לא מעטים למחלת הסרטן, אשר אינם זמינים ברצועת עזה, כגון חלק מטיפולי כימותרפיה, טיפולים רדיואקטיביים ועוד וקיים צורך חיוני במתן היתרים באופן מהיר לחולות סרטן מהרצועה. לפנייה צורפו רשימות של חולות אשר ממתינות תקופות ארוכות למענה ובכללן העותרות 3 ו-5 דכאן.

העתק פניות העותר 9 מיום 29.11.2017 ומיום 29.5.2018 מצ"ב ומסומן ע/29.

החלטת הקבינט נשואת העתירה

47. כאמור, המשיבים מבססים את סירובם על טעם אשר העותרים נתקלו בו לראשונה בתשובות לעניין העותרות 1-7, לפיהן כניסתן מסורבת בשל "קרבה לאיש חמאס". הא ותו לא.

48. מפרסומים בתקשורת נלמד כי ככל הנראה, עניין זה קשור בהחלטת הקבינט ב/172 מיום 1.1.2017, הקשור גם בעתירה שהוגשה לבית המשפט העליון ביום 6.11.2017 והדורשת את יישומה המלא של החלטה הנ"ל: בג"ץ 8627/17 גולדין נ' ממשלת ישראל ואח', שעודו מתנהל בפני בית משפט נכבד זה (להלן: **עניין גולדין**).

לכתבה באתר החדשות YNET מיום 15.1.2018:

<https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5071367,00.html>

49. מתגובת המדינה בעניין **גולדין** עולה כי החלטה זו הורתה "על מספר צעדים אופרטיביים שיהיו מנופי לחץ על חמאס בנושא השבת שבויים ונעדרים". מבין הצעדים האלה הרלוונטי לעניינו הוא:

"לבטל יציאת בני משפחות אנשי חמאס מעזה לטיפולים רפואיים בישראל"

50. הנה כי כן, שחור על גבי לבן, המדינה קובעת מדיניות ברורה לפיה היא **מענישה אנשים חפים מפשע**, במניעת טיפולים רפואיים להם הם נזקקים על מנת להציל את חייהם. כל זאת כדי שימשו אמצעי לחץ "על חמאס בנושא השבת שבויים ונעדרים".

51. מדיניות זו הינה בלתי חוקית בעליל, מנוגדת למצפון האנושי, לדין הישראלי ולדין הבינלאומי, כפי שיפורט בהרחבה להלן.

52. בעתירה בעניין **גולדין**, ביקשו העותרים שם מהמשיבים למלא אחר החלטת הקבינט, ובין היתר להורות על "צמצום משמעותי של היקף הכניסות "לצרכים הומניטריים" של תושבי רצועת עזה לישראל". בתשובתה המקדמית לעתירה מיום 14.1.2018 (אשר הגיעה לידי העותרים כאן דרך פרסומים בכלי התקשורת), המדינה ציינה את הדברים הרלוונטיים להלן:

"החלטת הקבינט קבעה את העקרון הכללי בדבר ביטול יציאת בני משפחות אנשי חמאס לטיפולים רפואיים בישראל, ללא פירוט מעבר לכך. בהתאם למידע שנמסר למל"ל במסגרת הבחינה, הפרשנות שניתנה להחלטה על-ידי הגורמים הרלוונטיים האמורים על ביצוע, **הוציאה מגדרה של ההחלטה מקרים בהם מדובר בטיפולים רפואיים מצילי חיים או טיפולים רפואיים בתחומים שבהם לא קיימת חלופת טיפול ברצועת עזה.**

בנוסף, תוצאות הבחינה אשר נערכה על ידי המל"ל מעלות כי החלטת הקבינט בסוגיית הכניסות לישראל לצרכים הומניטריים יושמה עד לאחרונה באופן חלקי בלבד.

...

בשים לב לתוצאות הבחינה הללו, ודומה כי זהו העיקר לענייננו, קבע ראש המל"ל כי הפרשנות **המחייבת** באשר להחלטת הקבינט מעתה ואילך היא, כי החלטת הקבינט חלה ככתבה וכלשונה על גורמים אשר על פי נתוני גורמי הביטחון משויכים לארגון חמאס, וכן על כל מי שנמנה על קרוביו מדרגה ראשונה של אדם המשוך לארגון חמאס, והכל בהתאם למגבלות משפטיות בעניין זה.

כן נקבע כי מניעת כניסה גורפת של אנשי חמאס ובני משפחותיהם לטיפול רפואי **לא תכלול מניעת כניסה לצורך טיפולים מצילי חיים**. בנוסף, נקבע כי תתאפשר בחינה פרטנית (באמצעות מתפ"ש) גם של בקשות לטיפול רפואי דחוף ומשמעותי שאין לו חלופה בעזה" (סעיף 34 לתגובת המדינה). (ההדגשות הוספו).

העתק מתשובת המדינה במסגרת בג"ץ 8627/17 מצ"ב ומסומן ע/30.

53. יודגש כי העותרים סבורים, כפי שיראו בהמשך, כי הן ההחלטה העקרונית בדבר ביטול יציאת "בני משפחות אנשי חמאס מעזה לטיפולים רפואיים בישראל" והן הפרשנות שניתנה לה בעניין **גולדין** אינן חוקיות. לכך יש להוסיף את יישום הבקשה אשר אינו מתיישב עם הפרשנות שניתנה לה. כאמור, בפועל נשללים טיפולים רפואיים מחולים המצויים בסכנת חיים, דוגמת

העותרות 7-1. גם לא ברור (ולא מתקבל על הדעת) כיצד קובעים המשיבים כי לחולה מסוים קיימת "קרבה לאיש חמאס".

54. יצוין, כי בשל השלכותיה של החלטת הקבינט והעתירה בעניין **גולדין**, הגישו העותרים – ביום 15.7.2018, בקשה לעיון בתיק בית משפט בעתירה בעניין **גולדין**, אך נכון למועד כתיבת שורות אלה, טרם התקבלה החלטה בבקשתם. ככל שימצא בתיקים אלו מידע שיש בו להשפיע על עתירה זו, יבקשו העותרים לתקנה בהתאם.

סירוב מתן היתרי כניסה לישראל בשל "קרבה לחמאס"

55. ביום 8.4.2018, שלחה העותרת 11 בקשה לפי חוק חופש המידע למשיב 3 בדרישה לקבל מידע ונתונים על הטיפול של מת"ק עזה בבקשות היתרים לכניסה ויציאה מרצועת עזה בשנת 2017 והרבעון הראשון של שנת 2018. בין היתר, ביקשה העותרת לדעת המספר הכולל של הבקשות להיתרים שסורבו על ידי מת"ק והפילוח של סיבות הסירוב.

56. מהתשובה שהתקבלה עלה כי בכל שנת 2017 סורבו **21** בקשות בשל "קרבה מדרגה ראשונה לפעיל חמאס", בעוד שבשלושת החודשים הראשונים של שנת 2018 בלבד, סורבו **833** בקשות מאותו טעם נטען, כאשר לא ברור אילו מהם נזקקו לטיפול רפואי.

העתק מבקשת חופש המידע ותשובת המשיב 3 מיום 25.6.2018 מצ"ב ומסומן ע/31.

57. נתונים אלה מתיישבים עם הצהרות המדינה בעניין גולדין לפיה היא החלה ביישום החלטתו של הקבינט החל מחודש דצמבר 2017 (ע/30, סעיף 35). הם גם מצביעים על השימוש המופרז בקטגוריה זו, כאשר – כמו במקרה דנן – השימוש בה הינו בלתי חוקי ומעלה את החשש כי המניע מאחורי הסירוב על רקע קטגוריה זו הוא כניעה ללחצים פוליטיים פסולים.

58. בהיקשר זה יצוין, כי בהתאם לנתונים של ארגון Human Rights Watch, בשנת 2017 ניתן המספר הנמוך ביותר של היתרי כניסה לפלסטינים מעזה לצורך קבלת טיפול רפואי חיוני מחוץ לרצועה. בהתאם לנתונים, ישראל אישרה רק 54% מהבקשות בשנת 2017. ארגון הבריאות העולמי (WHO) דיווח כי **54 פלסטינים תושבי הרצועה, מהם 46 חולי סרטן, נפטרו בשנת 2017 כתוצאה מסירוב בקשותיהם או עיכוב בטיפול בהם על ידי הגורמים הישראליים.**

לדוח ארגון Human Rights Watch מיום 13.2.2018:

<https://www.hrw.org/news/2018/02/13/israel-record-low-gaza-medical-permits>

59. הקטגוריה החדשה לסירוב ליציאה בשל טענה בדבר "קרבה לאיש חמאס", השימוש הנרחב בה והאפשרות למנוע מחולים לצאת מעזה לקבלת טיפול רפואי חיוני מטעם זה מעלים חשש כבד ביותר כי מספר הנפטרים הנ"ל רק ילך ויעלה. הם אף מעצימים את החשש לחייהן של העותרות 7-1.

הטיעון המשפטי

60. החלטתם של המשיבים שלא להותיר לעותרות 1-7 ולחולים אחרים בעזה, לצאת מהרצועה לצורך קבלת טיפול רפואי עומדת בניגוד מוחלט לחובותיהם מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטארי, מועלת בחובותיהם מכוח דיני זכויות האדם ועומדת בניגוד לכללי המשפט הישראלי בהיותה בלתי סבירה, בלתי מידתית ושרירותית. החלטת הקבינט, יישומה ומניעת יציאתם של חולים לקבלת טיפולים רפואיים אינם עולים בקנה אחד עם חובתה של מדינת ישראל לשמירה על החיים והגוף, הזכות לבריאות ולכבוד.

61. זאת ועוד, השימוש בקטגוריה של "קרבה לאיש חמאס" בכדי למנוע טיפול רפואי הוא פסול ואסור. הוא עומד בניגוד לאמנת ג'נבה הראשונה, המחייבת את מדינת ישראל בהיותה חלק מהמשפט המנהגי, ובניגוד לפסיקתו של בית המשפט העליון הקובעים במפורש כי לא ניתן לשלול הגנות וזכויות יסוד על בסיס זהותם של האנשים (אף אם הם עונים על הגדרת "אויב").

המסגרת הנורמטיבית

62. ישראל עודנה שולטת על תנועת אנשים וסחורות מרצועת עזה ואליה. בכל הנוגע לכניסה של תושבי עזה לישראל, חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: **החוק**) מסמיך את המשיבים 3-4, ואותם בלבד, לתת היתרי שהייה בישראל לתושבים פלסטינים, למטרות זמניות שונות, ביניהן טיפול רפואי (סעיף 3ב לחוק).

63. בהתאם ל"סטטוס הרשאות בלתי מסווג לכניסת פלסטינים לישראל, למעברם בין אזור יהודה ושומרון לבין רצועת עזה וליציאתם לחו"ל", כניסה לישראל מתאפשרת על בסיס 4 מטרות היתר, כאשר הרלוונטי לענייננו הוא טיפול רפואי. בהתאם לכך, "**כניסה לישראל מתאפשרת, אף אם לצורך מעבר לאיו"ש או לחו"ל, לצורך קבלת טיפול רפואי מציל חיים או טיפול רפואי שבהעדרו טעם החיים משתנה כליל, כל זאת בכפוף לכך שהטיפול המבוקש אינו זמן ברצועת עזה...**" (סעיף 10). ראו גם מסמך "מדיניות תנועת אנשים בין מדינת ישראל לרצועת עזה" מיום 5.5.2011 החוזר על אותו עקרון.

העתק הסעיף הרלוונטי במסמך "סטטוס ההרשאות" של המתפ"ש מצ"ב ומסומן נספח ע/32.

העתק מסמך "מדיניות תנועת אנשים בין מדינת ישראל לרצועת עזה" מצ"ב ומסומן נספח ע/33.

64. זאת ועוד. לא אחת נקבע כי על ישראל חלות חובות הומניטריות כלפי תושבי הרצועה (ראו לעניין זה בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' רוה"מ (30.1.2008) ובג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה (19.1.2009)). כחלק מההכרה בחובות ההומניטריות של ישראל כלפי תושבי הרצועה, נקבע גם ההסדר המאפשר קבלת טיפול רפואי בישראל, כאמור לעיל. בבג"ץ 7094/05 רופאים לזכויות אדם נ' מתפ"ש (27.4.10) נקבע, כי גם לאחר ההתנתקות מיושם העיקרון והנוהל הקובעים כי תושבי רצועת עזה הזקוקים לטיפול רפואי בישראל יוכלו להיכנס אליה וזאת בהעדר מניעה ביטחונית פרטנית.

65. אין ספק כי בענייננו, הטיפול אותו מבקשת כל אחת מהעותרות 1-7 עומד בתנאים אלה, שכן, כפי שפורט בפרק העובדתי לעיל, מדובר בטיפול רפואי מציל חיים, או טיפול רפואי שבהעדרו

טעם החיים משתנה כליל, אשר אינו זמין ברצועת עזה. אולם, המשיבים מבקשים למנוע מהם את הטיפול הרפואי בהתבסס על קטגוריה חדשה ובלתי חוקית ולא בהתבסס על בדיקה ביטחונית פרטנית עבור על אחת מהעותרות.

66. מתוקף היותם של המשיבים רשות מרשויות המדינה, חלים עליהם עקרונות היסוד של המשפט הישראלי, עקרונות המשפטי המנהלי, חוקי היסוד ככל שהן נוגעות לזכויות אדם באשר הוא ללא קשר לאזרחותו, וכללי הצדק הטבעי (ראו למשל בג"ץ 3940/92 ג'ראר נ' **מפקד אזור יהודה ושומרון**, פ"ד מז(3) 298, 302, וכן בג"ץ 5672/02 סייף נ' **לשכת העיתונות הממשלתית**).

67. זאת ועוד, נוכח השליטה של ישראל על מעברי הגבול בין רצועת עזה לבין שטחה ושליטתה על תחומי חיים רבים של תושבי עזה, מחויבת היא מכוח המשפט הבינלאומי, בנוסף על המשפט הישראלי, לכבד ולהגן על אותן זכויות האדם המושפעות משליטתה (ראו: Aeyal Gross, *Rethinking Occupation: The Functional Approach*, Opinio Juris (Apr. 23, 2012); ארגון הצלב האדום אף הוא אימץ גישה זו הרלוונטית למעמדה של רצועת עזה בדוח "International Humanitarian Law and The Challenges of Contemporary Armed Conflict" מאוקטובר 2015, בקישור: <https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2015/11/2015-ICRC-Report-IHL-and-Challenges-of-Armed-Conflicts.pdf>; בנוסף ראו דוח ארגון גישה, **מדד השליטה: אחריותה המתמשכת של ישראל ברצועת עזה** (נובמבר 2015) בקישור: http://www.gisha.org/UserFiles/File/scaleofcontrol/scaleofcontrol_he.pdf.

68. בהתאם לכך, על פעולותיהם של המשיבים חלים הדינים ההומניטאריים מכוח התקנות בדבר דיניה ומינהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג משנת 1907, אשר חלות ישירות במשפט הישראלי בהיותן נמנות על המשפט המינהגי (להלן: **תקנות האג**). זאת בנוסף לאמנת גינבה הראשונה בדבר טיפול בחולים ופצועים, אשר אין מחלוקת כי מדינת ישראל מחויבת על פיה (ראו בג"ץ 4466/16 **מוחמד עליאן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (14.12.2017), פסקה 30), וכן בסעיפים ההומניטאריים של אמנת גינבה הרביעית (ראו בג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן אלמועלמון נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד לז(4) 785, 792 (להלן: עניין **ג'מעית אסכאן אלמועלמון**); בג"ץ 4764/04 **רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה**, פ"ד נח(5) 385, 393, וכן אורנה בן נפתלי ויובל שני, **המשפט הבינלאומי – בין מלחמה לשלום** (רמות 2006), עמ' 243), הכל כפי שיפורט בהרחבה להלן.

חובת ההגנה על חולים ופצועים ללא תלות בשאלת השתייכותם

69. החלטת הקבינט הינה מנוגדת לעמדתו של בית המשפט העליון ומפרה בצורה בוטה את הוראות הדין הבינלאומי. אמנת גינבה הראשונה בדבר טיפול בחולים ובפצועים (להלן: **אמנת גינבה הראשונה**). אמנה זו מתייחסת לזכויותיהם של כלל האנשים, כולל מי שנחשבים "לוחמים". בהתאם לסעיף 7 לאמנה, לא ניתן לוותר על הזכויות המוקנות מכוח האמנה:

Wounded and sick, as well as members of the medical personnel and chaplains, may in no circumstances renounce in part or in entirety the rights secured to them by the present Convention, and by the special agreements referred to in the foregoing Article, if such there be.

70. סעיף 12 לאמנה מעגן את ההגנה על חולים ופצועים גם אלה השייכים ל"כוחות המזוינים":

Members of the armed forces and other persons mentioned in the following Article, who are wounded or sick, shall be respected and protected in all circumstances.

They shall be treated humanely and cared for by the Party to the conflict in whose power they may be, without any adverse distinction founded on sex, race, nationality, religion, political opinions, or any other similar criteria. Any attempts upon their lives, or violence to their persons, shall be strictly prohibited... **they shall not willfully be left without medical assistance and care...** (ההדגשה אינה במקור).

71. סעיף 46 לאמנת ג'נבה הראשונה אוסר מעשי נקם בפצועים ובחולים:

Reprisals against the wounded, sick, personnel, buildings or equipment protected by the Convention are prohibited.

72. הפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנות ג'נבה הרחיב את ההגנה הנ"ל גם על אזרחים, כך שחובה לכבד ולהגן על פצועים וחולים אינה מבחינה בין אזרחים לאנשי צבא (סעיף 8 לפרוטוקול הראשון). זכותם לקבל טיפול רפואי ותשומת לב רפואית, כנדרש על פי מצבם בכל הסיטואציות ובאופן ש"לא תהיה ביניהם כל הבחנה המבוססת על כל נימוק שהוא שאינו רפואי (סעיף 12 לפרוטוקול הראשון).

73. גם בית המשפט העליון קבע כי לא ניתן לשלול זכויות על בסיס זהותם של האנשים. כך למשל, בעניין **עליאן**, בעניין זכות המת וזכות המשפחה להביא את המת לקבורה, נקבע כי גם באם מדובר באדם העונה על הגדרת "אויב", לא ניתן לפגוע בזכותו לכבוד האדם:

"פעולותיו של המפקד הצבאי כרוכות בפגיעה בזכויות אדם. לא אחת נפסק כי מן הזכות לכבוד האדם נגזרות גם זכויות המת ובני משפחתו להביא את המת לקבורה מכובדת ונאותה, שתאפשר התייחדות וזיכרון. **זכויות אלה הוכרו בפסיקה ללא קשר לשאלת זהותם של המתים, גם כאשר הם היו מחבלים וחיילי אויב. זאת, על רקע המוסכמה הכללית שלפיה זכויות אדם נתונות לכל בני האדם, באשר הם, גם אם הם עונים להגדרת "אויב".** אכן, מוסכמה היא לצורך ענייננו, שגם לנתעב שברוצחים יש זכות להיקבר, ולבני משפחתו יש זכות לקברו. מוסכמה זו אמנם עשויה לעורר תחושות קשות, בעיקר בקרב מי שנפגעו ממעשיו של המת, אך היא מתחייבת במשטר המכבד זכויות אדם, כפי שהוסבר

פעמים רבות בפסיקה" (בג"ץ 4466/16 עליון ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (14.12.2017), פס' 15 לפסק דינו של השופט דנציגר).

74. בדנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני (15.1.2015), נקבע כי לא ניתן לשלול גם ממי שהוגדר כ"אויב" את זכויות היסוד המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כאשר באותו עניין עמדה במרכז הדיון זכותו לגישה לערכאות.

75. על אחת כמה וכמה בענייננו, שבו מניעת יציאת הנשים – בני אדם חיים ונושמים – לצורך קבלת טיפול רפואי, משמעה גזירת דינן לחיים בייסורים ולמוות. ודוק. מדובר באזרחים ולא בלוחמים, כאשר בהתאם לדין המחייב, כמו גם לפסיקתו של בית המשפט, אפילו מלוחמים לא ניתן לשלול זכויות יסוד.

ענישה קולקטיבית של נשים, גברים וילדים הנזקקים לטיפול רפואי וניצולם לצרכים צבאיים

76. החלטת הקבינט שבנדון מנוגדת למשפט הבינלאומי בהיותה ענישה קולקטיבית של נשים, ילדים וגברים הנזקקים לטיפול רפואי חיוני על לא עוול בכפם. בהתאם להחלטה זו, תושבי עזה – בנייהם העותרות 1-7, אשר נזקקים לטיפול רפואי חיוני ומציל חיים שאינו זמין ברצועת עזה עלולים להישאר ללא כל טיפול זאת בשל טענת המשיבים הקלונית ושלא ידוע כיצד ניתן לבסס אותה בדבר "קרבה לאיש חמאס". המדובר בהענשת אותם תושבים חפים מפשע ולא מטענות או טעמים הנוגעים אליהם.

77. תקנה 50 לתקנות האג אוסרת ענישה קולקטיבית וקובעת כי:

"No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they cannot be regarded as jointly and severally responsible."

78. בדומה לכך, סעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע את העיקרון לפיו "איש בחטאי יומתו". גם סעיף 2(75) לפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנות ג'נבה קובע כי:

"The following acts are and shall remain prohibited at anytime and in any place whatsoever, whether committed by civilian or by military agents...

(d) collective punishments."

79. הפרשנות לפרוטוקול מבהירה כי במונח "ענישה קולקטיבית" הכוונה היא לכל סנקציה או הטרדה מסוג כלשהו: פלילות, אדמיניסטרטיביות, משטרתיות וכדומה (Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Y Sandoz et al. eds., Geneva, 1987, 874).

80. זאת ועוד, המשיבים מבקשים לעשות שימוש באזרחים פלסטינים מקומיים על מנת ללחוץ על ארגון החמאס לנקוט בפעולות מסוימות. תושבי עזה מהווים 'בני ערובה' והחלטתם זו של המשיבים מסכנת את האוכלוסייה האזרחית ומונעת ממנה את "המינימום ההומניטארי" שעה שהמשיבים צריכים להיות מחויבים להימנע מפגיעה בה. האיסור של השימוש בתושבים מוגנים למען מטרותיה של ישראל מעוגן בסעיף 31 לאמנת ג'נבה הרביעית, המטיל איסור על

הפעלת לחץ, באם הוא ישיר או עקיף, על אוכלוסייה אזרחית מוגנת ואוסר על כפייה לכל מטרה ומכל מניע:

"No physical or moral coercion shall be exercised against protected persons..."

ראו בג"ץ 3799/02 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז**, פ"ד ס(3) 67 (2005) (להלן: **עניין עדאלה**). באותו עניין, פסל בית המשפט את נוהל "האזהרה המוקדמת" אשר עשה בו שימוש הצבא, אשר הרשה לצבא להסתייע בתושב פלסטיני מקומי כדי לתת באמצעותו אזהרה מוקדמת לאדם אותו מבקשים לעצור. נקבע כי, הצבא אינו רשאי לנצל את האוכלוסייה האזרחית לצרכיו הצבאיים וכי קיים איסור מוחלט על הצבא לעשות שימוש בתושבים פלסטינים כ"מגן חי" או כ"בני ערובה". בנוסף, נקבע כי חובה עליו להפריד בין האוכלוסייה האזרחית לבין הפעילות הצבאית כלשהי (פסקה 24 לפסק דינו של כב' השופט ברק). כך גם בענייננו, השיבים אינם יכולים לעשות שימוש באוכלוסייה האזרחית לצורך השגת מטרות צבאיות או פוליטיות כלשהן ועליהן להעמיד נגד עיניהם רק את הצורך של העותרות 1-7 לקבלת טיפול רפואי חיוני ביותר להן.

למותר לציין, כי בעניין עדאלה הנ"ל, המשיבים שם ניסו לתת פרשנויות שונות לנוהל ולטעון לצמצום תחולתו, אך בית המשפט קבע כי זיהו אינו מספיק ואינו הופך את הנוהל לחוקי. זאת גם נוכח הבעיה ביישום אותן פרשנויות (ראו פסקה 5 לפסק דינה של כב' השופטת בייניש).

הפגיעה החמורה בזכות לחיים ולבריאות ולקבלת טיפול רפואי

81. מניעת יציאת העותרות ותושבים מעזה לקבלת טיפול רפואי מציל חיים או טיפול רפואי שבלעדיו טעם החיים משתנה כליל, מהווה מעשה אסור והפרה לחובותיה ההומניטריות של ישראל כלפי תושבי הרצועה (ראו סעיף 64 לעתירה לעיל). בנוסף מדובר בהפרה של החובה לכבד ולטפח את החיים האזרחיים ולדאוג באופן פוזיטיבי לצרכיה של האוכלוסייה האזרחית בעזה. חובה זו מעוגנת בהוראות תקנה 43 לתקנות האג. בנוסף, בסעיף 27 לאמנת גינבה הרביעית (1949) נקבעה חובה להגן על כבודם של התושבים המקומיים, וסעיף 38 לאמנה מעגן את החובה לספק לתושבים מוגנים, הזקוקים לטיפול רפואי, שירותים המשתווים לאלה שמקבלים אזרחיה. וזו לשון הסעיף:

"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."

82. במשפט הישראלי, הזכות לחיים הינה זכות חוקתית בסיסית, הנתונה **לכל אדם**. זכות זו מעוגנת בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "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 וכל כבודו".

83. זאת ועוד, היבטים מסוימים של הזכות לבריאות מוגנים חוקתית בהיותם נגזרת של הזכות לכבוד האדם והזכות לחיים, כאשר הנטייה היא להרחיב היקפה של הזכות הזוכה להגנה חוקתית (ראו בג"ץ 1105/06 **קו לעובד נ' שר הרווחה** (22.6.2014) (להלן: **עניין קו לעובד**)).

84. הזכות להגנה על החיים ועל הבריאות כוללות בחובן את הזכות לקבלת טיפול רפואי, במיוחד טיפול שעשוי להציל חיים, להאריכם או לשפר את איכותם. כפי שנקבע בבג"ץ 3071/05 גילה לוזון נ' ממשלת ישראל (28.7.2008):

"אין חולק בדבר מרכזיותה של הבריאות לקיום החיים האנושיים, לרווחתו של הפרט וליכולתו לממש את יתר זכויות האדם. כאשר מדובר בטיפול תרופתי שעשוי ברמת היתכנות כזאת או אחרת להציל חיים, להאריכם או לשפר את איכות חייו של החולה, יש ליתן משקל משמעותי לערכי קדושת החיים, שלמות הגוף והנפש, וכבוד האדם שהינם ערכים מרכזיים בעלי מעמד חוקתי בשיטתנו המשפטית."

ובעניין קו לעובד:

"ניתן לומר כי קבלת שירותי בריאות חיוניים ברמה הבסיסית ביותר הנדרשים להגנת החיים והבריאות, היא נגזרת של הזכות לכבוד האדם, באשר הוא אדם, ושל הזכות החוקתית לחיים ולשלמות הגוף המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיפים 2 ו-4 לחוק). **זכות זו עומדת לכל אדם**, אפילו הוא שוהה בלתי חוקי בתחומיה של המדינה (ראו בג"ץ 332/87 **בן שלמה נ' שר הפנים**, פ"ד מג(3) 353, 356 (1989)... לא אסתיר כי נטיית ליבי היא להרחבת היקפה של הזכות לבריאות החוסה תחת ערך כבוד האדם ותחת המטריה החוקתית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

85. כפי שנקבע בבג"ץ 5304/15 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל** (11.9.2016), לא ניתן לשלול את הזכות לחיים והמדינה מחויבת להגן על הזכות לחיים בצורה אקטיבית ולשמור על הערך של "קדושת החיים", וכאשר הדבר נתון לאחריותה הישירה, מתן טיפול רפואי מציל חיים הוא חובתה של המדינה והוא הגובר אפילו על שיקולים ביטחוניים.

86. מניעת הטיפול הרפואי מהעותרות מהווה גם פגיעה בזכותן החוקתית לכבוד האדם:

"לא פחות מן הפגיעה בזכות לבריאות נודעת חשיבות בענייננו לפגיעה בזכות לכבוד, אף לשיטת מי שמחזיקים בתפיסה מצומצמת שלה, המתמקדת בהגנה על כבוד האדם עצמו להבדיל מזכויות הנגזרות ממנו. ראוי להבהיר: אכן, כפי שצוין, ההגנה על הזכות לבריאות בשיטתנו המשפטית חוסה, מבחינה קונספטואלית, תחת כנפיה של הזכות לכבוד. אולם, יש מצבים שבהם הפגיעה בזכות לבריאות כרוכה אף בפגיעה בזכות לכבוד האדם עצמה. כך למשל, **הימנעות ממתן טיפול רפואי לאדם בנסיבות שחושפות אותו לאי-שליטה בגופו, להשפלה ואף לאובדן צלם אנוש עשויה לגלם פגיעה עצמאית בכבודו, בנוסף לפגיעה שהיא מגלמת בזכות לבריאות... בענייננו, מתבטאת הפגיעה הנוספת בכבוד האדם, מעבר לפגיעה בזכות לבריאות כזכות הנגזרת מכבוד האדם, בהותרתם של אנשים חולים ללא כל טיפול רפואי...**" (עניין קו לעובד, פ' 4 לפסק דינה של השופט ברק-ארז).

87. דיני זכויות האדם הבינלאומיים גם הם מבטיחים לתושבי עזה זכויות, כמו לכל אדם אחר ומחייבים את ישראל. סעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מגן על הזכות לחיים וקובע כי "אין לשלול משום אדם את חייו באורח שרירותי".

ראו גם סעיף 3 להכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות אדם, המהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי, המעגן את זכותו של כל אדם לחיים, וסעיף 25 להכרזה הנ"ל לפיו לכל אדם הזכות לרמת חיים נאותה לבריאותו לרווחתו, כולל טיפול רפואי.

88. זכותן של העותרות לקבלת טיפול רפואי מעוגנת גם באמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות וחברתיות. סעיף 12 לאמנה מעגן את החובה להגן על הזכות לבריאות ול"יצירת תנאים נאותים אשר יבטיחו לכל שירותי בריאות וטיפול רפואי במקרה של מחלה". בהערה כללית 14 משנת 2000 של המועצה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, נכתב, כי למדינות החתומות חובה חיובית **לאפשר נגישות פיזית לטיפול רפואי** (General Comment No.14, 'The Right to The Highest Attainable Standard of Health' Committee on Economic, Social, and Cultural Rights (2000), [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4.En?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4.En?OpenDocument)).

בהערה הכללית 14 צוין במפורש :

"States should refrain from... limiting access to health services as a punitive measure, e.g. during armed conflicts in violation of international humanitarian law" (סעיף 34 להערה)

ראו גם סעיף 11 לאמנה המעגן את זכותו של כל אדם לרמת חיים נאותה עבורו ועבור משפחתו ולשיפור מתמיד, ומטיל חובה על המדינה להבטיח מימוש זכות זו.

89. בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ), בחוות דעתו המייעצת בעניין חומת הפרדה שנבנתה על ידי ממשלת ישראל בגדה המערבית, קובע בבירור כי ישראל מחויבת בהוראות האמנה הנ"ל גם בגדה המערבית ורצועת עזה, וכי מוטלת עליה החובה לכבד את הוראותיה ולא להציב מכשולים בפני מימוש הזכויות הקבועות בה אף בתחומים בהם הועברה הסמכות לרשות הפלסטינית :

"Israel is bound by the provisions of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Furthermore, it is under an obligation not to raise any obstacle to the exercise of such rights in those fields where competence has been transferred to Palestinian authorities." (ICJ, 2004, Legal consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, para. 112).

90. לחובות ישראל על פי האמנות הנ"ל, ניתן להוסיף את האמור בחוקת הארגון העולמי לבריאות WHO (1946). החוקה מכירה בזכות יסוד לבריאות, כאשר היקפה של הזכות מוגדרת כ"רמה הגבוהה ביותר הניתנת להשגה". כך נקבע במבוא :

"The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being..."

פגיעה בכבוד האדם של החולים

91. כפי שנאמר **במפורש** בתגובה מטעם המדינה בעניין גולדין (ע/30), החלטת הקבינט מיום 1.1.2017 "לבטל יציאת בני משפחות אנשי חמאס מעזה לטיפולים רפואיים בישראל" נועדה לסייע "לקידום הסדר אשר יוביל להשבתם לישראל של גופות חייל צה"ל, סגן הדר גולדין ז"ל וסמ"ר אורון שאול ז"ל ושל אזרחי ישראל, אברה מניגסטו והישאם אל סייד, המוחזקים ברצועת עזה על ידי ארגון הטרור – חמאס" (ס' 6 לתגובה).

92. שימוש באדם כאמצעי להשגת מטרה שהיא חיצונית לו - לטובת אדם אחר או קבוצה כלשהי - מהווה פגיעה בזכותו החוקתית לכבוד האדם. כדבריו של אהרון ברק, ביסוד כבוד האדם מונחת ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת **בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים. כבוד האדם מניח אדם בן חורין, המהווה מטרה בפני עצמה, ולא אמצעי להשגת מטרות של הכלל או של פרטים אחרים** (אהרון ברק, **כבוד האדם כזכות חוקתית, הפרקליט מ"א**, 271 (1994)).

93. מניעת כניסתן של העותרות 1-7 ושל חולים אחרים לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי אינה נובעת מטעם הנוגע לחולות באופן אישי. העותרות משמשות כאמצעי לכאורה לקדם מטרה של החזרת הגופות והאזרחים המוחזקים בעזה. התייחסות אל החולות כאל אמצעי מהווה פגיעה בכבוד האדם שלהם.

94. בית משפט נכבד זה התייחס רבות לפגיעה בכבוד הנובעת משימוש באדם כאמצעי ולא כתכלית כשלעצמה. יפים דבריה של כבוד השופטת ארבל והאסמכתאות המצוטטות על ידה:

"ההתייחסות אליו (אל אדם, הח"מ) אינה כאל מטרה אלא כאל אמצעי. התייחסות זו ללא ספק הינה פגיעה נוספת בכבודו כאדם. "כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים" (ברק, פרשנות חוקתית, בעמ' 421). **"בני-אדם לעולם עומדים כתכלית וערך בפני עצמם. אין לראות בהם אמצעי בלבד ולא מוצר לסחור בו – תהא המטרה נאצלת ככל שתהא"** (עניין קו לעובד הראשון, בעמ' 399). אף אני עמדתי על כך ש"אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו", כנלמד מתורתו של הפילוסוף עמנואל קאנט (עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 3 לפסק דיני). " (בג"ץ 7146/12 נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת, פס"ד מיום 16.09.2013, פס' 86 ואיך, להלן: **עניין אדם**).

95. הלכה למעשה, העותרות מהוות **קלפי מיקוח** בידי המשיבים, שכן יציאתן לקבלת טיפול רפואי הכרחי תתאפשר רק אם לגישת המשיבים החמאס יאות להגיע להסדר עם מדינת ישראל להשבה של הגופות ושל האזרחים המוחזקים על ידו. בנוגע למי שמוחזק במעצר מינהלי כקלף מיקוח מינהלי נאמר כי "הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של ביטחון המדינה מובילים לנקיטת צעד זה" (דני"פ 7048/97 **פלוניס נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721 (2000)). אכן העותרות אינן מוחזקות במעצר לצורך מיקוח אך המשיבים, אשר שולטים כאמור לעיל בכניסה וביציאה מעזה, מונעים

את יציאתן מהרצועה לצורך קבלת טיפול רפואי הכרחי ומציל חיים, כשביות בביתן, וזאת לצרכי מיקוח.

החלטת המשיבים בלתי ראויה, גורפת, בלתי סבירה ובלתי מידתית

96. החלטתם של המשיבים הינה בלתי ראויה, גורפת, בלתי סבירה ובלתי מידתית, זאת גם בקבלת טענתם של המשיבים לפיה ההחלטה מיושמת רק כלפי "מי שנמנה על קרוביו מדרגה ראשונה של אדם המשויד לארגון חמאס" וכי "לא תכלול מניעת כניסה לצורך טיפולים מצילי חיים", כפי שיפורט להלן. מה גם שעניינן של העותרות 1-7 מראה בבירור כי ההחלטה מיושמת באופן גורף גם כלפי מי ש"הוחרגו" מתחולתה של אותה החלטה.

97. ראוי לשוב ולהדגיש, כי אנו עוסקים בזכויות היסוד הבסיסיות ביותר של אדם באשר הוא אדם – הזכות לחיים, לבריאות ולכבוד. פגיעה בהן, עד כדי שלילתן המוחלטת, לצורך השגת מטרה שהיא חיצונית לאדם הנפגע, עומדת בסתירה מוחלטת למושכלות יסוד ולכללי מוסר בסיסיים שאין צורך להסבירם או להעמידם במבחנים.

98. במקרה של העותרות, המשיבים גוזרים גזר דין מוות, או גזר דין של חיים בייסורים על העותרות ועל חולים אחרים בשל מעשה שלא נעשה על ידיהן ואין להן שליטה עליו.

99. החלטתם של המשיבים ומניעת יציאתן של העותרות לקבלת טיפול רפואי אינה לתכלית ראויה. המטרה מאחורי אותה החלטה היא לעשות שימוש באותם אזרחים הנזקקים לקבלת טיפול רפואי בישראל משאינו נמצא בעזה, ובמניעתם (ובהצטברותם של מקרים אלה) מקווים המשיבים שהדבר יהיה מנוף "לחץ על חמאס בנושא השבת שבויים ונעדרים" (לשון החלטת הקבינט). שימוש זה באוכלוסייה הנזקקת ביותר תוך איום על המשך חייה אינו יכול להצדיק את המטרה של המשיבים וודאי אינו יכול להוות תכלית ראויה. המשיבים אף חורגים מהמינימום ההומניטארי המובטח לתושבי עזה, והחלטתם שקולה לענישה של אנשים חולים על לא עוול בכפם (ראו עניין אדם).

100. העותרים ישובו וידגישו כי לעמדתם המטרה של מניעת יציאת העותרות לקבלת טיפול רפואי והחלטת הקבינט אינן מטרות ראויות כלל ועיקר ודינן להיפסל. יחד עם זאת, ולמען הזהירות, יפנה עתה למבחני המידתיות ונקדים להם את דבריו של כבוד השופט חשין:

"מבחן המידתיות מרכז עצמו באמצעים להשגתה של מטרה. הנחת-המוצא היא, שהמטרה – כשהיא לעצמה – מטרה ראויה היא, והשאלה אינה אלא אם אף האמצעי להשגתה של המטרה אמצעי ראוי הוא. בהחילנו את עילת המידתיות נזכור עוד זאת, כי **כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמת הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות.**" (בג"ץ 2355/98 סטמקה נ' שר הפנים (4.5.1999), פס' 52).

101. נקפיד אם כן עם הרשות הקפדה יתרה בעילת המידתיות, בהיותן של הזכויות הנפגעות לחיים, לבריאות ולכבוד, זכויות מן המעלה הראשונה, ובהיותה של הפגיעה, מניעת טיפול רפואי הכרחי, קשה מאוד, עד אנושה.

102. בהתאם להלכתו של בית משפט נכבד זה, זכויות יסוד אינן מוחלטות וניתן להגבילן על מנת שלא לפגוע בזכויות אחרות או באינטרסים מוצדקים, היינו לצורך מטרה ראויה. ואולם, על הפגיעה בזכויות יסוד להיות מידתית:

"עקרון המידתיות שואב את כוחו מהמשפט הבינלאומי כמו גם מעקרונות היסוד של המשפט הציבורי הישראלי (עניין מראעבה, בעמ' 507). כדי לעמוד בתנאי המידתיות, על המפקד הצבאי הנטל להראות כי קיימת התאמה בין האמצעי הננקט על-ידו לבין המטרה (מבחן המשנה הראשון של המידתיות); כי האמצעי הננקט הוא זה שפגיעתו בפרט היא הפחותה מבין החלופות האפשריות (מבחן המשנה השני); ושקיים יחס ראוי בין הפגיעה בחירויות הפרט הנובעות מן השימוש באמצעי, לבין התועלת שתצמח מהפעלתו (מבחן המשנה השלישי, הידוע גם כ"מבחן המידתיות במובן הצר") (עניין מוראר, פסקה 18; כן ראו עניין בית סוריק, בעמ' 840). נדון במבחנים אלה אחד לאחד" (בג"ץ 2150/07 אבו צפיה נגד שר הביטחון (29.12.2009), ס' 29 לפס"ד של הש' פוגלמן).

מבחן המידתיות הראשון: התאמה בין האמצעי למטרה

103. לעניין מבחן זה, שבה הפסיקה והדגישה כי יש לבחון את התאמת האמצעים שנבחרו להגשמת המטרה במבחן התוצאה והבחינה צריכה להיעשות לא כענין תיאורתי, אלא כענין מעשי, הנבחן בתוצאות הגשמתו (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (2006), פס' 63-68 לפס"ד של הנשיא ברק). השאלה שיש לשאול במסגרת מבחן זה הינה אם יש באמצעי שנבחר כדי לקדם הלכה למעשה את המטרה (אהרון ברק, מידתיות במשפט הפגיעה בזכות החוקתית והגבולותיה (2010, עמ' 377) (להלן: ברק, מידתיות במשפט).

104. בנוסף, ככל שהפגיעה בזכות היסוד קשה יותר, כך על הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה להיות הדוק יותר ובמקרים בהם מדובר, כמו במקרה שלנו, בזכות כבדת משקל במיוחד, נדרשת "ודאות קרובה" לכל הפחות, להגשמת התכלית העומדת בבסיס החוק:

"באשר למבחן בדבר התאמת האמצעי לתכלית, מידת הוודאות שתידרש להתאמת האמצעי וליעילותו מושפעת ממידת החשיבות של הזכות והטעמים שביסודה. כשמדובר בזכות כבדת משקל, עשויה להידרש "ודאות קרובה", ואולי אף כמעט מוחלטת, לכך שהאמצעי הפוגע בה יגשים ביעילות ובאופן מושלם את תכליתו. לעומת זאת, כשמדובר בזכות קלת משקל יותר, ייתכן כי ניתן יהיה להסתפק ב"אפשרות סבירה" לקידומה של התכלית" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר (24.9.1997), ס' 8 לפס"ד של כב' השופטת דורנר).

105. בעניינו מדובר בפגיעה קשה בזכות לחיים, לבריאות ולכבוד ונדרשת וודאות קרובה לכל הפחות, אולי אף וודאות מוחלטת, כי האמצעי בו נקטו המשיבים – מניעת טיפול רפואי מהעותרות בשל קרבת משפחה לפעיל חמאס – יגשים את המטרה של קידום הסדר להשבת הגופות והאזרחים הישראלים המוחזקים בידי חמאס.

106. עוד נפסק ביחס למבחן זה כי הדרישה לקשר רציונלי אינה מסתפקת בקיומו של קשר סיבתי טכני גרידא (בגץ 2887/04 סלים אבו מזיגס נ' מינהל מקרקעי ישראל, 15.4.2007, פס' 37

לפס"ד של הש' ארבל) אלא מכוונת לכך שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר הגיון:

"מבחן הקשר הרציונלי אינו מבחן של קשר סיבתי טכני גרידא בין אמצעי לתכלית. גם כאשר שימוש באמצעי כלשהו עשוי להוביל להשגת המטרה המבוקשת עדיין אין משמעות הדבר כי מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית. הדגש במבחן הקשר הרציונלי הוא על היותו של הקשר רציונלי. משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר הגיון." (בג"ץ 9593/04 מוראר נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה, (26.6.2006), פס' 25 לפס"ד של הש' בייניש).

107. זאת ועוד. נטל ההוכחה בנוגע להתקיימות מבחן הקשר הרציונלי מוטל על הטוען לקשר רציונלי – היינו על המשיבים (א' ברק, **מידתיות במשפט** (2010), עמ' 383) ועל המדינה יוטל לשכנע... שהאמצעי אשר נבחר מתאים להשגת התכלית" (ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל (9.11.1995), דברי כב' הש' מצא, עמ' 579).

108. קשה מאוד לקבל טענה בדבר קיומו של קשר רציונלי ענייני ולגיטימי בין האמצעי שבחרו בו המשיבים להגשמת המטרה. קשה יותר להבין כיצד יוכלו המשיבים להוכיח ברמה של וודאות קרובה, כי האמצעי בו נקטו יוביל להגשמת מטרתם המוצהרת. הרי המשיבים הפעילו ומפעילים לחצים רבים ומגוונים על החמאס ולא ניתן לבודד אמצעי אחד מכלל האמצעים ולהעריך אילו לחצים, אם בכלל, יובילו להגשמת המטרה. ההחלטה להוסיף על אמצעי הלחץ השונים, גם את האמצעי של מניעת טיפול רפואי הכרחי מחולים שיש להם קרוב משפחה בחמאס כדי שיתרום להשגת המטרה הרצויה – היא בגדר ספקולציה, מה גם שמדובר בענישה ומעשה נקם שלא יכולים לקיים כל קשר רציונלי.

109. בהקשר זה יפים דבריו של כב' השופט א' א' לוי:

"הלכה עמנו זה מכבר היא, כי "עד אשר מחליטה רשות החלטה האוצלת על זכויות הפרט – החלטה אינדיווידואלית או החלטת-מדיניות כללית – שומה עליה לאסוף את הנתונים שלעניין, לבור את הבר מן התבן, לנתח את הנתונים, לשקול אותם, לעמוד על משמעות ההחלטה המוצעת ועל תוצאותיה המשוערות, ורק אז לעשות מעשה" (בגץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פס' 51)

110. בנוסף לכך, הרי שמדובר על אמצעי שהוא שרירותי ובלתי הוגן, דבר המעורר ספק שמא המטרה המוצהרת אינה המטרה האמיתית (ברק, **מידתיות במשפט**, עמ' 389) ואולי מדובר במטרה אחרת כגון נקמה או שיקולים פוליטיים.

111. די בכך שהאמצעי בו נקטו המשיבים אינו עומד במבחן ההתאמה למטרה. מעבר לנדרש ולצורך הדיון בלבד, נמשיך ונבחן את האמצעי גם לאור מבחני המידתיות השני והשלישי.

מבחן המידתיות השני: פגיעה במידה המועטה ביותר

112. מבחן המידתיות השני דורש כי האמצעי הננקט הוא זה שפגיעתו בפרט היא הפחותה מבין כלל החלופות האפשריות. גם כאשר למבחן זה יודגש כי יש להפעילו בהתחשב במהות הזכות

שעל הפרק וכשמדובר בזכות יסוד חשובה במיוחד, כמו בענייננו, מצווה הרשות להקפיד יותר על בחירת אמצעי הפוגע בה במידה המזערית (פרשת לשכת מנהלי השקעות, ס' 8 לדברי דורנר). במקרה כזה על בית המשפט לוודא ביתר שאת כי אמנם לא קיים אמצעי חלופי שפגיעתו פחותה שבכוחו להגשים את תכלית החקיקה (בג"ץ 8425/13 **איתן מדיניות הגירה ישראלית ואח נ' ממשלת ישראל**, 22.9.2014, פס' 61 לפס"ד).

113. בענייננו, אין ספק כי האמצעי של מניעת טיפול רפואי הכרחי מחולים הוא אחד האמצעים הפוגעניים ביותר. נוכח קיומם של אמצעים פוגעניים פחות, האמצעי בו נקטו המשיבים כלפי העותרות אינו עומד במבחן המידתיות השני.

114. החלטתם של המשיבים היא גורפת ומונעת באופן א-פריורי בחינה אינדיבידואלית בעניינם של חולים הנזקקים לטיפול רפואי חיוני, ושמוך בהכרח נגועה בחוסר מידיות (ראו לעניין זה את בג"ץ 6778/97 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים**, פ"ד נח(2) 358, 367 (2004); בג"ץ 5627/02 **סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית**, פ"ד נח(5) 70 (2004); בג"ץ 8276/05 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי ואח' נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 1 (2006)).

מבחן המידתיות השלישי: מבחן המידתיות במובן הצר

115. מבחן המידתיות השלישי דורש יחס ראוי בין הפגיעה בחירויות הפרט הנובעות מן השימוש באמצעי, לבין התועלת שתצמח מהשימוש בו. על מבחן זה אמר בית משפט נכבד זה את הדברים הבאים:

"על ההבחנה בין מבחן משנה זה לשני מבחני המשנה הקודמים עמד בית משפט זה בבג"ץ 8276/05 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 1, 37 (2006): "מבחן המשנה השלישי הוא בעל אופי שונה. הוא אינו מתמקד אך באמצעי להשגת המטרה. הוא מתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמתה של המטרה הראויה. הוא מכיר בכך שלא כל האמצעים – בעלי הקשר הרציונלי ושפגיעתם היא פחותה – מצדיקים הגשמת המטרה. מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה". אכן, מבחן זה מעמיד "מחסום ערכי". הוא שב ומזכיר לנו כי בדמוקרטיה המטרה אינה מקדשת את האמצעים, ותהיה התכלית ראויה ככל שתהיה ישנם אמצעים שמדינה דמוקרטית אינה יכולה לקבל על מנת להגשימה (בג"ץ 466/07 **גלאון נגד היועמ"ש**, פס' 13 לפס"ד של כב' השופט ג'ובראן, וראה גם פס' 186 בפרשת איתן).

116. נוכח הפגיעה הקשה בזכויות העותרות, ההחלטה אינה עומדת גם במבחן המידתיות השלישי. בענייננו מדובר בזכויות יסוד ראשונות במעלה כאשר עוצמת הפגיעה בהן, היא ברמה גבוהה ביותר (ברק, מידתיות במשפט, עמ' 441 ואילך). לפחות במקרה של הפגיעה בזכות לחיים ולבריאות מדובר בפגיעה בלתי הפיכה שעלולה להביא למותו של אדם. אלו בדיוק סוג הפגיעות עליהן יש לומר כי המטרה אינה מקדשת האמצעים.

117. הדברים נכונים גם אילו היה האמצעי בו נקטו המשיבים עומד במבחני המידתיות הראשון והשני, היינו גם אם האמצעי היה מתאים למטרה ופוגעני במידה המועטה ביותר. הדברים נכונים שבעתיים כאשר האמצעי הנבחר גורם לפגיעה אנושה בזכויות יסוד, אך יכולתו להשפיע על מימוש המטרה היא בגדר ספקולציה בלבד והוא אינו האמצעי הפחות פוגעני. במקרה כזה אין ספק שהאמצעי הנבחר אינו עומד במבחן המידתיות השלישי.

118. לסיכום, האמצעי הנבחר – מניעת טיפול רפואי הכרחי מחולים בשל קרבה משפחתית לחמאס - לצורך קידום הסכם להחזרת הגופות והאזרחים הישראליים המוחזקים בידי חמאס – אינו עומד במבחני המידתיות ודינו פסילה. יפים במיוחד לעניינו דבריו של הנשיא בדימי' ברק בפרשת פלוניס:

"מודע אני לסבלן של משפחות שבויי צה"ל ונעדריהם. רב הוא כאבן. חלוף השנים ואי-הוודאות פוצעים את נפש האדם. כאוב הוא עוד יותר מצבו של שבוי, המוחזק בסתר ובהיחבא, קרוע מביתו וממולדתו. אכן, כאב זה, לצד האינטרס העליון של מדינת ישראל להשבת בניה לגבולם, לא נעלם מעיניי. הוא לא מש מלבי עת נתתי החלטתי בעמ"מ 10/94 [1]. לא פחת הוא מאז ועד היום. הטרגדיה האנושית והחברתית שבשבי ובהיעדרות נישאת על כתפינו יום יום. **אולם, ככל שחשובה המטרה של שחרור שבויים ונעדריים, אין בה – במסגרת החוק העומד לדיון בעתירה זו – כדי להכשיר את כל האמצעים. לא ניתן – במצב החוקי שבפינו – לתקן עוול בעוול.** סמוך אני ובטוח, כי מדינת ישראל לא תשקוט ולא תנוח עד שתמצא הדרך לפתרון סוגיה כאובה זו. כמדינה וכחברה, תהא נחמתנו בכך שהדרך לפתרון תהלום את ערכינו היסודיים (דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, 12.4.2000, ס' 24 לפס"ד)"

סיכום

119. בפני המשיבים ובית המשפט עומדות שבע עותרות, תושבות רצועת עזה, הנזקקות לטיפול רפואי העשוי להציל את חייהן. הן אינן מצליחות להבין מדוע בקשותיהן לקבל את הטיפול הרפואי החיוני להן מסורב על ידי המדינה.

120. החלטת המשיבים לאסור על העותרות, כמו על רבים אחרים, להיכנס לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי – אשר מוסכם כי הוא מהווה עניין הומניטרי בסיסי ביותר – בטענה לקיומה של קרבה משפחתית לאיש חמאס היא מבישה ובלתי חוקית בעליל. מדובר במדיניות של ענישת חפים מפשע, ושימוש בהם כ"קלפי מיקוח" תוך רמיסת זכויותיהם הבסיסיות ביותר לחיים, לבריאות ולכבוד. היא עומדת בניגוד לדין הישראלי והבינלאומי כפי שתואר בהרחבה בעתירה זו.

121. לנוכח חוסר החוקיות, העדר המידתיות והשרירותיות הגלומים בהחלטת המשיבים, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על בטלותה של החלטת הקבינט שמכוחה סורבו בקשותיהן של העותרות ולאפשר להן להיכנס לישראל לצורך קבלת הטיפול הרפואי אליו הן נזקקות.

הטעמים המפורטים לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לאשר את בקשת העותרות 1-7 לצאת מרצועת עזה ולהיכנס לישראל לשם קבלת הטיפול הרפואי לו הן נזקקות. בהתאם, בית המשפט מתבקש להוציא צו על-תנאי, כמבוקש בראש העתירה, לקיים דיון דחוף בעתירה ולאחר קבלת תשובת המשיבים, להפוך את הצו על-תנאי להחלטי ולחייב את המשיבים בהוצאות העותרים ושכ"ט עורך דין .

היום : 29.7.2018

ב"כ העותרים,

סיגי בן ארי, עו"ד

מונא חדאד, עו"ד