

אלח'טיב ואח' \_\_\_\_\_

בעניין:

ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ואח'  
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 -

מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

המשיב

### תגובה מטעם העותרים

בהתאם להחלטת כבוד הנשיא, א' ברק, מיום 9.5.05 ומיום 17.5.05, מוגשת בזאת תגובה מטעם העותרים.

העותרים אינם מקבלים את הפיתרון שהציע המשיב מטעמים פרקטיים ומשפטיים כאחד. העותרים סבורים כי על המשיב להגיש תצהיר תשובה מפורט.

להלן יפרטו העותרים את עמדתם. בעשותם כן, יצאו מתוך נקודת הנחה, שלאחר שמיעת החומר החסוי סבור בית המשפט כי יש למצוא פיתרון "ביטחוני" כלשהו, אשר יאפשר את כניסת העותר לבדיקה מחד, ויניח את דעתו של המשיב מאידך.

העותרים סבורים כי אין לקבל את הפיתרון שהציע המשיב, שכן הוא מנוגד למושכלות יסוד ואינו סביר, וכי אף מבחינה פרקטית אין בו להועיל. העותרים סבורים כי ישנם פתרונות "ביטחוניים" אחרים, טובים וחוקתיים, אשר יכולים להוות פיתרון הולם וראוי בנסיבות העניין.

אלו טעמי העותרים:

1. עניינה של עתירה זו בסירובו של המשיב להתיר את כניסתו של העותר, נער תושב חברון, הסובל מפגיעת ירי קשה, לירושלים, לצורך בדיקתו על ידי מומחה רפואי.

העותר מנהל בימים אלו תביעה נזיקית נגד הצבא ומדינת ישראל, שכן הוא סבור כי הירי בוצע שלא כדין על ידי חיילים, אשר עמדו בסמוך לחצר בית ספרו, שם נפגע (ת"א) (שלום – י-ם) 5418/04 אלח'טיב נ' מ"ג). בדיקתו על ידי מומחה רפואי וקבלת חוות הדעת הרפואית חיוניות להצלחתו בתביעה ולהוכחת נזקיו.

2. בתגובתו המקדמית מיום 20.1.05 הודיע המשיב לבית המשפט כי הוא מסכים לכניסתו החד פעמית של העותר לישראל ובלבד שילווח על ידי חברת אבטחה פרטית (בהמשך התברר כי הדרישה הינה לשני מאבטחים ורכב אבטחה). המשיב דרש כי העותר ישא בנטל מימון הליווי.
3. ביום 9.2.05 הגישו העותרים הודעה לבית המשפט הנכבד. בהודעה התנגדו העותרים להצעת המשיב. **העותרים העלו שורת טענות משפטיות נגד העברת הליווי לידיים פרטיות.** מבחינה פרקטית טענו העותרים כי העלות הכבדה של הליווי (כ-1,600 ₪ ליום) תסכל את התביעה ותרתייע את העותר ותובעים אחרים מנקיטת הליכים לגיטימיים בבתי המשפט. העותרים הציעו כי הליווי יעשה על ידי מתנדבים, קצינים במילואים, אשר יהיו מקובלים על המשיב, או על ידי המשטרה או הצבא.
4. ביום 1.4.05 הגיש המשיב תגובה משלימה, במסגרתה הגיש המשיב נוהל כללי חדש, המעגן את המדיניות החדשה של ליווי בעלי דין פלסטינים על ידי חברות אבטחה פרטיות. הנוהל הוגש וסומן **מש/1**. המשיב עמד על כך כי העותר יוכל להיכנס באופן חד פעמי לישראל בליווי שני מאבטחים פרטיים ורכב אבטחה. **המשיב שלל, ללא נימוק, את הפיתרון החלופי שהציעו העותרים. המשיב לא התייחס כלל לבעיות המשפטיות בהצעתו.**
5. ביום 4.4.05 התנהל דיון בפני בית המשפט הנכבד, אשר עסק רובו ככולו בהיבט הפרקטי של הצעת המשיב. במהלך הדיון הציעה כבוד השופטת פרוקציה כי המשיב ישא בכל עלות הליווי או לפחות במחצית העלות. העותרים הודיעו כי ישקלו את ההצעה לשאת במחצית העלות, אולם בהמשך הדיון נמסר לבית המשפט כי לאור העובדה שהמשיב יצטרך להיכנס מספר פעמים לישראל לצורך ההליכים המתנהלים, אין בהצעה זו כדי לפתור את הבעיה הפרקטית. לאחר מכן נערך דיון חסוי אשר בסיומו החליט בית המשפט הנכבד להוציא **צו על תנאי ולחייב את המשיב להגיש תשובה לעתירה תוך 14 יום.**
6. ביום 3.5.05 הגיש ב"כ המשיב מסמך המוכתר בשם **"כתב תשובה"**. בפועל מדובר בהודעה משלימה, שאין בה כל הנמקה לעמדת המשיב והיא אינה מלווה בתצהיר. המשיב לא מצא לנכון להתייחס באופן כלשהו לטענות השונות שהעלו העותרים, טענות אשר חלקן במישור המשפטי וחלקן במישור הפרקטי. למעשה התייחס המשיב לעותרים כמי שכבר הסכימו לפתרון המוצע, היינו ליווי על ידי מאבטח פרטי, ולא כך הדבר. הדבר היחיד שהעותרים הסכימו לגביו, לפי שעה, הוא שיש למצוא פיתרון שיאפשר את כניסת העותר לבדיקה. כפי שהובהר בהודעה המשלימה מיום 9.2.05 וכפי שיובהר להלן, העותרים סבורים כי הפיתרון של ליווי על ידי מאבטחים פרטיים הוא פיתרון המנוגד לעקרונות יסוד ואינו סביר.
7. מאחר ואלו פני הדברים, לא ניתן לראות בהודעת המשיב **"כתב תשובה"**, וממילא למסמך זה לא נלווה תצהיר כנדרש בכתב תשובה. די בטעם זה כדי שבית המשפט יוציא צו מוחלט בעתירה ולחלופין, יחייב את המשיב להגיש כתב תשובה מפורט ובו התייחסות לכלל טענות העותרים בעתירה ובהודעות המשלימות.

8. לגופו של עניין, בתשובתו התמציתית כתב ב"כ המשיב כי "לפנים משורת הדין, בהתחשב בנסיבות העניין, תוך עמידה על טענותיו העקרוניות ומבלי שהסכמתו תיחשב לתקדים, יסכים הוא לפעול בהתאם להצעת בית המשפט הנכבד ולשאת במחצית עלות אבטחת כניסת העותר לישראל".

9. תשובה זו אינה מניחה את דעתם של העותרים, ולו בשל העובדה כי הצעת המשיב מתייחסת לכניסה חד פעמית של העותר לישראל (המשיב מדגיש זאת בארבעה ביטויים שונים), כאשר ברור שהעותר יצטרך להיכנס עוד מספר פעמים לישראל במסגרת ניהול ההליך המשפטי האזרחי. תשובת המשיב תיאלץ למעשה את העותרים לשוב ולעתור לבית המשפט כל אימת שיזדקק העותר להיכנס לישראל.

10. אולם אף אם המשיב היה נוהג אחרת, היו העותרים סבורים כי **עצם הפיתרון לפיו יבוצע הליווי על ידי מאבטחים פרטיים פסול הוא**. חלק מהטעמים לכך פורטו בהודעת העותרים מיום 9.2.05 ואלו עיקרם:

**אין להעמיד חסמים כלכליים בפני עצם הגישה הפיזית לבית המשפט**

11. המשיב דורש מהעותר להוציא סכום נכבד ביותר על עצם הגישה לבית המשפט, במובנה הפיזי. הטלת עלות כלכלית על בעל דין על עצם הגישה לבית המשפט, בניגוד לעלויות במהלך הרגיל של ההליך עצמו (כמו אגרה), מהווה פגיעה משמעותית וחמורה במיוחד בזכות הגישה לערכאות, שהינה זכות יסוד, אשר יש המגדירים אותה זכות חוקתית על חוקית.

12. דומה הדבר להלכה שנפסקה בבה"נ 6857/00 בעניין רותה. באותו מקרה דן כב' הרשם ב' אוקון בשאלה האם מותר לגבות אגרה על בקשה לקביעת מקום שיפוט בענייני התרת נישואין. כב' הרשם פסק בשלילה ונימק:

**הטלת אגרה על השירות המשפטי היא עניין אחד, והטלת אגרה על עצם הבקשה להסמך בית משפט לשפוט היא עניין אחר. הטלת אגרה כזו, מהווה מחסום ראשוני. האגרה אינה מופנית אל השירות המשפטי שבעל הדין נזקק לו, אלא מוטלת על עצם הפנייה לקבוע בית משפט מוסמך (בה"נ 6857/00 רותה נ' נצבטייב, תק-על 2000(3) 718, 720).**

הדברים מדברים בעד עצמם. הוצאות שהן חלק מההליך המשפטי לא יחשבו לכשעצמן פסולות ובלבד שאין בהן הרתעת יתר מנקיטת הליכים משפטיים, אולם הוצאות שהן "מחסום ראשוני", ואשר מונעות את עצם הגישה לבית המשפט הן, לכשעצמן, פסולות.

ניתן להוסיף דוגמא נוספת אשר תבהיר את העניין – נניח שבכל מחוז הדרום לא היה קיים בית משפט, אולם במחוז הצפון היה מוקם בית משפט גדול המשרת גם את תושבי הדרום. נניח שהנסיעה לבית משפט זה מהדרום הייתה מסתכמת ב-1,500 ₪ ליום (בגילום שעות הפסד העבודה ומחיר הנסיעה), האם היה ניתן לומר כי זכות הגישה לערכאות של תושבי

הדרום אינה נפגעת?! האם העובדה כי בהליך מסוים הייתה המדינה מוכנה לשאת במחצית העלות של נסיעה אחת משנה את המסקנה המתבקשת?

### אפליה בוטה בין בעלי דין

13. הטלת העלות של הליווי על בעלי דין פלסטינים מהווה אפליה פסולה מול בעלי דין אחרים, אשר לציבור עניין שילוו ולא ינועו בחופשיות בדרכם לבתי המשפט. כך, למשל, אסיר, אשר הגיש עתירת אסיר או אפילו תביעה אזרחית נגד צד שלישי, ילווה לבית המשפט על ידי שירות בתי הסוהר חינם אין כסף. לעניין הליווי - אין טעם ענייני להבחין בין העותר לבין בעל דין אחר. שניהם מלווים כי לציבור עניין שילוו. העותר אינו מבקש הגנה מפני הציבור. הציבור מבקש הגנה מפני העותר, מטעמים שחסיים בפני העותר, ועל כן על הציבור לשאת בעלות. זהו חלק מהשיטה הדמוקרטית שלנו, אשר גורסת כי הגנה על זכויות אדם בסיסיות מחייבת השקעת משאבים כספיים.

14. העלות הגבוהה של ליווי על ידי מאבטחים פרטיים, תגרום גם להפלייתם לרעה של בעלי דין פלסטינים חסרי אמצעים לעומת בעלי אמצעים. **חסם כלכלי אשר מבחין בין בעלי דין על פי מידת יכולתם לעמוד בתשלום סכום כפוי כלשהו, הוא פסול מכל וכל.** הדבר נכון גם לגבי עלויות שהן חלק מההליך כמו תשלום אגרה. מן המפורסמות הוא כי בית משפט לא יסגור שעריו בפני בעל דין רק בשל העובדה כי אין ביכולתו לעמוד בתשלום האגרה. לצורך כך הוקם מנגנון הפטור. המשיב מחייב בעלי דין פלסטינים להשקיע סכומים נכבדים, סכומים אשר אי עמידה בהם תביא, הלכה למעשה, לסגירת שערי בית המשפט בפניהם. המשיב לא קובע מנגנון פטור. **מבחינת המשיב, מי שאינו יכול לעמוד במימון הליווי ייאלץ לסגת מתביעתו.** תוצאה זו לא ניתן לקבל.

### הליווי הוא ממשימות הבסיס של המשטרה

15. העותרים סבורים כי על המשטרה לבצע את הליווי, שכן מימוש זכות הגישה לערכאות הינו בבסיס הפעילות שלה, ועל שירות זה אסור לגבות תשלום. פקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971 קובעת כי משטרת ישראל תעסוק "... בקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש" (סעיף 3) והכלל הוא כי שירותי המשטרה יינתנו ללא תשלום נוסף. החרוג הוא כי ייגבה תשלום עבור שירותי השוטרים.

16. סוגיה זו נדונה בהרחבה במסגרת בג"צ 5009/97 מולטימדיה בע"מ נ' משטרת ישראל, פ"ד נב(3) 679, אשר דן בפרשנות סעיף 36(א) לפקודת המשטרה. באותה פרשה ערך בית המשפט הבחנה ברורה בין אירועים בעלי אופי מסחרי, כמו פסטיבל, בהם מוסמכת המשטרה להשכיר שירותיה בתשלום, לבין אירועים שמהותם הגנה על זכויות אדם בסיסיות, כמו הפגנות או תפיסת פורץ, בהם חובתה של המדינה לספק שוטרים למשימת האבטחה ללא תשלום.

17. בפרשת מולטימדיה קבע בית המשפט הנכבד קווים מנחים אשר רק בהתקיימם ניתן להשתמש בסמכות החרוגה לגבות שכר על שירות משטרה. בית המשפט קבע כי על בסיס

קווים מנחים אלו ייקבע "האם האירוע או הפעולה בהם מדובר ראויים הם מצד עצמם כי יועסקו בהם שוטרים בשכר" (שם, עמ' 692). בין היתר נקבע כי "הוראת סעיף 36(א) לפקודת המשטרה אמורה לחול, כעיקרון, על אירועים או פעולות שהפרט יוזם ולא על אירועים או פעולות הנכפים עליו". נקבע כי יש לבחון את טיב הפעולה, והאם היא נוטה לכיוון הפרטי או הציבורי. עוד נקבע כי "יש וראוי להבחין בין אירועים הנעשים דרך-עסק או למען רווח, לבין אירועים שאינם דרך-עסק ואינם נעשים בכוונת רווח".

18. **בחינתם של קווים מנחים אלו מטה את הכף באופן ברור לטובת עמדת העותר, כי הליווי יסופק לו ללא תשלום נוסף.** העותר לא יזם את פציעתו בחצר בית הספר, העותר הוא ילד שנפל קורבן לאלמיות ופגיעה קשה בגופו, העותר פנה לבית המשפט בבקשת סעד ופיצוי. תביעה נזיקית אינה עסק למטרת רווח. דיני הנזיקין נועדו לפצות את העותר על הנזק והעוול שנגרמו לו. **העותר סבל ועודו סובל מנכות עקב פציעתו, הוא נזקק לטיפולים, פרנסתו ופרנסת הוריו נפגעה. דרושה ציניות וקהות חושים כדי להציג, ולו ברמיזה, את העותר כמי שמנסה להפיק רווח אישי מתביעתו.** הפעולה של העותר היא פעולה מוצדקת ובסיסית שלחברה אינטרס גבוה בהתקיימותה:

**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 (פרופ' א' ברק, פרשנות במשפט (פרשנות חוקתית), בעמ' 785).**

19. לאור האמור, ובהתחשב במבחן הכללי המוזכר לעיל, אין ספק כי ליווי אדם לצורך מימוש זכותו הבסיסית להיכנס בשערי בית המשפט תוך שמירה על הסדר הציבורי וביטחון הציבור היא בבסיס הפעילות שעל המשטרה לספק, וכי אין זה ראוי לגבות בגינה תשלום.

#### **הליווי הביטחוני הוא ממשימות הצבא ויכול להתבצע על ידו**

20. העותרים סבורים כי אם העומס על המשטרה רב יכול הצבא לבצע את הליווי, שכן **לצבא חובה, העומדת בפני עצמה, לכבד את זכויות העותר, שהוא תושב מוגן בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית.** המשפט ההומניטרי הבינלאומי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי, אשר רלוונטיים לעניינו של העותר, מחייבים כי זכויותיו של העותר לגשת לערכאות שיפוטיות, לשוויון בפני בית המשפט ולקבלת סעד על פגיעה בזכויותיו, יישמרו.

ר': סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, סעיף 38 ו-39 לאמנה בדבר זכויות הילד, 1989 וסעיפים 1 ו-3 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966.

21. יש לציין כי המשטרה הצבאית ללא ספק מוסמכת ללוות פלסטינים בתוך שטח ישראל, למשל, במעבר בין עזה והגדה, וליווי מסוג זה אינו אירוע יוצא דופן.

### אין להפריט סמכות שלטונית ביטחונית כה רגישה

22. מאחר ומדובר בסמכות הדורשת מיומנות והפעלת שיקול דעת רב "תוך כדי תנועה", בסיטואציה של מצבים משתנים, ואין מדובר בסמכות טכנית, יש לראות בסמכות הליווי הביטחונית סמכות שלטונית אשר אינה ניתנת להאצלה לגורם פרטי או לביצוע על ידו.

אין זה מתקבל על הדעת, כי סמכויות סטוטוריות יוענקו לאדם פרטי, שאיננו משרת במערכת שכוננה על-פי דין או שאינו חלק ממערכת שלטונית מוגדרת, ואשר מעמדו, חובותיו וזכויותיו מתמצים אך ורק בכך שנמסרו לידי סמכויות ביצוע... במקרה שלפנינו מדובר באדם פרטי... כאשר כל זיקתו אל הרשות היא כתב המינוי שבידיו, מבלי שהוא חב חובה כלשהי כלפי הרשות, ומבלי שזו יכולה להפעיל כלפיו את מרותה. דומה הדבר לכך, לו הוענקו סמכויות של שוטר לידי מי שאיננו חלק מחיל המשטרה ואף איננו משרת במסגרת ארגונית דומה, הנתונה למרות השלטונית, ותופעה כגון זו איננה מתקבלת על הדעת ואף נוגדת את עקרונותיו של שלטון החוק ושל כללי המינהל התקין אשר, כאמור לעיל, חייבים להיות פועל יוצא ממנו (בג"צ 39/82 הנפלינג נ' צילקר, פ"ד לו(2) 537, 541).

23. העותרים סבורים כי ליווי ביטחונית של אדם הינה סמכות ביטחונית רגישה אשר פוטנציאל הפגיעה בזכויות אדם בה הוא גבוה במיוחד ועל כן אסור להאצילה לגורם פרטי ואסור להעניק לו את סמכות הביצוע, ודאי לא למאבטחים מהשוק הפרטי, אשר אינם מיומנים בסוג פעילות זה ואף אינם כפופים לכללי התנהגות ומשמעת.

24. ליווי אדם מהווה כר פורה להפרת זכויותיו. מאבטח בלתי מיומן ואשר אינו כפוף לכללי משמעת והתנהגות, עלול לנצל את הסמכות שניתנה לו לרעה, אף ללא כוונה. **הפעלת סמכות ביטחונית כה רגישה מחייבת שיקול דעת וניסיון.** המלווה נדרש לסטנדרט התנהגות סביר ועליו להפעיל את סמכויותיו הביטחוניות במתינות. העותרים חוששים כי מאבטח פרטי עלול להפר את זכויותיו של העותר בגסות, ולנקוט בפעולות מוגזמות ללא צורך.

25. העותרים סבורים כי לאור הרגישות הרבה של הליווי ופוטנציאל הפגיעה בזכויות האדם, אין זו ממין הסמכויות שניתן להאציל לגוף פרטי בלתי מיומן או להעניק לו את סמכות הביצוע.

### לסיכום – הפיתרון שהציע המשיב אינו פיתרון ראוי

26. בפני המשיב הונחו לפחות ארבעה פתרונות אשר יאפשרו את כניסת העותר לבדיקה החיונית לצורך ניהול ההליך, ויניחו את דעתו של המשיב מבחינה ביטחונית:

ליווי על ידי מאבטחים פרטיים, במימון מלא או חלקי של העותר

ליווי על ידי שוטרים בתפקיד

### ליווי על ידי חיילים בתפקיד או משטרה צבאית

ליווי על ידי מתנדבים, קצינים במילואים המקובלים על המשיב – פיתרון זה הוא מצוין, בעיקר משום שהוא לא מעורר את הבעיות החוקתיות המוזכרות לעיל, שכן הפיתרון הוצע על ידי העותר ולא נכפה עליו. פיתרון זה היה מקובל בעבר על המשיב לגבי ליווי של בעלי דין אשר, בניגוד לעותר, ישבו תקופות ארוכות במעצרים מינהליים, ועל כן תמוה מדוע אין הוא מקובל בעניינו של העותר. על מהותו של פיתרון זה עמדו העותרים בהודעה המשלימה מיום 9.2.05 (ר' גם נספחים ע/12 ו-ע/13).

27. המשיב לא טרח להתייחס לפתרונות אלו, שלל אותם ללא נימוק או הסבר, אף לאחר שהוצא צו על תנאי. פתרונות אלו אינם פתרונות שמבוססים על רוחב וטוב ליבו של המשיב. הם מבוססים בחוק ומהווים חלק מחובותיו על פי דין.

28. אף שבית המשפט לא נוטה לשים עצמו במקומו של המשיב, כאשר הפיתרון המוצע על ידי המשיב בפני עצמו, וביחס לפתרונות אחרים, הוא מפלה ופסול ובלתי סביר, כמו במקרה דנן, מחובתו וסמכותו של בית המשפט להתערב. יש לזכור גם כי כללי המידתיות קובעים כי על הפגיעה בזכויות האדם להיות הקטנה ביותר האפשרית. עקרון זה נכון גם כאשר המשיב מציע "פיתרון" ומתעלם מקיומם של פתרונות מידתיים יותר, צודקים יותר וטובים יותר. הדבר נכון שבעתיים כאשר הפיתרון שמציע המשיב אינו ראוי בפני עצמו ואינו פרקטי.

29. בבוא בית המשפט להכריע בדבר סבירות הפיתרון שהציע המשיב, יתבקש בית המשפט להתחשב גם בתחושת אי הצדק החזקה המלווה את עניינו של העותר, והנובעת מכך שהמדינה מסכלת, הלכה למעשה, תביעה שהוגשה נגדה. תחושה הנובעת מכך שילד שנפגע בחצר בית הספר מירי של חיילים עשוי להישאר נטול סעד.