

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

הודעה מטעם העותרים ובקשה לקביעת מועד דיון

בהתאם להחלטת כבוד השופטת חיות מיום 20.1.05 מוגשת בזאת הודעה מטעם העותרים. העותרים סבורים כי אין בתגובת המדינה מיום 20.1.05 כדי לייתר את עתירתם, וכי אין בידם לקבל את הפתרון אשר הוצע על ידי המשיב.

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"י). בדיקתו על ידי מומחה רפואי וקבלת חוות הדעת הרפואית חיוניות להצלחתו בתביעה ולהוכחת נזקיו.
2. ביום 27.12.04 הוגשה עתירה זו. עוד באותו יום החליטה כבוד השופטת חיות, כי המשיב יגיש את תגובתו עד ליום 2.1.05.
3. ביום 2.1.05 הגישו הצדדים בקשה בהסכמה לדחיית המועד להגשת התגובה ב-14 יום, על מנת לנסות להגיע לעמק השווה. ברם, ניסיונות אלו לא עלו יפה, והמשיב הגיש את תגובתו האמורה.
4. בתגובתו המקדמית טוען המשיב, כי נגד העותר קיים חומר ביטחוני חסוי (המצביע כביכול על קשריו של העותר עם פעילי טרור). עם זאת, הסכים המשיב להתיר את כניסתו של העותר לבדיקה בתנאי שילווה על ידי מאבטחי חברת אבטחה פרטית (2 מאבטחים חמושים ברכב

אבטחה), אשר יאושרו ויתודרכו על ידי גורמי הביטחון, ואשר ימומנו (הם ורכבם) על ידי העותר.

בחינת המניעה הביטחונית

5. העותרים סבורים כי טעה המשיב בהערכתו את מידת הסיכון הנובעת מהעותר. בית המשפט יתבקש לבחון את החומר החסוי.

בעשותו כן יתבקש בית המשפט הנכבד להתחשב, מעבר לפגיעה בזכויותיו של העותר, עליה נכתב בהרחבה בעתירה, גם בכך שהעותר הינו קטין, נער בן 17, פצוע בצורה ניכרת, סובל משיתוק בגפה השמאלית; בכך שהעותר ייכנס לירושלים מלווה באמו, ובנציג המוקד להגנת הפרט; בכך שהעותר נפצע באורח קשה על ידי כוחות הצבא; בכך שאת הפיצוי על הנזק שנגרם לו בחר לבקש במסגרת הליך משפטי נורמטיבי; ובכך שהעותר נכנס לישראל לצורך בדיקה האמורה להיטיב את מעמדו במסגרת ההליכים אותם הוא מנהל והוא ודאי מבין כי ניצול ההליך למטרה פסולה יזיק לעניינו.

6. בבחנו את כלל העניינים הללו ודאי יסיק בית המשפט הנכבד כי המחשבה שבאמצע הליכים אלו יעשה העותר דבר מה שיביא לסיכול תביעתו נראית תלושה מהמציאות.

7. בנוסף יתבקש בית המשפט לשקול אף את העובדה כי המשיב הינו זרוע של הצבא ושל המדינה, הנתבעים בתיק האזרחי. מצב בו מסכלת המדינה, באמצעות רשויותיה, את ההליכים שמנהל תובע נגדה, מעורר אי נוחות ולזות שפתיים. במצב כזה נדרשים שיקולים כבדי משקל על מנת להצדיק את הסירוב.

הפתרון שהציע המשיב

8. לחלופין, ורק אם ימצא בית המשפט הנכבד, על פי החומר החסוי, כי קיימים טעמים ביטחוניים כבדי משקל למנוע את כניסתו של העותר לישראל, יתבקש לקבוע, כי הפתרון החלופי שהוצע על ידי המשיב אינו סביר וכי על המשיב האחריות לאפשר את הבדיקה, על כל הכרוך בכך.

9. ב"כ המשיב הציע, כאמור, כי כניסת העותר לישראל תיעשה בליווי מאבטחים של חברת אבטחה פרטית ובתשלום. הדבר מעורר שתי בעיות עקרוניות: ראשית, התנערות המשיב מאחריותו וגלגול האחריות לגורמים פרטיים. שנית, הערמת מכשול כלכלי נוסף על בעלי דין פלסטינים, באופן הפוגע בזכות הגישה לערכאות.

10. המשיב הוא המחזיק מטעם מדינת ישראל בשטח הגדה המערבית והוא האחראי על פי הדין החל בשטחים לזכויותיהם של תושבי האזור שבהחזקתו ולביטחונם. בין היתר חייב המשיב לכבד את זכותם של התושבים לכבוד, לשלמות הגוף ולחירות. חובות אלו מתחייבות מתקנות האג ואמנת גינבה הרביעית ומהמשפט החוקתי והמינהלי הישראלי. הפרתן של זכויות אלו,

בין על ידי המשיב ובין על ידי פקודיו, עשויה לחשוף את המשיב לביקורת שיפוטית ואף לסנקציות פליליות.

11. המשיב אינו רשאי להתחמק מחובותיו והדבר מעוגן בדין הבינלאומי ובפסיקת בית המשפט הנכבד. למשל, קבע בית המשפט, כי אין המשיב יכול להתנער מאחריותו לזכויותיהם של אסירים במחנה מעצר "עופר" בשל הסיוע שמעניק הצלב האדום:

על המשיב לדאוג לכך כי יעמדו לרשות העצורים ספרים, עיתונים ומשחקים. כך קובעים הסטנדרטים המינימליים. אין לסמוך בעניין זה על הצלב האדום. החובה היא חובתו של המשיב, ואין בה כדי לפגוע בביטחון (בג"צ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פ"ד נו(1) 385, 401).

12. כגזירה שווה ניתן לומר, כי אין המשיב מוסמך להעביר את החובות המוטלות עליו לגופים פרטיים כמו חברת אבטחה פרטית. נושא שמירת הביטחון מוטל על הצבא ועל המשטרה, אשר פועלים במסגרת הסמכות שבחוק, ובכפוף לפקודות סדורות ולכללים משמעותיים קפדניים. **אין להסכים כי גופים פרטיים יבצעו משימות ביטחון רגישות, אשר כרוכות בהגבלת חירותם של תושבים מוגנים.** היעלה על הדעת כי המפקד הצבאי ישכור את שירותיהם של שכירי חרב לבצע מעצרים? הייתכן שחברת אבטחה פרטית תנהל מחסום בדיקה ביטחונית וכי מעבר במחסום זה יותנה בתשלום עבור שירותי בדיקה?

13. כך גם לעניין ליווי של העותר, ליווי אשר נדרש מטעמי ביטחון, ואשר יש בו פוטנציאל גבוה של פגיעה בזכויות העותר, בחירותו, בכבודו ובשלמות גופו. ויותר מכך, מדינת ישראל היא זו שכפתה על העותר להגיש את תביעתו בבית משפט ישראלי והיא זו המונעת ממנו לנהל את תביעתו בבית משפט פלסטיני אזרחי באזור מגוריו (אשר הוא גם האזור בו נגרם הנזק). כתוצאה ממדיניות זו נכפה על העותר להגיע לישראל ולנהל בה את ההליך המשפטי. **מצב בו מצד אחד כופה המשיב, כנציג המדינה, על העותר לתבוע רק בישראל, ומצד שני מונע את כניסתו לישראל או מתנה אותה בתנאים שונים והוצאות כספיות ניכרות, אינו רצוי ומנוגד לחובת ההגינות.**

14. ניתן להשוות את עניינו של העותר לעניין שנדון בבג"צ 5009/04 (בעניין מולטימדיה). באותה פרשה דן בית המשפט הנכבד בהחלטת המשטרה להתנות מתן רישיון לפסטיבל בהעסקת שוטרים בשכר. בית המשפט הבחין בין פעולות שהן בבסיס העיסוק המשטרתי כמו הגנה על זכויות אדם ומימושן, לבין פעולות שאינן בבסיס הפעילות המשטרתית, כמו אבטחת אירועים מסחריים. כך, למשל, קבע בית המשפט, על דעת הפיקוד הבכיר של המשטרה, כי אין לגבות תשלום בעבור אבטחת הפגנה. כמו כן נקבע, כי אין לגבות שכר כאשר נכפה על אדם להסתייע במשטרה. באותה פרשה הציגה המשטרה נוהל מחייב, אשר עוגן בפסק הדין ולפיו:

לא יועסקו באירוע בתפקידי שיטור - שוטרים בשכר אם הוא אחד מאלה...
אירוע שיש בו משום מימוש חירויות יסוד כגון חופש האסיפה או הפגנה -

באירועים האמורים בפיסקה זו יועסקו שוטרים בתפקיד בלבד (בג"צ 5009/97 מולטימדיה בע"מ נ' משטרת ישראל, פ"ד נב(3) 679, 704).

15. ליווי בעלי דין, על מנת שיוכלו לממש את זכות הגישה לערכאות, נופל ללא ספק במסגרת הפעולות המשטריות שהן בבסיס העיסוק המשטרתי, ושמטרתן מימוש חירויות יסוד. על כן, למשל, מלווים שוטרים אסירים שהגישו עתירות אסיר ומעולם לא עלה על הדעת לדרוש מאותם אסירים תשלום בעבור ליווי זה.

16. העותר אינו אסיר ואינו עציר, הוא אדם חופשי, אך אין הוא חופשי להיכנס לישראל, הוא נדרש לצורך כך לרישיון מאת המשיב. העותר אינו מבקש להיכנס לצורך עסקי או פרטי שלו. העותר נורה בהיותו ילד בן 14 בחזהו ונפצע באורח קשה. זכותו לשלמות הגוף נפגעה. העותר פנה לערכאות במסגרת זכותו לשלמות הגוף ובמסגרת זכות הגישה לערכאות. שוב ייאמר, כי הגשת התובענה בישראל ולא בשטחים היא כורח המציאות מבחינת העותר. לאור כל זאת על המשיב להבטיח את מימוש זכויותיו של העותר ולהקצות לצורך כך את המשאבים הנחוצים. זהו תפקידו של המשיב, זוהי מחויבותו.

17. מעבר לנדרש יש להוסיף, כי חששם של העותרים מהפטרון שהציע המשיב אינו חשש סתם. חברות האבטחה מעסיקות כוח אדם בלתי מיומן, אשר אינו מנוסה בליווי פלסטינים ואינו ער לזכויותיהם. מאבטחים רבים כלל לא שירתו בצבא והם אף לא מודעים לסטנדרטים הנהוגים בפעילות מעין זו בצבא. ניסיון החיים מלמד כי לא אחת פועלים המאבטחים הפרטיים בתחום האפור של שלטון החוק, תוך הפרת טוהר הנשק ושימוש באלימות שלא לצורך.

18. אף סמכויותיהם החוקיות של מאבטחים פרטיים לבצע ליווי ולהפעיל סמכויות שונות בליווי אינן ברורות דיין. הסמכות להפעלת סמכויות אבטחה ושמירה קבועה בחוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, תשל"ב-1972. החוק אינו מגדיר את סמכויות המאבטחים ונוקט בשם הכולל והעמום "שירותי שמירה". כמו כן החוק אינו קובע דבר לגבי האתיקה של שומר פרטי או חובותיו (בניגוד לחוקר פרטי). למעשה אין כל סטנדרט התנהגות, למעט הדין הפלילי, החל על מאבטח של חברת אבטחה פרטית. אף החוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998, המעניק סמכויות שונות לאיש ביטחון במוסד ציבורי, אין בו להועיל, שכן בעתירה זו אין מדובר באבטחת מוסד ציבורי אלא בליווי של תושב פלסטיני.

19. הסמכה מפורשת של פעולות אבטחה ניתנת מפעם לפעם מכוח חוק סמכויות חיפוש בשעת חירום (הוראת שעה) תשכ"ט-1969. כך, למשל, הוסמכו מאבטחים בכניסה לקניונים לערוך חיפוש בשערי הכניסה, קב"טים בבתי מלון הוסמכו לערוך חיפוש בשטח המלון, עובדי מועצות הוסמכו כסיירי ביטחון בתחום המוניציפאלי של המועצה, מאבטחים בשדות תעופה ונמלי ים, אשר הוכשרו לכך במיוחד, הוסמכו לערוך בדיקות ביטחוניות וכו'.

20. הנה כי כן, פעילותם של מאבטחים פרטיים וסמכויותיהם מוגבלת להסמכה הספציפית שניתנה להם על פי החוק. ללא הסמכה ספציפית אין למאבטח סמכות לבצע פעולות שפוגעות בזכויות אדם. כלל לא ברור האם יש סמכות חוקית למאבטחים פרטיים ללוות את העותר

בישראל, ובהעדר סמכות מפורשת, הרי שליווי העותר על ידי מאבטח יכול להיחשב אף כעבירה על חוק הגנת הפרטיות.

21. לסיום אוסיף כי אין לראות בעובדה כי פתרונו של המשיב הועלה בעבר במסגרת בג"צ 1899/03 כהלכה מחייבת. כפי שעולה מהחלטת בית המשפט (פיסקה 11 לתגובת המשיב), פתרון זה הוצע לבעל הדין באותו עניין כפתרון פרטני, ואותו בעל דין החליט לבחון את ההצעה, ותו לא. עם זאת, כפי שיוצג להלן, הפתרון שמציעים העותרים אינו שונה מהותית מהצעת בית המשפט באותו עניין.

הפתרון שהציעו העותרים

22. חרף התנגדותם לליווי של העותר במהלך שהותו הקצרה בישראל על ידי מאבטח פרטי, אשר אינו כפוף לדין הצבאי והמינהלי, הציעו העותרים למשיב פתרון חלופי אחר אשר יניח את דעתו. העותרים הציעו למשיב כי העותר ילווה במהלך שהותו בישראל על ידי מתנדב, אזרח ישראלי, קצין במילואים, המקובל על העותר ואשר שמו יועבר לשב"כ ויאושר על ידו. כמו כן, הציעו העותרים כי אותו קצין במילואים יחתום על תצהיר בו הוא מתחייב לשהות לצד העותר במשך שהייתו בישראל ולוודא כי לא יסטה מהתכלית לשמה נכנס לישראל.

23. הצעת העותרים התבססה על הסכמתו בעבר של המשיב להסדר זה במקרה דומה, בו ביקש פלסטיני תושב הגדה המערבית להיכנס לירושלים לצורך מתן עדות במשפט.

העתק מכתבה של עו"ד גולומב בנושא מצורף ומסומן ע/12.

העתק התצהיר שנמסר באותו עניין מצורף ומסומן ע/13.

24. הצעת העותרים עשויה לפתור את הבעיות שמעוררת החלטת המשיב. ראשית, הליווי יבוצע בהסכמתו המלאה של העותר, המשיב לא ייתפס כמי שמפקיד את חובותיו בידי גופים פרטיים. שנית, העול הכלכלי ייחסך מהעותר והמשיב כאחד. שלישית, החשש הביטחוני של המשיב יזכה למענה ראוי וטוב. יש לזכור כי קצין צה"ל במילואים הוא ללא ספק מיומן יותר וערכי יותר ממרבית המאבטחים בשכר.

הטלת עלות הליווי על העותר

25. לחלופי חילופין, אף אם ניתן לומר כי מותר למשיב להתנער מחובתו כלפי העותר ואף אם ניתן לומר כי יש סמכות למאבטח פרטי ללוות את העותר בישראל, הרי שהטלת עלות הליווי על העותר, בפני עצמה, פוגעת יתר על המידה בזכויותיו.

26. המשיב דורש שני מאבטחים חמושים, אשר יאספו את העותר במת"ק באזור מגוריו ברכב משלהם, ילוו אותו לבדיקה בישראל ויחזירו אותו למת"ק (יצוין כי הסדר זה הוא ההסדר הכללי שגיבש המשיב ואין מדובר בהסדר פרטני לעותר). מימון המאבטחים והרכב עלול להגיע כדי 1,600 ₪ ליום ואף יותר (על פי חישוב של 200 ₪ לשני מאבטחים עם רכב לשעה). בהנחה שהעותר, או כל בעל דין אחר לצורך העניין, נזקק ליותר מכניסה אחת לישראל, אם

ברצונו לקבל חוות דעת רפואית, להעיד במשפטו ולהיות נוכח בדיונים, הרי שההוצאה לצורך הליוויים יכול שתסתכם באלפי שקלים. סכום זה מטיל על העותר נטל כלכלי כבד, אשר מהווה חסם כלכלי נוסף בפני מימוש זכות הגישה לערכאות והזכות לשוויון בין בעלי דין.

27. זכות הגישה לערכאות הינה אחת מזכויותיו הבסיסיות של האדם. יש אשר הגדירו אותה כזכות חוקתית על חוקית או זכות מהמעלה הראשונה. הזכות לפנות לערכאות שיפוטיות היא הבסיס לקיומה של חברה דמוקרטית, שבה זכויותיהם של הפרטים נשמרות וסכסוכים נפתרים בדרכי שלום.

אגד של זכויות ועקרונות יסוד - ובהם שלטון החוק וזכות השוויון - מחייבים כי בתי המשפט יהיו נגישים לכל, וכי הדין לא יוותר ללא דיין. ממילא יש לוודא כי כל פגיעה בזכות יסוד זו של הגישה לערכאות תהא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש (בג"צ 6490/04 ואח' צביח ואח' נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, החלטת כבוד הרשם מרזל מיום 12.1.05).

ר' גם: ע"א 3833/93 לוינ' לוינ', פ"ד מח(2) 862, 876; ע"א 733/95 ארפל אלומינום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 595; רע"א 8292/00 יוספי נ' לוינסון, תק-על(1)2001, 1120, פיסקה 5 להחלטה; רע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרויקטים נ' מצפה כנרת, פ"ד נו(5) 163, 156; י' רבין, זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית (תשנ"ח-1998).

28. חיובם של בעלי דין בעוד ועוד הוצאות כספיות במסגרת הליכים משפטיים מהווה תמריץ שלילי לנקיטת הליכים אלו, מרתיע בעלי דין מפנייה לערכאות ועמידה על זכויותיהם. מדובר בצעד נוסף במגמה מסוכנת של הערמת קשיים והרתעת בעלי דין מנקיטת צעדים משפטיים. בין היתר:

- **צמצום תקופת ההתיישנות** של תובענות נגד כוחות הביטחון משבע שנים לשנתיים (תיקון מספר 4 לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה)).
- **הטלת חובת הודעה** בתוך 60 יום על כל נזק כתנאי להגשת תביעה (תיקון מספר 4 לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה)).
- **חיוב בעלי הדין הפלסטינים בהפקדת ערובה** לתשלום הוצאות הנתבע כתנאי לטיפול בתובענה (רע"א 2146/04 מ"י נ' עזבו המנוח איברהים, כבוד השופט גרוניס, פס"ד מיום 30.5.04).

29. ייתכן וכל אחת ואחת מההחלטות הללו ניתנת להצדקה. ייתכן וכל אחת ואחת מההחלטות הללו בפני עצמה אינה פוגעת כה קשה בזכות הגישה לערכאות באופן המצדיק פסילתה. אולם, כשבוחנים את התמונה בכללותה ניתן לראות מגמה ברורה שתוצאתה הרתעת בעלי דין מעוטי אמצעים מפני נקיטת צעדים משפטיים. עתה נוספה גם ההחלטה כי בעלי דין יאלצו לממן לעצמם מאבטחים כל אימת שיתבקשו להיכנס לישראל לצורך ההליכים המשפטיים אותם הם מנהלים.

30. ועוד יש להוסיף, כי עלות ליווי לישראל של בעל דין לצורך ההליכים המשפטיים אותם הוא מנהל, בניגוד לחיובו באגרה או ערובה, אינה נתונה לפיקוח ואין כל מנגנון פטור או הנחה לבעלי דין חסרי אמצעים. המחיר שנדרש מבעל הדין אשר המשיב מחייבו בליווי נתון לשיקול דעתה של חברת אבטחה פרטית, על פי מחירי השוק.

31. אכן, עומדת לעותר ולבעלי דין אחרים הזכות לבקש צו הוצאות במסגרת ההליך המשפטי, ואולם אין בכך לפתור את הקושי. אלמנט אי הוודאות בהליכים מעין אלו הוא גבוה ממילא, אף התובענה הבטוחה ביותר יכול שתסתיים ללא צו להוצאות, למשל – כשהיא מסתיימת בפשרה כלשהי. לעיתים גובה ההוצאות הנדרשות להליך אף אינו פרופורציונאלי לגובה הנזק שנגרם. המסקנה היא כי חיובו של בעל הדין חסר האמצעים בסכומים גבוהים במסגרת ההליך תרתיע אותו מלכתחילה מפנייה לערכאות.

32. זאת ועוד, הטלת עלות האבטחה על העותר מהווה אף תמריץ חיובי מבחינת המשיב לחיובם של בעלי דין בליווי, שכן ממילא העלות של הליווי תיפול על כתפיו ולא על כתפי המדינה. תמריץ זה עשוי להגדיל את מספר בעלי הדין שכניסתם תותנה בליווי.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון בעתירה, לבחון את החומר החסוי, להורות למשיב להתיר את כניסתו של העותר יחד עם אמו לבדיקה בישראל, ולחלופין – להורות למשיב להתיר את כניסת העותר בליווי מתנדב, קצין במילואים, כמפורט בהצעת העותרים או למצוא פתרון אחר, אשר ישקף את אחריות המשיב על פי הדין, ולא יהווה מחסום כלכלי בפני מימוש זכות הגישה לערכאות.

9 בפברואר, 2005

גיל גן-מור, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 16754]