

בעניין:

1. ע' בדרכאוי, ת"ז _____
תושב הרשות הפלסטינית
2. ס' בדרכאוי, ת"ז _____
תושבת הרשות הפלסטינית
3. ד"ר ע' זטמה, ת"ז _____
תושב הרשות הפלסטינית
4. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר
ע"י ב"כ עוה"ד נמרוד אביגאל (מ"ר 51583) ו/או עידו בלום
(מ"ר 44538) 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 אלעד
כהנא (מ"ר 49009) ו/או נועה דיאמונד (מ"ר 54665)
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 –

1. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
2. שר הביטחון
3. מדינת ישראל

המשיבים

עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים לאפשר לעותרים 1-3 להיכנס לישראל, על מנת שיוכלו להתייצב בבית משפט השלום בירושלים ולהעיד בדיון הוכחות בתביעתם של התובעים 1-2 (ת"א 7646/05), שנקבע ליום 7.7.11.

בקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה. דיון ההוכחות בתביעתם של התובעים 1-2 קבוע לתאריך 7.7.11 בבית משפט השלום בתל אביב. ביום 2.5.11 הודיע המשיב 1 כי החליט שלא להתיר את כניסת העותרים 1-3 לישראל לצורך הדיון.

התשתית העובדתית

מבוא – מלכוד ללא מוצא

1. ביום 2.10.03 נורה הפעוט מ' בדרסאוי מאש של חייל ישראלי ומת בבית החולים, והוא בן שנה וחמישה חודשים, עת עלה בגפו לגג ביתו שברצועת עזה. בשנת 2005 הגישו העותרים 1-2, הוריו של הפעוט, תביעה בבית משפט השלום בירושלים על נזקיהם. עם הזמן נקבע מועד לדיון הוכחות, אליו הוזמנו העותרים 1-3 כדי למסור את עדותם.
2. אלא שהמדינה, הנתבעת באותו הליך בכובעה האחד, מונעת בכובעה האחר מהעותרים, המתגוררים ברצועת עזה, להגיע לדיון, וזאת אף מבלי שיש בפיה טענה כלשהי המייחסת להם סיכון ביטחוני.
3. העותרים מוצאים עצמם במלכוד חסר מוצא. מחד מונעת המדינה את שמיעת עדותם, ומנגד היא מבקשת להיבנות על כך כדי לנסות ולסכל את תביעתם. בכך מסכלת המדינה, הלכה למעשה, באופן בלתי מידתי ובלתי סביר בעליל, את מימוש זכותם של העותרים 1-2 להיפרע מנזקיהם בבית המשפט, כפי שהוכרה בבג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון**, תק-על 2006(4), 3675 (2006).
4. בגין פגיעה זו בזכויות העותרים, מוגשת העתירה.

הצדדים

5. העותרים 1-2 (להלן: **העותרים**), הם בעל ואשתו, פלסטינים בני 51 ו-50, בהתאמה, המתגוררים עם ילדיהם בחאן יונס שברצועת עזה.
6. העותר 3, בן 53, הוא מנהל המחלקה הכירורגית בבית החולים "נאצר" בחאן יונס, אשר אותה עת גר בשכנות לעותרים והיה עד לירי, וכן עבד אז כרופא כירורג בבית החולים "אל-הילאלי", לשם הובהל הפעוט ושם נקבע מותו. בשל כך, צורף לתביעת העותרים תצהיר עדות ראשית מטעם העותר 3, והוא הוזמן להעיד עימם.
7. יצוין, כי העותרים 1-3 **מעולם לא נעצרו ולא נחקרו**. אף בהחלטת המשיבים המפורטת להלן, לא יוחסה לעותרים 1-3 טענה ביטחונית כלשהי.
8. העותרת 4 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
9. המשיב 1 (להלן: **המשיב**) הוא מתאם פעולות הממשלה בשטחים. הוא האחראי על יישום מדיניות ישראל, המשיבה 3, בגדה המערבית וברצועת עזה, וממונה, בין היתר, על מינהלת התיאום והקישור לרצועת עזה. המשיב 1 מוסמך להתיר את הכניסה לישראל מרצועת עזה, על פי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 ומכוח הסמכת שר הפנים בהסמכת שר הביטחון ("הסמכת מפקדי האזור" ו"הסמכה לתת היתר" מיום 19.1.09 (י"פ 5913 5.2.09, 2265)).
10. המשיב 2, שר הביטחון, הינו הממונה על המשיב 1.

11. המשיבים 2 ו-3 הם גם הנתבעים בת"א 7646/05, אשר לצורך כניסת העותרים לדיון בה מוגשת עתירה זו.

תביעת העותרים בבית משפט השלום

12. בשנת 2003 נורה הפעוט מ' בדרסאוי, עת עלה בגפו לגג ביתו. כדור של חייל, שנורה מעמדה קרובה, פגע בו. הפעוט הובהל לבית החולים, שם נקבע מותו. רק לאחר שפנו בני הזוג בעתירה לבג"צ (בג"צ 1970/05), נפתחה חקירה בדבר מותו של הפעוט, אשר נסגרה מחוסר ראיות. ערר על סגירת התיק נדחה על ידי הפרקליט הצבאי הראשי בשנת 2008.

13. ביום 31.7.05 הגישו העותרים 1-2 תביעה (ת"א 7646/05) לבית משפט השלום בירושלים כנגד מדינת ישראל (להלן: **התביעה**) בגין הנזקים שנגרמו להם. מטבעה של הטרגדיה שפקדה אותם, רוב הנזקים לא ניתנים לכימות. העותרים הגישו תצהירי עדות ראשית, כמו גם את תצהירו של העותר 3.

העתק כתב התביעה מצורף ומסומן **ע/1**.

14. ביום 24.12.09 הוחלט על עיכוב ההליכים בתביעה למשך 6 חודשים, לבקשת הצדדים, בשל ההגבלות על כניסתם של העותרים לישראל.

15. בחלוף שישה חודשים הודיעו התובעים על חידוש תביעתם, וביום 6.10.10 הורה בית המשפט על חידוש ההליכים בתיק, והוא נקבע להוכחות ליום 7.7.11 לשמיעת פרשת התביעה. לבקשת התובעים, הוצאו זימוני עדים לעותרים 1-3.

העתק זימוני העדים בת"א 7646/05 מיום 9.3.11 מצורפים ומסומנים **ע/2א-ג**.

מיצוי הליכים

16. ביום 27.3.11 הגישו העותרים 1-3 למשיב 1, באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית, בקשה לקבל היתר כניסה לישראל, לצורך התייצבותם לדיון ההוכחות בבית משפט השלום בירושלים ביום 7.7.11.

17. ביום 29.3.11 פנה המוקד לקצין פניות הציבור של המשיב 1, בבקשה כי יונפק לעותרים 1-3 היתר כניסה לישראל למועד דיון ההוכחות. בפנייתו הדגיש המוקד את דחיפות העניין ואת חשיבותה של זכות הגישה לערכאות.

העתק פניית המוקד למשיב 1 מיום 29.3.11 מצורף ומסומן **ע/3**.

18. ביום 11.4.11 פנתה נציגת המוקד לקצין פניות הציבור של המשיב 1 בטלפון, על מנת לברר האם ניתנה תשובה לבקשה. נמסר לה כי הבקשה עודנה בטיפול.

19. ביום 13.4.11 נמסר לעותרים 1-3, באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית, כי בקשתם סורבה על ידי הצד הישראלי.

העתק הודעת הוועדה האזרחית הפלסטינית מיום 13.4.11 מצורף ומסומן **ע/4**.

20. ביום 28.4.11 פנה המוקד למשיב 1 וציין כי חלף חודש מהפנייה הראשונה, ואמנם נמסרה לעותרים תשובה מנציג הוועדה הפלסטינית, אך ממשרדי המשיב נמסר טלפונית כי הבקשה עודנה בטיפול. כמו כן, שב המוקד והדגיש את הדחיפות במתן היתר הכניסה לעותרים.

העתק פניית המוקד למשיב 1 מיום 28.4.11 מצורף ומסומן ע/5.

21. ביום 2.5.11 התקבלה תשובת המשיב 1. בתשובה נכתב כי "לאחר בחינת עניינם הפרטני של מרשיך שבנדון, החליטו הגורמים המוסמכים שלא להתיר את כניסתם לישראל כמבוקש". עם זאת, התשובה לא כללה נימוק או טענה כלשהי, הנוגעים לעותרים (ביטחונית או אחרת). הנימוק היחיד אשר ניתן לסירוב היה אמירה כללית, לפיה "כיום לא מתאפשרת כניסת פלסטינים מרצועת עזה לשטחי מדינת ישראל אלא במקרים הומניטאריים חריגים".

העתק תשובת המשיב 1 מיום 2.5.11 מצורף ומסומן ע/6.

22. משכך, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

א. רקע: תביעות נזיקין המוגשות על ידי תושבי השטחים

23. זכותם של תושבי השטחים לתבוע את נזיקיהם בישראל הוכרה כחלק מזכויותיהם החוקתיות, אשר חובה על המדינה לאפשר את מימושן.

24. בבג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, תק-על 2006(4), 3675 (2006), שהמוקד להגנת הפרט היה אחד העותרים בו (להלן: בג"ץ עדאלה), פסק בית המשפט העליון כי סעיף 5 לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, אשר הגביל את זכותם של תובעים דוגמת העותרים להיפרע מנזיקיהם בבתי המשפט בישראל, אינו חוקתי והורה על ביטולו.

25. לאחר בחינת הסעיף, קבע כבוד הנשיא ברק כי הפגיעה שהוא יוצר בזכות לקבל סעד אינה מידתית:

פגיעה גורפת זו בזכויות אינה נדרשת על מנת להגשים את התכליות שבבסיס סעיף 5 לתיקון מס' 7. שלילת האחריות של המדינה בסעיף 5 אינה "מתאימה את דיני הנזיקין למצב המלחמה". היא מוציאה אל מחוץ להיקף תחולתם של דיני הנזיקין פעולות רבות שאינן מלחמתיות. היא אינה עולה בקנה אחד עם חובתה של ישראל, כמי שמחזיקה ביהודה, שומרון וחבל עזה בתפיסה לוחמתית. תפיסה זו מטילה על המדינה חובות מיוחדות על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, שאינן עולות בקנה אחד עם שחרור גורף מכל אחריות בנזיקין... כמובן איננו קובעים דבר באשר למעמד המשפטי של חבל עזה לאחר ההתנתקות. גם אם התפיסה הלוחמתית של ישראל בו נסתיימה כטענת המדינה, אין צידוק לשחרור גורף מאחריותה בנזיקין.

(שם, ס' 36 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק).

26. כנגד זכותם זו, הוכרה חובתה של המדינה לאפשר את מימושה של הזכות, בהיותה זכות פוזיטיבית. יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, שנאמרו בקשר לאיזון שבין עוצר כללי המוטל על איזור לבין מימוש זכות הגישה לערכאות:

אין צריך לומר, שיש לאפשר חופש פנייה לבית המשפט, ובמקרה הקונקרטי שלפנינו ניתן היה להתיר תנועת העותר לבית המשפט או לחלופין, הסעתו לבית

המשפט או לחלופי חלופין, הגשת עתירתו על-ידי גורם משטרתי או שליח אחר מטעמו לרשות השיפוטית המתאימה. אך תהיה הדרך שתיבחר אשר תהיה, אין לחסום את הדרך לבית המשפט.

(בג"צ 1358/91 **ארשיד נ' שר המשטרה**, פ"ד מה(2), 747 (1991)).

27. אף בית המשפט העליון, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, מצא לנכון להורות למדינה לפעול להתרת כניסתה של עותרת מרצועת עזה לצורך נוכחותה בדיון בעתירה בעניינה, וזאת אף שבניגוד לענייננו, שם לא נדרשה עדותה. בית המשפט הורה אז לצדדים לתאם את כניסת העותרת מרצועת עזה להשתתפות בדיון, תוך שהוא מציין כי:

מניסיוננו ישנן דרכים לאפשר את כניסת העותרת לישראל לצורך הדיון אשר ייקבע בפנינו.

(בג"ץ 8731/09 **ברלנטי נ' מפקד איזור הגדה המערבית**, החלטה מיום 24.11.2009).

28. ואולם, בענייננו בוחרים המשיבים שלא לתת היתרי כניסה כאמור, ובכך מונעים מהעותרים לנהל את תביעתם, שההליכים בה, אשר התחילו בשנת 2005, כבר עוכבו משך חצי שנה בשל אי יכולתם להיכנס לישראל.

29. כך נמחקו או נדחו תביעות רבות של תובעים, תושבי השטחים, שהמשיבים מנעו את כניסתם לישראל: ת"א 7665/04 (שלום-תל אביב) **אל-ח'טיב נ' מדינת ישראל**, שהוגשה ביום 15.6.04, נמחקה מחוסר מעש ביום 27.5.09, לאחר שהתובע לא קיבל אישור להיכנס לישראל לצורך קבלת חוות דעת רפואית; ת"א 3435/05 (שלום-ירושלים) **עבד אלהאדי נ' מדינת ישראל** – **משרד הביטחון**, אשר הוגשה ביום 15.3.05, נמחקה ביום 7.9.09 על פי בקשת הצדדים, משלא ניתן אישור לכניסת התובעים לישראל; בת"א 7646/05 (שלום-ירושלים) **עזבון המנוח עבד אלקאדר נ' מדינת ישראל**, שהוגשה ביום 31.7.05, סירבה המדינה להתיר את כניסת העדים, והתובעים נאלצו לעכב את ההליכים בתביעתם ביום 24.12.09; בת"א (שלום ירושלים) 7812/05 **תעבאן נ' מדינת ישראל**, שהוגשה ביום 4.8.05, נאלצו התובעים לבקש את הפסקת ההליכים בתובענה נוכח סירוב המדינה להתיר את כניסתם לישראל, וזו הופסקה ביום 5.11.09.

30. התנהלות זו זכתה בעבר לביקורת בערכאות הדיוניות בפניהן נוהלו תביעות נזיקין מעין דא. כך למשל נאמר כי:

בהזדמנות זו אני מבקש להעיר, כי זה לא המקרה היחיד שבו תובעים תושבי הרשות הפלסטינית, שהגישו תביעות בבתי המשפט בישראל, אינם יכולים להופיע לדיונים או לבדיקות רפואיות והדבר גורם לא רק לביטול ישיבות שנקבעו להוכחות מזה זמן רב, אלא גם פוגע בזכויותיהם של בעלי דין אלה ולא אוסיף. סבורני שהגיע הזמן שהעניין יטופל בצורה ראויה על מנת לשים קץ לסבלם של התובעים.

(ת"א (מחוזי-חיפה) 1131/99 **שביר נ' מ"י**, פס"ד מיום 10.12.04; התביעה נמחקה בשל חוסר אפשרות להגיש חוות דעת רפואית בשל סירוב הרשויות לתת היתרי כניסה לישראל).

31. בעניין אחר הודיעה המדינה עצמה כי היא מכירה בזכותם של פלסטינים להיכנס לישראל לצורך דיונים משפטיים, אולם אף הצהרות אלה לא הועילו לתובעים:

אבקש לציין כי זו לא הפעם הראשונה שמתבטלים דיונים כתוצאה מכך שהיתרי כניסה לא ניתנים לבעלי דין המבקשים כניסה לישראל על מנת להופיע בביהמ"ש ולדבר יש השלכות שליליות על זכויותיהם של המתדיינים בפני ביהמ"ש. בעניין זה ניתנו בעבר מספר החלטות שהעתיקים מהן נשלחו, זה מכבר, לפרקליט הצבאי הראשי, למנהל בתי המשפט, ליועץ המשפטי לממשלה ולגורמים אחרים הנוגעים בדבר אך כנראה ההחלטות לא שינו דבר מהמצב הקיים והידוע, כפי שפורט באותן החלטות.

ביום 2.6.05 התיחס הפרקליט הצבאי הראשי לסוגיה זו ושלה תגובה בה הסביר את הנסיבות שגרמו או גורמים לעיכובים בתיק אחר, ת.א. 673/99, שהדיון בו נדחה מאחר וגם העדים שם לא הורשו להכנס לישראל... בסיום המכתב ציין הפרקליט הצבאי הראשי את הדברים הבאים:

"לסיכום אבקש להעיר, כי גורמי הבטחון פועלים ללא לאות על מנת ליתן מענה מהיר ויעיל ככל הניתן לתושבים הפלסטינים הפונים בבקשה להכנס לישראל לשם ניהול הליכים משפטיים ולצרכים הומנטריים אחרים, וזאת, בין השאר, מתוך הכרה בזכותם של אותם תושבים לנהל את ההליכים המשפטיים ביעילות"

אני תקווה שהסיכום במכתבו של הפרקליט הצבאי לא יישאר בגדר "הצהרת כוונות טובות ורצון טוב" אלא יתורגם למעשים בפועל.

(ת"א (מחוזי חיפה) 783/99 יאסין נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון, תק-מח (3)2005, 10902 (2005) ההדגשות הוספו, נ.א.).

32. יפים לעניינינו דברי כבוד השופט בעז אוקון, שניתנו בבקשת רשות ערעור של המדינה על החלטת בית משפט השלום בגדרה למנות מומחה רפואי, תוך חיוב המדינה בעלויות המינוי. התביעה המקורית, בבית משפט השלום, הוגשה על ידי פלסטינית שנפגעה מכדור שנורה על ידי כוחות הביטחון. השופט אוקון דחה את בקשת המדינה:

וכי היכן תשמע תובענת התובעת? האם מוכנה המבקשת להתדיין בבתי המשפט בשטחים? האם התובע הוא תושב חוץ שנפגע לתומו בעת היותו בישראל? האם הוא גרר את המבקשת לבצע פעולות בתחומו? מוטב לומר דברים פשוטים: ניהולם של הליכים אלה הוא מחויב המציאות.

(בר"ע (י-ם) 917/05 מדינת ישראל – משרד הביטחון נ' סכאפי (פורסם בנבו) ההדגשות הוספו, נ.א.).

ב. הפגיעה בזכויות העותרים

הזכות לקבל סעד

33. החלטת המשיבים למנוע מהעותרים להתייצב למתן עדותם, משמעה פגיעה ביכולתם לנהל את ההליך המשפטי התלוי ועומד מזה כשש שנים. מטבע הדברים, תובע שאינו יכול להתייצב למתן עדות, להביא את דברו בפני בית המשפט ולהיחקר אודותיו, אינו יכול לנהל הליך הוגן, ולמעשה, מנוע מלהביא תשתית עובדתית מטעמו בפני בית המשפט. בכך גוזרים המשיבים מראש את דין תביעתם ומסכלים באופן מוחלט את אפשרותם של העותרים להיפרע מנזקייהם, שנגרמו על ידי המשיבים 2-3, כפי שמדגימות ההחלטות שניתנו בערכאות הדיוניות המצוטטות לעיל. בכך נפגעות באופן גורף זכויותיהם, ובהן זכות הגישה לערכאות, זכות הקניין, הזכות לחיים והזכות לכבוד.

34. דוק: ענייננו בפגיעה בזכויות חוקתיות, המוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך אמר בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, בבג"ץ עדאלה:

הזכויות של תושבי האזור... הן זכויות המוקנות להם בישראל. אלה הם זכויותיהם, על פי המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי. לפיו, בהתקיים הנסיבות המתאימות, ניתן לתבוע בישראל, ועל-פי דיני הנזיקין הישראליים, גם בגין

עולה אשר בוצעה מחוץ לישראל... נמצא, כי תיקון מס' 7 פוגע בזכויות הנתונות בישראל לתושבי האזור הנפגעים ממעשי נזיקין של כוחות הביטחון באזור.

הזכויות בנזיקין בישראל נשללו מתושבי האזור לעניין מעשי נזיקין שבוצעו על ידי כוחות הביטחון באזור עימות. פעולתו של תיקון מס' 7 הינה, איפוא, בישראל. הוא פוגע בזכויות שהיו לניזוקים מהאזור בישראל. לעניין שלילת זכויות אלה חל עקרונית חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

(שם, ס' 23 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק).

בהמשך, הרחיב בית המשפט ומנה את הזכויות החוקתיות הנפגעות עת מונעת המדינה מתובע להיפרע מנזיקיו, אף לגבי זכויות לא ממוניות:

ראשית, הזכות בנזיקין הנתונה לניזוק (או ליורשיו או לתלויים בו), ואשר נשללה על ידי תיקון מס' 7, הינה חלק מזכותו החוקתית של הניזוק לקניין... שנית, האחריות בנזיקין מגינה על מספר זכויות של הניזוק, כגון הזכות לחיים, לחירות, לכבוד ולפרטיות. דיני הנזיקין הם אחד המכשירים העיקריים באמצעותם מגינה שיטת המשפט על זכויות אלה.

(שם, ס' 24-25 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק).

35. כאמור, הזכות לקבלת סעד היא זכות אדם, אשר נובעת מהערך המוגן לפיו אדם שזכויותיו נפגעו יהא זכאי לפיצוי. הזכות לקבלת סעד היא זכות חוקתית:

נקודת המוצא העקרונית הינה כי פגיעה פיזית בזכות חוקתית צריכה לגרור אחריה תרופה מתאימה. הסעד הוא פונקציה של הזכות. העיקרון הינו כי מקום שבו קיימת זכות קיימת גם תרופה. מקום שם הזכות – שם הסעד (ubi ius ibi remedium). עיקרון זה חל לעניין כל הפגיעות החוקתיות, בין נורמטיביות ובין פיזיות. אם זכות החוקתית של האדם – לכבוד, לחירות, לפרטיות, לתנועה או לקניין – נפגעת פיזית, הוא זכאי לתרופה מתאימה.

(א' ברק, פרשנות במשפט (פרשנות חוקתית), תשנ"ד, עמ' 779).

36. המשפט הנזיקי מהווה מקור מרכזי לקבלת סעד עבור פגיעה פיזית בזכויות האדם המוגנות:

המשפט הפרטי הישראלי בכלל ודיני הנזיקין בפרט, מהווים מקור ראשוני במעלה להענקת סעד בגין פגיעה (פיזית) בזכות אדם מוגנת... פקודת הנזיקין היא המקור לסעד, ואילו הזכות מעוגנת בחוקי היסוד.

(פרשנות במשפט הנ"ל, בעמ' 785).

וכן:

חוקי היסוד ייעשו פלסטר אם הזכויות החוקתיות לא יגררו אחריהן סעדים מתאימים. הכרה בזכות אדם חוקתית, גוררת אחריה הכרה בתרופה מתאימה אם הזכות מופרת; קיומה של זכות מחייב קיומה של תרופה... נטילת הסעד או אי הכרה בתרופה מהווה פגיעה בזכות אדם חוקתית בדומה לפגיעה הראשונה בה.

(פרשנות במשפט הנ"ל, עמ' 703-705).

37. בענייננו, מדובר בפגיעה ביכולתם של העותרים להיפרע מפגיעה קשה בהם, אשר אין פיצוי שיוכל לשקמם ממנה. נזקם של העותרים, ששכלו את בנם הפעוט, אינו ניתן לכימות, אולם דיני הנזיקין מכירים בנזקים כגון אבדן משכורת עתידית, כאב וסבל, כנזקים בני פיצוי. מניעת העותרים אף מהקטן שבפיצויים בגין סבלם הלא יתואר פוגע בזכויות חוקתיות מפורשות: הזכות לקניין (ס' 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), הזכות לחיים והזכות לכבוד (ס' 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו).

38. נזכיר, כי הזכות לקבלת סעד הינה זכות המוכרת גם במשפט הביני"ל. סעיף 2(3) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966, אשר ישראל חברה בה, ואף אשררה אותה בשנת 1991, קובע:

נפגעו זכויותיו וחירויותיו של אדם, כפי שהוכרו בזה, תעמוד לו תרופה יעילה, אף על פי שאותה פגיעה בוצעה בידי אישים הפועלים בסמכות רשמית.

39. למתן סעד אפקטיבי ישנה אף חשיבות ציבורית ראשונה במעלה, שכן היעדרו יהווה תמריץ שלילי לשמירה על נורמות של זהירות וכיבוד זכויות האדם, ומובן שנורמות אלה חשובות וקריטיות במיוחד ככל שנדרשת הגנה על הזכות לחיים. כאשר הזכויות נותרות ללא סעד, יורד ערכן, והמסר מחלחל מטה. בהיעדר סנקציות על הפרת זכויות תשתרר תחושה שאין פסול בהפרתן, וכדבריו של הנשיא ברק, באין דיין אין דין:

עקרון יסוד בדמוקרטיה הוא זה של שלטון החוק (או נכון יותר שלטון המשפט)... שלטון החוק, על שלושת היבטיו, הוא עקרון יסוד בדמוקרטיה שלנו. כל שופט צריך להגשימו; כל שופט צריך לשמור כנגד פגיעה בו. מכאן המגמה של פתיחת דלתות בית המשפט לעותר המבקש להגן על שלטון החוק, שכן באין דיין אין דין. מכאן הצורך בביקורת שיפוטית על פעולות השלטון. זהו שלטון החוק בשלטון. נגזרת מכך ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, השומרת על "שלטון החוק במחוקק". מכאן גם הציודק לביקורת שיפוטית על חוקיות חקיקת משנה ופעולות אחרות של המינהל הציבורי

(אהרן ברק, **שופט בחברה דמוקרטית** (הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, כתר, נבו 2004), עמ' 116-117).

זכות הגישה לערכאות

40. לשם מימושן של זכויות אלו, הכיר בית המשפט גם בזכות הגישה לערכאות. זכות הגישה לערכאות הוכרה זה מכבר זכות יסוד חוקתית ראשונה במעלה:

מדיניות ראויה היא זו שאינה נועלת דלת בפני מי שמבקש סעד מרשות שיפוטית. הנגישות לרשויות השיפוטיות נובעת מן התפיסה שבמשטר דמוקרטי "הפונקציה המוסדית הראשונית המוטלת על הרשות השופטת, ואשר בגינה נוצר וקיים מוסד בית המשפט, היא הפונקציה של הכרעה בסכסוך" (מתוך מאמרו של הנשיא אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" [37], בעמ' 256). זאת בין שהסכסוך הוא בין פרטים לבין עצמם, ובין שהסכסוך הוא בין פרט לבין רשויות השלטון. במקרה האחרון נשענת ההכרה בזכות הגישה גם על ההכרה כי ביקורת שיפוטית על "מעשי השלטונות היא חלק בלתי-נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע אחד מעמודי התווך של בנין המדינה" (בג"ץ 222/68, המ' 15/69 חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה [3], בעמ' 172). דומני, כי זהו הבסיס הרעיוני לדבריו של השופט זמיר בע"א 3833/93 לוי נ' א' לוי ואח' [4], בעמ' 874, ולפיהם: "גישה חופשית ויעילה אל בית המשפט היא זכות יסוד, אף אם עדיין אינה כתובה עלי חוק יסוד, ובית המשפט אמור להגן עליה כמו על זכויות יסוד אחרות".

(ע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פ"ד נא(3), 577, 596-595 (1997)) (להלן: **פרשת ארפל**).

41. למעמדה של זכות הגישה לערכאות כזכות יסוד ר' גם: יורם רבין 'זכות הגישה לערכאות' **כזכות חוקתית** (המשפט כרך ה', תשס"א); רע"א 9567/08 **כרמל אולפניים בע"מ נ' תעשיות אלקטרוכימיות 1952 בע"מ (בפירוק)**, תק-על 2011(1), 1107, 1115 (2011); בג"ץ 6824/07 **ד"ר עאדל מנאע נ' רשות המסים**, תק-על 2010(4), 3737, 3755 (2010); בג"ץ 9198/02 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (לא פורסם, 2.10.2008); בג"ץ 1661/05 **המועצה המקומית חוף עזה נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2), 481, 611-612 (2005).

42. שלילת זכות הגישה לערכאות פוגעת ישירות בכל יתר הזכויות, שכן בכך נמנע מאדם לעמוד על זכויותיו בפני הערכאה השיפוטית. משכך, הביע כבוד השופט חשין את עמדתו בפרשת ארפל, לפיה זכות הגישה לערכאות נעלה על זכויות היסוד, ונגזרת ישירות מעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי.

דעתי-שלי היא, כי זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר – וכך אומר אני – כי נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק. בזאת נשתנתה הרשות השופטת משתי אחיותיה – הרשות המחוקקת והרשות המבצעת – ששתי אלו האחרונות יוזמות ועושות, אם בתחום החקיקה ואם בתחום המעשה, בעוד אשר הרשות השופטת יושבת על מושבה ומצפה כי יבואו אליה לקבל את חוות-דעתה ואת הכרעותיה. וכנאמר על משה: "וַיְהִי מִמְּחַרְתָּ וַיֵּשֶׁב מֹשֶׁה לְשֹׁפֵט אֶת-הָעָם וַיַּעֲמֵד הָעָם עַל-מֹשֶׁה מִן-הַבֶּקֶר עַד-הָעֶרֶב" (שמות, יח, יג [א]). שניים אלה הם הנדרשים לשיפוט: שופט היושב על מושבו ומתדיינים העומדים לפניו. באין מתדיינים יישב בית-המשפט בטל וחסר-מעש, ובית-משפט שאין מתדפקים על שערו כמוהו כמו-לא-היה. נדע מכאן, כי חסימת הדרך לבית-משפט – בין במישרין בין בעקיפין – ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה-*raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד. ראו והשוו בג"ץ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים על-פי סעיף 11 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תשי"ל-1970 ואח' [28], בעמ' 450. בחסימת הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עמו.

(שם, בעמ' 629. ההדגשות אינן במקור).

43. זכות הגישה לערכאות הינה זכות פוזיטיבית, אשר כנגדה עומדת חובתה של המדינה לפעול להגשמתה.

בימינו אנו, אין המדינה יכולה עוד לעמוד מנגד באופן פסיבי ללא מתן עזרה פוזיטיבית, במקרים מסוימים, לאזרח הבא לממש את זכותו לפנות אל הערכאות.

(יורם רבין 'זכות הגישה לערכאות' בזכות חוקתית (1998), עמ' 53).

44. בית המשפט הכיר בעבר בחובה הניצבת כנגד זכות הגישה לערכאות, לסייע בידי מי שמבקש לממש את זכותו זו. כך, למשל, נאמר בעניין חשיבות הסרת מכשולים פרוצדורליים ואחרים כאשר מדובר במהגרי עבודה:

מושכלות ראשוניים הם כי "זכות הגישה לערכאות היא זכות ראשונית ויסודית, הנתונה לציבור בכללותו ולכל אחד מיחידיו, והיא הבסיס והתשתית לעצם מהותה של שיטת משפט, באשר היא" [...]

לאורה של זכות הגישה לערכאות, הוסיף בית דין זה וקבע בפסיקתו מדיניות שיפוטית לפיה יש להקל על מימוש זכויותיהם של מהגרי עבודה בתביעותיהם בבית הדין לעבודה, נוכח חולשת מעמדתם ודחיקתם לשולי החברה בישראל. כפי שצינתי בעניין בוצ'ימן:

"...בית-הדין יפתח שערו לרווחה בפני העובדים הזרים המבקשים לממש זכויותיהם ויעשה המיטב והמרב כדי לסייע בידם בכך שידון בתביעותיהם לגופו של עניין, ויימנע ככל הניתן בנסיבות העניין מהערמת קשיים הנובעים מדיני פרוצדורה ודיני ראיות נוקשים, העלולים לגרום לסילוקה של התובענה על הסף, או בטרם התבררה והוכרעה לעיצומה" [ע"ע 1459/02 דן בוצ'ימן סט ייזום ובניה

בע"מ, פד"ע לח 824; וראו: עניין קיניאנג'וי פסקה 14 לפסק דינו של הנשיא אדלר].

(ע"ע 424/08 סלאח נ' פרידמן חכשורי חברה להנדסה ולבניה בע"מ, תק-אר 1)2009 (1) 424, 420 ((2009).

45. משמעותה של החלטת המשיב 1 שלא להתיר את כניסתם של העותרים לישראל, הינה שגורל תביעתם עלול להיות כגורלן של תביעות רבות שנמחקו באופן זה (ר' לעיל ס' 29). פגיעה קשה זו בזכויותיהם של העותרים חייבת לעמוד למול עיני המשיבים בעת בחינת הבקשה להעיד במסגרת תביעתם.

ג. פגמים בהחלטת המשיב

(i) החלטה שרירותית ולא מנומקת

46. ראשית כל ייאמר, שעל אף שבמכתבו של המשיב 1 מיום 2.5.11 (נספח ע/6 לעיל) צוין כי התשובה ניתנת לאחר "בחינת עניינו הפרטני" של העותרים, הרי שאין בה אף שמץ של נימוק או טענה הנוגעים לעניינם הפרטני של העותרים, אלא רק אמירה כללית על מניעה גורפת של כניסת פלסטינים מהרצועה לישראל "למעט במקרים הומניטאריים חריגים", ואזכור בעלמא של "טעמים ביטחוניים ומדיניים".

47. כידוע, חובת המשיבים לנמק את החלטתם היא חובתה של רשות מינהלית. הנמקה מאפשרת לאדם לתקוף את ההחלטה; היא מאפשרת הצצה אל השיקולים שנסקלו בעת קבלת ההחלטה, וכך מאפשרת לוודא כי נשקלו כל השיקולים הרלבנטיים, שלא נשקלו שיקולים זרים, שההחלטה ניתנה באופן ענייני לנסיבות המקרה, תוך איזון סביר בין כלל השיקולים.

48. תשובת המשיבים לבקשת העותרים להיכנס לישראל מציגה החלטה שרירותית. אכן, ברקע הדברים עומדת החלטת הממשלה מספטמבר 2007, המטילה מגבלות על תנועת פלסטינים מרצועת עזה, החלטה שטעמיה ביטחוניים. עם זאת, המשיבים מחויבים לבחון כל מקרה לגופו ולאפשר, במקרים המתאימים ותוך איזון כולל של הנסיבות, כניסה לישראל.

ההחלטה חייבת להיות בכל מקרה תוצאה של בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית, ואם מתחייבים לאור אופיו של עניין או לאור נימוקיה של הבקשה בדיוק, עיון ומחשבה חוזרים, אין לדחות את הפנייה החדשה במחויב ובלי עיון הולם, תוך הסתמכות בלעדית על העובדה, כי לבעל הסמכות הוענק שיקול הדעת להחליט בעניין, או תוך דבקות בהחלטתה משכבר הימים, אשר ייתכן שהיא טעונה בחינה מחדש. על נסיבות כגון אלה אמר H.W.R. Wade, supra, at 330 בדונו בסוגיה, אותה הכתיר בכותרת *over-rigid policies*:

"An authority can fail to give its mind to a case, and thus fail to exercise its discretion lawfully, by blindly following a policy laid down in advance."

בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3), 29, 48-49 (1983).

49. כאמור, בענייננו מבקשים העותרים להיכנס לדיון הוכחות בבית המשפט. לא ניתן להשלים עם מצב בו רשות מינהלית פוגעת באחת בזכויות יסוד, מבלי לאזן בין טעמיה של מדיניות כללית וגורפת לזכויות מן המעלה העליונה של הפרט במקרה קונקרטי.

(ii) פגיעה לא מידתית ולא סבירה בזכויות העותרים

50. החלטת המשיבים פסולה גם לגופה. ההחלטה מביאה לאיון מוחלט של זכויות העותרים, באופן בלתי סביר ובלתי מידתי.

51. כפי שהוטעם לעיל, זכות הגישה לערכאות הינה זכות פוזיטיבית, אשר מקימה חובה אקטיבית על המדינה לאפשר את מימושה. חובה זו חלה על המשיבים כאורגנים של המדינה, וחובה עליהם לאפשר את מימוש הזכות בענייננו.

52. יוזכר, כי העותרים 1-2 הם אנשים תמימים, שלא מיוחסת להם כל טענה ביטחונית. בנס הפעוט מת מפצעיו בשנת 2003, ומאז שנת 2005 הם ממתניים ליומם בבית המשפט על מנת לשכך, ולו במעט, פגיעה קשה זו. העותר 3 הוא מנהל המחלקה הכירורגית בבית חולים, ואף לו לא מיוחסת כל טענה ביטחונית.

53. בענייננו, הפגיעה בעותרים ובזכויותיהם היא עצומה, ומנגד, לא נטען כי נובעת מהם כל סכנה שהיא. כל שנטען הוא שקיימת "מדיניות כללית" בדבר הגבלת תנועה מהרצועה.

54. על המשיבים לעשות את המאמץ הנדרש על מנת להגן באופן אקטיבי על זכות הגישה לערכאות.

55. שלא בשולי הדברים יצוין, שהמדינה עצמה טענה בפני בית המשפט, כי יש מקרים בהם ראוי להתיר כניסתם של תובעים דוגמת העותרים לישראל, מרצועת עזה. כך למשל טענה, במסגרת עתירה שעניינה טענות התיישנות בתביעות נזיקין של מי שמתגורר ברצועת עזה ובין היתר אינו יכול להיכנס לעדותו, כי:

גם אם התביעה מבשילה להוכחות בשאלה האם עיוולה המדינה כלפי התובע, הרי שבידי התובע, אשר לא הותרה כניסתו וכניסת עדי לישראל, האפשרות לפנות לערכאה המתאימה להשיג על החלטה זו.

(סעיף 9(ג) לתגובת המשיבים בבג"ץ 9408/10 **המרכז הפלסטיני לזכויות אדם נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'** (ניתן 27.4.11) (פורסם במאגרים)).

ישאל השואל: מהו אותו מקרה בו יש לקבל השגת תובע על החלטה למנוע את כניסתו לעדותו, אם לא המקרה דנן? האם אין למלא דברי המדינה עצמה בתוכן ממש, ולקבל, במקרים המתאימים, השגה של תובעים המבקש להיכנס לעדותם?

56. על פניו, סירובם השרירותי של המשיבים מעורר חשד ממשי לכך שהחלטה מבוססת על שיקולים זרים. המדינה מחזיקה בשני כובעים – באחד, היא הנתבעת בתביעה הנזיקית. בשני, היא הגורם המונע מהתובע להיכנס לישראל לשם התייצבות לדיון בענייננו. משכך, החלטותיה של המדינה בכובעה האחד, המשפיעות על השני, הן בחזקת חשודות.

57. חשד זה מתחזק בשים לב לכך שמדובר בהחלטה שהיא על פניה שרירותית, שניתנה ללא כל נימוק הנוגע לעותרים עצמם, ותוך פגיעה ממשית בזכויותיהם.

סיכום

58. העותרים מבקשים את יומם בבית המשפט כדי להיפרע, ולו במעט, על הנוק האיום שהמיט עליהם הצבא, עת נפגע בנם הפעוט מכדור של חייל ומת מפצעיו. העותרים מבקשים לממש את זכותם לגישה לערכאות ובתוך כך לממש את זכותם לעמוד בפני בית המשפט על הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות, שלהם ושל בנם המנוח. המשיבים מונעים מהם זכויות אלה בכך שהם מסרבים להתיר את כניסתם לישראל. מדובר בהחלטה שרירותית, המהווה מחסום בפני מימוש זכויותיהם. זאת, ללא כל הצדקה וללא בחינה קונקרטיית ועניינית של נסיבותיהם האישיות של העותרים.

59. מדובר בהחלטה לא מידתית, המתעלמת משיקולים רלבנטיים, ומהווה החלטה לא סבירה באופן קיצוני.

60. לפיכך, מתבקש בית המשפט לקבל את העתירה ולהורות למשיבים לאפשר את כניסתם של העותרים לישראל לצורך עדותם.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד ברצועה ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הם נשלחו בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותרים לבין באי כוחם.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט לקבל את העתירה. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיבים את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.