

בעניין:

1. אבו אלרוב, ת"ז _____

תושב הרשות הפלסטינית

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר

ע"י ב"כ עוה"ד נירית היים (מ"ר 48783) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או יותם בן הלל (מ"ר 35418) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או ליאורה בכור (מ"ר 50217).

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא יתיר בדחיפות את יציאתו של העותר 1 (להלן: העותר) מהגדה המערבית לירדן לצורך קבלת טיפול רפואי וביצוע ניתוח לב פתוח מורכב;

ב. מדוע לא יטפל בבקשתו, להסיר את המניעה שהטיל המשיב על יציאתו לחו"ל.

בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה.

העותר סובל ממחלת לב איסכמית חמורה, היחלשות שריר הלב, בצקות בפנים וברגליים, כאבים בחזה וזאת לאחר שכבר עבר שבעה צינתורים. כיום, בעוד הוא ממתין לעריכתו של ניתוח לב פתוח, אשר בהמלצת רופאיו צריך להיערך מחוץ לשטחים, נמצא העותר תחת מעקב רפואי אינטנסיבי.

על אף הנסיבות הרפואיות הקשות והברורות, מזה למעלה משלושה חודשים מפנה המשיב את העותר מגורם לגורם בעודו מונע ממנו לצאת לירדן, על מנת לקבל את הטיפול הרפואי לו הוא זקוק.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**), יליד שנת 1955, הוא פלסטיני המתגורר בג'נין. העותר נשוי ולו שישה ילדים.
2. העותר סובל מאי סדירות בפעילות הלב, אי ספיקת לב (תפוקה של 30% בלבד), התקשות חדה בעורקי הלב, הנגרמת כתוצאה מהיצרות חוזרת ונשנית של כלי הדם, בצקות בפנים ובידיים, כאבים בחזה, וכל זאת על אף שעבר עד כה 7 צינתורים, בהם PTCA (הרחבה באמצעות בלוו) והשתלת תותב מתכת (סטנט), למניעת היצרות העורקים.
3. העותר סובל מכאבים חדים בחזה והוא מתקשה בפעולות היומיום.
4. במהלך החודשים האחרונים אושפז פעמיים בבית החולים אל-רוזי בג'נין, בשל התדרדרות במצבו הרפואי.
5. רופאים שונים המתמחים בבעיות לב בגדה בדקו את העותר וקבעו כי עליו לעבור ניתוח לב פתוח.
6. דא עקא, לאור מורכבות הניתוח לו זקוק העותר, ולאור הסכנה הנשקפת לחייו של העותר בשל מצבו הבריאותי המיוחד, הודיעו לו רופאיו כי עריכתו של הניתוח בשטחים, מסוכנת לחייו והמלצתם החד משמעית הינה שהעותר יעבור את הניתוח בירדן, שם קיימת טכנולוגיה מתקדמת יותר.
7. העותר מצוי במצב בריאותי קשה. הוא סובל מכאבים, חייו נתונים בסכנה ובעל כורחו נקלע לסיטואציה בה נמנע ממנו לקבל את הטיפול הרפואי לו הוא זקוק.
8. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט** או **המוקד**) היא עמותה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
9. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על שטח הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בשטחי הגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה יותר מארבעים שנה.

מיצוי ההליכים

10. בתאריך 3.3.09, כשהיה העותר בדרכו לטיפול בבית החולים "אורדון" בירדן, מנעו נציגי המשיב בגשר אלנבי את יציאתו ומסרו לו כי הוא "מסורב ביטחוני".

11. בתאריך 16.3.09 פנו העותרים במכתב אל רב סרן לימור בן חמו, רמ"ד מרשם אוכלוסין בלשכת יועמ"ש המשיב. במכתב נתבקשה התערבותו של היועמ"ש בהתרת יציאתו של העותר לחו"ל לצורך קבלת טיפול רפואי.

אל המכתב צורפה חו"ד של ד"ר ענבאתווי, בה צויין כי שריר הלב של העותר חלש וכי עליו לעבור ניתוח לב פתוח כמה שיותר מהר וכן מכתבו של ד"ר סוהיל סאלח מבי"ח אלאורדון, לפיו העותר מוזמן לטיפול בירדן.

העתק המכתב מתאריך 16.3.09 על נספחיו מצורף ומסומן ע/1.

12. יצוין, כי הפנייה נעשתה בהתאם להודעות המשיב בעתירה עקרונית, בעניין יציאתם לחו"ל של תושבי השטחים (בג"ץ 8155/06), לפיהן יועמ"ש המשיב יטפל באופן ישיר במקרים דחופים, וכן בהתאם לנוהל לבירור מוקדם, לפיו:

ככלל אסור למנוע מתושב טיפול רפואי אם אין לו גישה לטיפול רפואי חלופי באזור.

13. במכתב תשובה מתאריך 19.3.09 מסרה סמלת טלי נווה מלשכת היועמ"ש, כי פנייתם של העותרים הועברה לבדיקה אל מול הגורמים הרלוונטיים.

העתק ממכתב התשובה מצורף ומסומן ע/2.

14. בינתיים, אושפז העותר בתאריך 21.3.09 בטיפול נמרץ בשל כאבים חזקים בחזה ושוחרר לאחר קבלת טיפול תרופתי, אשר לעת הזו, איפשר מעין "כיבוי שריפות" ולא מתן פתרון ממשי למצבו הרפואי.

העתק מסמך רפואי אודות האשפוז מצורף ומסומן ע/3.

15. בתאריך 24.3.09 פנו העותרים במכתב תזכורת ללשכת היועמ"ש, וביקשו להחיש את המענה לפנייה בשל מצבו הבריאותי הירוד של העותר.

העתק המכתב מתאריך 24.3.09 מצורף ומסומן ע/4.

16. בתאריך 7.4.09 נתקבל מכתבה של סמ"ר דנה הרש מלשכת יועמ"ש המשיב, לפיו לא ניתן להתיר את יציאתו של העותר לחו"ל "עקב פעילותו בחמאס".

העתק המכתב מתאריך 7.4.09 מצורף ומסומן ע/5.

17. בתאריך 21.4.09 פנו העותרים שוב ללשכת יועמ"ש המשיב במכתב בו ציינו, כי רופאים אליהם פנה העותר בגדה, סירבו לנתח אותו בשל מצבו הרפואי הסבך. אל המכתב צורף מסמך רפואי, לפיו העותר מופנה לטיפול מומחים בירדן.

העתק המכתב מתאריך 21.4.09 על נספחיו מצורף ומסומן ע/6.

18. בתשובה מתאריך 27.4.09, טענה סמ"ר הרש מלשכת יועמ"ש המשיב כי ממסמכיו של העותר, לא נהיר אם יש טיפול רפואי חלופי בתחומי הגדה, ועל מנת להמשיך ולטפל בפנייה, על העותר לצרף מכתב ממושרד הבריאות הפלסטיני לפיו לא ניתן לטפל בעותר באיזור.

העתק מכתב התשובה מצורף ומסומן ע/7.

19. דא עקא, וכך אף הובהר במפורש במכתבם של העותרים מתאריך 21.4.09, פנייתו של העותר לקבלת טיפול רפואי בירדן, נעשתה לאור רמת הסיכון הגבוה הנשקפת לחייו מעריכתו של ניתוח לב פתוח בגדה דווקא - והפנייתו על ידי רופאיו אל מומחים בחו"ל, שם קיימת טכנולוגיה מתקדמת יותר לעריכת הניתוח המורכב.

20. בתאריך 27.5.09 פנו העותרים שוב אל יועמ"ש המשיב במכתב ומסרו כי מצבו הבריאותי של העותר עודנו מחייב עריכתו של ניתוח לב פתוח מורכב.

21. במכתב ציינו העותרים שוב כי **רופאיו של העותר הבהירו באופן חד משמעי שמבחינה רפואית מסרבים לנתח את העותר בגדה**, בשל מצבו הבריאותי המיוחד. אל המכתב צורפו חווה"ד של ד"ר הישאם אסתיתה וד"ר דרגאם רמדאן – שכיהן עד לפני כשנה כראש המחלקה הקרדיולוגית בבית"ח הממשלתי ברמאללה.

העתק המכתב מתאריך 27.5.09 מצורף ומסומן ע/8.

22. במכתב תשובה מתאריך 1.6.09 נמסר מלשכת יועמ"ש המשיב, כי אין בידם לטפל בפניית העותרים אליהם לאור העובדה שלא צורף כל מסמך מטעם משרד הבריאות הפלסטיני.

העתק ממכתב התשובה מצורף ומסומן ע/9.

23. הנה כי כן, בתי החולים הממשלתיים לא יתנגדו לאשפז את העותר ולנסות לטפל בו (וזאת אף חובתם), אולם, וכך אך מטבע הדברים, לא עלה בידי העותר לקבל מבית חולים ממשלתי מכתב, שיעיד כי למערכת הבריאות הפלסטינית אין תשובה מספקת למצבו הבריאותי וכי לצורך עריכתו של ניתוח לב פתוח, כשריר הלב חלש כ"כ, אין טכנולוגיה מספיק מתקדמת בבתי החולים בגדה.

24. במיוחד חשובה בעניין זה קביעתו החד-משמעית של ד"ר רמדאן - אשר עד לפני זמן לא רב היה בעצמו רופא בכיר במשרד הבריאות הפלסטיני ומנהל המחלקה הקרדיולוגית בבית החולים רמאללה, אשר מכיר את בית החולים ואת מערכת הבריאות הפלסטינית היכרות קרובה - המדגיש בכל לשון כי על העותר לעבור את הטיפול לו הוא זקוק בבית-חולים ברמת מומחיות גבוהה יותר, בירדן – **ולא בגדה המערבית**.

25. לאור האמור, מובן שדרישתו של המשיב כי העותר ימציא מסמכים על כך ש"לא ניתן לטפל בו באזור" היא בלתי אפשרית – שכן מובן שבתי החולים בגדה לא יודיעו כי הם "מסרבים" לטפל בעותר (וכי יעלה על הדעת כי בית חולים יוציא מסמך על סירוב לטפל באדם חולה?).

אך לאור חוות דעתם של רופאיו של העותר, יהא זה חוסר אחריות ממדרגה ראשונה לכפות על העותר לקבל טיפול לקוי, אשר עלול להעמיד אותו בסכנת חיים של ממש.

26. בנסיבות אלה, ברור שההתעקשות לקבל אישור ממושרד הבריאות הפלסטיני על כך ש"לא ניתן לטפל בעותר כללי" היא דרישה צינית, שאך מעכבת את הטיפול בעניינו של העותר ומונעת ממנו טיפול רפואי חיוני.

27. מצבו הבריאותי הירוד, כמו גם התמשכות הטיפול בפנייתו תוך הפנייתו מגורם לגורם, על מנת להמציא מסמכים שאין להשיגם על אף ניסיונות חוזרים ונשנים, לא הותירו לעותר ברירה אלא לפנות אל בית המשפט הנכבד בעתירה.

הטיעון המשפטי

חובת המשיב להבטיח את חייהם התקינים של תושבי השטחים

28. המשיב, כמפקד השטח הכבוש, מחויב להבטיח את החיים התקינים בשטחים ולשמור על זכויותיהם של תושבי השטחים. תקנה 43 לתקנות האג, קובעת:

בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים...

29. במרכז שיקוליו של המפקד הצבאי צריכה לעמוד הדאגה לזכויותיהם של התושבים המוגנים בשטח הכבוש:

אמנת האג מסמיכה את מפקד האיזור לפעול בשני תחומים מרכזיים: האחד - הבטחת האינטרס הביטחוני הלגיטימי של המחזיק בשטח, והשני - הבטחת צרכיה של האוכלוסייה המקומית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית...

בתחום האחרון מופקד מפקד האיזור לא רק על שמירת הסדר והביטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובמיוחד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטאריים שחובה על המפקד לשקול.

(בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 456, 443 (2004); ההדגשה הוספה).

הטיעון המשפטי

הזכות לחופש התנועה וזכותו של העותר לצאת מארצו

30. המשיב מונע מהעותר לצאת לחו"ל. בכך, פוגע המשיב בזכותו הבסיסית של העותר לחופש תנועה, לכבוד ולאוטונומיה.

31. הזכות לחופש התנועה היא המנוע שמניע את מארג זכויותיו של האדם, המנוע שמאפשר לאדם לממש את האוטונומיה שלו, את בחירותיו. כאשר מגבילים את חופש התנועה נפגע

אותו "מנוע" וכתוצאה מכך חלק מהאפשרויות והזכויות של האדם נפגעות ואף חדלות מלהתקיים. מכאן החשיבות הרבה המיוחדת לזכות לחופש התנועה.

32. הזכות לחופש תנועה נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המינהגי ומעוגנת היטב במשפט הישראלי.

ראו בעניין זה:

בג"ץ 6358/05 ואנוני נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, פסקה 10 (2006);
בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, פסקה 15 (2005);
בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).

33. חלק מרכזי בזכות לחופש התנועה היא זכותו של אדם לצאת מארצו:

זכותו של אדם לצאת מארץ מגוריו ולחזור אליה היא "זכות טבעית". היא אחת מזכויות היסוד של האדם. הגבלתה של הזכות פוגעת פגיעה חמורה בזכויותיו.

(בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695, 704 (2002)).

34. יפים לענייננו גם דבריו של כב' השופט בך, בפרשת דאהר:

הגבלת חופש תנועתו של אזרח במובן זה, שנאסרת עליו היציאה מתחום המדינה לארצות אחרות, הינה פגיעה חמורה בזכויות הפרט, ומי כמו הציבור הישראלי חייב, מטעמים מובנים וידועים, להיות רגיש לנושא זה.

השופט זילברג נתן ביטוי לאותה תחושה בקובעו בפסק הדין בבג"צ 111/53, קאופמן נ. שר הפנים ואח', פ"ד ז' 534, עליו הסתמכה גם חברתי הנכבדה, המשנה לנשיא, לאמור:

"חירות התנועה של האזרח מן הארץ אל מחוצה לה, היא זכות טבעית, מוכרה, כדבר מובן מאליו...".

(בג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701, 712 (1986)).

35. הזכות לעזוב את ארץ המגורים הוכרה כזכות יסוד אף במספר ניכר של אמנות והצהרות בין-לאומיות. ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948) בסעיף 13, והאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) בסעיף 12(2), קובעות כי כל אדם זכאי לעזוב את ארצו:

Everyone shall be free to leave any country, including his own.

36. הזכות לחופש התנועה היא המנוע שמניע את מארג זכויותיו של האדם, המנוע שמאפשר לאדם לממש את האוטונומיה שלו, את בחירותיו. כאשר מגבילים את חופש התנועה נפגע אותו "מנוע" וכתוצאה מכך חלק מהאפשרויות והזכויות של האדם חדלות מלהתקיים. כבודו כאדם נפגע. מכאן החשיבות הרבה המיוחדת לזכות לחופש התנועה.

37. הפסיקה הישראלית מכירה בחשיבות הזכות לחופש תנועה, במיוחד כשמדובר במקרים רפואיים.

על פי אמת המידה של העניין האישי של האדם במימוש חופש התנועה, נבחנת מטרת התנועה או הנסיעה לשם הערכת עוצמת הפגיעה בחופש התנועה. הגבלת תנועתו של מי שנסיעתו חיונית וחשובה עשויה להעצים את הפגיעה בו. אכן, אין דומה מי שנסיעתו נועדה לצורך טיפול רפואי דחוף למי שנסיעתו נועדה למטרת טיול. מבחן דומה מציעה גם פרופ' זילברשץ במאמרה הנ"ל על חופש התנועה:

ככל שמטרת התנועה תהיה חשובה יותר, כך ההגנה החוקתית שיש להעניק לזכות לחופש התנועה תהיה רבה יותר... לפי זה ייתכן בהחלט, שתנועה מסוימת למטרה שאינה עילאית, כגון למעבר בלבד, תוכר כזכות-יסוד שיש להגן עליה, אך באופן פחות מאשר תנועה למטרה עילאית, כגון: לשם הצלת חיים.

(בג"צ 1890/03 עיריית בית לחם ו-21 אח' נ' מדינת ישראל ואח', תק-על 1114, 12005(1), עמ' 1127).

38. הזכות לחופש תנועה נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי. ראו בעניין זה:

סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966;
סעיף 2 לפרוטוקול 4 לאמנה האירופית לזכויות האדם 1950;
סעיף 8 לאמנה הבינלאומית בדבר הגנה על זכויותיהם של מהגרי עבודה ובני משפחתם 1990;
סעיף 5 לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזענית 1965;
סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות הילד 1989;
סעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948;
סעיף 5 להכרזת העצרת הכללית של האו"ם בדבר זכויות האדם של אנשים שלא מחזיקים באזרחות המדינה בה הם מתגוררים 1985.

39. זכות זו קיימת גם בזמן מלחמה, כפי שקובע סעיף 35 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949):

All protected persons who may desire to leave the territory... may be entitled to do so... The applications of such persons to leave shall be decided in accordance with regularly determined procedures and the decision shall be taken as rapidly as possible... if any such person is refused to leave the territory he shall be entitled to have such refusal reconsidered... [emphasis added].

המלומד פיקטה מבהיר בפרשנותו כי:

It should be noted that the right to leave the territory is not in any way conditional, so that no one can be prevented from leaving as a measure of reprisals... It is therefore essential for States to safeguard the basic principal by showing moderation and only invoking these reservations when reasons of the utmost urgency so demand. [emphasis added].

(Pictet J.S. Commentary: IV Geneva Convention – Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. P. 235-236 (Geneva, 1958)).

הפגיעה בזכות לבריאות ובזכות הגישה לטיפול רפואי

אין חולק בדבר מרכזיותה של הבריאות לקיום החיים האנושיים, לרווחתו של הפרט וליכולתו לממש את יתר זכויות האדם. כאשר מדובר בטיפול... 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.

(בג"ץ 3071/05 גילה לוזון נ' ממשלת ישראל, תק-על 2008(3), 1443).

40. מניעת יציאתו של העותר מהגדה המערבית לירדן, פוגעת בזכות היסוד שלו לבריאות ולטיפול רפואי. התנהלות זו של המשיב מנוגדת לכללי המשפט הבינלאומי ומשפט זכויות האדם ואינה עולה בקנה אחד עם ההגנה המוענקת לאוכלוסייה הכבושה.

ראו בעניין זה:

סעיף 25 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948 ;
סעיפים 7,11 ו-12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות 1976 ;
סעיף 5 לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזענית 1965 ;
סעיפים 10, 12 ו-14 לאמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות האפליה כלפי נשים 1979 ;
וסעיף 24 לאמנה בדבר זכויות הילד 1989.

מלומדים רבים הבהירו את חשיבותה העצומה של זכות זו, שמקורה בזכות לחיים :

Jamar S. D. "The international human rights to health." *Southern University Law Review*, Vol 22, No 1, Fall, 1994;

Evans T. "A human right to health?" *Third World Quarterly*, Vol 23, No 2, 2002. pp 197-215; and

Kinney E.D. "The international human right to health: What does this mean for our nation and world?" *Indiana Law Review*, Vol 34, 2001. pp 1457-1474.

41. ועדת האו"ם לאמנה בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות, הדגישה מפורשות את המחויבות שיש למדינות החתומות, לאפשר נגישות פיזית ממשית לזכות הבסיסית לבריאות :

Physical accessibility: health facilities, goods and services must be within safe physical reach for all sections of the population... States should refrain... from limiting access to health services as a punitive measure, e.g. during armed conflicts in violation of international humanitarian law.

(UN CESCR General Comment No. 14 (2000), The right to the highest attainable standard of health (August 2000)).

42. חלק חיוני ובסיסי מחובותיהם של שלטונות הכיבוש לשמור על הסדר והחיים הציבוריים (כאמור לעיל), היא האחריות לקיומה התקין של מערכת בריאות (סעיפים 56 ו-57 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949)). סעיף 38 לאמנה מוסיף כי :

They shall, if their state of health requires, receive medical attention and hospital treatment to the same extent as the nationals of the state concerned.

43. חובה זו נובעת אף מסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובע את החובה הבסיסית לנהוג בתושבים המוגנים באופן הומאני, תוך שמירה על כבודם :

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

44. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות 1976 (לעיל), אשר אושררה על-ידי מדינת ישראל בשנת 1991, קובעת בסעיף 12 לאמנה, כי :

מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות כל ליהנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שאפשר להשיגה.

45. חוקת ארגון הבריאות העולמי לבריאות (WHO) משנת 1946 מכירה בזכות-יסוד לבריאות, וקובעת כי :

The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition.

46. הבחירה וההחלטה בידי מי מבין הרופאים המוסמכים לכך, מפקיד אדם את הטיפול הרפואי שלו הוא זקוק, אף היא מהווה חלק מהותי מזכות היסוד לשלמות ולשלום הגוף והנפש.

ביטוי מאלף לכך מצאנו במשנתם של חכמים... והנימוק הוא, כי "לא מכל אדם זוכה להתרפאות" (ירושלמי, נדרים, פרק ד, הלכה ב [ג]), "דאפילו יש לו אחר שירפאנו, מותר הוא לרפאותו רפואת גופו, שלא מכל אדם - אדם זוכה להתרפאות" (נימוקי יוסף על הרי"ף, נדרים, מא, ב [ד]). וזוהי ההלכה הנקוטה בידינו: "ראובן שאסר הנאתו על שמעון וחלה שמעון, יכול ראובן... לרפאותו אפילו בידים, אפילו אם יש רופא אחר שירפאנו" (שו"ע, יו"ד, רכא, ד [ה]). בטיפול הרפואי ממלא תפקיד חשוב גם האמון האישי שבין החולה לרופא, אשר החולה בחר בו, ואשר על-כן - "אף על פי שיש לו מי שירפאהו, חייב הוא (הרופא שהוא מודר הנאה הימנו - מ' א') לרפאותו אם הוא ראוי לכך, דפקוח נפש מילתא רבה (דבר גדול - מ' א') (ריטבי"א על הרי"ף, נדרים, מא, ב [ו]).

(עע"א 4/82 מדינת ישראל נ' אבריאל בן אריאל תמיר, פ"ד לז(3), 201, עמ' 203-204, פסקה 3 לפס"ד של השופט מ' אלון).

47. הזכות לבריאות היא התשתית שעליה נבנות – בהתאם למשפט זכויות האדם – שאר הזכויות, הן האזרחיות והן הכלכליות. כמעט כל שאר זכויות האדם, בסיסן בזכות לבריאות, אשר מאפשרת לאדם לחיות חיים שלמים בקרב משפחתו, להמשיך לפרנס את משפחתו ולטפל

בילדיו ובהוריו. מכאן נובעת חובתה של מדינה לאפשר את מימושה של זכות זו באופן אקטיבי ובכל צורה שהיא.

בענייננו מדובר בזכויות יסוד הראויות לעוצמת הגנה גבוהה - הזכות לחיים והזכות לשלמות הגוף. חוק היסוד אינו מסתפק באיסור על פגיעה בהן (ר' סעיף 2 לחוק), אלא קובע גם את הזכות ל"הגנה" עליהן (ר' סעיף 4 לחוק). לכאורה, השימוש בלשון 'הגנה' טומן בחובו משמעות אופרטיבית-אקטיבית, שהיא מעבר להכרה גרידא בקיומן ובמעמדם של זכויות היסוד ... מכאן, יתכן שבמקום בו זכויות יסוד לחיים ולשלמות הגוף עלולות להיפגע, ובהיעדר דבר חקיקה מיוחד הקובע תרופה בגין פגיעה זו, קמה עילת תביעה חוקתית למנוע את הפגיעה.

(ע"א 9185/03 אסתר טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד נח(1), 359).

ראו גם: בג"צ 2887/04 סלים אבו מדיגס ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', תק-על 1446, 2007(2), 333; פרופסור יוסף גמזו נ' נעמה ישעיהו ואח', תק-על 2001(1) 1440, עמ' 1446 (2001); פיסקה 9 לפסק דינה של השופטת בייניש בפרשת לוזון, א' ברק, פרשנות במשפט 423, כרך שלישי, 1994.

סיכום של דברים

48. נראה כי אין צורך להרבות מילים בדבר החשיבות שבהתרת יציאתו של העותר לטיפול הרפואי בירדן ובדבר המשמעויות הקשות של מניעת טיפול רפואי מאדם הזקוק לו.

49. המשיב פוגע קשות בזכותו של העותר לבריאות ולקבלת טיפול רפואי, בכך שהוא מונע ממנו לקבל את הטיפול הרפואי לו הוא זקוק בירדן, תוך התעקשות חסרת הגיון על מסמכים שבנסיבות העניין מובן שלא ניתן להמציאם.

50. המשיב נוהג כאילו זמנו בידו, תוך התעלמות מכך שכל יום שחולף הוא יום נוסף של סבל וכאבים ושל המתנה מורטת עצבים לניתוח הקריטי.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד בגדה המערבית ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הוא ניתן בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באי כוחו.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיב, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

נירית היים, עו"ד

ב"כ העותרים

13 ביולי, 2009

[ת.ש. 60256]