

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

עיקרי טיעון מטעם העותרים

העותרים מתכבדים בזאת להגיש את עיקרי הטענות מטעמם:

1. העותר הוא נער פלסטיני, תושב מחנה הפליטים פוואר שליד חברון, אשר נפצע בצורה קשה מירי של כוחות הביטחון בהיותו בן 14, ליד בית ספרו. כתוצאה מהפגיעה נותר העותר משותק ביד שמאל, הוא סובל מכאבים מתמידים וזקוק לטיפולים רפואיים ותרופתיים במשך כל חייו. העותר אינו יכול לשרוד בעצמו את שרוכי נעליו, הוא מתקשה ללבוש חולצה, לכפתר כפתורים או אפילו לפתוח את הרוכסן, כך שהוא נזקק לעזרה אפילו בפעולה פשוטה כמו הליכה לשירותים. כילד היה העותר פעיל בענפי ספורט שונים, עתה הוא נאלץ לצפות בעצב בחבריו מהציע. חייו השתנו ללא הכר.
2. העותר הגיש תביעה נזיקית נגד המדינה. העותר ביקש מהמדינה לפצות אותו ואת משפחתו על הנזקים הרבים שגרמה, ועל הנזקים שעוד נכוונו לעותר עקב הנכות הצמיתה שנגרמה לו. מאחר והעותר הוא תושב הגדה המערבית, המוחזקת על ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית, הוא חויב להגיש את תביעתו בבית משפט בישראל¹. **המשיב מנע מהעותר את האפשרות להגיש תביעתו בבית המשפט הפלסטיני המקומי**, אף שנפצע באזור מגוריו.
3. כחלק מההליכים המשפטיים נדרש העותר להגיש חוות דעת מרופא מומחה ישראלי. הגשת חוות דעת זו הינה חיונית להמשך ההליכים המשפטיים (ר' תקנה 127 ותקנה 137 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984). אי הגשת חוות הדעת יוביל, קרוב לוודאי, למחיקת התביעה.

¹ ר' סעיף 2 לצו בדבר בתי משפט מקומיים (מעמד רשויות צה"ל) (אזור הגדה המערבית) (מס' 164), תשכ"ח-1967: "לא תוגש תביעה לבית משפט מקומי, לא ידון בית משפט מקומי ולא ייתן צו, החלטה או הוראה אחרת כל שהיא המתירים או המאפשרים תביעה נגד אחד מאלה: (1) מדינת ישראל, רשויותיה ועובדיה; (2) צה"ל וחיליו...". עם כינון הסכם אוסלו הוקמו בתי משפט אזרחיים של הרשות הפלסטינית, אך ישראל התעקשה כי בהסכם הביניים ייקבע במפורש כי לבתי משפט אלו אין סמכות לדון בתובענות נגד מדינת ישראל, נציגיה ועובדיה, ר' סעיף 3.3 לנספח הרביעי שכותרתו "פרוטוקול בנוגע לעניינים משפטיים".

4. מאחר שהדיון נערך, כאמור, בבית המשפט הישראלי, בהתאם לדיון הישראלי, ומול שופטים ישראלים, ביקש העותר את חוות הדעת של פרופ' ארגוב, מומחה למחלות נירומוסקולריות. הקליניקה של פרופ' ארגוב נמצאת בפקולטה לרפואה של האוניברסיטה העברית בירושלים.
5. המשיב אמנם "ייעץ" לעותר בתצהירו למצוא מומחה ישראלי תושב השטחים, או מומחה ישראלי שמוכן להגיע לשטחים, אולם, ברי כי הצעות אלו אינן יכולות להוות פתרון. אין חולק כי לכל בעל דין זכות מלאה לבחור מומחה רפואי כרצונו, וממילא אין בגדה המערבית מומחה ישראלי בשיעור הקומה של פרופ' ארגוב. מובן שאין לצפות כי פרופ' ארגוב ייסע לבדוק את העותר בתנאי שדה במחנה הפליטים פוואר.
6. כאמור, כניסתו של העותר לבדיקה אצל פרופ' ארגוב הינה חלק מהותי וחיוני של ההליך המשפטי ומימוש זכות הגישה לערכאות. כשם שלא ניתן לנהל את ישיבת ההוכחות בלעדיו העותר-תובע, כך לא ניתן לברר את התביעה בלי שיתאפשר לעותר-תובע להוכיח את נזקיו באמצעות חוות דעת של מומחה רפואי.
7. דומה כי אפילו המשיב מבין שדין פלסטיני המבקש להיכנס לישראל לצורך ענייניו המשפטיים אינו כדיון פלסטיני המבקש להיכנס לישראל לצורך מציאת עבודה או מסחר. בשל כך נקבע הנוהל הכללי מלכתחילה. על פי נוהל זה כל פלסטיני שנדרש להיכנס לישראל לצורך הליכים משפטיים שונים והוא מנוע כניסה לישראל, יוכל לעשות זאת באמצעות ליווי. המשיב משתמש בצורה אוטומטית בביטויים כמו "חד פעמי" ו"לפנים משורת הדין" (העותרים מעדיפים את הביטוי "זכות הגישה לערכאות"), אך אין מחלוקת עקרונית אמיתית בין הצדדים, וברור כי אפילו המשיב מבין את החשיבות במתן אפשרות לקיים הליכים משפטיים.²
8. חשוב גם לציין כי עצם הרעיון של מימוש זכות היסוד לגישה לערכאות באמצעות ליווי אינו פסול לכשעצמו בעיני העותרים, אף שהם אינם רואים בו צורך במקרה של העותר. מלכתחילה הסכימו העותרים לסוג כזה של פתרון. העותרים אף הציעו הצעה פרקטית, בדמות ליווי על ידי מתנדב, קצין במילואים, אשר יאושר על ידי השב"כ – אך המשיב התנגד. יש להניח גם כי לו היה המשיב מציע כי העותר ילווה על ידי המשטרה הצבאית, בלא שהנטל הכלכלי ייפול על כתפיו הצנומות, הייתה הצעתו זו מייטרת את הדיון בתיק.
9. המחלוקת היא אם כן על הנוהל שקבע המשיב, המתנה את מימוש זכות הגישה לערכאות בליווי העותר על ידי חברת אבטחה פרטית (לפחות שני מלווים חמושים ורכב אבטחה) ובמיומן הליווי על ידי העותר. אלו, לעמדת העותרים, מהווים פגיעה מהותית, **היורדת לשורשו של עניין, בזכויות העותר.**

² ביום 2.6.05 הגיש הפרקליט הצבאי הראשי הודעה לבית המשפט המחוזי בחיפה באלו המילים: "לסיכום אבקש להעיר כי גורמי הביטחון פועלים ללא לאות על מנת ליתן מענה מהיר ויעיל ככל הניתן לתושבים הפלסטינים הפונים בבקשה להיכנס לישראל לשם ניהול הליכים משפטיים ולצרכים הומניטריים אחרים, וזאת, בין היתר, מתוך הכרה בזכותם של אותם תושבים לנהל את ההליכים המשפטיים ביעילות". ר' החלטה מיום 25.9.05 בת.א. (מחוזי – חיפה) 742/00.

הטענות בקליפת אגוז

10. לעמדת העותרים, הפתרון שהציע המשיב פוגע בזכות הגישה לערכאות וכפועל יוצא, בזכויותיו של העותר. הפתרון שהציע המשיב אינו יכול לעמוד, שכן הוא מסכל, הלכה למעשה, את זכות הגישה של בעלי דין דלי אמצעים, והוא מפלה כיוון שהוא מטיל עליהם הוצאות כבדות שהן מחוץ להליך המשפטי, הן אינן "הוצאות משפט", במובן הרגיל, אלא חסם ראשוני בפני פנייה לערכאות. ההוצאה הכבדה לכל ליווי וליווי (העולה על השכר הממוצע לחודש עבודה בשטחים) תרתיע בעלי דין פלסטיניים מנקיטת הליכים משפטיים, והדבר משתלב במגמה הברורה של המדינה לסכל תביעות שמגישים נגדה פלסטיניים מהשטחים.

11. עוד סבורים העותרים, כי האופן בו כופה המשיב על העותר לשכור שירותיה של חברה פרטית הוא פסול מן היסוד ומנוגד לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005. אין לחברת אבטחה פרטית סמכות לבצע את משימת הליווי, שתכליתה היא שמירה על ביטחון הציבור. משימה זו כרוכה בהפעלת סמכויות שלטוניות מובהקות ושיקול דעת משתנה, ועל כן אין להפריטה. משימת הליווי היא ממשימותיה של המשטרה או המשטרה הצבאית, כחלק מהשירותים שהן מחויבות בהם ללא תשלום נוסף. הדבר הובהר על ידי בית משפט נכבד זה בפרשת מולטימדיה.

הפגיעה בזכות הגישה לערכאות

12. התניית הגישה לבית המשפט בתנאים בלתי חוקיים או בלתי סבירים מהווה פגיעה בזכות הגישה לערכאות, אשר כמוה כחסימת הגישה לבית המשפט.

...מושג הדמוקרטיה משמיע - אף זועק - קיומה של רשות שופטת. מוחה של הדמוקרטיה עשוי שלוש אונות: האונה המחוקקת, האונה המבצעת והאונה השופטת. המוח - על שלוש האונות - הוא השולט על הגוף, נותן לגוף חיות ומעצב את חייו. שיתקת אחת משלוש אונות אלו, והדמוקרטיה נעלמה ואיננה. מסקנה נדרשת מאליה היא, כי קיומה של רשות שופטת - כאונה חיונית בגופה של המדינה הדמוקרטית - משמיע מעצמו איסור חסימת צינורות הדם המוליכים אליה, איסור חסימת דרכו של אדם לבית-המשפט. הסדר ראוי לפנייה לבית-משפט - כן; חסימת הדרך - בין במישרין בין בעקיפין - לא ולא. מה הוא "הסדר ראוי" ומה היא "חסימה" - בין במישרין בין בעקיפין", על כך ידובר בבוא היום (ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 630).

13. בענייננו מתנה המשיב את כניסת העותר בהוצאות כלכליות בלתי מבוטלות. הוצאות הליווי אינן חלק אינטגרלי מההליך המשפטי, אין מדובר ב"הוצאות משפט" במובן הרגיל. העותר אינו מבקש כי יממנו לו את הבדיקה או את חוות הדעת הרפואית. העותר גם אינו מבקש שיממנו לו את עלות המונית מחברון לירושלים וחזרה, העותר רק מבקש, כי לא יעמיסו עליו נטל כלכלי כבד נוסף בשל עלות הליווי, שכן הליווי אינו חלק אינטגרלי מההליך המשפטי,

הליווי הוא תנאי שמציב המשיב להגעתו הפיזית של העותר לישראל, בין אם לצורך חוות הדעת ובין אם לצורך השתתפות בדיונים בבית המשפט.

14. דומה הדבר להלכה שנפסקה בבה"נ 6857/00 בעניין רוטה. באותו מקרה דן רשם בית המשפט העליון, השופט אוקון, בשאלה האם מותר לגבות אגרה על בקשה לקביעת מקום שיפוט בענייני התרת נישואין. הרשם פסק בשלילה ונימק:

המלת אגרה על השירות המשפטי היא עניין אחד, והמלת אגרה על עצם הבקשה להסמך בית משפט לשפוט היא עניין אחר. המלת 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 רוטה נ' נצבטייב, פ"ד נד(4) 707, 714).

הדברים מדברים בעד עצמם. הוצאות שהן חלק מההליך המשפטי לא ייחשבו 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.

הפגיעה בזכות העותר לשלמות הגוף

15. חסימת הגישה לבית המשפט פוגעת גם בזכויותיו הבסיסיות של העותר, במיוחד בזכות לשלמות הגוף. העותר הגיש את התביעה עקב הפגיעה הפיזית הקשה, ומתוך רצון לקבל סעד ראוי שיפצה אותו על הנכות הצמיתה שנגרמה לו.

זכות הגישה לבית משפט אין היא זכות יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות יסוד... קיומה הוא תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות היסוד (ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא (3) 577, 629).

16. בפרשת חוף עזה שב והדגיש בית המשפט הנכבד את החשיבות שבשמירה על גישה יעילה לערכאות שיפוטיות כערובה לשמירה על זכויות האדם. באותה פרשה פסל בג"צ את ההסדר בדבר ויתור עילה מראש הקבוע בסעיפים 134 ו-135 לחוק פינוי-פיצוי, בקובעו כי אין לחייב את המפונים לוותר על זכותם לבקש סעד על פי הדין הכללי בפנותם לוועדת הזכאות המיוחדת הקבועה בחוק:

כפי שראינו המודל ה"מעורב" עליו מבוסס הפיצוי בחוק, הבנוי על היבטים סמנדרטיים ועל היבטים אינדיבידואליים, עשוי במקרים מסוימים להביא לפיצוי שנופל מהפיצוי ההוגן והראוי הנדרש על פי אמות מידה חוקתיות. עשוי להיווצר מצב בו הפגיעה בזכויותיו של ישראלי מפונה אינה מידתית. הדרך למנוע חוסר מידתיות זה, ולאזן מצב דברים זה, היא בפתיחת הפתח לפנייה לדין הכללי, אשר נוקט באמת מידה אינדיבידואלית (בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' ראש הממשלה ואח', פס"ד מיום 9.6.05, פסקה 191 לפסק דין הרוב).

17. אדם זכאי לקבל סעד משפטי על פגיעה בזכויותיו באמצעות פנייה לערכאות משפטיות.

שלילת האפשרות לקבלת סעד אפקטיבי כמוהו כשלילת הזכות הנפגעת עצמה.

חוקי היסוד יעשו 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 (אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 704-703).

המשפט הפרטי הישראלי בכלל ודיני הניזקין בפרט, מהווים מקור ראשוני במעלה להענקת סעד בגין פגיעה (פיזית) בזכות אדם מוגנת... פקודת הניזקין היא המקור לסעד, ואילו הזכות מעוגנת בחוקי היסוד (שם, בעמ' 785).

18. בפרשת חנף עזה שב וחזר בית המשפט על החשיבות שבמתן הסעד כאמצעי להגנה על זכויות היסוד החוקתיות. בית המשפט הדגיש כי זכויות היסוד עצמן יכול שישמשו כמקור עצמאי לקבלת פיצוי על הפרתן:

מאז פרשת בן-ברוך חוקקה בישראל "מגילת זכויות סטטוטורית". אלה הם חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. הם חלים במקרה שלפנינו. הם מכירים בזכויות חוקתיות-על-
"סטטוטוריות". אמת, לא נקבע בחוקי-היסוד עצמם סעד באשר לפגיעה בהם. הועלו בעניין זה אפשרויות שונות בספרות המשפטית (השוו א' ברק, פרשנות במשפט 785 (כרך שלישי, 1994)). אפשרות אחת הינה, כי הסעד יינתן במסגרת דיני הרשלנות שבפקודת הניזקין (ראו ד' ברק, שם), או במסגרת דיני הפרת החובה שבהם (ראו א' ברק, שם, עמ' 787). אפשרות שנייה מבקשת להסתמך על פרשת אדמה. על-פיה "נוצרת עילת-תביעה כאשר מתקיימים שלושה יסודות אלה: (1) הנתבע עשה מעשה בלתי-חוקי; (2) המעשה גרם נזק כספי לתובע או פגע בנוחיותו או בהנאתו מרכושו; (3) הנזק או הפגיעה הם תוצאה ישירה ומטבעית של מעשהו הבלתי חוקי של הנתבע" (השופט צ' ברנזון בע"א 140/53 אדמה חברה בינלאומית בישראל בע"מ נ' לוי, פ"ד ט 1666, 1672). יש שראו בדבריו של השופט ברנזון בפרשת אדמה כביטוי לעוולה בדבר היפר חובה חוקה ולא כעילת תביעה עצמאית... אחרים מדגישים את האופי העצמאי של עילת תביעה זו... גישה זו מבקשת למקם את פרשת אדמה במסגרת רחבה, שעניינה הכלל כי מקום בו זכות שם גם תרופה (*ubi ius ibi remedium*). על פי גישה זו "הסעד הוא פונקציה של הזכות" (ראו ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2) 278, 292). "הלך הסעד אחר הזכות" (ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 687). לפי תפיסה זו, משהופרה זכות חוקתית יש להכיר בסעד חוקתי הנוגד ממנה. כך הדין, למשל, בארצות-הברית לעניין הפרת הזכויות הקבועות במגילת הזכויות האמריקנית (ראו א' ברק, שם, עמ' 703). אין סיבה שלא להכיר בדין דומה בישראל (ראו א' ברק, שם, עמ' 703, 704) (פרשת חנף עזה, פסקה 136 לפסק דין הרוב).

19. הנה כי כן, הפגיעה בזכות הגישה היעילה לערכאות מונעת מהעותר אפשרות אפקטיבית לקבלת סעד על הנכות הקשה שנגרמה לו ובכך נפגעת גם זכותו לשלמות הגוף, זכות המעוגנת בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כרסום מתמשך ומגמתי בזכות הגישה לערכאות של פלסטינים

20. התניית גישתם לבתי המשפט של העותר ובעלי דין פלסטינים אחרים, אשר הגישו תביעה נגד המדינה, בתנאים שונים ומשונים, היא חלק ממגמה אשר קנתה שביתה בשנים האחרונות, באופן הולך וגובר. כמו במקרה שלפנינו, המדינה נזהרת מלהצהיר בגלוי על חסימת דרכם של פלסטינים לבתי המשפט, אך בד בבד עושה כל שלא ידה על מנת לתקוע מקלות בגלגלי הצדק ולסכל כל אפשרות לברר את התביעות שהוגשו נגדה בצורה הגונה. בעשותה כן, לא חוסכת המדינה כל אמצעי העומד ברשותה, החל מהגבלת הגישה לערכאות, דרך שינוי סדרי הדין ועד לחקיקת חוקים המקנים לה חסינות גורפת. לא ניתן לנתק את הסיטואציה נשוא עתירה זו מהמגמה הכללית הזו, שכן נחטא לאמת. נעמוד בקצרה על כמה מהפרקטיקות החדשות של המדינה ביחס לתביעות של תושבי השטחים הכבושים:

תיקון 4 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה)

21. ביום 24.7.02 העביר משרד הביטחון בקריאה שנייה ושלישית בכנסת את תיקון 4 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב-2002 [ס"ח 1862, 1.8.02]. תיקון מס' 4 הרחיב בצורה משמעותית ביותר את יכולתה של המדינה להתגונן בפני תביעות נזיקיות, שהוגשו נגדה על ידי פלסטינים, שנפגעו על ידי כוחות צבא בשטחים הכבושים. קודם לכול הוכנסה הגדרה רחבה מאוד למושג "פעולה מלחמתית", באופן המכניס לגדרה פעולות רבות שמבצע הצבא בשטחים³.

22. בנוסף, תיקון מס' 4 הוסיף לחוק העיקרי את סעיף 5א, הקובע הסדרים מיוחדים לתביעות בשל נזק, שנגרם בשטחים הכבושים על ידי כלל כוחות הביטחון ולא רק על ידי הצבא, ובכלל זה **חובת הגשת הודעה על נזק תוך 60 יום** (ראו גם תקנות הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (הודעה בכתב על נזק), התשס"ב-2002); **קיצור תקופת ההתיישנות** לגבי תביעות של פלסטינים, לרבות תביעות של קטינים, **לשנתיים**; **אי תחולה של הכלל בדבר העברת נטל הראיה** ברשלנות לגבי דברים מסוכנים (סעיף 38 לפקודת הנזיקין) ו"כשהדבר מעיד על עצמו" (סעיף 41 לפקודה); **וסמכות לדחות התביעה** במקרה של חוסר שיתוף פעולה של הרשות הפלסטינית בנוגע להסדר העזרה המשפטית.

חיוב בערובה גבוהה כבר בהליך התביעה

23. המדינה מבקשת לרוב לחייב פלסטינים שהגישו נגדה תביעות נזיקיות בהפקדת ערובה גבוהה בהתבסס על תקנה 519 לתקנות סדר הדין האזרחי. כך, כאמור, היא עשתה לגבי העותר-

³ "פעולה מלחמתית" - לרבות כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף.

תובע. המדינה מסתמכת על ההלכה שנקבעה ברע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' עזבון המנוח באסל נעים איברהים ואח', פ"ד נח(5), 865, לפיה תושבי הרשות הפלסטינית הם תושבי חוץ, ועל כן מוצדק לחייבם בהפקדת ערובה כבר בשלב התביעה.

24. רק לפני ימים ספורים דחה בית המשפט המחוזי בירושלים בקשת רשות ערעור של המדינה על החלטה של בית משפט השלום בירושלים בעניין דומה. באותו עניין מינה השופט מומחה מטעם בית המשפט והורה למדינה לשאת בעלותו מחמת דלות האמצעים של התובעת, תושבת השטחים. בית המשפט חייב את התובעת בהפקדת ערובה בסך 5,000 ₪ לכיסוי הוצאות המדינה. המדינה לא הסתפקה בכך. היא הגישה בר"ע לבית המשפט המחוזי בדרישה לבטל את חיובה לממן את חוות הדעת של המומחה ולהעמיד את הערובה על הסכום הריאלי של חוות הדעת. השופט אוקון דחה את הבקשה במילים חריפות:

כושר הספיגה של המבקשת הוא רב, ואין לאפשר לה להכביד על ניהול הליכים על ידי תובע מהשורה על ידי הערמת מכשולי סף שלא לצורך. יש לזכור תמיד שפעולתה של המבקשת היא רחבת היקף. כוחה רב, לפעולותיה השלכה על רבים. השלכות אלה יכולות להיות קשות. הן יכולות לשאת אופי יומיומי. הן משליכות כבר עתה על כושרה של המשיבה לנהל את ההליך בשל הגבלת גישתה. הניסיון לדמות בין המבקשת לבין המשיבה לעניין כללי סדר הדין האזרחי בסוג זה של הליכים נועד לכישלון מראש. אין ללמוד מדברים אלה כי המבקשת אינה זכאית להגנות הדיניות הנתונות לתובעים אחרים. אין להצדיק מצב שבו תאלץ המדינה ללכת אחר החייבים, ולהשקיע משאבים מיותרים בגביית חובות. אך מעמדה של המדינה יכול לאפשר לה לנהוג במתינות ובאורך רוח כלפי המתדיינים המצויים בעמדת נחיתות כלפיהם, תוך מתן משקל של בכורה דווקא לזכות הגישה (השוו ע"א 4385/01 נורית אלון נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נה (5) 361).

אכן, על המבקשת להיות נכונה לספוג סיכונים מסוימים בנוגע להליכים שפתחו נגדה תושבי השטחים, בקשר לפעולות באותם שטחים, בלא להשמיע ספקותיה ביחס למצבו של "מי שאינו תושב ישראל לפנות לבית המשפט בישראל בגין עוולת שנעשתה לו מחוץ לתחום השיפוט", ובלא למעון כי "התובע 'גדר' את הנתבע להליך משפטי בעל כורחו". וכי היכן תשמע תובענת התובעת? האם מוכנה המבקשת להתדיין בבתי המשפט בשטחים? האם התובע הוא תושב חוץ שנפגע לתומו בעת היותו בישראל? האם הוא גדר את המבקשת לבצע פעולות בתחומו? מוטב לומר דברים פשוטים: ניהולם של הליכים אלה הוא מחויב המציאות. לא פעם התובעים יהיו דלי אמצעים. יתכן שיקשה לגבות מהם הוצאות. זהו חלק מהמחיר הכולל שמשלם השלטון. במצב זה, שומה עלינו בכל רגע ורגע להעמיד עצמנו בנעליו של הצד הנפגע, בעיקר אם קיים חשש שאנו היינו הצד הפוגע. כך עשה בית המשפט קמא, ואין מקום להתערב בהחלטתו (בר"ע 917/05 משרד הביטחון נ' סכאפי, החלטה מיום 16.10.05).

העתק ההחלטה מצורף ומסומן ע/14.

אי מתן היתרי כניסה לישראל

25. העותר אינו היחיד שכניסתו לישראל לצורך הליכים משפטיים נמנעת. התופעה בה דיונים בתביעות של פלסטינים נדחים שוב ושוב בגלל שהמשיב אינו מסדיר את אישורי הכניסה בזמן היא תופעה נפוצה ככל הנראה. כה נפוצה שבית המשפט המחוזי בחיפה (השופט ג'רג'וריה) מצא לנכון להביאה בפני היועץ המשפטי לממשלה, הפצ"ר ומנהל בתי המשפט:

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 אי אפשרות להגיש חוות דעת רפואית בשל אי קבלת היתרי כניסה).

ר' גם: ת.א (מחוזי – חיפה) 815/99 אלסבתין נ' מ"י, החלטה מיום 12.12.04.

ת.א (מחוזי – חיפה) 783/99 יאסין נ' מ"י, החלטה מיום 6.9.05.

ת.א (מחוזי – חיפה) 742/00 סבאח נ' מ"י, החלטות מיום 11.8.05 ומיום 25.9.05.

תיקון 7 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה)

26. ביום 10.8.05 נכנס לתוקפו חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, המתקן שוב את חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה). בעוד תיקון 4 העניק למדינה כלים טובים יותר להתמודד עם תביעות של פלסטינים, תיקון 7 כבר מעניק למדינה חסינות גורפת מכל תביעה שעניינה נזק שנגרם ב"אזור עימות". "אזור עימות", לפי החוק, הוא אזור ששר הביטחון הכריז עליו כאזור עימות. אזור העימות מוגדר בצורה סתומה וכללית בחוק, באופן המתיר לשר הביטחון שיקול דעת רחב ביותר בהכרזה על מקום מסוים כאזור עימות, אפילו לא היה עימות באותו מקום.

27. הנה כי כן, שר הביטחון, אשר הוא הנתבע בתביעות, קיבל סמכות מלאה לסכל את התביעה שהוגשה נגדו על ידי הכרזת מקום הפגיעה כאזור עימות. בנוגע לחוק זה הוגשה עתירה על ידי תשעה ארגוני זכויות אדם (בג"צ 8276/05) ועל כן נקצר.

העתירה נמצאת באתר המוקד להגנת הפרט. טרם הוגשה תגובת המדינה:

<http://www.hamoked.org.il/items/318.pdf>

28. הנה כי כן, הרעיון המשותף לכל אותם אמצעים בהם נוקטת המדינה הוא זהה: אין מונעים את הגישה לבית המשפט, אך פועלים בכל דרך על מנת לסכל את התביעה, למשך זמן, להקשות או להפוך את התביעה מלכתחילה ללא כדאית או לא משתלמת.

הפרה בוטה של הוראות המשפט הבינלאומי

29. הפגיעה בזכות הגישה לערכאות של תושבי השטחים, וכפועל יוצא – פגיעה בזכויותיהם הבסיסיות, מהוות הפרה בוטה של הוראות המשפט ההומניטרי הבינלאומי ושל הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי.

30. העותר הוא תושב מוגן בשטח כבוש. המשיב הוא נציגה של המעצמה הכובשת ועל כן חלים עליו חובות מיוחדים כלפי העותר. מקור חובות אלו במשפט ההומניטרי ודיני הלחימה אך גם באמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם, אשר ישראל חתומה עליהן.

ר' סעיפים 111-113 לחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בהאג בפרשת חומת ההפרדה: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>
 בג"צ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פס"ד מיום 15.9.05, פסקה 57 לפסק הדין, ר' גם פסקה 27.

31. ראשית על המשיב לכבד את זכויותיו של העותר, ובמיוחד את הזכות לחיים ולשלמות הגוף, גם בזמן לחימה, והדברים ידועים.

ר' תקנות 43 ו-46 לתקנות האג, 1907; סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית; סעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966; בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל פ"ד נח(5) 807, 835; בג"צ 4764/04 רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 394.

32. חובה מיוחדת מוטלת על המשיב נוכח העובדה כי העותר הוא קטין, ושפציעתו נעשתה כשהיה בן 14. ר' סעיפים 3, 6, 24, 38, ו-39 לאמנה בדבר זכויות הילד, 1989.

33. שנית, מוטלת על המשיב חובה פוזיטיבית לכבד את זכות הגישה לערכאות של תושבי השטחים, בהליכים פליליים ואזרחיים כאחד, לרבות כל הכרוך בהם: התייעצות עם עורך דין למשל.

ר' סעיפים 71-73 לאמנת ג'נבה הרביעית; סעיף 14 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966; בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נז(2) 349.

34. שלישית, מוטלת על המשיב החובה, חובה פוזיטיבית, לפצות את העותר אם הוכח כי נפגע שלא כדין על ידי כוחות הצבא (ובמקרים מסוימים, גם אם הפגיעה הייתה כדין). ודוק – חובת הפיצוי קיימת גם אם הפעולה שלא כדין נעשתה בפעולת לחימה, אלא שאז לא יעשה הדבר באמצעות הדין הנזיקי הרגיל (ר' סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) תשי"ב-1952), אולם מובן כי שאלה זו היא אחת השאלות המתבררות בבית המשפט.

ר' סעיף 3 לאמנת האג, 1907; תקנה 29 לאמנת ג'נבה הרביעית; סעיף 91 לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה הרביעית; סעיף 3(2) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966; ע"א 5964/92 בני עודה ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1.

35. ההפרה בענייננו היא בכל אחת ואחת מהחובות הללו, ועל כן היא כה בוטה ומקוממת: כוחות של המשיב פגעו בעותר וגרמו לו נכות צמיתה, המשיב מסכל את הגעתו לבית המשפט ועל ידי כך מסכל את האפשרות שיפוצה אי פעם.

הפגיעה בזכויות מול שיקולי הביטחון – מציאת פתרון מידתי

36. ככל זכות, גם זכות הגישה לערכאות הינה זכות יחסית. שיקולי ביטחון, אם ישנם כאלו, הם שיקולים ראויים. אין פסול בעצם הניסיון של המשיב לאפשר את מימוש זכות הגישה לערכאות באיזון עם האינטרסים הביטחוניים וטוב שהמחלוקת היא על הפתרונות הראויים. יחד עם זאת, לא כל הצעה לפתרון היא הצעה חוקית וסבירה, גם אם היא "מידתית" בעיני המשיב.

הפתרון המוצע – ליווי על ידי חברת אבטחה - לוקה בחוסר סמכות ובאי חוקיות

37. אלמנט אי החוקיות בא לידי ביטוי בעיקר בסוגיה של כפיית העותר בליווי על ידי חברת אבטחה פרטית. לעמדת העותרים, חיוב זה לא חוקי, שכן הוא נטול סמכות. מעניין היה לדעת מה עמדת המדינה בעניין זה, אך בתצהיר התשובה לא הובאה כל התייחסות לטענה זו.

38. ייאמר מייד - מובן שאם מאן דהוא מבקש לשכור את שירותיו של מאבטח אישי, אשר יתלווה אליו ממקום למקום, אין בכך קושי משפטי, אולם לא כך הדבר. הנוהל של המשיב כופה על העותר, הר כגיגית, את הליווי על ידי החברה הפרטית כתנאי שאין בלתו. המשיב שולל מהעותר את זכות הבחירה.

39. חוסר החוקיות בפתרון כפוי זה בולט בעיקר לאור העובדה כי רק לאחרונה, לאור אופי העבודה של המאבטחים הפרטיים, הכולל פגיעה מסוימת בחירות הפרט, ולאור השימוש ההולך וגובר במאבטחים פרטיים, בעיקר לצורך בידוק ביטחוני ושמירה, חוקק המחוקק חוק מפורש, המפרט את סמכויותיהם של מאבטחים פרטיים. **חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005** (להלן – **החוק**), החליף שורה ארוכה של תקנות ספציפיות, ובין היתר, ביטל את חוק סמכויות חיפוש בשעת חירום (הוראת שעה) התשכ"ט-1969.

40. החוק מפרט לא רק מי יכול לשמש כמאבטח, אלא גם מהן הסמכויות המפורשות המוענקות למאבטח. "מאבטח" הוא מי שהוסמך על פי סעיף 7 לחוק לצורך ביצוע פעולות אבטחה ושמירה. סעיף 7 לחוק קובע כדלקמן:

השר רשאי להסמיך אדם בסמכויות הקבועות בחוק זה, אם שוכנע כי הסמכות נחוצה לשם ביצוע פעולות אבטחה ושמירה על ביטחון הציבור במקום מהמקומות המפורטים בסעיף 3(א) שיש לציבור גישה אליהם או שלגביהם יש רגישות מבחינת ביטחון הציבור או ביטחון המדינה; לצורך כך רשאי השר להסמיך אף מי שאינו עובד ציבור...

ומה הסמכויות הקבועות בסעיף 3(א): חיפוש על גופו של אדם (על פני הגוף, הבגדים והכלים, סעיף 3(ד)) או ברכב או בטובין אחרים – בכניסה לנמל, לבנין או למקום מגודר, תחנת הסעה, נקודת בדיקה, בסביבתם הקרובה של כל אלו, ובעליה לאוטובוס.

41. הנה כי כן, אף שהחוק החדש מפורש ומפורט, אין הוא כולל כל הסמכה למאבטח חמוש להתלוות לאדם ממקום למקום ולפקח על צעדיו. בהעדר הסכמתו של מושא הליווי, נעברת לכאורה עבירה על פי חוק הגנת הפרטיות התשמ"א-1991 ויש בכך אף פגיעה בסדר הציבורי ובביטחון הציבור.

42. החוק רק מדגיש את מה שהיה ברור גם לפניו – כי סמכות שלטונית כה מובהקת כליווי חמוש של אדם, היא סמכות הנתונה באופן בלעדי לממשלה ורשויות אכיפת החוק, ולא לגופים פרטיים. לא ניתן "להפריט" סתם כך סמכויות שלטוניות כה מרחיקות לכת.

43. החוק החדש, למשל, מפריט סמכויות שעל פי אופיין נתונות לרשות המבצעת, שפועלת על פי הסמכות הכללית שבסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, וסמכויות מפורשות אחרות. ההפרטה נעשית בחוק מפורש של הכנסת, תוך הטלת מגבלות ורגולציה. בד בבד עם ההפרטה קובע החוק גם ערובות לשמירה על זכויות האדם: הוא מגביל את סמכות החיפוש של מאבטחים פרטיים לחיפוש על פני הגוף, או בכליו של אדם, בלבד, מגביל את סמכות העיכוב ואת הסמכות להפעיל כוח סביר למצבים מיוחדים בלבד וכדומה.

44. החוק החדש, כדבר חקיקה מודרני, קובע בדיוק מה מותר ומה אסור למאבטח, מתוך הבנה כי מתן סמכות שלטונית לחברה פרטית חייב שתיעשה בזהירות רבה ותוך הקפדה יתרה על הסמכויות מחד, ועל זכויות הפרט מאידך.

העתק החוק החדש מצורף למען הנוחות ומסומן ע/15.

45. הנוהל של המשיב עוקף למעשה את החוק החדש. הוא מתעלם ממנו. הנוהל של המשיב מקנה למאבטחים פרטיים סמכויות רחבות והוראות עמומות. כך, למשל, קובע סעיף 4 ג' לנוהל, כי על המאבטחים לבצע "ליווי צמוד של המבקש ליעדו ובחזרה". סעיף 4 ד' לנוהל קובע כי בסמכות המאבטחים הפרטיים לנקוט "כל הדרוש למניעת בריחתו של המבקש לרבות פריסה חכמה של המאבטחים ביעד הליווי".

46. האם המאבטח צריך לאזוק את ידיו של העותר כל זמן הנסיעה?

האם המאבטח רשאי לכסות את פניו של העותר במטפחת?

האם המאבטח רשאי למנוע, על פי שיקול דעתו, את הליכתו של העותר השירותים?

האם המאבטח רשאי לסרוק את החדר של הרופא לפני הבדיקה?

האם המאבטח רשאי לערוך חיפוש על הרופא?

האם המאבטח רשאי להיות נוכח בפגישה של המלווה עם עורך דינו?

האם המאבטח רשאי לעצור את התנועה בכביש?

האם המאבטח רשאי לפנות אנשים ממקום מסוים על מנת להפכו סטרילי?

האם ומתי מותר להשתמש בכוח או בנשק נגד האדם ועל פי אלו הוראות פתיחה באש?

47. כל אלו הן רק מקצת מהדילמות של מאבטח שיבצע את הליווי. שכן אין כל ספק כי ליווי ביטחוני היא פעולה מורכבת, אשר דורשת הפעלת שיקול דעת רחב במצבים משתנים. יש הבדל משמעותי בין הסמכת מאבטח לבדוק תיקים עם גלאי מתכות בכניסה לתחנת רכבת או קניון לעומת מתן הסמכות לבצע ליווי ביטחוני של אדם ממקום למקום. המאבטחים פועלים ללא פיקוח ממשי על מעשיהם והחלטותיהם. לפי הנוהל, האחראיות לפיקוח על פעולת המאבטחים נתונה בעיקר בידי של האחראי מטעם חברת האבטחה הפרטית. מצב זה אינו כדין.

ר' בג"צ 4884/00 "נתנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרנריים, פ"ד נח(5) 202, 211.

48. זאת ועוד, הפוטנציאל לפגיעה בזכויות האדם הנתון לליווי הוא מטריד, מעבר לפגיעה הטבעית בחירותו, החל מפגיעה בכבודו ועד פגיעה בשלמות גופו. לא רק זכויות האדם הנתון לליווי עלולות להיפגע, זכויותיהם של עוברי אורח עלולות אף הן להיפגע עקב הפעלת שיקול דעת בלתי סביר.

49. הערובה המרכזית למזער את הפגיעה בזכויות האדם היא הפעלת הסמכויות השלטוניות על ידי עובד מדינה, הכפוף למערכת הכללים והנורמות של המערכת השלטונית, מערכת שהוקמה על פי דין. על אותו עובד מדינה להימנות על שורותיהם של אותם גופים שלטוניים האמונים על ביטחון הציבור. עובד מדינה זה, יהא זה שוטר או שוטר צבאי, כפוף גם למערכת משמעתית ולמערכת ענישה ברורה, הוא יודע היטב מה מותר ומה אסור, מקצועי דיו על מנת לבצע את תפקידו במיומנות ובמקצועיות.

אין זה מתקבל על הדעת, כי סמכויות סטטוטוריות יוענקו לאדם פרטי, שאינו 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 שבידו, מבלי שהוא חב חובה כלשהי כלפי הרשות, ומבלי שזו יכולה להפעיל כלפיו את מרותה. דומה הדבר לכך, לו הוענקו סמכויות של שוטר לידי מי שאינו חלק מחיל המשטרה ואף אינו משרת במסגרת ארגונית דומה, הנחונה 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).

50. רק לאחרונה שב וחזר בית המשפט הנכבד על דברים אלו בפרשת בורוביץ. באותה פרשה דן בית המשפט העליון בהשגותיהם של הנאשמים על החקירה שהתנהלה נגדם על ידי שני חוקרים פרטיים, שהמדינה שכרה על מנת לחקור את שוק הביטוח. בית המשפט המחוזי העביר ביקורת בוטה על התנהלות החקירה. בין היתר קבע כי: "לא הייתה היררכיה רשמית בין החוקרים הפרטיים; כי פיקוח הממונה על ההגבלים על עבודתם והתנהגותם של החוקרים

כמעט שלא התקיים במרבית הזמן; כי החוקרים לא היו כפופים לדין המשמעתי החל על חוקרים שהם עובדי ציבור; כי התגלתה "תמונת מצב קשה בנוגע לאופן ביצוע הרישומים בחקירה"; כי לעתים הופרו כללי החיפוש, הסימון והתפיסה של מסמכים; לעתים לא נתפסו מסמכים שהיו צריכים להיתפס; לעתים אבדו מסמכים שנתפסו; לעתים (אמנם רחוקות) הופעל לחץ על נחקרים או שנעשה שימוש אחר ב"דינמיקת חקירה פסולה". לדברי בית-המשפט, "בחלק מהמקרים סטו החוקרים, שנהנו מעצמאות יתירה, מנוהלי חקירה ראווה"...." (צוטט בע"פ 4855/02 מ"י נ' ד"ר בורוביץ, פס"ד מיום 31.3.05, פסקה 42 לפסק הדין). בית המשפט המחוזי אף כינה את החקירה "חצי פרטיזנית" (שם).

51. בשנת 2000 שונה החוק, ונקבע כי רשות ההגבלים יכולה להעסיק רק חוקרים שהם עובדי מדינה. חרף זאת, החליט בית המשפט העליון, במסגרת הערעור, להידרש לנושא, כיוון "שהסוגיה עלולה להתעורר בגדר פעולתה של רשות שלטונית אחרת", ופסק:

בהענקת הסמכות לקיים חקירה פלילית גלום כוח, וממילא כרוכה סכנה, לפגיעה בפרטיות הנחקרים, בכבודם, בחירותם ובקניינם... מטעם זה מתחייב, שככלל יש לפרש סמכות הניתנת בדבר-חקיקה לרשות שלטונית, להסמיך אדם לחקור חשד לביצועה של עבירה, כמתייחסת למינויו של עובד ציבור, הנתון למרותה ולפיקוחה של הרשות השלטונית והכפוף לכללי המשמעת והאתיקה החלים על עובדי השירות הציבורי. אמנם כבר נקבע, כי רשויות המדינה רשאיות להיעזר בשירותיו של חוקר פרטי (בג"ץ 119/75 פיטלוביץ' נ' להט, פ"ד כט(2) 122), אלא שקביעה זו לא התייחסה להענקת סמכות לניהולה של חקירה פלילית. לכאורה נראה, כי הדין לעניין הסמכתם של חוקרים פרטיים אינו יכול (או צריך) להיות שונה מכללו הרגיל של המשפט המינהלי, שלפיו עשויה הרשות לאצול לגוף פרטי סמכויות ביצוע של פונקציות מוגדרות, אך אינה רשאית להקנות לו סמכויות סטטוטוריות ומעין-שיפוטיות שהפעלתן נתונה לשיקול-דעתה של הרשות השלטונית... ומשום אופייה המיוחד של הפונקציה החקירתית, שהפעלתה כורכת חשש לפגיעה בזכויות יסוד של הפרט, מן הראוי להפקידה בידי עובדי ציבור (שם, בפסקה 48 לפסק הדין).

52. גם בענייננו מדובר בפעולה שלטונית מובהקת, הכרוכה בהפעלת כוח שלטוני מובהק, ואשר המוטיב של שיקול הדעת הוא מוטיב מרכזי בה. בכך היא שונה מהסמכה פונקציונאלית ומוגדרת של סמכות זו או אחרת, כמו בדיקת תיקים בכניסה לקניון. גם בענייננו מדובר בסמכות שהפעלתה כרוכה בהגבלת זכויות הפרט, והיא נושאת עמה פוטנציאל מטריד לפגיעה קשה בזכויות האדם.

53. דומה הדבר להליך הפרטת בתי הכלא. בניגוד לנוהל (טיוטת הנוהל, יש לומר) שהציג המשיב, הפרטה זו נעשית על ידי הסמכה מפורשת בדבר חקיקה. על התיקון לפקודת בתי הסוהר (תיקון מספר 28), התשס"ד-2004, הוגשה עתירה לבית משפט נכבד זה (בג"צ 2605/05). העותרים טענו כי הליך ההפרטה מעביר סמכויות שלטוניות מובהקות, הכוללות הפעלת כוח ופגיעה בזכויות אדם, לחברה פרטית ולאנשים שאינם עובדי מדינה. החברה הפרטית תפעל על פי זיכיון בלבד. ביום 27.10.05 התקיים דיון בעתירה ובית המשפט הנכבד הורה למדינה לנמק

את גבולות ההפרטה, ולהתייחס להיבטים החוקתיים של העברת סמכויות אכיפת חוק לידיים פרטיות.

54. ונוסיף שתי הערות לסיום חלק זה – השפעותיה של ההפרטה המהירה של סמכויות שלטוניות מובהקות טרם ידועות, אולם הניסיון מלמד כי התערבות כוחות מהשוק הפרטי בהליכים שלטוניים היא מזיקה. בוויכוח שמתנהל היום בעניין הפרטת בתי הכלא עולה החשש, כי אותם גופים פרטיים שיקבלו לידם את ניהול בתי הכלא הפרטיים, יפעילו לחץ כבד להחמרת הענישה, שכן ככל שהענישה תוחמר, כך תגדל הכנסתם. כך גם בענייננו – אין כל ספק, כי אישור הנוהל יפרנס לא מעט מבעלי חברות האבטחה, אשר יפעילו לחץ על הרשויות להעביר לטיפולם עוד ועוד ליוויים. כיום המדובר רק בפלסטיניים הנדרשים להיכנס לישראל לצורך הליכים משפטיים, ומחר יוחל הנוהל גם על אסירים פליליים. עלול להיווצר מדרון חלקלק, אשר ישפיע על החלטות המשיב בעתיד. אנו צפויים לראות, אם יאושר הנוהל, יותר ויותר פלסטיניים עם תווית של מנוע כניסה לישראל מאשר אי פעם בעבר. עיסקה כזו היא מושא שאיפותיהם של שני הצדדים: בעלי חברות האבטחה יזכו למקור פרנסה חדש ומכניס (בהיעדר פיקוח, מי מונע עליית מחירים?) מחד; המשיב, מאידך, יוכל להמשיך ולהכביד על פלסטיניים, אשר תובעים את המדינה על נזקים שגרם להם, ובנוסף על כך – ייהנה המשיב מאפשרות פז להכתים את בעל הדין שכנגד בתווית של מסוכנות (שכן אחרת לא היה נדרש ליווי).

55. הערה שנייה עניינה במצב האבסורדי בו מבקש המשיב להעמיד את העותר. למעשה, דורש המשיב מהעותר לשכור שירותיו של אדם, אשר תפקידו להגביל את חירותו ונאמנותו נתונה לכאורה למדינה. זהו כר פורה לתופעות של שוחד ושחיתות.

הפתרון שהציע המשיב – מימון הליווי על ידי המבקש – מפלה ומשפיל

56. הפתרון של המשיב, כפי שעוגן בנוהל, מפלה בין בעלי דין אפליה כפולה: ראשית, הנוהל מפלה בעל דין דל אמצעים לבעל דין שהפרטה נמצאת בכיסו. אפליה זו היא אפליה פסולה ומקוממת. עקרון השוויון בין בעלי דין הוא עקרון ראשון במעלה, הוא הבסיס לקיומה של מערכת משפט צודקת וברת קיימא. בית משפט לעשירים בלבד? מקומו לא יכירנו במדינה דמוקרטית, ועל כן שומה על בית המשפט להבטיח את זכותו של דל האמצעים לגישה יעילה לבית המשפט:

מקום בו בעל דין אינו יכול לשלם את האגרה - מפאת דלות כלכלית - מאפשר הדין פטור מן האגרה או הפחתתה (ראו תקנה 13(א) לתקנות). אכן, "האיזון בין זכות הגישה לבין המטרה של חובת תשלום האגרה נמצא בדמות הפטור מאגרה הניתן לבעלי הדין הזכאים לחסות בצילו, ומבטיח הוא כי חובת תשלום האגרה לא תהווה מחסום בפני תביעות"... הסדר זה - של פטור מאגרה - משקף את דרישת המידתיות בפגיעה בזכות הגישה לערכאות שכן סגירת דלת בית המשפט למי שאין בידו לשלם את האגרה היא על פניו פגיעה בלתי מידתית בזכות הגישה לערכאות (בג"צ 6490/04 צביח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, החלטה מיום 12.1.05).

57. החלטת המשיב מחייבת פלסטינים לממן את הוצאות הליווי של עצמם להליכים משפטיים בישראל ולא - תימחק התביעה ויחד עמה זכויותיהם. המשיב לא מתעניין באמצעים העומדים לעותר או למנועי כניסה אחרים. מבחינת המשיב, אם בעל הדין לא יכול להעמיד את המשאבים הנדרשים, אין זה מעניינו. התייחסות כזו מעניקה לאדם תחושה כי זכויותיו הן, מבחינת המשיב, כקליפת השום. היא לוקחת מאדם את כבודו. היא משפילה.

58. המשיב טוען אמנם כי ניתן יהיה לגבות את ההוצאות בסיום ההליך, אם העותר יזכה בתביעתו. פתרון זה אינו ראוי. העובדה כי ניתן לגבות את הסכום בסיום ההליך אינה מצדיקה את גבייתו מלכתחילה. בפרשת רוטה טענה המדינה טענה דומה באשר לאגרה שנהגה לגבות בבקשה לקביעת מקום שיפוט לצורך התרת נישואים. הטענה הייתה כי ממילא יש אפשרות לבקש פטור ולכן אין מקום לדון בחוקיות גביית האגרה. השופט אוקון דחה טענה זו:

קיומו של פטור במקרה מסוים, אינו שקול להעדר חובת תשלום. מי שאינו מצווה לשלם אינו נזקק לפטור ואינו צריך לעתור לקבלתו. מתן הפטור - ובהליכים שמקורם בחוק התרת נישואין ניתן כמעט פטור "סימוני" - אינו אלא דחליל שנועד להסיח את הדעת מן העיקר, והוא עצם החיוב לשלם את האגרה (בה"נ 6857/00 רוטה נ' נצבטייב, פ"ד נד(4) 707, 713).

הניסיון לסמוך על קיומו של פטור לדלי אמצעים, והטענה כי נוכח קיומו הופכת השאלה לתיאורטית, משמעה נכונות לעבוד עם עין אחת קשורה מרצון. עצם הצורך לסמוך על מנגנון של פטור כרוך במשאבים. ראינו כי הפנייה אינה פנייה של מה בכך. היא מחייבת צירוף נתונים, טפסים ותצהיר. אך זה אינו העיקר: הצורך לדרוש פטור מחמת עוני, עולה כדי בידודם של מבקשי הפטור. הוא מחייב אותם ל"התפשט" מבחינה כלכלית. כדי למצוא בית משפט מוסמך עליהם לשלם, ואם אין ידם משגת עליהם לפנות בבקשות נוספות.

קיום זכויות יסוד מוגנות משנה את פני העולם המשפטי. אל לקיום זה להיתפס "בשטח" כתופעה שטחית, שיכלה לשנות את מערך הזכויות, אך שינתה בפועל מעמ. העמידה על הזכות מחייבת תגובה, ובמקרה המתאים הושטת סעד. אין להסתפק במשמר של פטורים, היוצר איים בודדים של איזון, ולא חג את המעגל סביב הזכות (שם, עמ' 716).

59. אפליה שנייה שהוטמעה בנוהל היא האפליה בין העותר לבין 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, בין אם הוא עשיר ובין אם עני. לעניין הליווי - אין טעם ענייני להבחין בין העותר לבין בעל דין אחר. שניהם מלווים כי לציבור עניין שילוו וכי לציבור עניין לשמור על זכות הגישה לערכאות. העותר אינו מבקש הגנה מפני הציבור. הציבור מבקש הגנה מפני העותר, מטעמים שחסיים בפני העותר, ועל כן על הציבור לשאת בעלות. אין כל שוני רלוונטי שיכול להצדיק את היחס השונה.

הפתרון שהציע המשיב אינו מידתי

60. כאמור, לא די בכך שהמשיב הציע פתרון מסוים. כאשר הפתרון המוצע, לכשעצמו, פוגע יתר על המידה בזכויות האדם, והוא לכשעצמו בלתי סביר, יש לבחון לא רק את הפגיעה, אלא גם את הפתרון המוצע, במבחני המידתיות.

מבחן ראשון – האם הפתרון המוצע מקיים את תכליותיו

61. כאמור, לפתרון שהציע המשיב שתי תכליות: תכלית ביטחונית ותכלית של כיבוד זכות הגישה לערכאות. הפתרון שהציע המשיב מקיים לדעת המשיב את התכלית הביטחונית, אולם לעמדת העותרים, גם אם נתעלם מהאפליה וחוסר הסמכות שבפתרון המשיב, אין בו כדי לקיים את התכלית של כיבוד זכות הגישה לערכאות.

62. הסיבה המרכזית נעוצה בעלות הכלכלית הכבדה שמוטלת על פלסטינים לפי הנוהל. הסכומים הכבדים של הליווי ירתיעו מלכתחילה בעלי דין דלי אמצעים מפנייה לערכאות. יש לזכור כי כשמדובר בבעלי דין פלסטינים, רבים מהם הנם עניים במונחים ישראליים. עלות הליווי היא עלות נכבדת גם במונחים של משפחה ישראלית ממוצעת, ועל אחת כמה וכמה בנוגע למשפחות מהשטחים. **השכר הממוצע בשטחים, נכון לרבע האחרון של שנת 2004, הוא 1,500 ש"ח** (הנתונים נלקחו מדו"ח של הלשכה הפלסטינית המרכזית לסטטיסטיקה, מאי 2005). כלומר, עלות של ליווי אחד עולה על השכר החודשי הממוצע בשטחים.

63. המשיב מציע כי אם יזכה בעל הדין בתביעתו, יוכל לבקש את הוצאות הליווי במסגרת בקשה להוצאות משפט. עוד מציע המשיב, כי העותר יוכל לפנות לבית המשפט קמא, ולבקש להטיל בשלב הראשון את הוצאות הליווי על המשיב, אשר יוכל לגבות את ההוצאה בסיום ההליך, אם תידחה התביעה. עם כל הכבוד, גם פתרונות אלו אינם מסירים את הרתעת היתר, ודאי בהליכים אזרחיים, בהם האפשרות לקבל החזר הוצאות הופכת ממשית רק כעבור מספר שנים. בנוסף על כך, היפוך סדר הנשיאה בעלות ליווי בעל הדין אינה אפשרית כאשר הנתבע הוא צד שלישי, למשל – אם הירי על העותר היה נעשה על ידי מתנחל. האם יכול בית המשפט, אם בעל הדין דל אמצעים, להורות למתנחל לשאת בעלות הליווי!?

64. פתרון נוסף שמציע המשיב (סעיף 5 לתצהיר) הוא לשאת באופן חד פעמי במחצית עלות הליווי, כאשר הוא שומר לעצמו כמובן את הזכות לתבוע זאת בסיום ההליך, אם תידחה התביעה. המשיב טורח להדגיש באופן בולט את החד פעמיות של ההצעה ("לפנים משורת הדין, בהתחשב בנסיבות העניין, תוך עמידה על טענותיו העקרוניות ומבלי שהסכמתו תשמש כתקדים"). מובן שפתרון זה אין בו להועיל, ולו בשל האופן בו הוא מוצג. ממילא אין בפתרון זה כדי לתת מענה כלשהו לבעיות המשפטיות.

65. באשר לטענה שמופיעה לראשונה בתצהיר התשובה, לפיה העותר אינו דל אמצעים וכי למשיב חומר חסוי המעיד כביכול על מצב כלכלי שונה... טענה זו היא טענה מקוממת, שמוטב היה שלא תיטען. בהליך האזרחי המתנהל במקביל לעתירה זו ביקשה המדינה להטיל על העותר-

תובע ערובה כבדה בשל היותו תושב חוץ. בין היתר טענה המדינה, שם כמו כאן, כי התצהיר שהגיש אביו של העותר בעניין מצבו הכלכלי אינו מדויק. בית המשפט קמא החליט לחייב את העותר-תובע להפקיד ערובה על סך 15,000 ש"ח. על החלטה זו הוגשה בר"ע שנתקבלה. בית המשפט המחוזי פסק נגד המדינה, קיבל את טענות העותר-תובע והעמיד את גובה הערובה על מחצית הסכום – 7,500 ₪ בלבד (בר"ע 774/05 אלח'טיב נ' מדינת ישראל, פס"ד מיום 14.8.05, השופט יצחק ענבר, בית המשפט המחוזי בירושלים). די בכך כדי למנוע מהמשיב לפתוח את הנושא מחדש. העובדה כי המשיב לא ציין את דבר ההליכים הרלוונטיים בבתי המשפט קמא מהווה גם חוסר ניקיון כפיים.

העתק פסק הדין מיום 14.8.05 מצורף ומסומן **ע/16**.

בית המשפט מתבקש לשים לב לעובדה כי במסגרת ההליך המשפטי יידרש העותר להיכנס מספר פעמים לישראל, ואם ירצה להעיד עדים, יצטרך לשאת גם בעלות ליוויים. הסכום המצטבר עלול להגיע לאלפי שקלים. כך או כך, כאמור, גם אם היה העותר ממשפחה עשירה, לא היה בכך לשנות, כיוון שעצם הדרישה לשאת בעלות הליווי היא פסולה לכשעצמה.

66. לאור כל האמור, **הפתרון של המשיב אינו מקיים את התכלית של הגשמת זכות הגישה לערכאות**.

מבחן שני - האם ישנם פתרונות מידתיים יותר

67. העותרים הצביעו על לפחות שלושה פתרונות מידתיים יותר, אשר עומדים בכפיפה אחת עם התנאי שהציג המשיב – כי הכניסה לישראל תיעשה בליווי, ומקיימים את התכלית הביטחונית:

פתרון אפשרי ראשון – ליווי על ידי המשטרה

68. העותרים סבורים כי ליווי על ידי המשטרה הוא פתרון מידתי, הן לעניין זהות המלווה והן לעניין מימון הליווי. 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. החריג הוא כי ייגבה תשלום עבור שירותי השוטרים.

69. 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 המשטרה לספק שוטרים למשימת האבטחה ללא תשלום.

70. בפרשת מולטימדיה קבע בית המשפט הנכבד מבחני משנה, אשר רק בהתקיימם ניתן להשתמש בסמכות החריגה לגבות שכר על שירות משטרה:

הבה ננסה ליתן "סימנים" בסוגי "אירוע או פעולה" אלה ואחרים, תוך שזוהיר עצמנו כי לא יעלה בידנו למצות את שאינו ניתן למיצוי, וכי גם ה"סימנים" שניתן אין הם אלא מורי-דרך עקרוניים בלבד... ואולם נזכור כי בכל הכרעה והכרעה יתפוס מקום כבוד השיקול הערכי, והוא, האם האירוע או הפעולה בהם מדובר ראויים הם מצד עצמם כי יעסקו בהם שוטרים בשכר (שם, בעמ' 691).

מבחן משנה ראשון – מבחן היוזמה

71. מבחן זה מבחין בין פעולות שיוזם הפרט ובין פעולות שנכפות על הפרט, כדברי בית המשפט:

... יש להבחין בין אירוע או פעולה אותם יוזם הפרט - כגון חתונה או תחרות איגרוף - לבין אירועים או פעולות הנכפים על הפרט, כבדוגמת הפורץ. הוראת סעיף 36(א) לפקודת המשטרה אמורה לחול, כעיקרון, על אירועים או פעולות שהפרט יוזם ולא על אירועים או פעולות הנכפים עליו. מטעם זה, למשל, אם נפרע שלום הציבור - או אם עלול שלום הציבור להיפרע - מחובתה של המשטרה להתערב בנעשה ואין זה מסמכותה לגבות שכר עבור פעילותה... (שם, בעמ' 692).

72. העותרים משוכנעים כי עניינו של העותר הוא מסוג האירועים הנכפים על אדם. העותר לא יזם את פציעתו, העותר לא יזם את שיתוקה של ידו, העותר ודאי לא יזם את החקיקה הישראלית המחייבת אותו לתבוע את המדינה רק בבית משפט ישראלי. הגעתו של העותר לבית המשפט היא כורח המציאות עקב הפגיעה הקשה בזכויותיו. העותר גם לא יזם את הליווי, גם הליווי נכפה עליו. לא העותר ביקש את הליווי כהגנה עליו, המשיב הוא זה שכפה את הליווי על העותר מטעמים שחסיים בפני העותר.

מבחן משנה שני – מבחן טיב האירוע

73. מבחן זה בוחן את טיב האירוע בציר שבין פרטי לציבורי, כדברי בית המשפט הנכבד:

... מעבר-מזה מתקבצים ובאים אירועים פרטיים "למהדרין" - דוגמת חתונה או מסיבה פרטית - ומעבר מזה מתגודדים אירועים שניתן לאפינם כאירועים ציבוריים, למשל, אירועים הכרוכים עצמם בזכויות הפרט, כגון אסיפת-עם, הפגנות, אירועי-בחירות וכיוצא באלה... ככל שהגוון הפרטי הוא שיאפיין אירוע או פעולה פלונים, כן תיטה ההכרעה ותלך לכיוון העסקתם של שוטרים בשכר; ולהיפך: ככל שצבעם הציבורי של אירוע או פעולה יתחזק ויילך, כן תיטה ההכרעה להעסקתם של שוטרים בשמירת האירוע או הפעולה במהלך תפקידם הרגיל, ללא תמורה. כך, למשל, לענין אירועים הכרוכים בזכויות הפרט, כאסיפות או הפגנות... (שם, בעמ' 692).

74. העותרים משוכנעים כי האירוע – מימוש זכות הגישה לערכאות – כמו מימוש זכויות בסיסיות אחרות, הוא "אירוע" בעל אופי ציבורי מובהק, אשר לציבור אינטרס חזק בהתקיימותו, בדיוק כמו שהקצאת משאבים לאבטחת הפגנה נדרשת לצורך שמירת חופש הביטוי וההתאגדות.

מבחן משנה שלישי – מבחן הרווח

75. מבחן זה בוחן את שאלת הרווח שמפיק בעל האירוע. כדבריו של בית המשפט הנכבד :

יש וראוי להבחין בין אירועים הנעשים דרך-עסק או למען רווח, לבין אירועים שאינם דרך-עסק ואינם נעשים בכוונת רווח. אירועי-עסק ואירועי-רווח יקרבו אותנו אל תחת חופתו של סעיף 36(א) לפקודת המשטרה. אכן, אם עושה אדם למען עסק או למען רווח, ראוי כי בהוצאות האבטחה ישא הוא ולא המשטרה (קרי, הציבור הרחב) (שם, בעמ' 693).

76. ה"רווח" שאולי יקבלה העותר מתביעתו מטרתו לפצותו ולהשיב, ככל שניתן בנסיבות העניין, את המצב לקדמותו. ברי, כי הליך משפטי כה בסיסי אינו "אירוע הנעשה דרך עסק או למען רווח".

מבחן משנה רביעי – מבחן ההכבדה

77. מבחן זה בוחן את ההכבדה על המשטרה כתוצאה מהקצאת כוח האדם למשימה או האירוע:

... הקצאת כוח משטרה לאירוע פלוני גורעת - או, יכולה שתגרע - מכוחות המשטרה הנדרשים במקומות אחרים... ככל שהקצאת כוח משטרה לאירוע פלוני תכביד ותלך על המשטרה, כן נקרב עצמנו אל-עבר הוראת סעיף 36(א) לפקודת המשטרה (שם, בעמ' 694).

78. לעומת ההתעלמות של המשיב משלושת מבחני המשנה הראשונים, לנימוק ההכבדה הוא דווקא מעניק משקל רב. טוען המשיב (פיסקה 15 לתצהיר), כי עקב העומס הרב שמוטל על המשטרה "במיוחד בימים אלו" (ככל הנראה התכוון המשיב לימי שיא הטרור בשנת 2002, שכן קשה להבין מה מיוחד דווקא בימים אלו של שלהי 2005), לא תוכל זו לערוך את פעולות הליווי.

79. לעמדת העותרים, המשקל שמייחס המשיב לנימוק זה הוא משקל מוגזם בצורה בלתי סבירה בעליל. ראשית, מוטב היה כי טענה זו תגובה בנתונים ולא תיטען כטענה בעלמא. במסמך שהוכן על ידי פרקליטות מחוז ת"א והוגש על ידי משרד המשפטים לוועדת חוקה, מונה המדינה 384 תביעות תלויות ועומדות בגין אירועי האינתיפאדה השנייה, שהן רוב התביעות בהן מעורבים פלסטינים, ואשר מתנהלות בישראל. אחוז מסוים מתביעות אלו מסתיים בפשרה או במחיקה בשלבים המקדמיים. גם אם נניח כי כ-300 תביעות מתנהלות בימים אלו בבתי המשפט השונים בישראל, וגם אם נניח, בהגזמה, כי בכל תביעה מאותן תביעות יבקשו התובעים ארבע פעמים להיכנס לישראל, הרי מדובר ב-1,200 כניסות לישראל בסך הכל. נניח כי 25% מהבקשות הן של מנועי כניסה לישראל, הרי שחזרנו להערכה בסדר גודל של 300 פעולות ליווי בסך הכל, אשר מתחלקות על פני מספר שנים.

80. שנית, בית המשפט העליון חזר לא אחת על ההלכה לפיה שיקולים כלכליים ושיקולי נוחות אדמיניסטרטיבית אינם שיקולים בעלי משקל רב כאשר על הפרק פגיעה בזכויות אדם:

האם נימוקים אלה, שיסודם בשיקולי יעילות אדמיניסטרטיבית, יכולים להצדיק הסדר שיש בו כדי לשלול מזכאי מסלול א' ו-ב' את הפיצויים הסטטוטוריים שקבע המחוקק במסלולים אלה – "פיצויים הוגנים וראויים" – המהווים תנאי למידתיות הפגיעה בזכויותיהם הקניניות? לדעתנו, במדינה דמוקרטית אשר בה יש לזכויות אדם מעמד בכורה חוקתי, התשובה לשאלה זו כמו מתבקשת מאליה. עמד על כך א' ברק בצינו: "שיטת משפט המגנה על זכויות אדם ונותנת להן מעמד חוקתי, אינה מוכנה לאפשר פגיעה בזכויות אלה מטעמים של נוחות מינהלית או חסכוניות כספיים גרידא (א' ברק, פרשנות במשפט 527 (כרך שלישי, 1994); ראו גם פרשת מילר). ברוח זו נפסק כי תכלית ראויה אינה יכולה להימצא "בחסכון הכספי כשלעצמו" (בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר (טרם פורסם), פסקה 13 לפסק הדין). בחינה של משפט השוואתי תלמד כי גישה זו, לפיה גובר הצורך בהגנת זכויות חוקתיות על שיקולים של יעילות ונוחות מנהלית, אומצה באופן עקבי בשורה ארוכה של מדינות (פרשת חוף עזה, פסקאות 235-236 לפסק הדין).

חברה המבקשת ביטחון, מזה, וחירות, מזה, צריכה לשלם את המחיר. אין להצדיק הימנעות מחקירה רק בשל מחסור בחוקרים (בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נו (2) 349, 384).

81. שלישית, העותרים כבר הציעו בעבר, כי אם העומס על המשטרה רב, יכולה המשטרה הצבאית לבצע את הליווי. זה מביא אותנו היישר לפתרון המידתי השני.

פתרון אפשרי שני – ליווי על ידי המשטרה הצבאית

82. המשטרה הצבאית הינה גוף אכיפת החוק של הצבא. סמכויות המשטרה והשוטרים מוסדרות בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955. בין היתר, סעיף 227 לחוק מעניק לשוטר צבאי סמכויות של שוטר כלפי כל אדם הנמצא במקום שבחזקת הצבא, סעיף 227א מעניק לשוטר צבאי סמכויות של שוטר לעניין מעצר וסעיף 245א לחוק מסדיר את סמכות החיפוש של המשטרה הצבאית.

83. השוטרים הצבאיים הם עובדי מדינה, הפועלים תחת מסגרת שלטונית שהוקמה על פי דין, ואשר יש בה מערכת נורמות וכללים ברורה. השוטרים הצבאיים כפופים להוראות הצבא והם נתונים לפיקוח קפדני. שוטר צבאי אף חש את מורא הדין, שכן הפרת הנורמות תוביל להעמדתו לדין משמעתי או למשפט צבאי.

84. אין ספק כי בין משימות המשטרה הצבאית גם שמירה על הסדר הציבורי בישראל, ודאי כאשר העילה לחשש מהפרתו היא בהחלטות של הדרג הצבאי, במקרה זה של המשיב. ישנם אף תקדימים בהם ליוותה המשטרה הצבאית פלסטינים בתוך ישראל, למשל, במעבר בין עזה

לגדה, ומלווה גם כיום, למשל את תושבי השטחים הנכנסים לישראל לצורך ביקור קרוביהם בבתי הכלא, בהסעות שמארגן הצלב האדום.

פתרון אפשרי שלישי – ליווי על ידי אישיות המקובלת על שני הצדדים

85. פתרון זה הוצע ויושם בעבר בליווי של פלסטינים לישראל, גם במקרים בהם היה חומר ביטחוני חסוי (ר' נספחים ע/12 ו-ע/13). הרעיון הוא כי מתנדב, המקובל על שני הצדדים, יערוך את הליווי. למשל, העותרים הציעו כי קצין במילואים, אשר שירת שירות קרבי, ואשר השב"כ יאשר, יבצע את הליווי, כמובן שלאחר תדרוך של השב"כ.

86. פתרון זה פותר במידה רבה את הבעיות החוקתיות שמעורר פתרון המשיב, שכן מדובר בהתחייבות וולונטארית של העותר, ולא בתנאי שנכפה עליו על ידי המשיב; מבחינת העותרים ירד החשש מהאופן שבו יופעל שיקול הדעת במהלך הליווי והנטל הכלכלי יוסר; מבחינת המשיב, הליווי ייעשה על ידי אדם מיומן ומקובל, אשר יפקח על הליך הכניסה לישראל.

87. לאור כל האמור, המשיב בחר בפתרון בלתי מידתי, שכן יש בנמצא פתרונות חלופיים מידתיים יותר, צודקים יותר וראויים יותר, אשר ממילא מחויבים על פי דין, ואשר אינם מפלים ואינם מחייבים האצלת סמכויות שלטוניות לגופים פרטיים.

מבחן שלישי – התועלת מול הנזק שבפתרון המשיב

88. מאחר והתועלת הביטחונית תושג גם באמצעות ליווי של המשטרה, הרי שהבחינה האמיתית צריכה להיות בין החיסכון הכלכלי שבמיומן הליווי על ידי העותר, והתועלת המינהלית של חיסכון בכוח אדם, לבין הנזק שבהצרת זכות הגישה לערכאות.

89. הפתרון שהציע המשיב, כחלק מהמגמה הכללית להכבדה על תובעים פלסטינים, יסכל, הלכה למעשה, את הגישה לערכאות ויביא למצב בו הגשת תביעה על ידי פלסטינים תהפוך לבלתי כלכלית במקרה הטוב, ובלתי אפשרית במקרה הרע. הסתכלות רחבה על ההליכים השונים שבהם נוקטת המדינה, אשר חלקן פורטו לעיל, מלמדת כי לא רחוק היום בו פלסטינים שנפגעו על ידי הצבא בשטחים לא יוכלו לקבל פיצוי. מעבר לפגיעה הקשה בזכויות הנפגעים, לתופעה זו יש גם היבט חברתי שלילי.

90. כרסום בזכות הגישה לערכאות, או הכבדת יתר על בעלי דין המבקשים לפתור את סכסוכיהם בדרכי שלום, כמוה כפגיעה בשלטון החוק:

זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט... נדע מכאן, כי חסימת הדרך לבית-משפט - בין במישורין בין בעקיפין - ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה-**RAISON D'ETRE** 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. בחסימת הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדין, ובאין דיין

ייעלם אף הדין עמו (ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629).

91. העדר סעד אפקטיבי יהווה תמריץ שלילי לשמירה על נורמות של זהירות וכיבוד זכויות האדם. 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 דיין:

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 דיין. 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 הצידוק 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).

92. דברים אלו נכונים במיוחד כאשר עוסקים אנו בתביעות של תושבים מוגנים בשטחים, אשר נפגעו על ידי כוחות הביטחון. מלכתחילה מערכת היחסים בין השלטון הצבאי לבין האוכלוסייה מבוססת על אלימות, כובש מול נכבש, חייל מול אזרח. מערכת יחסים זו מהווה כר פורה להפרת זכויות האדם, והדברים מוכרים וידועים.

93. לאור האמור, זהו אינטרס חברתי מן המעלה הראשונה לכבד את זכותם של בעלי דין בכלל, ובעלי דין פלסטינים בפרט, לגישה יעילה לערכאות. הנזק מסיכול זכות הגישה לערכאות עולה ללא ספק על התועלת הכלכלית או המינהלית שבפתרון המשיב.

סעד חלופי

94. לא נוכל לסיים מבלי להתייחס לטענה חדשה שהעלה המשיב לראשונה בשלב מתקדם זה. המשיב מסכים כי הסמכות לבחון את סבירות ההחלטה להתנות את הכניסה לישראל בליווי היא סמכותו של בג"צ. בנקודה זו אין מחלוקת, שכן גם לעמדת העותרים, לבית המשפט השלום אין סמכות לדון בסבירותן של החלטות מינהליות של המשיב. יחד עם זאת טוען המשיב, כי בית המשפט הדין בתביעה יוכל להחליט בשאלת הגורם שישא בעלות האבטחה, לאחר שיבחן את מעמדו הכלכלי של התובע באמצעים העומדים לרשותו. העותרים סבורים כי אין ממש בהצעה זו.

95. ראשית, השאלה אם התניית הכניסה בליווי היא מידתית, כרוכה באופן בלתי ניתן לניתוק בשאלה של עלויות הליווי ומי יישא בהן. לא ניתן לבחון את השאלות בנפרד. וברור, שלבית-

משפט השלום אין הכלים לבחון את סבירות הטענות הביטחוניות, לעיין בחומר הביטחוני החסוי, ולהוציא צווי עשה כנגד המפקד הצבאי בנוגע להפעלת סמכויות מינהל.

96. שנית, מטרת האבטחה היא הגנה על הביטחון הכללי של אזרחי המדינה. דרישת האבטחה נעשית על בסיס חומר חסוי שהצדדים לתיק אינם יכולים לראותו או לתקוף אותו – למעט במקרה כשלנו, בו אחד הצדדים בלבד – המדינה – מחזיק בחומר. אם התביעה מתנהלת כנגד צד פרטי (בין אם מדובר בישראלי שתבע תושב שטחים או תושב שטחים שתבע חייל או אזרח ישראל אחר), אין זה צודק שמי מהם יישא בעלויות האבטחה. לא מדובר בהוצאת משפט במובן הרגיל, אלא בהוצאה שנוגעת למשימה המרכזית של מדינות מאז ייסודן, דהיינו שמירת השלום והסדר.

97. שלישית, ישנה בעייתיות רבה בעירוב בית המשפט הדן בתביעה בסוגיות שהן חיצוניות להליך. בית המשפט השלום אמור להכריע בשאלה שלפניו בלא משוא פנים. שערן בנפשכם כי עוד בטרם יישמע העד הראשון בתיק, ייחשף השופט לטענה כי בעל הדין הוא מסוכן, וכי כניסתו לישראל נאסרה, וכי נדרשים שני מאבטחים חמושים, או אולי שלושה, ורכב אבטחה על מנת לשמור על הציבור מפניו של האדם המסוכן, שהוא גם, במקרה, התובע. שערן בנפשכם שבית המשפט השלום צריך לדון בעלות האבטחה, ובמי יישא בה, שוב ושוב לפני כל דיון. מצב דברים זה אינו רצוי ואינו ראוי, שכן בית המשפט עלול לגבש דעה קדומה כלפי העותר-תובע. שערן בנפשכם – אפילו לגבי מצבה הכללית של משפחת העותר מבקש המשיב להציג "חומר חסוי".

סיכומם של דברים

98. לאור כל האמור עולה, כי הפתרון שהציע המשיב אינו פתרון מידתי, כפי שהוצג, כלל וכלל, אלא פתרון המעורר בעיות חוקתיות קשות ומורכבות: פתרון המשיב מסכל את זכות הגישה של בעלי דין דלי אמצעים; פיתרון המשיב מפלה ופוגע בכבוד האדם; פתרון המשיב מחייב הפרטה של סמכויות שלטוניות מובהקות, הוא עוקף חקיקה מפורשת של הכנסת בעניין הסמכויות של חברות אבטחה פרטיות.

99. מאידך, הפתרונות החלופיים שהציגו העותרים מקיימים את התכלית הביטחונית ואת התכלית של מימוש זכות הגישה לערכאות כאחד; הפתרונות של העותרים מעוגנים בחוק ובפסיקת בית המשפט הנכבד; הפתרונות שהציעו העותרים הם מידתיים ויש בהם ערובות למזעור הפגיעה בזכויות העותר – וכולם פתרונות שכבר יושמו בפועל בעבר.