

בעניין: **רופאים לזכויות אדם – ישראל (ע.ר.) 580142214**
ע"י ב"כ עוה"ד תמיר בלנק (מ.ר. 30016) ו/או עדי לוסטיגמן (מ.ר. 29189)
ו/או הגר שחטר (מ.ר. 71140) ו/או איה חאגי עודה (מ.ר. 81573)
מרחוב שמואל הנגיד 27 ירושלים 94269
טל': 02 - 6222808 ; פקס: 03 - 5214947

העותרים

- נגד -

1. **ממשלת ישראל**
2. **שר הביטחון**
3. **מתאם פעולות הממשלה בשטחים**

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה
מרחוב צלאח אלדין 29, ירושלים

טל': 073-3925311 ; פקס: 02-6467011 ; hci-dep@justice.gov.il

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי המחייב את המשיבים לבוא וליתן טעם:

1) מדוע לא יאפשרו לאלתר תנועת חולים ומלוויהם אל ומחוץ לרצועת עזה למעבר לישראל לשטחים או לירדן, וזאת לצורך טיפול רפואי, ובכלל זה טיפול רפואי שבהעדרו טעם החיים משתנה.

2) מדוע לא תבוטל הנחיית שר הביטחון שניתנה עובר לסיום מה שכונה מבצע "שומר החומות", לפיה תתאפשר כניסת חולים למדינת ישראל משטח רצועת עזה רק לחולים הנזקקים לטיפול רפואי מציל חיים בלבד ולכאלו שנשקפת סכנה מיידית לחייהם.

א. בקשה לדיון דחוף

1. חולים הנמצאים ברצועת עזה, ביניהם חולי סרטן ומחלות קשות אחרות זקוקים בימים אלה לטיפולים אשר אין באפשרותם לקבל ברצועה, זאת בשל שנים של מצור, תת-פיתוח והגבלות על מערכת הבריאות שהביאו למחסור במומחיות רפואית וציוד רפואי, בנוסף להגבלות שמטילה ישראל על סוגי חומרים ותכשירים שניתן להכניס לרצועה. מצב מערכת הבריאות ברצועה הדרדר עוד בעקבות הלחימה האחרונה והשלכותיה הישירות והעקיפות.

2. החל מיום 10.5.21 כאשר החל המבצע המכונה "שומר החומות", לא מאפשרת ישראל ככלל מעבר חולים או מלווים אלא במצבי חרום, במובנם המצומצם ביותר על פי ישראל, כאשר מדובר בחולים המועברים באמבולנסים. משמעות הדבר, שמאות חולים, ביניהם חולי סרטן ומחלות קשות אחרות, אינם מקבלים את הטיפול לו הם נזקקים לפחות מאז החל המבצע המכונה "שומר החומות", ובכל יום שעובר והטיפול נדחה נפגעת בריאותם באופן קשה, ולעיתים בלתי הפיך ומסכן חיים.

3. פניות דחופות בנושא לא נענו באופן חיובי והמצב בשטח רק מוסיף ומדרדר. חולה אחד לפחות כבר הלך לעולמו בזמן שהוא ממתין לטיפול רפואי. לפיכך מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה.

ב. עניינה של העתירה

- אבדת גופו מניין תלמוד לומר 'והשבתו לוי' (דברים כב, ב)¹
4. עניינה של העתירה בחובת המשיבים להגן על בריאותם וחייהם של התושבים הפלסטינים ברצועת עזה ולפעול על מנת לאפשר להם לקבל טיפולים רפואיים שאינם מצויים ברצועה. עניינה של העתירה באי-החוקיות של שימוש בהגבלות על חולים כאמצעי להשגת יעדים כאלה ואחרים של מדינת ישראל. עניינה של העתירה בהצלת חיים, בריאות ובהגנה על כבוד האדם במובנו היסודי.
5. ביום 10.5.21 החלה לחימה בין ישראל לגורמים שונים ברצועת עזה, לחימה שנמשכה עד ליום 21.5.21. במסגרת הלחימה נורו רקטות מהרצועה לעבר יישובים בישראל ובוצעו תקיפות מצד ישראל ברצועת עזה, ובכלל זה הפצצות מן האויר אל עבר יעדים בהם גם חיים אזרחים במקום שהוא מהצפופים בעולם.
6. בטרם הלחימה שימש מעבר ארז למעבר של חולים ומלוויהם מרצועת עזה לצורך קבלת טיפול רפואי. בשגרה עברו במעבר למעלה מאלף חולים בחודש. המצב טרם הלחימה לא היה אידיאלי והעותרת סבורה שההגבלות על מעבר חולים היו נרחבות מדי. ואולם, עם פרוץ הלחימה נסגרו כליל המעברים הקיימים בין רצועת עזה לישראל, וביניהם מעבר ארז. גם עם תום הלחימה הוגבל עד מאד המעבר של חולים בהוראת המשיבים, כך שרק חולים בודדים עברו לטיפול וזאת רק במה שהוגדר על ידי המשיבים כמצב חרום, המצריך הגעה מיידית לבית חולים באמבולנס.
7. מצב דברים זה הינו הרה הסון, משמעותו התנערות מאחריות ישראל, והפקרת חולים באופן בלתי חוקי ולא אנושי.

ג. הצדדים לעתירה וסמכות בית המשפט

8. **העותרת, עמותת רופאים לזכויות אדם** (להלן: "רל"א") הינה עמותה רשומה המאגדת רופאים ואנשי רפואה להגנה על זכויות אדם, שמטרתה לפעול להגנה וקידום זכויות האדם הנוגעות לבריאות בתחומי השליטה של מדינת ישראל, ובמיוחד סוגיית הנגישות והשוויון בשירותי הבריאות לקבוצות שונות.
9. **המשיבה 1, ממשלת ישראל**, על פי חוק יסוד: הממשלה, הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה ולה יש סמכות פרוגטיבית לפעול בעניינים נשוא העתירה.
10. **המשיב 2, שר הביטחון**, ממונה מטעם הממשלה על מערכת הביטחון. בפועל שר הביטחון הוא שנתן את ההנחיה הלא חוקית לצמצום מעבר חולים.
11. **המשיב 3, מתאם פעולות הממשלה בשטחים** (להלן: "מתפ"ש"), אחראי למימוש המדיניות האזרחית ולתיאום הבטחוני של ממשלת ישראל כלפי רצועת עזה.

¹ תלמוד בבלי מסכת סנהדרין דף עג ע"א

12. לבית המשפט הנכבד סמכות עניינית לדון בעתירה זו שעניינה בחובות הכלליות המוטלות על מדינת ישראל מתוקף מחוייבותה לזכות לבריאות ולאחריותה כלפי האוכלוסיה ברצועת עזה ומשאין מדובר בבקשה העוסקת בעניין פרטני כזה או אחר, אלא במדיניות כללית של המשיבים. ראו לעניין זה, למשל, בג"ץ 11044/04 סולמטין נ' שר הבריאות (27.6.11); בג"ץ 2669/20 רופאים לזכויות אדם – ישראל נ' שר הבריאות (7.5.20).

ד. התשתית העובדתית

ד.1. המערכת הרפואית ברצועת עזה עובר לאירועי שומר החומות

13. המערכת הרפואית בגדה המערבית וברצועת עזה הן מערכות אשר תוכננו כמערכת אחת. בשל השליטה וההגבלות המוטלות מצד ישראל וההפרדה בין המערכות, וסיבות נוספות, המערכת ברצועת עזה נמצאת בתת פיתוח ואינה יכולה לספק שירותי רפואה סבירים לתושבי רצועה. המערכת הרפואית בעזה מתמודדת עם מחסור קשה בצוותים רפואיים, בהכשרה, בבדיקות, במיטות המיועדות לחולים קשים, באמצעי מיגון וחומרי חיטוי.

14. יצויין, כי ועדת האו"ם לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות קבעה בדוח משנת 2019 לגבי פעולות ישראל בהתאם לאמנה, כי הכשלים והחוסרים הקיימים בשירותי הבריאות שמפעילה הרשות הפלסטינית ברצועת עזה ובגדה, נובעים בחלקם הגדול מהמדיניות של ישראל, וההגבלות שהיא מטילה על חופש התנועה של אנשים, סחורות, תרופות ומידע, תוך הפרה של האמנה.²

"נספח 1" דוח מסכם של הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מיום 12.11.19

15. באשר לתחלואה ותמותה ממחלות, מחקר שפורסם ב- Global Public Health מצביע על פערים מובהקים לרעת הפלסטינים בין תושבי ישראל, ובכלל זה המתנחלים לבין הפלסטינים בגדה המערבית וברצועת עזה.³

16. הפערים בשיעורי התחלואה והתמותה בין ישראל והשטחים הפלסטינים ניתנים להסבר כתוצאה של מחסור בשירותי הבריאות ופער במגדירי בריאות, ובכלל זה: מצב כלכלי, נגישות למים, צפיפות במגורים ועוד. הפערים בבריאות מבטאים תוצר של מחסור כלכלי, נגישות נמוכה לשירותי בריאות, ולחץ שמקורו בחיים תחת כיבוש צבאי.⁴

17. שיעור המיטות לאלף נפש עומד על 1.3-1.7 בגדה ובעזה (וזאת לעומת ממוצע של 2.2 בשטחי ישראל ו-3.6 מיטות בממוצע ה-OECD).⁵ קיים מחסור חמור גם בכוח אדם רפואי. נכון לשנת 2018 מספר הרופאים בעזה עמד על 2525 איש, האחים והאחיות על 4362 איש ו-1950 פרמדיקים. שיעור הרופאים לאלף נפש עומד על 2.77 רופאים ברצועת עזה,⁶ וזאת לעומת 3.10 רופאים לאלף נפש בישראל.⁷ היחס בין אחיות לנפש בעזה עומד על 1.2 לאלף⁸ וזאת לעומת 5 בישראל (ראו לוח 1).

² Committee on Economic, Social and Cultural Rights: *Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of Israel* (E/C.12/ISR/CO/4)

³ Rosenthal, Frank S. "A comparison of health indicators and social determinants of health between Israel and the Occupied Palestinian Territories." *Global public health* (2020): 1-17.

⁴ Rosenthal, Frank S. "A comparison of health indicators and social determinants of health between Israel and the Occupied Palestinian Territories." *Global public health* (2020): 1-17.

⁵ <https://www.health.gov.il/PublicationsFiles/inequality-2019.pdf>

⁶ שם.

⁷ אמה אברבך, גידי פרוץ, שלומית אבני. "אי שוויון והתמודדות עימו 2019", משרד הבריאות, ירושלים, פברואר 2020.

⁸ "Right to Health 2018." World Health Organization, 2019.

https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/WHO_Right_to_health_2018_Web-final.pdf

לוח 1: השוואת פרמטרים של מערכת בריאות בין ישראל לבין השטחים

OECD	ישראל	oPt	
4204\$ (2019)	3145\$	306\$	הוצאה לבריאות פר נפש
3.4 (2015) ⁹	3.2 (2018)	1.5	רופאים לאלף נפש
8.8 (2019)	5	2.6	צוות סיעודי לאלף נפש
4.7 (2019)	3 (2017)	1.3 (2018)	מיטות לאלף נפש

18. לפערים בשירותי הרפואה יש לצרף פערים כלכליים אדירים. כך בשנת 2017 התוצר המקומי הגולמי לנפש בשטחים עמד על 3,095 דולר וזאת לעומת ישראל שבה עמד מדד זה על 40,270 דולר.¹⁰ שיעור העוני ברצועת עזה (הכנסה של פחות מ-4.6 דולר ליום) עומד על 5.6%¹¹

19. בהינתן שנים ארוכות של כיבוש, הגבלות חמורות מצד ישראל, והעדר יכולת פיתוח, הסיוע הניתן היום על ידי העולם עדין מותיר את ורצועת עזה בחוסר גדול לעומת ישראל והסיכוי של חולים לשרוד ולקבל טיפול במערכת הבריאות ברשות הוא, כאמור, קטן יותר.

20. המשיבים יודעים כי מערכת הרפואה ברצועת עזה עומדת בפני קריסה כבר תקופה ארוכה.

"נספח 2" כתבת הארץ מיום 5.2.19 בעניין קריסת שירותי הבריאות ברצועת עזה

21. למצוקה החריפה של מערכת הבריאות ברצועת עזה נוספה בשנה האחרונה מגפת הקורונה, שפגעה באופן קשה ברצועה. עד עתה נמנו ברצועה 108,750 חולים מאומתים ולמעלה מאלף אנשים מצאו את מותם כתוצאה מהנגיף. כיום יש ברצועה קרוב ל-3,000 מקרים פעילים המטילים מעמסה כבדה על מערכת הרפואה. חיסון האוכלוסייה הוא איטי ומצומצם, כך שהסכנה לתחלואה מוגברת אף יותר¹².

"נספח 3" נתוני WHO באשר למגפת הקורונה ברצועה

2. ד. השפעות "שומר חומות" על מערכת הבריאות בעזה

22. במהלך התקיפות הישראליות שבוצעו במסגרת מבצע שומר חומות דווח במקורות האו"ם על 253 הרוגים פלסטינים ו-1,948 פצועים, מבין הפצועים לפחות עשרה אחוזים עלולים לסבול מנכות ארוכת טווח, המצריכה שיקום¹³. כל אלו זקוקים לטיפול אינטנסיבי, היוצר וימשיך להטיל לאורך זמן עומס כבד על מערכת הבריאות החבולה והקורסת בעזה.

23. בהפצצות במהלך הלחימה נהרגו 5 אנשי ונשות רפואה. כך, בהתקפה אווירית של הצבא ב-16 במאי, נהרגו ד"ר אימן אבו אלעוף, רופא בכיר, ראש המחלקה הפנימית והאחראי על ההתמודדות עם מגפת הקורונה בבית חולים "שיפאא", וד"ר מועין אחמד אל-עלול, נוירולוג בכיר. שניהם נהרגו בהפצצה יחד עם בני ובנות משפחה נוספים. בהפצצה אחרת נפגעה מעבדת הקורונה "אל רימאל", המעבדה היחידה עם יכולות לעיבוד בדיקות קורונה, ואחד מעובדיה נפצע ונזקק לאשפוז. עד כתיבת שורות אלו, המעבדה לא חזרה לתפקוד מלא.

⁹ "Health at a Glance. Health Workforce, Doctors". World Health Organization, 2015.

¹⁰ "תמ"ג לנפש". המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020
¹¹ "Over 1m Palestinians under poverty line in besieged Gaza: UN" Al Jazeera, November 25, 2020, <https://www.aljazeera.com/news/2020/11/25/fifty-six-percent-of-gazan-under-the-poverty-line-un>

¹² בעניין זה ראו בג"ץ 2171/21 רופאים לזכויות אדם ואח' נ' ממשלת ישראל (תלוי ועומד).
¹³ OPT Flash appeal, protection cluster, by the UN

24. על פי דיווח של משרד הבריאות הפלסטיני נכון ל- 19 במאי, כ-21 מתקנים רפואיים הותקפו ישירות או נפגעו מתקיפה אווירית והפצצת בניינים בקרבתם. בדיווח של כוח המשימה לענייני בריאות של האו"ם, נאמר, כי נגרם נזק לתשעה בתי חולים ול-11 מרכזי רפואה ראשוניים, והנזק שנגרם לאחד מהם כבד¹⁴. מרפאת רופאים ללא גבולות (MSF) בעיר עזה ספגה נזק רב עקב הפצצת בניינים בקרבת המרפאה ב-16 במאי, מה שגרם להפסקה חלקית של פעילות המרפאה. בסך הכל נרשמו על פי נתוני ה WHO במהלך הלחימה כ- 28 התקפות על מוסדות רפואה.

"נספח 4" נתוני WHO באשר לתוצאות הלחימה נכון ליום 20.5.21

25. רשתות חשמל ומים ותחבורה גם הן נפגעו קשות תוך פגיעה בבריאות הציבור ובאפשרות התפקוד של מתקני הבריאות שנותרו. כך למשל, נזק לקווי ההזנה, ולרשתות החשמל, כך שאספקתו ירדה בשלב מסויים ל כ-100 מגוואט, הרבה פחות מהביקוש בעזה, המוערך ב-400 מגוואט, ומחסור בדלק לגנרטורים. נגרמו שיבושים קשים במתן שירותים בסיסיים ובכלל זה נפגעו מכשירי רפואה, ציוד, אפשרויות אחסון - כל אלה משפיעים באופן ישיר על האפשרות לפעילות מתקני הרפואה, ובכלל זה בתי החולים ועל מתן טיפול רפואי אפקטיבי. הנזק וההרס הרב שנגרם לכבישים ולתשתיות מפריע לנסיעת אמבולנסים ולגישה מהירה לבתי חולים ומרפאות.

26. בכל מחלך המבצע ולאחריו, לא ניתן היה לפנות פצועים וחולים מהרצועה לטיפול רפואי מחוצה לה והדבר יצר "פקק" ולחץ גובר של חולים ומצוקה במערכת הבריאות.

27. נוסף על כך במהלך הלחימה, כ- 72,000 מתושבי עזה נאלצו לנוס מביתם, אשר הופגזו מן האויר, ובהם 58,000 אשר חפשו מקלט ומחסה בבתי ספר של אונר"א. מצב זה יצר צפיפות מוגברת, ללא אפשרות לריחוק חברתי ותנאי הגיינה בסיסיים, באופן אשר הביא גם הוא לסיכונים בריאותיים ותחלואה, כאשר מגפת הקורונה עודה בעיצומה בעזה¹⁵.

3.ד. טיפול בחולים מחוץ לרצועת עזה

28. נוכח המצב הקשה של מערכת הבריאות ברצועה נאלצים לאורך שנים חולים אשר אין להם טיפול זמין ברצועת עזה, לקבל מענה רפואי בגדה המערבית, בירושלים המזרחית או בבתי חולים בישראל או בירדן וזאת במימון הרשות הפלסטינית. לצורך קבלת הטיפול נדרשים תושבי הרצועה לעבור במעבר ארז לישראל ודרכה.

29. בשנה האחרונה, שבה היו מספר הפניות מצומצם יחסית בשל מגפת הקורונה, הופנו על ידי הרשות הפלסטינית מדי חודש כ- 1,500 חולים. בטרם פרצה המגפה עמדו המספרים על מעל 2,000 לחודש. על פי הנתונים המעודכנים ביותר, שפורסמו לגבי חודש מרץ 2021 בחודש זה היו 1293 הפניות של חולים מרצועת עזה. שני שלישים מהחולים מופנים לבתי חולים פלסטיניים בירושלים המזרחית ורק 12% הופנו לבתי חולים בתוך ישראל. מתוך החולים 24% ילדים ו- 20% קשישים מעל גיל 60. מדובר בחולים שכמעט מחציתם הם חולים אונקולוגים, ואחרים סובלים מבעיות דם, לב, עיניים ובעיות רפואיות נוספות קשות.

¹⁴ המשרד לתיאום עניינים הומניטאריים, או"ם, הסלמה ברצועת עזה, בגדה המערבית ובישראל, עדכון בזק מס' 10. <https://www.ochaopt.org/he/content/escalation-gaza-strip-west-bank-and-israel-flash-update-10-covering-1200-19-may-1200-20-may>

מתוך הפניות שהועברו בחודש מרץ 66% אושרו ופחות מאחוז אחד נדחו. יתר הפניות לא נענו.

"נספח 5" נתוני WHO באשר להפניות חולים בחודש מרץ 2021

ד.4. הפסקה כמעט מוחלטת של מעבר חולים בעקבות אירועי "שומר חומות"

30. החל מתחילת אירועי מבצע "שומר חומות" ביום 10.5.21 הופסקה כמעט לחלוטין תנועת חולים מרצועת עזה לישראל. במהלך הלחימה לא הייתה תנועת חולים כלל, אולם גם לאחריה, לא חודשה תנועת החולים, אלא במקרים בודדים וחריגים, וזאת מתנועה של עשרות חולים ביום, שהייתה לפני הלחימה.

31. על פי נתונים שנמסרו לעותרת מגורמים ברצועת עזה, במהלך השבוע שבין 25.5.21 עד 30.5.21 הוגשו על ידי הועדה האזרחית הפלסטינית המתאמת מול הגורמים בצד הישראלי את המעבר 191 בקשות למעבר חולים, כולן בקשות דחופות, ומתוכם 20 מקרים שהצריכו פינוי באמבולנס. מתוך אותן בקשות התקבלו רק 13 היתרים, ורק למקרים שנדרשו לפינוי באמבולנס. כלומר, שיעור אישורים של כ- 7% לעומת 66% בחודש מרץ 2020.

32. במהלך הימים האחרונים יצאו בכל יום חולה או שניים, במקום קרוב למאה ביום רגיל, וזאת רק במקרים דחופים ועם אמבולנסים.

33. בנוסף, גם חולים שכבר אושרה יציאתם בעבר והם מחזיקים בהיתר נדחו. כך, למשל, עביר עאשור ת.ז. 927399808, אשר סובלת מקרצינומה של החולחלת ומחזיקה בהיתר לתאריכים 22.4.21 עד 22.7.21 לצורך טיפול רדיותראפי שאינו קיים ברצועת עזה, הגיעה ביום 25.5.21 בשבוע שעבר וביום 30.5.21 השבוע למעבר ארז לצורך מעבר להמשך טיפול בבית החולים אוגוסטה ויקטוריה בירושלים, אולם מעברה סורב על ידי המשיבים.

"נספח 6" אישור המשיבים למעבר קודם של גבי עאשור ופניה נוספת בעניינה לאחר סירוב

34. כך מתמד נירב ת.ז. 8046044163, תושב רצועת עזה אשר סובל מלימפומה אגרסיבית ומטופל כבר מזה חצי שנה בבית החולים הדסה בירושלים. מר נירב אמור לעבור מחזור טיפול נוסף אשר מתעכב כבר כשבועיים. למרות שמר נירב טופל בעבר ולמרות שהוא נמצא בעיצומם של טיפולים למחלת הסרטן, המשיבים מסרבים כעת את כניסתו ומונעים ממנו סיכוי להחלים תוך סכנה לחייו. כך רושם הרופא המטפל:

נירב מוחמד, גבר צעיר עם לימפומה אגרסיבית, מטופל במחלקתי מזה כמעט חצי שנה בכימותרפיה אינטנסיבית... המזחור הנוסף של הטיפול מתעכב כשבועיים כעת בשל סגירת המעברים...

יש לציין כי לאור התגובה החלקית חייב לקבל את הטיפול במועד וכסדרו, והעיכוב מסכן את חייו. זאת משום שיש סיכוי גבוה לחזרת מחלתו הממארת במהירות אם לא יקבל טיפול ובנוסף היעדר מענה מספק אם תחזור. לעומת זאת אם יקבל את הטיפול כפי שצריך – יש סיכוי גבוה לרפא אותו ממחלתו...

"נספח 7" מכתב הרופא המטפל, ד"ר משה גת

35. כך, למשל, מר מוניר אבו סעוד ת.ז. 930045950 הוזמן לטיפול רדיתראפיה ליום 23.5.21, ואולם בקשתו לא נענתה, ולא התאפשר לו לצאת לטיפול החיוני.
36. כך למשל, מר מאג'ד מוסא, ת.ז. 937710812, בן 80, חולה בסרטן הריאות, הוזמן לטיפול כימותראפיה ליום 25.5.21, ואולם בקשתו לא נענתה ולא התאפשר לו לצאת לטיפול החיוני.
37. כך גם נוח אבו אלעמרין ת.ז. 910841238, בן 66, הוזמן לטיפול רדיותראפי במחלת הסרטן ממנה הוא סובל ליום 24.5.21, ואולם בקשתו לא נענתה ולא התאפשר לו לצאת לטיפול החיוני.
38. ביום 31.5.21 הלך לעולמו במהלך המתנה לטיפול, חסן אחמד עבד אלחרטי ת.ז. 963587779 בן 62 שאובחן עם גידול בלשון וגרון. בעניינו של מר אלחרט הוגשה בקשה בתאריך 27.5 לבית חולים אלמקאצד למועד זימון 30.5 באמבלונס, אולם לא התקבל שום מענה ממת"ק עזה לפנייה זו למרות הדחיפות במצבו.
39. הדברים האמורים לגבי מר נירב וסכנת המוות שמצא את מר אלחרטי נכונים לגבי חולים רבים, הממתינים שבועות ארוכים לטיפול ומשועים למזור שקיים עבורם מחוץ לרצועת עזה. חולים אלה, שרבים גם המתינו זמן ארוך מהרגיל בשל הקשיים שכפתה מגפת הקורונה ובשל הלחימה בתקופה האחרונה, מנועים גם כיום מלהגיע לטיפולים כבודם נרמס, ובריאותם וחייהם בסכנה.

ה. הפניה לרשויות – מיצוי הליכים

40. עוד בעיצומם של אירועי "שומר החומות" פנתה העותרת יחד עם ארגוני זכויות נוספים והתריעה על חובתה של ישראל שלא לפגוע באזרחים ולפעול בהתאם למחויבותה על פי המשפט הבינלאומי להגן על אוכלוסייה פגיעה ובכלל זה חולים.
41. עם הכרזת הפסקת האש, משנדע שהמעברים לא נפתחו גם לא למקרים הומניטאריים פנתה העותרת, יחד עם ארגון גישה, עדאלה, ואלמיזאן בבקשה דחופה לפתיחת מעבר ארז. בפניה צויין כי מניעת מעבר אנשים לצרכים הומניטאריים הינה בעלת השלכות קשות ומסכנת את חייהם של חולים רבים. כמו כן הודגש, כי סגירת המעברים מנוגדת לחובותיה של ישראל על פי הדין הבינלאומי ולפסיקות בית המשפט העליון.

"נספח 8" פניית למשיבים מיום 23.5.21

42. ביום 26.5.21 הועברה פניה נוספת אשר התרכזה בצורך הדחוף לאפשר מעבר של חולים מרצועת עזה. בפניה זו הובאו דוגמאות לחולים אשר ביקשו להגיע לטיפול רפואי למחלת סרטן בימים האחרונים, אולם בקשתם סורבה. בפניה נדרשו המשיבים לאפשר את מעבר החולים לאלתר.

"נספח 9" פניית למשיבים מיום 26.5.21

43. פניות העותרת לא נענו ישירות, ואולם בתגובה לעיתונות נמסר ממתפ"ש ביום 31.5.21 התגובה הבאה, שפורסמה גם בכתבת עיתון "הארץ" מיום 31.5.21 בקישור:

<https://www.haaretz.co.il/news/politics/.premium-1.9858610>

בהתאם להנחיית שר הביטחון והדרג המדיני, מאז סיום מבצע "שומר חומות", ולאור הערכות המצב העדכניות, כניסת חולים למדינת ישראל משטח רצועת עזה מתאפשרת לחולים הנזקקים לטיפול רפואי מציל חיים בלבד ולכאלו שנשקפת סכנה מיידית לחייהם.

נדגיש כי על אף שהחל משנת 2007 שולט ברצועת עזה ארגון הטרור חמאס, אשר אינו נוחל באמצעים לשם ניצול ציני של תושביו לצרכי טרור, ועל אף שמדינת ישראל אינה הריבון ברצועת עזה, מתאפשרת כניסת חולים עזתיים לקבלת טיפולים רפואיים מצילי חיים בבתי החולים בישראל וביהודה ושומרון.

44. משמעות התגובה, כי המשיבים עומדים על עמדתם הנוכחית ומוסיפים, לפרק זמן בלתי מוגבל, למנוע מעבר חולים מרצועת עזה, לבד מאותם מקרים ספורים ובודדים, זאת בניגוד לדין, בניגוד למדיניות - המצמצמת - שנהגה עד כה ובניגוד לפסיקות בית משפט נכבד זה.

45. משמעות התגובה, כי המשיבים מציבים קריטריון של דחיפות, שהוא קריטריון מעורפל ביותר ובפועל הוא מעין "מכבסת מילים" שמשמעותה שחולים לא יוכלו לצאת מהרצועה. הוראת המשיבים משתשמת בהגדרות שאינן מקובלות בחקיקה בהקשר זה, לא בחוק זכויות החולה, תשנ"ו - 1996 המביא הגדרות שונות למצבים רפואיים, ולא בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד - 1994 והן מצומצמות מאוד. הפרשנות לטיפול מציל חיים אף היא צרה במיוחד וכפי שראינו בפועל נמנע טיפול מחולי סרטן, אשר השלכות אי קבלת הטיפול או דחייתו על חייהם ברורות.

46. יפים לעניין זה דברי פרופ' רפי ולדן, רופא מנתח ורופאים לזכויות אדם, בחוות דעתו מיום 31.5.21:

יש להבהיר שהגדרות של מצב "מציל חיים" או עם "סכנה מיידית לחיים" הן מעורפלות ביותר ומצויות בשימוש ברפואה רק במצבים קיצוניים ביותר, במצבים אלה מתחייב טיפול בהול ביותר ובוודאי לא העברה לבית חולים אחר וכמובן לא המתנה לאישור של רשויות לאחר בדיקות ובירורים. חולה שמתגלה אצלו גידול סרטני במוח לא צפוי למוות מידי אולם ברור שעוכב הטיפול בו יביא לפטירתו. פצוע עם זיהום קשה עלול להגיע לקטיעת רגל גבוהה אם לא יטופל במרכז רפואי בעל אמצעים נאותים. חולה עם כאבים בחזה עלול למות מהתקף לב אם אין אפשרות לאבחן אותו תוך פרק זמן סביר. לא פעם מתרחשים מצבים של הדרדרות מהירה בחומרת מחלה שלא ניתן היה לצפות מראש שיש בה סיכון מיידית.

שימוש בהגדרות של ההוראות החדשות במצב הנתון הוא פשוט מכבסת מילים האומרת שחולים לא יוכלו לצאת מהרצועה. לא פעם הבקשה אפילו אינה לטיפול בישראל אלא רק למעבר דרכה אל מרכזים רפואיים בגדה הערוכים הרבה יתר טוב להעניק טיפול רפואי...

"נספח 10" התייחסות ועדת האתיקה של רל"א ושל פרופ' רפי ולדן להוראות המשיבים

47. אשר על כן מוגשת עתירה דחופה זו.

ו. הטיעון המשפטי

- 1.1. הדין החל – חובות על פי עקרונות המשפט הישראלי והמשב"ל
48. גם לאחר 'התנתקות' ישראל מרצועת עזה, נותרו, גם לשיטת המדינה, חובות הומניטריות של ישראל כלפי תושבי הרצועה. (ראו לעניין זה בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' רה"מ (30.1.08) ובג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' רה"מ (19.1.09)). כחלק מההכרה בחובות ההומניטריות של ישראל כלפי תושבי הרצועה.
49. בבג"ץ 5628/08 ענבר נ' אלוף פיקוד הדרום (9.12.09) בפסקה 7 נקבע במפורש, כי ישראל מחוייבת לאפשר את הצרכים ההומניטאריים הבסיסיים של תושבי הרצועה גם לאחר 'ההתנתקות'. כן נפסק שם, כי "אחד השיקולים שעל הגורמים המוסמכים לשקול בקביעת מדיניות הכניסה מן הרצועה לישראל, עניינו בחובות החלות על ישראל כלפי האוכלוסייה האזרחית שם."
50. מתוקף היותם של המשיבים רשות מרשויות המדינה, חלים עליהם עקרונות היסוד של המשפט הישראלי, עקרונות המשפטי המנהלי, חוקי היסוד, 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).
51. בנוסף חלים גם כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי, והמשפט הבינלאומי ההומניטארי, המחייבים את כל אומות העולם ושישראל כפופה להם (ראו למשל בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' מ"י ואח').
52. נציין כי בית המשפט העליון קבע בעבר את המובן מאליו, כי גם בתקופות לחימה ישראל מחוייבת לדין הבינלאומי. נקבע בבג"ץ 201/09 רל"א נ' רה"מ (19.1.09), בהקשר למבצע "עופרת יצוקה", כי:

בהתאם לאמור לעיל, התשתית הנורמטיבית המחייבת את מדינת ישראל בעת קיומן של פעולות לחימה ברצועת עזה, כוללת מספר מקורות משפטיים. בין מקורות משפטיים אלה ניתן למנות את דיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי, המעוגנים בעיקרם, באמנת האג הרביעית (ה- IV) Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land (1907); (להלן: אמנת האג) ובתקנות הנספחות לה, אשר להוראותיהן מעמד של משפט בינלאומי מנהגי; באמנת גינבה הרביעית (Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949, (להלן: אמנת גינבה הרביעית), אשר הוראותיה המינהגיות מהוות חלק ממשפטה של מדינת ישראל... ובפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות גינבה (ה- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977, (להלן: הפרוטוקול הראשון), אשר ישראל אינה צד לו, אולם הוראותיו המנהגיות מהוות אף הן חלק ממשפטה של ישראל... בצד המשפט הבינלאומי חלים גם כללי היסוד של המשפט הציבורי הישראלי ... על-פי כללי המשפט הציבורי הישראלי, על הצבא לנהוג, בין היתר, בהגינות, בסבירות ובמידתיות, תוך איזון ראוי בין חירות הפרט לצורכי

וראו בהקשר זה בדומה גם בבג"ץ 4764/04, **רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה** (30.5.04), שם בפסקה 10.

53. השליטה הנמשכת, בין היתר, על המעברים אל עזה וממנה ועל תחומי חיים רבים נוספים של תושבי עזה, מטילה על ישראל חובות כלפי תושבי עזה מכוח דיני הכיבוש שבמשפט ההומניטארי הבינלאומי, בכל מה שקשור לזכויות האדם המושפעות משליטתה. ראו לעניין זה: דוח מדד השליטה, עמ' 47-49; שרי בשי וקנת מן "שליטה ואחריות: מעמדה המשפטי של רצועת עזה לאחר 'ההתנתקות'" **המשפט** יד 35 (2010); Aeyal Gross, *Rethinking occupation: the functional approach*, *Symposium on the functional approach to the law of occupation*, *OPINIO JURIS* (April 2012); Tristan Ferraro, *Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law*, 94 *INT'L REV. RED CROSS* 133, 157-158 (2012); Aeyal Gross, *THE WRITING ON THE WALL: RETHINKING THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION* (Cambridge University Press, 2017).

54. גישה זו בנוגע משפט ההומניטארי אומצה על ידי ארגונים בינלאומיים ומומחים למשפט בינלאומי. כזו היא גם עמדת ארגון הצלב האדום:

"The ICRC considers, however, that in some specific and rather exceptional cases – in particular when foreign forces withdraw from occupied territory (or parts thereof) but retain key elements of authority or other important governmental functions usually performed by an occupying power – the law of occupation may continue to apply within the territorial and functional limits of such competences. Indeed, despite the lack of the physical presence of foreign forces in the territory concerned, the retained authority may amount to effective control for the purposes of the law of occupation and entail the continued application of the relevant provisions of this body of norms. This is referred to as the "functional approach" to the application of occupation law. This test will apply to the extent that the foreign forces still exercise, within all or part of the territory, governmental functions acquired when the occupation was undoubtedly established and ongoing.

ICRC, INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND THE CHALLENGES OF Contemporary ARMED CONFLICTS REPORT 12 (2015)

2.1. כניסה מרצועת עזה לישראל – מסגרת נורמטיבית

55. על פי סעיף 1(א) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: "חוק הכניסה"), מי שאיננו אזרח ישראלי זקוק לאשרה כדי להיכנס לישראל. סעיף 17(ב) לחוק הכניסה מסמיך את שר הפנים, בהתייעצות עם ועדת הפנים של הכנסת, לפטור סוגי אנשים מהוראות החוק. תושבי רצועת עזה פטורים מהוראות סעיף 7 לחוק הכניסה, וזאת מתוקף צו הכניסה לישראל (פטור תושבי רצועת עזה) (הוראת שעה), תשס"ה – 2005. הצו קובע:

תושב רצועת עזה הנכנס לישראל משטח רצועת עזה מכוח היתר, לרבות היתר כללי שנתן מנהל מינהל האוכלוסין או מי ששר הפנים הסמיך לכך, פטור מהוראות סעיף 7 לחוק מהוראות החוק בדבר אשרה ורישיון לשיבת מעבר או ביקור, כל עוד הוא מקיים את ההיתר כאמור;

56. לאחר נסיגת כוחות צה"ל מתוככי רצועת עזה בספטמבר 2005, הוצא מנשר על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור עזה, המודיע על סיומו של הממשל הצבאי. במקביל השתמש שר הפנים בסמכותו על פי סעיף 17(ב) לחוק הכניסה והוציא את צו הכניסה לישראל (פטור תושבי רצועת עזה) (הוראת שעה) תשס"ה – 2005¹⁶ נקבע:

תושב רצועת עזה הנכנס לישראל משטח רצועת עזה מכוח היתר, לרבות היתר כללי, שנתן מנהל מינהל האוכלוסין או מי ששר הפנים הסמיך לכך, פטור מהוראות סעיף 7 לחוק ומהוראות החוק בדבר אשרה ורישיון לישיבת מעבר או ביקור, כל עוד הוא מקיים את תנאי ההיתר כאמור; ...

57. לאחר מתן צו הפטור, הסמיך שר הפנים מספר גורמי צבא הפועלים במינהלת תיאום וקישור במעבר ארז ליתן היתר לתושבי רצועת עזה לשם כניסה לישראל ("הסמכה לתת היתר" מיום 18.6.07).

58. על פי סעיף 33 לחוק הכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג – 2003 רשאי מפקד האזור ליתן היתר שהייה בישראל לתושבי רצועת עזה, בין היתר, לשם טיפול רפואי או למטרה זמנית אחרת.

59. ביום 19.9.07 החליטה ועדת השרים לביטחון לאומי של מדינת ישראל (הקבינט הבטחוני) להטיל מגבלות על תנועת אנשים מן הרצועה ואליה (החלטה ב/34). בהחלטה נאמר, כי:

טוטל מגבלה על תנועת אנשים מהרצועה ואליה. ההגבלות ייושמו לאחר בחינה משפטית תוך התחשבות בהיבטים ההומניטריים השוררים ברצועת עזה ומתוך כוונה להימנע ממשבר הומניטרי.

3.1. כניסה לישראל מעזה לצורך טיפול רפואי

60. בבג"ץ 7094/05 **רופאים לזכויות אדם נ' מתפ"ש** (27.4.10) נכתב, כי גם לאחר ההתנתקות מיושם העיקרון והנוהל הקובע, כי תושבי רצועת עזה הזקוקים לטיפול רפואי בישראל יוכלו להיכנס אליה וזאת בהעדר מניעה ביטחונית פרטנית.

61. במסגרת תשובת המדינה לעת"מ 11-02-22775 הוצג מסמך הקרוי "מדיניות תנועת אנשים בין מדינת ישראל לרצועת עזה" (מעודכן ליום 5.5.11). במסמך צויין, כי המגבלות על תנועת אנשים ייושמו "בהתאם לחובות המשפטיות המוטלות על ישראל". המסמך מציין גם את "הטיפול הרפואי" כקטגוריה הראשונה המאפשרת כניסה לישראל וכנלווה את הקטגוריה של "ביקור קרוב משפחה חולה".

"נספח 11" מסמך "מדיניות תנועת אנשים בין מ"י לרצועת עזה"

62. מדיניותם העדכנית של המשיבים ביחס לבקשות של תושבי עזה לכניסה לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי וליווי אליו מעוגנת במסמך 'סטטוס הרשאות בלתי מסווג לכניסת פלסטינים לישראל, למעברם בין אזור יהודה ושומרון לבין רצועת עזה וליציאתם לחו"ל' סעיף 10(א) למסמך קובע כי כניסתם של פלסטיניים לישראל תותר לצורך קבלת 'טיפול רפואי מציל חיים או טיפול רפואי שבהעדרו נועם החיים משתנה כליל, כל זאת בכפוף לכך שהטיפול המבוקש אינו זמין ברצועת עזה'. המסמך מציין, כחלק נלווה לטיפול הרפואי, גם כניסה של הורה מלווה לחולה. ברור שבהעדר ליווי החולה תתקשה לקבל טיפול רפואי ובכל מקרה רווחתה ומצבה הרפואי יפגעו.

"נספח 12" חלק רלבנטי מסטטוס הרשאות

¹⁶ צו זה החליף את הצו מיום 9.1.68 - צו בדבר סגירת האזור (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 144), התשכ"ח-1968

63. במסגרת נהלי המשיב קיים גם נוהל מיוחד, העוסק במתן היתרים מסיבות רפואיות.

"נספח 13" נוהל היתרים לתושבי רצועת עזה עבור טיפולי רפואיים

64. כפי שנקבע בבג"ץ 5693/18 **ציאם נ' מ"י** (26.8.18) *מדינת ישראל מכירה בעליונותו של ערך קדושת החיים ואת החתירה לפעול – ככל הניתן ובמסגרת הדין – להצלת חיים, גם של זרים.*

65. יצויין, כי בית המשפט עמד על האבחנה המלאכותית בין "הצלת חיים" ל"איכות חיים" ולמעשה פסל אותה כקריטריון בעניין כניסת חולים מהרצועה במסגרת בג"ץ 5786/07 **רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה** (2.7.07), בג"ץ 9522/07 ובג"ץ 5429/07. עקרון זה יושם, למעשה, בעניין ע"מ 1063/10 **חמדאן נ' שר הפנים** (16.11.10), שם התאפשר לאדם שסבל מכאבים ובליטת דיסק להיכנס, במסגרת פשרה לטיפול רפואי בירושלים.

66. כמו כן בבג"ץ 3225/16 **מסלם ואח' נ' אלוף פיקוד דרום ואח'** (14.7.16) נאמר, כי יש לבחון ולאפשר טיפול גם ב"מקרים רפואיים בעלי פוטנציאל סיכון".

4.1. חובת המשיבים לדאוג לבריאות האוכלוסייה

67. הזכות לחיים והזכות לטיפול רפואי הנגזרות ממנה, מחייבות את המדינה גם בשעת מלחמה (ראו בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נז(2) 349).

68. גם המשפט הבינלאומי מחייב את המדינה לספק שירותי בריאות נאותים לכל. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966)¹⁷ קובעת בסעיף 12 את החובה להגן על הזכות לבריאות ולייצרת תנאים נאותים אשר יבטיחו לכל שירותי בריאות וטיפול רפואי במקרה של מחלה". סעיף 2 קובע, כי על המדינות החברות באמנה לפעול יעד כדי מירב המקורות העומדים לרשות למען הכטח בשלבים את השימוש המלא בזכויות". בהערה כללית 14 משנת 2000 של המועצה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, נכתב, כי למדינות החתומות חובה חיובית לאפשר נגישות פיזית לטיפול רפואי¹⁸.

69. סעיף 38 לאמנת גינבה הרביעית (1949) קובע את החובה לספק לתושבים מוגנים, הזקוקים לטיפול רפואי, שירותם המשותווים לאלה שמקבלים נתיניה. 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

70. חובות אלה, להגנה על חולים ופצועים חלות ללא קשר להשתייכותם ללאום או אפילו לגוף כלשהו, ואפילו מספקות הגנה ללוחמים. ראו לעניין זה, למשל, סעיף 12 ו-46 לאמנת גינבה הראשונה.

¹⁷ כתבי אמנה 1037, אושררה על ידי ישראל בשנת 1991

¹⁸ General Comment No.14, 'The Right to The Highest Attainable Standard of Health' Committee on Economic, Social, and Cultural Rights (2000), [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4.En?OpenDocument)

71. בעניין החובה המוסרית הקיימת למתן טיפול רפואי לכל אדם, ראו בג"ץ 4466/16 **עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע** (14.12.17) בפסקה 15 לפסק דינו של כבוד השופט דנציגר וכן ראוי להביא את דבריו של כבוד השופט רובינשטיין בבג"ץ 9522/07 **רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה** (28.11.07):

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

72. לחובות ישראל על פי המשפט הבינלאומי, ניתן להוסיף את האמור בחוקת הארגון העולמי לכריאות WHO (1946) הקובעת במבוא:

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

73. כן ראוי לציין את ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948) הקובעת בסעיף 25:

Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care...

5.1. האיסור על ענישה קולקטיבית וניצול החולים למטרת זרות

74. הנחיות המשיבים האוסרות או מונעות טיפול רפואי מאלפי אנשים הזקוקים לטיפול כזה, מהוות, הלכה למעשה, ענישה קולקטיבית של אותם חולים וזאת בגין ועל רקע אירועי הלחימה האחרונים, שאין מחלוקת שהם לא היו מעורבים בהם.

75. ענישה קולקטיבית אסורה על פי תקנה 50 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית (1907), לסעיף 33 לאמנת גינבה הרביעית ולסעיף 75(2) לפרוטוקול הראשון לאמנת גינבה, כולם מהווים חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי.

76. ענישה קולקטיבית אסורה על פי עקרונות מוסר בסיסיים וקדומים וגם על פי המקורות היהודיים.

77. במקרה זה עולה במפורש או במשתמע, כי עצירת תנועת החולים מרצועת עזה אינה נובעת משיקול בטחוני פרטני כלשהו, אלא כענישה קולקטיבית על אירועי הלחימה האחרונים וכלחץ להשגת תנאים וויתורים מסויימים בהליך ההסדרה וכן ככלי עזר לצורך השגת נקודות בדעת הקהל ובמאבקי הכוחות הפנימיים בישראל.

78. על האיסור להשתמש במוגנים וחולים למטרות כגון אלה, עמד בית המשפט הנכבד, למשל, בעניין ציאם, שם כותב כבוד השופט פוגלמן:

הגם שאין חולק כי ממשלת ישראל רשאית לנקוט את מירב האמצעים כדי לקדם את השבתם של שבויים ונעדרים ישראליים 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 מבן משפחה של איש חמאס.

79. כמו כן ראו בג"ץ 3799/02 **עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז** (6.10.05) שם פסל בית המשפט הנכבד את מה שכונה "נוהל שכן" וקבע, כי לא ניתן להשתמש באוכלוסיה האזרחית לצרכים צבאיים. כן ראו דנ"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הביטחון** (12.4.00) שעסק באיסור להחזיק "קלפי מיקוח" לצורך השבת שבויים ונעדרים

6.1. פגיעה בזכות לחיים, לבריאות ולשלמות הגוף

80. הזכות לחיים נכללת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו באופן מפורש והזכות לבריאות הוכרה בפסיקה כנגזרת של הזכות החוקתית לכבוד, ושל הזכות החוקתית לחיים ולשלמות הגוף, המעוגנות כיום בסעיף 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כן ראו, רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) (2001); בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל (28.07.2008); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (28.2.12); א. ברק, **כבוד האדם הזכות החוקתית ובנותיה**, כרך ב' 579-582 (2014).

81. בבג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה (22.6.14) פסקה כבוד השופטת דפנה ברק-ארז:

הפגיעה בזכות לבריאות – הזכות לבריאות, לפחות בליבתה, כרוכה בזכות לכבוד והיא אף נגזרת של הזכות לחיים ושל ההגנה על גופו של האדם (ראו והשוו: בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל [פורסם בנבו] בפסקאות 9-17 (28.7.2008); בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, [פורסם בנבו] בפסקה 36 לחוות דעתי (4.6.2013); אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 437 (יורם רבין ויובל שני, עורכים) (2004)

82. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מסתפק באיסור על פגיעה בזכויות המנויות בו, אלא יטומן בחובו משמעות אופרטיבית - אקטיבית, שהיא מעבר להכרה גרידא בקיומן ובמעמדן של זכויות היסוד... " (ע"א 9185/03 טננבוים נ' הארץ (22.10.03)); בג"ץ 7245/10 עדאלה נ' משרד הרווחה (4.6.13).

83. ראו בהקשר לחובה האקטיבית של המדינה לפעול להגשמת הזכות לבריאות גם General comment No. 6: Article 6 (Right to life), Sixteenth session (1982), para. 5 Committee on Economic, Social, and Cultural Rights

84. כמו הזכות לכבוד ולשלמות הגוף, גם הזכות לבריאות היא "בליבת ההגנה על זכויות האדם בישראל" (בג"ץ 2887/04 מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל (15.4.07)).

85. מדובר בזכויות שהינן מערכי היסוד של שיטתנו (ראו, למשל, בג"ץ 428/86 ברזילי נ' מ"י, פד"י מ(3), 505, 560 וכן א. ברק, כבוד האדם כזכות חוקתית, הפרקליט מא עמ' 271), בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 52 (1997); כן ראו אהרן ברק פרשנות במשפט ג פרשנות חוקתית 525-524 (1995).

86. יש להוסיף, כי על פי הנורמות של המשפט העברי, כל אדם נברא בצלם ויש לשמור על עקרון פיקוח נפש¹⁹.

87. במסגרת המחויבות של ישראל, מכירה זו בחובתה להבטיח כי יינתן טיפול נאות לכל אדם הנתון במצוקה גופנית מיידית²⁰.

88. המדיניות הנוכחית של המשיבים פוגעת באופן אנוש ובלתי חוקי בזכות לבריאות, לכבוד ולשלום הגוף של אותם חולים מרצועת עזה.

¹⁹ בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' רוח"מ (19.1.09) פסקה ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין
²⁰ בג"ץ 494/03 רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר (2004) וסעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה, תשנ"ו - 1996

7.1. הפרת עקרון טובת הילד והילדה

89. עקרון טובת הילד/ה, אשר עוגן זה מכבר במשפט הישראלי כעקרון יסודי ומושרש, הקובע כי על המדינה להתערב באופן אקטיבי לשם הגנה על ילדים מפני פגיעה בזכויותיהם (ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221), זאת ללא הבדל דת, גזע ומין ומבלי שיהיו קרבן להחלטות ומעשים של אחרים.

90. הדברים נובעים, בין היתר, מחתימתה של ישראל על האמנה בדבר זכויות הילד, אשר נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 2.11.91, ואשר הוכרה כמקור משלים לזכויות הילד וכמדריך לפרשנות "טובת הילד" כשיקול על במשפטנו (ראו למשל: ע"א 3077/90 פלונית ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593; ע"א 2266/93 פלוני, קטיין ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, בעמ' 233-232, 249, 251-252; דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 66; בג"ץ 5227/97 דוד נ' בית הדין הרבני העליון (תק-על 98(3) 443)).

91. סעיף 3(1) לאמנה בדבר זכויות הילד קובע:

בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה....

92. אם כן, בכל פעולה מפעולות המדינה עליה לקחת בחשבון את טובת הילד/ה, ובמקרה זה הקטינים הזקוקים לטיפול רפואי ומשפחתם וזכותם לכבוד, לחיים ולשלמות הגוף. בהחלטת המשיבים למנוע מעבר חולים קשים לקבלת טיפול רפואי בגדה המערבית ובישראל, מפרים המשיבים את עקרון טובת הילד/ה, שהוגדר בדין הישראלי, הבינלאומי ובפסיקת בית משפט נכבד זה כאחד מעקרונות היסוד בשיטתנו.

8.1. שינוי מדיניות חד ופסול

93. מדיניות המשיבים בנוגע למעבר חולים מרצועת עזה קיימת כבר שנים ארוכות, ובאופן מוצהר לפחות משנת 2011. המדיניות הונהגה בעקבות החלטות קבינט וגובשה במסמך מדיניות ובסטאטוס הרשאות. המדיניות לא השתנתה גם לאחר סבבי לחימה שהיו בעבר והנה באת היא משתנה באופן פוגעני וקיצוני מאוד, כמעט ניתן לומר, בגחמה.

94. בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997) עסק באפשרות של הרשות לשנות ממדיניותה (שם דובר על הסדרי תנועה בשבת), בעניין חורב צוין בעמ' 105:

בכך טמון קושי ניכר. דווקא משום שאין קונצנזוס ציבורי בשאלות אלה, בכל סטייה מן ההסדר הקיים טמונה פגיעה במי מן הצדדים לוויכוח הציבורי. אכן, לעתים פגיעה כזו עשויה להיות מוצדקת בנסיבות העניין. ואולם, בשל השיקולים האמורים, נראה לי, כי בכגון דא, החלטה לסטות מן ההסדרים הקיימים חייבת להיות מעוגנת בשיקולים מבוססים היטב. היא חייבת לבטא תמורה מהותית, יסודית, במצב הדברים בשטח. דברים אלה אמורים ביתר שאת בשינוי כה מהותי כפי שבא לידי ביטוי בהחלטתו של שר התחבורה.

95. כאמור לעיל, שינוי המדיניות התבצע, על פניו, באופן פתאומי, מהיר, ללא ביסוס משפטי כלשהו, ולאחר שנים ארוכות בהן בעקבות חשיבה מערכתית ובהתאם לדין בישראל ובכלל זה פסיקת בית משפט נכבד זה ולדין הבינלאומי, הוחלט והונהגה מדיניות שונה.

96. חובת ההגינות מטילה בראש וראשונה חובה על הרשות המינהלית לאסוף את הנתונים הרלוונטיים להחלטה בכדי לבסס תשתית עובדתית ראויה לקבלת החלטה, וודאי, החלטה על שינוי מצב קיים. על כך עמד בית המשפט הגבוה לצדק, למשל, בבג"ץ 987/94 יורנט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, הגב' שולמית אלוני, פ"ד מח(5), 412, 423-424 (1994). אי שקילת מכלול השיקולים, אינו מאפשר איזון בין מכלול השיקולים, והופך את ההחלטה לבלתי סבירה (ראו, למשל, עע"מ 5082/05 היועמ"ש נ' פלוני, פסקה 19 (26.10.05)). בענייננו, מעצם קבלת החלטה כה קיצונית וקשה הנוגעת לעצם הזכות לחיים ולשלמות הגוף של תושבי ותושבות עזה, בהם ילדות וילדים, דווקא במצב בו ידוע כי אין להם מזור רפואי וכי המעט שהיה נפגע ונהרס - נראה כי לא נעשתה חשיבה מושכלת המבוססת ושקולת כראוי תשתית עובדתית מלאה.

97. חייב להיות יחס ישר בין עוצמת הזכות הנפגעת לבין עוצמת הראיות הקיימות המצדיקות את ההחלטה או המדיניות הפוגעת. כך בבג"ץ 951/06 שטיין נ' רב ניצב משה קראדי, המפקח הכללי משטרת ישראל (30.4.06):

מן הראוי לציין, כי על הרשות המינהלית לפעול על סמך ראיות מינהליות, שגם אם אין קבילות בבית משפט, הרי שהן ברורות ומשכנעות. ככל שעוצמת הפגיעה בזכות האדם גדולה יותר כך נדרשת רמת שכנוע גבוהה יותר, בהתבסס על הראיות שבפני הרשות, כדי להצדיק את החלטתה.

98. בענייננו החריגה מן המדיניות הקיימת פוגעת באופן קשה בזכויות בסיסיות של חולים, נשים, ילדים וזקנים, כדי סכנת חיים. אין מקום לשינוי כה קיצוני במדיניות וודאי שכל החלטה בנושא הנוגע לטובתם, חייהם ושלמות גופם חולים מוגנים צריכה להתקבל, אם בכלל, על סמך ראיות ברורות ומשכנעות.

99. בבג"ץ 1398/07 ד"ר יעל לביא-גולדשטיין נ' משרד החינוך-הגף להערכת תארים אקדמיים מחו"ל (10.5.10), כותב כבוד השופט מלצר, כתוארו דאז:

החלטה בדבר שינוי מדיניות היא בגדר החלטה מינהלית לכל דבר, וכפופה לפיכך לכל הכללים החלים על כל החלטה מינהלית אחרת: על השינוי להיעשות על יסוד שיקולים עניינים, ללא הפליה, ולעמוד במתחם הסבירות, בדרישות המידתיות ובחובת ההגינות...

100. הנטל להראות מדוע יש לתרוג ממדיניות הנוהגת במשך שנים ארוכות, לאחר שזו נקבעה באופן מושכל ואושרה לאחר חשיבה שוב ושוב לאורך השנים מוטל על המשיבים. בנסיבות אלו ולאור הפגיעה הנוראה בחולים, פגיעה ממנה אין דרך חזרה, נטל זה כבד ומוגבר והמשיבים לא עמדו ולו בראשיתו.

101. יצויין, כי חלק מהחולים המסורבים הינם חולים שכבר החלו טיפול בישראל וקיבלו כבר היתרים. לאור האמור יש להתייחס למקרה כמו מי שיש לו, למעשה, היתר קיים, שבוטל. שיקולים היכולים להצדיק ביטול רישיון, הינם בדרך כלל מדובר כאשר בהחלטה המקורית נפלה טעות או שקיים שינוי נסיבות מהותי (בג"ץ 80/799 שלם נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי הירייה, פ"ד לו(1) 317, 327; בג"ץ 2665/98 נחום נ' משטרת ישראל פ"ד נב(2) 454). ברור שבענייננו לא התקיימו התנאים לביטול ההחלטה.

102. נקודת המוצא היא כי את סמכותם של המשיבים, שהם כאמור, רשויות של המדינה, שומה על המשיבים להפעיל בהתאם לכללי המשפט המנהלי הישראלי, כך נקבע, למשל, בבג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, תק-על 2004(2), 448 בעמ' 450:

כללי המשפט המינהלי מחייבים את רשויות המדינה בכל פעולותיהן השלטוניות, הן כלפי ישראלים והן כלפי זרים. זהו הדין כאשר הרשות – לרבות מפקד צבאי של שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית – פועלת מחוץ לתחומי ישראל.

103. ראו גם בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, שם נאמר, בעמ' 810 כי:

כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי, שענינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי.

104. הרשות המנהלית חייבת לשקול כל בקשה באופן ענייני ולהפעיל את סמכותה בסבירות, במידתיות, בתום לב, ללא שרירות, ללא שיקולים זרים ותוך מתן משקל ראוי לזכויות היסוד, ולעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית (ראו ספרו של רענן הר זחב, המשפט המינהלי הישראלי (1996), עמ' 109-103, 440-435 והאסמכתאות שם). ראו לעניין זה גם בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נו(1) 385.

על הצבא לנהוג באזור, בין השאר, בסבירות ובמידתיות תוך איזון ראוי בין חירות הפרט לצורכי הכלל

105. העדר שקילת שיקול הומאניטרי. על המשיבים להפעיל גם שיקולים הומאניטאריים בעניין זה, דבר שלא נראה שנעשה. כך נפסק בבג"ץ 794/98 עובייד ואח' נ' שר הבטחון, פ"ד נה(5) 769, 774:

מדינת ישראל הינה מדינת חוק, מדינת ישראל היא דמוקרטיה המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטאריים.

106. במקרה זה החלטת המשיבים למנוע באופן כמעט גורף לחלוטין כניסה של חולים מרצועת עזה גם אינה מידתית. לא ברור מה מטרתה ואיזה קשר יכול להיות בין האמצעי הקיצוני שנבחר למטרה כלשהי. ברור, כי מידת הפגיעה אינה המועטה ביותר האפשרית וברור, על פניו, כי הנזק שנגרם כתוצאה ממניעת כניסה של חולים הוא גדול לאין שיעור מתועלת, ככל שהמשיבים סבורים שישנה כזו, שתצמח למשיבים.

ז. סיכום

107. לאורך כארבע עשרה שנים מטילה ישראל מצור על רצועת עזה. ישראל שולטת על האוויר, והים, ובכלל זה על תנועת אנשים, סחורות, ציוד רפואי, והכשרה רפואית. עזה נתונה במשבר הומניטארי חריף ומתמשך, ומתמודדת עם מגפה ועם תוצאות הלחימה האחרונה והכל עם מערכת בריאות שברירית וקורסת.

108. הלחימה הקשה שהתחוללה בחודש מאי, טלטלה את המרחב בו אנו חיים וגרמה לאבידות כבדות בנפש, בתשתיות הנדרשות לניהול חיי אנוש וברכוש. אסור שתגרום לאבדן חיים נוספים, אסור שתגרום סבל נוסף מיותר, אסור שתגרום לפגיעה בחולים הזקוקים, ממתנים, משוועים וזכאים לטיפול רפואי.

109. גם כאשר התותחים רועמים, וודאי עם שוך הקרבות, מוטלת על ישראל חובה לפעול על פי עקרונות המשפט הבינלאומי ועקרונות מוסר בסיסיים ועל פי פסיקת בית משפט נכבד זה ולאפשר לחולים לקבל טיפול רפואי מחוץ לרצועת עזה, וזאת לפחות באופן בו התבצעו הדברים עוד בטרם המבצע, שגם הוא חרף צר ביותר ומינימלי.
110. מצב בו ישראל מונעת מחולים קשים, בהם חולי סרטן הזקוקים לטיפול וילדים רכים, מעבר לצורך קבלת טיפול רפואי הינו ליקוי מאורות.
111. שימוש בחולים כאמצעי לחץ או כמכשיר להשגת מטרה כלשהי ודאי אינו חוקי ומנוגד לערכים בסיסיים ביותר. שימוש זה חייב להיפסק לאלתר.
112. לאור האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כמבוקש בכותרת העתירה.
113. כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיום הדיון בדחיפות בשל נסיבות העניין.

ירושלים, היום 1.6.21



עדי לוֹסטיגמן, עו"ד
מ.ר. 29189
ב"כ העותרת



תמיר בלנק, עו"ד
מ.ר. 30016
ב"כ העותרת