



מדינת ישראל
בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

ערר (י-ם) 19-4944

בית הדין לעררים בירושלים
לפני כב' הדיין חנניה גוגנהיים

העורר:

1. **איברהים סומארו, מס' AS0745909**

ע"י ב"כ עו"ד תומר ורשה

נ ג ד

משרד הפנים - רשות האוכלוסין וההגירה

המשיב:

ע"י הלשכה המשפטית

פסק דין

ערר זה הוא גלגול נוסף בבקשת העורר לקבלת מעמד בהיותו חולה HIV. העורר הוא אזרח שנהב אשר הסתנן בשנת 2007 לישראל ובקשתו למקלט מדיני נדחתה. בקשתו לקבלת מעמד מטעמים רפואיים נבחנה מספר פעמים ונדחתה. בית המשפט לעניינים מינהליים השיב את הבקשה לבחינה נוספת אצל המשיב בקביעה שיש לבחון אותה לפי הנוהל בנוסחו בעת הגשת הבקשה ולא לפי הנוסח אשר היה בתוקף בעת קבלת ההחלטה. המשיב בחן את הבקשה מחדש ומצא לסרבה. מכאן הערר שבפנינו.

המסכת העובדתית הצריכה לעניין

1. המסכת העובדתית נפרסה בפרוטרוט בפסק הדין בערר קודם אשר דן בעניינו של העורר – ערר 2056-16 (כבוד הדיין מ' פשיטיצקי – פורסם באתר בית הדין) (להלן: "הערר הקודם") ובפסק הדין בעתירה המינהלית שהוגשה על הערר – עמ"נ 26987-07-17 **פלוני נ' משרד הפנים** – **רשות האוכלוסין וההגירה** (כבוד השופטת ד' כהן-לקח – פורסם בנבו) (להלן: "העתירה המינהלית"), ועל כן נסתפק כאן רק בהבאת תמצית העובדות הנדרשות לעניינינו.
2. העורר הוא אזרח חוף שנהב אשר הסתנן לישראל בשנת 2007. בקשתו למקלט מדיני נדחתה בשנת 2009. בשנת 2009 ובשנת 2011 הגיש העורר בקשה לקבלת מעמד מכח נוהל מספר 5.2.0038 "נוהל הטיפול בבקשה לעיכוב הרחקה/מתן מעמד זמני מטעמים רפואיים" בנוסחו משנת 2011 (להלן: "הנוהל משנת 2011") בשל היותו נשא HIV (להלן: "הבקשה"). בקשתו



מדינת ישראל בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

נדחה בשנת 2012, ובאותה השנה העורר הגיש בקשה לעיון חוזר, לה צירף מכתב מד"ר בנטואיץ', לפיו בשל הידרדרות במצבו העורר אינו רחוק מסכנת חיים, ויש לייצב את מערכת החיסונית של העורר בשמך 6 חודשים לפחות בטרם הרחקתו. הבקשה נדחתה בשנת 2013, אך המשיב השיב את הבקשה לבחינה נוספת.

באותה השנה העורר הציג מכתב נוסף מד"ר בנטואיץ' לפיו חל שיפור מסויים במצבו, אך עדיין קיים צורך בייצוב מערכת החיסונית. בשנת 2016 הציג העורר מסמכים רפואיים מבית החולים מאיר, מהם עולה כי העורר מטופל במסגרת תכנית לחסרי מעמד של משרד הבריאות, היענותו לטיפול תרופתי טובה והוא זקוק להמשך טיפול תרופתי ולמעקב רפואי מסודר. באותה השנה ניתנה החלטת ראש דסק צפון אצל המשיב הדוחה את הבקשה מכיוון שבהתאם לתיעוד הרפואי העורר אינו במצב חירום רפואי ועל כן הוא אינו עומד בתנאי הנוהל. צויין כי קבלת טיפול תרופתי במדינת נתינותו היא שאלה של יכולת כלכלית, ובכך העורר אינו שונה מיתר אזרחי מדינתו החולים במחלת האיידס, ושיקולים כלכליים אינם סיבה לקבלת מעמד בישראל. ערר פנימי שהוגש על החלטה זו נדחה (להלן: "ההחלטה הקודמת").

על החלטה זו הוגש הערר הקודם, בו נקבע כי יש לבחון את ההחלטה בהתאם לנוהל המעודכן לשנת 2014 (להלן: "הנוהל משנת 2014"). נקבע כי אין ספק כי העורר חולה במחלת האיידס בגינה הוא מטופל. כן נקבע כי מדובר במחלה כרונית וכי "ברי כי העורר לא נמצא בסכנת חיים כזאת המצריכה טיפול רפואי דחוף". בהתאם לנוהל משנת 2014 אין חובה על המשיב לפנות לקבלת חוות דעת רפואית, ובית הדין שוכנע כי אין מניעה רפואית להטסת העורר למדינת נתינותו. כן לא מוטל המשיב לבחון את המצב במדינת נתינות העורר שעה שאין מצב העורר מהווה מצב חירום רפואי.

על פסק הדין בערר הקודם הוגשה **העתירה המינהלית**, במסגרתה התקיימו שני דיונים. כבוד השופטת ד' כהן-לקח קבעה בפסק דינה, כי על אף שהרשות רשאית לעדכן את מדיניותה (מכיוון שאין לאיש זכות קנויה כי מדיניות קיימת תיוותר על כנה) ובנסיבות מתאימות אף להחיל את המדיניות החדשה על בקשות תלויות ועומדות – כפי שנקבע בנוהל משנת 2014, הרי שבמקרה הספציפי שבפנינו יש הצדקה לטענת העורר כי עניינו ייבחן לפי הנוהל משנת 2011 (ראו בסעיפים 20-22 לפסק הדין בעתירה המינהלית). פסק הדין מפנה לפסק דינו של כבוד השופט א' דראל בעמ"נ 52247-09-17 ג' א' ואח' נ' **מדינת ישראל** (פורסם בנבו) (להלן: "עניין ג' א'"):

"ככל שמדובר בחולי איידס מחייב הנוהל את הרשות לוודא שיציאתו של חולה איידס אינה מהווה יציאה למקום בו אין טיפול בהתחשב בשוני הקיים בין המדינות השונות, ולערוך בירור נקודתי מול הקונסוליה של המדינה בישראל ולדאוג באמצעות איש הקשר ממשרד הבריאות להמשך הטיפול שהחל בישראל ... בנוסף, כאשר לא מדובר במצב חירום רפואי, יש לבחון האם קיימים טעמים הומניטאריים מיוחדים שיובילו לכך שיש מקום לתת פתרון



מדינת ישראל

בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

אחר כגון מתן שהות קצרה לצורך הצטיידות בתרופות או לשם סיום הטיפול הרפואי".

3. ביום 21.1.2019 שלח ב"כ העורר מסמכים רפואיים עדכניים לפיהם "נצפתה עלייה יפה של ערכי CD4 עד 444 (בעבר נמדדה רמה של 15 לממ"ק ובבדיקה האחרונה ב-2016 היא עמדה על 279 לממ"ק). כן צויין כי "במידה שיפסיק את הטיפול שנוטל תוך זמן קצר (שבועות ספורים) צפויים ערכי CD4 לרדת משמעותית ולהגיע לערכים נמוכים מאוד כבעבר. הפסקת טיפול תעמיד את החולה שוב בסכנת חיים". כן עדכן המשיב, כי לאור פניותיו הוא קיבל ביום 9.7.2019 תשובה ממנהלת ארגון ONG Espace Confiance, ארגון ללא מטרת רווח המפעיל קליניקה רפואית בחוף השנהב (להלן: "הארגון"), לפיה קיים טיפול שממומן במלואו אך הוא שונה מזה שמקבל העורר. בנוסף ניתן לבצע ביקורות תקופתיות ויש מרפאות זמינות ברחבי העיר והמדינה.

ביום 29.10.2019 נשלחה לב"כ העורר החלטת מנהלת אגף אשרות וזרים של המשיב הדוחה את הבקשה בהתאם למסמכים הרפואיים שהוגשו ולאור בדיקה שנערכה מול חוף השנהב אודות טיב הטיפול הניתן במדינת מוצאו של העורר. עוד צוין בהחלטה כי אין בטענות ההומניטריות בבקשה כדי להוות טעם לעיכוב הרחקה או מעמד זמני או פתרון חלופי אחר (להלן: "החלטת מנהלת אגף" או "ההחלטה").

4. כנגד ההחלטה הוגש הערר דנן ביום 1.12.2019, במסגרתו ניתן צו המונע הרחקת העורר בכפוף להפקדת ערבות. לאחר מתן מספר ארכות ולאור מצב החירום הרפואי הגיש המשיב כתב תשובה ביום 26.7.2020, ותגובה על כתב התשובה הוגשה ביום 8.9.2020. ביום 30.11.2020 התקיים דיון במעמד העורר וב"כ הצדדים, ולצדדים ניתן להשלים טיעון. עתה, משהתקבלו השלמות הטיעון הגיה העת להכריע בערר.

דיון והכרעה

5. הערר שבפנינו נסוב סביב השאלה, אם החלטת מנהלת אגף התקבלה בהתאם לקריטריונים שנקבעו **בעתירה המינהלית** אשר הפנתה לדברי כבוד השופט דראל **בעניין א' ג'**.

6. דברי הפתיחה בהחלטה מפנים לסעיפים בנוהל משנת 2014, וזאת על אף שנקבע כי על הבקשה להיבחן לפי הנוהל משנת 2011. לטענת העורר ציטוט זה מן ההחלטה מצביע על כך כי הבקשה נבחנה לפי הנוהל משנת 2014 וזאת בניגוד לקבוע בפסק הדין **בעתירה המינהלית**. לעת עתה ולשם הדיון נניח (כטענת המשיב בסעיף 66 לכתב התשובה) כי בטעות קולמוס עסקינן. ייתכן ומדובר בהעתקה סטנדרטית מהחלטות אחרות בנושא. בין כה וכה אין מקום לפתיחה זו בהחלטה ודינה להתבטל.

7. עוד טוען העורר כי לא התקבלה חוות דעת רפואית מטעם המשיב, ואף זאת בניגוד לאמור בנוהל משנת 2011. דין טענה זו להידחות. סעיף 3.2.4 לאותו הנוהל נכתב בזו הלשון: "**במקרים בהם לא ברור האם המצב הרפואי הינו מצב חירום, תועבר הבקשה לחוות דעת**



מדינת ישראל

בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

רפואית מבית החולים שאושר לכך ע"י הרשות". דא עקא, הבקשה לא נבחנת על פי סעיף זה, אלא על פי סעיף 3.2.6 המתחיל במילים "בבקשות של חולי ונשאי איידס..." – מדובר על הסדר ספציפי הגובר על הסדר כללי ("Lex specialis derogat priori" ראו א' ברק, הפרשנות במשפט, תורת הפרשנות הכללית (1992) בעמ' 540, A. Scalia and B.A. Garner, Reading Law – The Interpretation of Legal Texts (1992) בעמ' 158. לעניין זה ראוי לציין כי הרישא של הנוהל משנת 2011 מפנה אף הוא (בדומה לרישא של הנוהל משנת 2014) לסעיף 2 לחוק זכויות חולה, תשנ"ו-1996 לפיו "מצב חירום רפואי – נסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה מיידית לחייו או קיימת סכנה מיידית כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי הפיכה, אם לא יינתן לו טיפול רפואי דחוף". גם העתירה המינהלית סובבת אך על השאלה אם יש להחיל על הבקשה את הנוהל משנת 2011 הכולל את נוסח סעיף 3.2.6 אם לאו. על כן, בנדון דנן אין להחיל על המשיב את החובה לקבל חוות דעת משלו.

8. העורר טוען, כי בהתאם לנוהל משנת 2011 היה על המשיב להעביר את הבקשה לבחינת קיומם של טעמים הומניטריים בפני הוועדה הבינמשרדית. ברם, סעיף 3.2.9 מזכיר שיקולים הומניטריים בזו הלשון: "ככלל, לא תעוכב הרחקה אלא אם מדובר במצב חירום רפואי. עם זאת, כאשר אין מדובר במצב חירום רפואי, יש לשקול את הבקשה לעיכוב הרחקה במסגרת הסמכות הכללית לבחון טעמים הומניטריים מיוחדים...". האם כוונת סעיף זה היא כי בקשה שאינה עומדת בתנאי הנוהל משנת 2011 תופנה לבחינת הוועדה הבינמשרדית? התשובה לשאלה זו היא שלילית. כאשר המשיב ביקש להעביר בקשה לבחינה בפני הוועדה הבינמשרדית הוא עושה זאת בהפנייה מפורשת לנוהל המתאים, הוא נוהל מספר 5.2.0022 (ראו לדוגמה סעיף ג.8 לנוהל מספר 5.2.0017, סעיף ג.10 לנוהל 5.2.0019, סעיף ג.14 לנוהל 5.2.0033). אין כן הדין אצלנו, וכך קבע כבוד השופט דראל בעניין ג' א' (והעניינים גם צוטטו על ידי כבוד השופטת כהן-לקח כאמור בסעיף 2 לעיל): "**בנוסף, כאשר לא מדובר במצב חירום רפואי, יש לבחון האם קיימים טעמים הומניטריים מיוחדים שיובילו לכך שיש מקום לתת פתרון אחר כגון מתן שהות קצרה לצורך הצטיידות בתרופות או לשם סיום הטיפול הרפואי**". גם בעתירה המינהלית מקפידה כבוד השופטת כהן לקח לציין כי בחינת השיקולים ההומניטריים ייערכו "במסגרת הנוהל הרפואי" (סעיפים 17 ו-18).

המסקנה בעניין זה היא כי אין בנוהל משנת 2011 הפנייה לבחינת טעמים הומניטריים לפי נוהל 5.2.0022. כל אשר נדרש, הוא לבחון במקרים שאינם חוסים תחת הנוהל, אם יש מקום לתת שהות זמנית לשם הצטיידות בתרופות (כמובן שבעניינינו לא שייכת בחינה לשם סיום הטיפול הרפואי מכיוון שבמחלה כרונית עסקינן).

בכך גם נסתרת טענת העורר כי היה על המשיב לפנות לנציג משרד הבריאות מכיוון שבחיים ומוות עסקינן. אכן, טענות אלה מקומן בבחינת בקשה לקבלת מעמד מטעמים הומניטריים. הבקשה דנן לא יכולה לשמש להן אכסניה. אמנם העורר טוען כי בשאלות של חיים ומוות עסקינן – אך יש לזכור כי לו הייתה הבקשה נבחנת לפי הנוהל משנת 2014, לא היה כל פגם



מדינת ישראל

בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

בדחייתה, כך שאין מקום להעלות טענות אלה בעניינינו – כאשר כל אשר נדרש הוא לפעול בהתאם לכללים הקבועים בנוהל משנת 2011. לעניין זה עלינו להזכיר: הנוהל הנדון אינו עוסק במתן מעמד בישראל, אלא בעיכוב הרחקה או מתן מעמד זמני לשם קבלת טיפול רפואי במצב חירום רפואי. על כן, ככלל, אין כאן המקום לטענות הומניטריות שעניינן מתן מעמד לטווח ארוך.

9. משעברנו את המשוכות האמורות עלינו לבחון את ההחלטה לגופה. האם אכן נבחנה האפשרות לקבלת טיפול עבור העורר במדינת נתינותו באופן פרטני? מפאת חשיבות הדברים נצטט שוב את המסלול אותו הטווה בית המשפט המחוזי בעניינינו:

"ככל שמדובר בחולי איידס מחייב הנוהל את הרשות לוודא שיציאתו של חולה איידס אינה מהווה יציאה למקום בו אין טיפול בהתחשב בשוני הקיים בין המדינות השונות, ולערוך בירור נקודתי מול הקונסוליה של המדינה בישראל ולדאוג באמצעות איש הקשר ממשרד הבריאות להמשך הטיפול שהחל בישראל".

לא יכול להיות חולק כי המשיב לא פעל לפי הקביעה האמורה ככתבה וכלשונה. עליו היה לפנות לנציגות של חוף השנהב בישראל. חלף זאת נטען על ידי המשיב כי משרד החוץ פנה באיגרת רשמית למשרד הבריאות המקומי אך לא התקבל מענה מצידם, ועל כן חיפשו גורם אחר שיוכל ליתן להם תשובות – וכך הגיעו לארגון אשר נתן מענה טלפוני בעל פה כאמור בסעיף 3 לעיל. בנוסף נעשה ניסיון ליצור קשר עם בית חולים מקומי אשר לא צלח. המשיב טוען כי הבירור נעשה באופן פרטני תוך בדיקת האפשרות ליתן מענה למקרה הספציפי. באופן עקרוני המשיב טוען כי קיים קושי להחיל הוראות של נוהל שבוטלו לפני שש שנים באופן דווקני (ולא בכדי). מכיוון שעניינינו של העורר נבחן באופן פרטני הרי שניתן מענה מהותי לשאלו שעמדו בפני המשיב, והוא: בירור טיב הטיפול הקיים במדינת נתינותו של העורר. לטענת המשיב בירור זה נעשה, ונמצא כי על בסיס המידע אין מניעה להרחקת העורר.

10. לא נוכל להשלים עם טיעוני המשיב. פסק הדין בעתירה המינהלית נתן הוראות ברורות. הוראות אלו לא ניתנו לפני שש שנים, אלא בשלהי שנת 2018, והחלטת מנהלת אגף ניתנה כשנה לאחר מכן. ככל שלמשיב היה קושי עובדתי לפעול על פי ההוראות, עליו היה לפנות בעניין זה לבית המשפט המחוזי באותו הליך. לא נטען, וממילא לא הוצג, כי המשיב פנה כלל לנציגות חוף השנהב בישראל כמצוות בית המשפט. יתר טענות המשיב בדבר פניותיו במדינת נתינות העורר נטענו ללא הצגת אסמכתא שהיא, וזאת על אף שעניין זה עלה מפורשות בדיון ואף ניתן למשיב אפשרות להשלמת טיעון. משכך לא הוצגה אף ראשית ראיה על יד המשיב כי הוא פעל כנדרש על ידו.

11. אף לו היה כדברי המשיב, והוא פעל כטענותיו, הרי שאין בכך די. המשיב טוען כי הוא פנה טלפונית לארגון – אודותיו המשיב לא הרחיב במסגרת ערר זה, וקיבל תשובה בעל פה. ניסיון ליצירת קשר עם בית חולים מקומי לא צלחו. וכי ייתכן כי על בסיס מידע בעל פה של ארגון



מדינת ישראל בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952

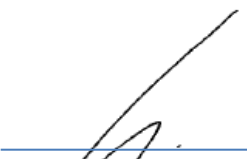
שטיבו לא הוברר ניתן להגיע למסקנה אודות טיפול עבור העורר במדינת נתינותו ברמת סבירות הצפויה מרשות מינהלית? האם הנתונים שהועברו לבחינת המשיב עומדים ברמת הראיה המינהלית "אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והוא סומך עליה" (בג"צ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים (פורסם בנבו)? לא נראה כי תשובתנו יכולה להיות בחיוב. ודוקו: אין אנו מתערבים בשיקול דעתו של המשיב, אין אנו אפילו טוענים לקושי ב"סבירות מהותית" של ההחלטה (ראו רע"ב 7364/20 רפאל יוחיב נ' ועדת שחרורים במקום מושבה בבית הסוהר ואח' (פורסם בנבו)). סיבת התערבותנו בהחלטה נעוצה בפגם בדרך קבלת ההחלטה, משהמשיב הסתמך על מידע אשר לא יכול לעמוד בנטל הראיה המינהלי, ומשהמשיב במסגרת ערר זה לא עמד בנטל ההוכחה הבסיסי כי פעל כמצוות בית המשפט בעתירה המינהלית.

12. סוף דבר: עניינו של העורר מושב שוב לבחינת המשיב. על המשיב לפנות (בעצמו או על ידי גורם ממשלתי אחר) לנציגות חוף השנהב בישראל באופן מסודר, ולברר נקודתית בנוגע לעורר כי קיים טיפול עבורו במדינת נתינותו. כן עליו לבחון היתכנות כי איש קשר ממשרד הבריאות יוכל להיות בקשר עם גורם מקצועי במדינת נתינות העורר בנוגע להמשך טיפולו של העורר. ככל שייתקל בקושי שבמציאות לקבלת המידע ברמה המספקת, על המשיב לפנות בבקשה מתאימה לקבלת הוראות במסגרת העתירה המינהלית. לאחר קבלת המידע, על המשיב לבחון אם הרחקת העורר לא מהווה יציאה למקום שאין בו טיפול – לעניין זה אין חובה כי העורר יקבל את אותו הטיפול לו הוא זוכה בישראל אלא – כלשון כבוד השופט דראל – כי קיים טיפול "בהתחשב בשוני הקיים בין המדינות השונות". ייתכן כי התייעצות המשיב עם גורם רפואי בטרם קבלת החלטה יועיל, אם כי הדבר לא מתחייב על פי הנוהל.

לבסוף על המשיב לבחון אם יש מקום למתן שהות קצרה או הצטיידות בתרופות מסיבות הומניטריות כאמור בסעיף 8 לעיל.

13. הערר מתקבל כאמור בסעיף 12 לעיל. העורר רשאי להעביר למשיב אסמכתאות בדבר מצבו הרפואי העדכני תוך 21 יום, ולאחר מכן על המשיב לפעול כאמור לעיל. הצו הניתן במסגרת ערר זה יוותר בתוקף עד 30 יום לאחר מתן החלטה חדשה, וזאת ללא ערבות – וככל שזו הופקדה היא תושב לעורר. המשיב יישא בהוצאות העורר בסך 7,000 ₪.

זכות ערעור לבית המשפט המחוזי בירושלים, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, תוך 45 יום.
ניתנה היום, י"ד שבט תשפ"א, 27/01/2021, בהעדר הצדדים.


חנניה גוגנהיים, דיין
בית הדין לעררים



מדינת ישראל
בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952