

- בעניין:
1. _____ אלח'טיב – קטין, באמצעות אמו, העותרת 2
ת.ז. _____, תושב חברון
 2. _____ אלח'טיב
ת.ז. _____, תושבת חברון
 3. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.**
ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור (מ.ר. 37962) ו/או יוסי וולפסון
(מ.ר. 26174) ו/או מנאל חזאן (מ.ר. 28878) ו/או עדי
לנדאו (מ.ר. 29189) ו/או לינה אבו-מוך זועבי (מ.ר. 33775)
ו/או שירין בטשון (מ.ר. 32737) ו/או חוה מטרס-עירון
(מ.ר. 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ.ר. 37566)
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 6283555-02; פקס: 6276317-02
- העותרים

- נ ג ד -

מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזו עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם מדוע לא תייר לעותר 1 להיכנס לישראל בליווי אמו, העותרת 2, לצורך בדיקה רפואית הדרושה להוכחת נזקו במסגרת תביעתו הנזיקית, המתנהלת כעת בבית המשפט השלום (להלן – **התביעה**).

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן – **העותר**) הינו **נער פלסטיני בן 17**, תושב מחנה פוור, נפת חברון. העותרת 2 (להלן – **העותרת**) היא אמו.
2. העותרת 3 (להלן – **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה לזכויות אדם, שמושבה בירושלים.
3. המשיב מחזיק מטעם מדינת ישראל בגדה המערבית בתפיסה לוחמתית. הוא בעל הסמכות להתיר כניסתם של פלסטינים לישראל.

עניינו של העותר

4. ביום 19.4.04 הגיש העותר, באמצעות ב"כ ממשרד עו"ד קופטי, תביעה נזיקית בבית המשפט השלום בירושלים נ' מדינת ישראל וצה"ל (ת"א (שלום – ירושלים) 5418/04 אלחטיב נ' מ"ל).

כתב התביעה מצורף ומסומן **ע/1**.

5. תביעתו נסבה על אירוע שקרה בשנת 2001, בהיותו בן 14. העותר נפצע קשות מירי בחזהו בעת שיעור התעמלות, בחצר בית הספר בו למד.

6. על פי כתב התביעה, עדי ראייה שהיו באותה עת באזור העידו כי חיילי צה"ל, אשר איישו בעת האירוע את המחסום הסמוך, כיוונו את רובהיהם לכיוון בית הספר.

7. ביום 9.12.01, בעקבות האירוע, הגיש ב"כ העותר מהמוקד להגנת הפרט תלונה לפרקליטות הצבאית וביקש לחקור את האירוע הקשה.

העתק התלונה מצורף ומסומן **ע/2**.

8. ביום 26.12.01 הודיע מ"מ פרקליט מרכז בפרקליטות הצבאית כי התלונה התקבלה וכי היא בברור.

העתק המכתב מצורף ומסומן **ע/3**.

9. ציפיותיהם של העותר וכל הנוגעים בדבר, כי התלונה תיחקר ברצינות וביסודיות תוך זמן סביר, התבדו עד מהרה. על אף מכתבי תזכורת רבים והפצרות המוקד, עברו ימים, עברו חודשים, עברו שנים – והתלונה נותרה באותו סטטוס – "בטיפול", תחילה אצל מצ"ח, והחל מחודש נובמבר 2003 אצל הפרקליטות הצבאית. רק ביום 7.12.04, **שלוש שנים לאחר הגשת התלונה**, הגיעה תשובת הפרקליטות הצבאית. בהודעה נמסר כי לא נמצאו די ראיות ועל כן התיק נסגר.

העתק ההודעה מיום 7.12.04 מצורף ומסומן **ע/4**.

10. ביום 19.4.04 הוגשה, כאמור, התביעה. העותר לא יכול היה להמתין לסיום החקירה עקב התיקון לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, אשר קיצר את תקופת ההתיישנות.

11. כתב התביעה מפרט את הנזקים הרפואיים של העותר: "פגיעה קשה בחזה וריאה שמאל וכן משיתוק מוחלט של גפה שמאל". בפרק של נזקי התובע נטען כי "התובע נותר היום, כאמור, עם נכות צמיתה גבוהה מאוד בשל הפגיעה בחזה, בריאה ושיתוק בגפה שמאל.

התובע סובל ויסבול מכאבים מתמידים וזקוק הוא לטיפולים רפואיים ותרופתיים ואף פסיכולוגיים כל ימי חייו".

לתביעה צורפו מסמכים רפואיים שונים המעידים על חומרת פציעתו (ע/1). העותר שמר לעצמו את הזכות לצרף חוות-דעת רפואית בהמשך להוכחת נזקיו.

12. בית המשפט הורה לתובע להגיש חוות דעת רפואית עד יום 19.8.04. אותה עת אושפז העותר בטיפולים רפואיים בבית חולים בפריז, ועל כן, ביום 26.7.04 הוגשה בקשה להארכת המועד להגשת חוות הדעת עד סוף ספטמבר 2004 או לכל מועד מאוחר יותר. ביום 28.7.04 אישר בית משפט השלום את הבקשה.

העתק החלטות בית המשפט ובקשת ב"כ העותר ע/5-7.

13. ב"כ העותר בתביעה פנה אל המוקד בבקשה להסדיר את כניסתו של העותר לירושלים לצורך בדיקה רפואית אצל פרופ' ז' ארגוב, מומחה למחלות נוירומוסקלריות מהפקולטה לרפואה באוניברסיטה העברית. העותר הוזמן ע"י פרופ' ארגוב ליום 21.11.04. פרופ' ארגוב ביקש כי הנער יהיה מלווה במבוגר, בשל גילו.

העתק ההזמנה לבדיקה מצורף ומסומן ע/8.

14. ביום 8.11.04 פנה המוקד ללשכת יועמ"ש המשיב בבקשה להתיר את כניסת העותר בליווי אמו, העותרת.

העתק הפנייה מצורף ומסומן ע/9.

15. ביום 14.11.04 התקבלה תשובה חיובית לכניסתה של העותרת מהיועמ"ש.

העתק המכתב מצורף ומסומן ע/10.

16. ביום 17.11.04 התקבלה תשובת שלילית לכניסת העותר מהיועמ"ש. במכתב הסירוב נאמר כי כניסתו של העותר מסורבת מטעמים ביטחוניים. היועמ"ש לא נימק מהם אותם טעמים ביטחוניים שבבסיס סירובו. מאחר וכניסת העותר נאסרה, בוטל גם ההיתר שניתן לעותרת.

העתק המכתב מצורף ומסומן ע/11.

17. לאור תשובת היועמ"ש, נשללה מהעותר האפשרות להציג חוות-דעת רפואית ממומחה ישראלי בר סמכא, דבר אשר עשוי לפגוע קשות בתביעה ואף להביא לדחייתה. העותר חש כי נעשה לו עוול – לא רק זאת שנפצע קשה והוא סובל מפציעה זו עד היום, לא רק זאת כי לא התנהלה חקירה מהירה אלא חקירה אשר הסתיימה לאחר כשלוש שנים, לא רק זאת כי לא מוצה הדין עם האחראים לפציעתו הקשה, לא רק זאת שהוא אולץ להגיש את תביעתו בחפזון עקב קיצור תקופת ההתיישנות – עתה אף באים אותם גורמים אשר

אחראים לכאורה לפציעתו הקשה, ומונעים ממנו לפעול בדרך החוקית היחידה שנתרה בפניו – ניהול תביעה.

הטיעון המשפטי

החשיבות בחוות הדעת הרפואית לקבלת סעד

18. חוות הדעת הרפואית הינה עניין קרדינאלי בהליכים אזרחיים. תקנה 127 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, קובעת:

רצה בעל דין להוכיח ענין שברפואה לביסוס טענה מטענותיו, יצרף לכתב טענותיו תעודת רופא או חוות דעת של מומחה, לפי הענין, שנערכה לפי סעיף 24 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן - חוות דעת); אולם רשאי בית המשפט או הרשם לפטור בעל דין מצירוף חוות דעת מטעמים מיוחדים שיירשמו.

פרופ' אברהם סהר התייחס בספרו לחשיבות חוות הדעת הרפואית:

מומחה רפואי הוא ציר מרכזי בכל דיון בו נדרש איתור גורמים למחלה או חבלת גוף, וחוות דעתו היא תנאי הכרחי להוכחת קשר סיבתי בין החבלה לתוצאה – לנזק... רק לעיתים נדירות שבנדירות משתמש בית המשפט בסמכות שבידו ונעתר לבקשת התובע ומשחרר אותו מהחובה להציג חוות-דעת רפואית.

פרופ' א' סהר, דיני עדות מומחים, עיקרים, סדרי דין ואתיקה (תל אביב-2003), עמ' 233.

19. **הסנקציה על אי מילוי הוראה זו קבועה בתקנה 137, "אי קיום התקנות":**

(א) בעל דין שלא עשה כאמור בתקנה 127 או בתקנה 128 (ב) ולא פטר אותו בית המשפט או הרשם מכך, לא ייזקק בית המשפט להוכחה של ענין שברפואה מטעמו לענין הנדון.

20. תובע, אשר נשללת יכולתו לספק חוות-דעת של מומחה רפואי, ניזוק בתביעתו באופן ממשי ואף יכול הדבר להביא לסיכולה של התביעה כולה. יש בכך כדי לפגוע בזכויותיו לקבלת סעד על הפגיעה בזכויותיו ובזכות הגישה שלו לערכאות שיפוטיות.

פגיעה בזכות לקבלת סעד

21. הזכות לקבלת סעד היא זכות אדם, אשר נובעת מהערך כי אדם אשר זכויותיו נפגעו יהא זכאי לפיצוי. הזכות לקבלת סעד היא זכות חוקתית:

נקודת המוצא העקרונית הינה כי פגיעה פיזית בזכות חוקתית צריכה לגרום 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 זכותו החוקתית של האדם – לכבוד, לחירות, לפרטיות, לתנועה או לקניין – נפגעת פיזית, הוא זכאי לתרופה מתאימה (א' ברק, פרשנות במשפט (פרשנות חוקתית), עמ' 779).

22. המשפט הנזיקי מהווה מקור מרכזי לקבלת סעד בעבור 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).

23. הזכות לקבלת סעד הינה זכות המוכרת גם במשפט הבינ"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.

על תחולת אמנה זו בשטחים ר' חוות הדעת של ביה"ד הבינ"ל בהאג בעניין בניית גדר ההפרדה, עמ' 43-40, פסקאות 111-102.

24. העותר נפגע פגיעה קשה בגופו ע"י חיילי צה"ל עת שיחק בחצר בית הספר. הוא סובל ממנה עד היום וצפוי לסבול ממנה בעתיד. פגיעה זו היא פגיעה בזכותו החוקתית לשלמות הגוף, זכות המעוגנת בסעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.

כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו. כלומר, על המשיב מוטלת לא רק החובה שלא לפגוע בגופו של העותר, מוטלת עליו חובה אקטיבית להגן עליו. חובתו של המשיב להגן על העותר ועל שלמות גופו מעוגנת גם במשפט הבינלאומי, ובייחוד בתקנות 43 ו-46 לתקנות האג, ובסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית.

25. כתוצאה מהפגיעה נפגעו גם זכויות אחרות של העותר, ויש חשש כי זכויותיו בעתיד ימשיכו להיפגע: יכולתו ללמוד, לעבוד ולהשתכר, ביטחונו העצמי ועוד.

26. העותר זכאי לסעד שיפצה אותו על הפגיעה בזכויותיו. העותר זכאי לעשות זאת באמצעות הגשת תביעה נזיקית. העותר זכאי לכך כי המשיב יכבד את זכותו החוקתית לקבלת סעד וכי לא יחבל או יסכל זכות זו באמצעים אלו או אחרים.

נטילת הסעד או אי הכרה בתרופה מהווה פגיעה בזכות אדם חוקתית בדומה לפגיעה הראשונה בה (פרשנות במשפט הנ"ל, עמ' 705).

פגיעה בזכות לשוויון בפני בית המשפט

27. עקרון יסוד בישראל הוא כי בעלי דין יהיו שווים בפני בית המשפט, הן בעת שהם מתמודדים זה מול זה והן ביחס לבעלי דין אחרים. זהו עקרון מנהגי רב שנים בכל מערכות המשפט אשר מקיימות משפטי צדק. עקרון זה נובע מעקרון השוויון הכללי, מהזכות להליך הוגן ומזכות הגישה לערכאות. זכות אחרונה זו הוכרה כזכות חוקתית במספר רב של פסקי דין, והיא כוללת בתוכה את האפשרות לזכות בגישה חופשית ויעילה לבית המשפט:

ההלכה הפסוקה הכירה בזכות זו כזכות יסוד אף שאינה כתובה עלי חוק יסוד. טעמה של הזכות בהבטחת יכולתו של הפרט שבידו עילת תביעה להיזקק לערכאות המשפט ולברר במסגרתן את עניינו. אכן, "גישה חופשית ויעילה אל בית המשפט היא זכות יסוד, אף אם אינה כתובה עדיין עלי חוק יסוד, ובית המשפט אמור להגן עליה כמו על זכויות יסוד אחרות... תקנת הציבור דורשת שהדרך אל בית המשפט תהיה פתוחה, כדי שבית המשפט יוכל להכריע בסכסוכים משפטיים למיניהם..." (ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והשיבה נ' הועדה המקומית, פ"ד נז(5) 433, 446).

28. המשפט הבינלאומי מחייב אף הוא את בתי המשפט למנוע אפליה בין בעלי הדין, סעיף 14 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, המוזכרת לעיל, קובע:

הכל שווים בפני בית המשפט ובתי הדין, כל אדם זכאי לכך כי טיעונו יישמע כאות, בפומבי, בפני בית משפט מוסמך, בלתי תלוי וחסר פניות, שהוקם לפי החוק, אשר יחליט בין בדבר כל אשמה בעלת אופי פלילי נגדו ובין בדבר זכויותיו וחובותיו בתובענה אזרחית...

29. המציאות מלמדת כי חוסר השוויון הכללי בחברה אינו פוסח על מערכת הצדק. מחקרים ותיאוריות ביקורתיות למשפט מוכיחות שוב ושוב כי קיימים הבדלים בין בעלי דין, הבדלים המבוססים על השתייכות לאומית, גזע, מין, מעמד כלכלי ועוד. עם זאת, אין בכך כדי להפחית את מאמציהם הכנים של שופטי בתי המשפט לצמצם כמיטב יכולתם את הפער הטבוע בין בעלי דין. כך, למשל, מתיר החוק לשופט לסייע לבעל דין שאינו מיוצג ואף למנות לו עו"ד. ידועה אף גישתם של בתי המשפט, כי חסמים כלכליים לא ישללו מבעל דין את הגישה לערכאות (למשל, מתן פטור מאגרה או פטור מערבו).

30. והנה – העותר נתקל שוב ושוב בקשיים המעמידים אותו במצב של חוסר שוויון מול בעל הדין שכנגד – המדינה ומול בעלי דין אחרים בישראל.

31. מראש היה העותר מופלה ביחס לתובעים אחרים בישראל, שכן המחוקק, בתקנו את חוק הפיצויים הנזיקיים (אחריות המדינה), פגע בזכויותיו הדיוניות באורח קשה ביותר. זמן ההתיישנות של תביעתו צנח משבע שנים לשנתיים. קיצור זמן זה אילץ את העותר להגיש תביעתו בטרם קיבל לידיו את ממצאי החקירה הפלילית. העותר אף לא יכול היה להמתין עד להתגבשות הנזקים הרפואיים שלו.

32. והנה, אף משהתגבר העותר על המכשול הדיוני הקשה ועל קשיים נוספים – קשיי השפה, הקושי בשמירה על קשר עם באי כוחו, הקושי הנובע מאי עריכת חקירה ראויה – והגיש את תביעתו, בא המשיב וכורה בור נוסף בדרכו של העותר, בדמות סירובו לאפשר לו להיבדק ע"י מומחה רפואי בישראל. בשולי הדברים ניתן לומר גם, כי כל עוד אוחז המשיב בעמדתו, גם אפשרותו של העותר להגיע לדיון בתביעתו ולהעיד נראים קלושים.

33. אין להתעלם מכך כי הגורם המסכל, היינו המשיב, הינו אורגן של מדינת ישראל, אשר היא הנתבעת בתביעה ובעלת עניין בכך שלא תצלה. רק בשל ניגוד העניינים לכאורה והחשש מלזות שפתיים היה על המשיב לשקול בכובד ראש את עמדתו, ולמצער, **לנמק סירובו בפירוט רב.**

34. כאשר נתקל בית המשפט באפליה בין יכולתם של בעלי דין לגשת לערכאות שיפוטיות ולמצות את זכויותיהם, מחובתו לבטלה.

ר', למשל, בה"נ 6857/00 רוטה נ' נצבטייב תק-על 2000(3), 718.

35. לעניין זה יפים דבריו של כבוד השופט ר' ג'רג'ורה בבית המשפט המחוזי בחיפה, אשר נאלץ למחוק תביעה נזיקית של תושב השטחים בשל סירוב הרשויות להעניק לו היתר כניסה לישראל:

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).

הפגיעה בזכויות העותר אינה מידתית

36. ככל הזכויות, גם זכויותיו של העותר לקבל סעד, ליחס שוויוני כבעל דין ולגישה חופשית לבית המשפט ניתנות להגבלה. עם זאת, הזכויות הנפגעות במקרה זה הן כה יסודיות כך שיש צורך בטעמים ביטחוניים כבדי משקל על מנת שיוכלו להמשיך ולעמוד.

37. קשה להעלות על הדעת מהי אותה פגיעה ביטחונית כבדת משקל אשר עלולה להיגרם מכניסתו של קטין בלווית אמו לירושלים לפגישה אצל מומחה רפואי. העותר פנה לבית משפט ישראלי בבקשת סעד ועניינו מתנהל על פי דין. החשש כי העותר יעשה דבר מה אשר יפגע בסיכויו למצות את הדין הוא מופרך.

38. בכל מקרה, כעניין של מידתיות יכול המשיב לנקוט באמצעי מגביל פחות, אשר יאפשר את קבלת חוות הדעת ויענה על הדרישות הביטחוניות במקביל. בעבר, למשל, איפשר המשיב את מעברם של פלסטינים בישראל באמצעות ליווי.

לעתירה זו מצורף תצהיר החתום ע"י ב"כ העותר בתביעתו האזרחית, אשר בעטיה מבקש העותר להיכנס לישראל לקבלת חוות-דעת רפואית, עו"ד מחאגינה.

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

27 בדצמבר, 2004

גיל גן-מור, עו"ד
ב"כ העותרים

ת.ש. 16754