

- העותרים:
1. מאהר אסמעיל אבו דקה, ת.ז. 973766140
 2. מוחמד ג'האד מצלח, ת.ז. 801867201
 3. עמאד מוחמד חסן גאנם, ת.ז. 80062675
 4. ח'אלד נצר אחמד נצראללה, ת.ז. 411933302
 5. סמיר נצר אחמד נצראללה, ת.ז. 412410342
 6. אלמיזאן המרכז לזכויות אדם, ע.ר. 563130798
 7. המרכז הפלסטיני לזכויות אדם, ע.ר. 563113026
 8. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, ע.ר. 580312247
 9. רופאים לזכויות אדם בישראל, ע.ר. 580142214
- כולם ע"י ב"כ עו"ד פאטמה אלעג'ו ו/או חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן ו/או סוהאד בשארה ו/או סאוסן זהר ו/או רימא איוב ו/או אראם מחאמיד ו/או נדים שחאדה מעדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, מרחוב יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090
טלפון: 04-9501610, נייד: 050-9072729, פקס: 04-9503140

- נ ג ד -

1. המשיבים: שר הפנים
2. שר הביטחון
3. ראש מינהלת תיאום וקישור
4. מתאם מרשם אוכלוסין
5. סגן ראש מינהלת תיאום וקישור
6. ראש ענף אג"מ ותיאום
7. ראש ענף כלכלה
8. ראש מדור יועץ לענייני פלסטינים
9. מפקד מרכז היתרים
10. ראש מדור מבצעים
11. ראש מדור תיאום אזרחי
12. סגן ראש ענף כלכלה
13. קצין היתרים ואבחון
14. קצין תיאום מינהלי
15. ראש מינהלת תיאום וקישור בצפון רצועת עזה

16. סגן ראש מינהלת תיאום וקישור בצפון רצועת עזה

17. ראש מדור ארגונים בין-לאומיים

כולם באמצעות פרקליטות המדינה

רח' צלאח א-דין 29, ירושלים מיקוד 91010

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי, המכוון אל המשיבים, והמורה להם לבוא וליתן טעם כדלקמן:

1. מדוע לא לתת לעותרים 1-5, תושבי רצועת עזה, היתרי כניסה לישראל, על מנת לאפשר לעותרים 1-4 להשלים את החובות המוטלות עליהם ע"פ דין לרבות בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד - 1984 ובפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א - 1971, במסגרת תביעות כספיות שהגישו;
2. מדוע לא יפעילו את הסמכות הקבועה בסעיף 33(3) לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג - 2003, לפיה רשאים מפקדי האזור ליתן היתרים לשהייה זמנית בישראל וזאת על מנת לאפשר לתובעים מרצועת עזה לממש את זכויותיהם על פי חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות מדינה), התשי"ב - 1952;
3. מדוע לא לפעול לקיומו של פסק הדין שניתן בבג"צ 8276/05 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון** (מיום 12.12.2006, טרם פורסם) (להלן: "**בג"צ עדאלה נ' שר הביטחון**"), המכיר בזכותם של תושבי רצועת עזה לקבלת סעד אפקטיבי בגין הנזקים שנגרמו להם כתוצאה מפעולות כוחות הביטחון, וזאת באמצעות מימוש זכותם לגישה לבתי המשפט בישראל הדנים בתביעותיהם האזרחיות;
4. מדוע לא ייקבעו קריטריונים ברורים וכתובים למקרים בהם יהיה על המשיבים ליתן לתושבי רצועת עזה היתרי כניסה לישראל בכדי שיוכלו למלא את חובותיהם המשפטיות במסגרת ההליכים המשפטיים שהם צד להם.

מבוא:

5. עניינה של עתירה זו הוא במימושה, הלכה למעשה, של הזכות לסעד משפטי ובזכות הגישה לערכאות בישראל של העותרים מס' 1-4 ואחרים כמוהם, תושבי רצועת עזה אשר הגישו תביעות נזיקין בישראל נגד כוחות הביטחון. בבג"צ **עדאלה נ' שר הביטחון** קבע בית המשפט העליון בהרכב של תשעה שופטים, כי תושבי רצועת עזה זכאים להגיש תביעות נזיקין נגד כוחות הביטחון בבתי המשפט בישראל. בית המשפט סמך את פסיקתו על זכותם החוקתית של תושבים אלה לגישה לבתי המשפט בישראל. כמו כן, זכויותיהם לחיים, לשלמות הגוף ולקניין כזכויות חוקתיות מעניקות להם את הזכות להגיש תביעות נזיקין נגד כוחות הביטחון בישראל.

6. ברם, מאז פסק הדין העקרוני הזה, מתגלה תופעה נדירה המבקשת לעקוף את הפסיקה העקרונית הזו שעל פיה, תושבי רצועת עזה מגישים תביעות בישראל באמצעות עורכי הדין שלהם, אך המשיבים אוסרים באופן גורף עליהם ועל עדים מטעמם להיכנס לישראל ובכך מונעים מהם להגיש תצהירים חתומים כדין, או להתייצב לבדיקות רפואיות בפני מומחים ישראלים או להתייצב לדיונים ולהיחקר על תצהירי העדות הראשית מטעמם. גם עורכי הדין הישראלים מנועים באופן גורף להיכנס לעזה ולהיפגש עימם. התוצאה של מדיניות זו של המשיבים היא דחיית ומחיקת התביעות הללו. במילים אחרות, המשיבים מונעים את מימוש הזכויות החוקתיות של התובעים מרצועת עזה, לרבות העותרים 1-4, והופכים את פסק דין עדאלה נ' שר הביטחון מפסק דין מחייב למסמך של הצהרות בלבד. כדברי הנשיא ברק:

"חוקי היסוד יעשו פלסטר אם הזכויות החוקתיות לא יגרוו אחריהן סעדים מתאימים. הכרה בזכות אדם כחוקתית, גוררת אחריה הכרה בתרופה מתאימה אם הזכות מופרת; קיומה של זכות מחייב קיומה של תרופה".

אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי), נבו, 1994 עמ' 703-704.

7. העותרים יטענו כי המדיניות הגורפת של המשיבים פוגעת בזכויות החוקתיות של העותרים 1-4 ומנוגדת לעקרונות פסק דין עדאלה נ' שר הביטחון.

8. כמו כן, מדיניות המשיבים אינה עונה על תנאי פסקת ההגבלה, שכן היא לא נסמכת על חוק מפורש. נהפוך הוא. סעיף 3ב(3) לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג - 2003 (להלן: "חוק האזרחות והכניסה") מאפשר להם ליתן היתר לשהייה זמנית בישראל לצרכים כאלה אך הם לא מפעילים את הסמכות הזו. כמו כן, מדיניות המשיבים אינה לתכלית ראויה בהיותה פוגעת בשלטון החוק ומבטלת ללא חקיקה מפורשת את פסי"ד עדאלה נ' שר הביטחון ומפרה את עקרונותיו. כמו כן, היא מנוגדת להצהרות מדינת ישראל בפורומים זרים ובינלאומיים במסגרת תביעות תושבי רצועת עזה המתנהלות בחו"ל ולפיהן, בתי המשפט בישראל הם הפורום המתאים למתן סעד אפקטיבי לתושבי רצועת עזה ולא בתי המשפט הזרים. בנוסף, מדיניות המשיבים אינה עומדת במבחן המידתיות, בהיותה מדיניות גורפת הפוגעת בזכויות נפגעי כוחות הביטחון במידה העולה על הנדרש ושוללת את זכויות נפגעי פעולות הביטחון באופן שאינו שקול נגד התועלת מאחורי מדיניות המשיבים.

הצדדים לעתירה:

9. העותרים 1-5 הינם תושבי רצועת עזה, כאשר העותרים 1-4 הם תובעים בתביעות נזיקיות שהגישו נגד כוחות הביטחון בבתי משפט בישראל בגין נזקים חמורים שנגרמו להם כתוצאה מפעולותיהם של האחרונים. העותר מס' 5 הינו עד מטעמו של העותר מס' 4.

10. המשיבים 1-2 הינם השרים האחראים על גיבוש מדיניות הסגר על רצועת עזה והם האחראים על קביעת הקריטריונים להיתרי כניסה ויציאה מן ואל הרצועה.

11. המשיבים 3-17 הם בעלי תפקידים אשר הוסמכו ע"י המשיבים 1-2 למפקדי אזור כהגדרתם בחוק האזרחות והכניסה לישראל, והם מוסמכים לפי חוק זה ליתן לעותרים היתר לשהייה בישראל למטרה זמנית כאמור בסעיף 3ב(3) לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג – 2003.

ההליכים המשפטיים בעניינו של העותר 1

12. העותר מס' 1 שהינו כאמור תושב רצועת עזה, הגיש בחודש 3.2010 תביעה כספית לבית משפט השלום בירושלים (ת.א. 1673-03-10), בגין אירוע ירי שאירע ביום 12.8.2001. העותר נפגע מאש כוחות הביטחון שנורתה לעברו מעמדה קבועה של כוחות הביטחון מערבית לכיסופים. כתוצאה מירי זה פגעו קליעים בירך שמאל של התובע וריסקו את עצמות הברך.

צלום כתב התביעה מצ"ב ומסומן "ע/1".

כתב ההגנה מיום 18.10.2010 מצ"ב ומסומן "ע/2".

13. במהלך ההליכים המשפטיים בתיק, נקבעה ישיבת הוכחות ליום 19.12.2011 לשמיעת ראיות הצדדים. ביום 13.7.2011 פנו ב"כ העותר אל מת"ק ארז וביקשו עבור העותר ועדיו, אף הם מרצועת עזה, היתרי כניסה לישראל ליום 19.12.2011 לצורך ההתייצבות לישיבת ההוכחות. ביום 19.7.2011 הודיע המת"ק לב"כ העותר, כי:

"... עקב החרפת המצב הביטחוני השורר ברצועה בכלל וביחס למעברים בין עזה לישראל בכלל לאחר השתלטות החמא"ס על רצועת עזה, לא מתאפשרת כניסת פלסטינים לישראל אלא במקרים חריגים ביותר, בדגש על מקרים רפואיים והומניטאריים דחופים. ...

אי לכך, ככלל, לא מתאפשרת לעת הזו יציאת פלסטינים תושבי רצועת עזה לצרכים משפטיים ובכלל זה, מתן עדות בבית משפט. בהתאם לכך לאחר בחינת כלל נסיבות העניין, הוחלט שלא להתיר את כניסתם של מרשיד שבנדון לישראל כמבוקש".

צלום הפנייה ותשובת המת"ק מצ"ב ומסומן "ע/3".

14. ביום 20.10.2011 שוב פנו ב"כ העותר אל מת"ק ארז כשברשותם הפעם צווים מבית המשפט להתייצבות העדים לדיון ההוכחות אשר נקבע ליום 19.12.2011. במכתב מיום 27.10.2011 חזר המת"ק על תשובתו מיום 19.7.2011 מילה במילה.

צלום הפנייה השנייה ומכתב התשובה השני מצ"ב ומסומן "ע/4".

15. ביום 23.10.2011 הגיש העותר בקשה להורות לנתבעת להנפיק היתרי כניסה לעותר ולעדיו, לחילופין בקשה לקיום דיון במנהלת התיאום והקישור עזה ו/או בכל מקום אשר לצדדים ובמיוחד התובע ועדיו אפשרות להגיע אליו ללא צורך בהיתרי כניסה ולחילופין בקשה לקיום דיון באמצעות וידאו קונפרנס תוך הטלת מימונו על הנתבעת. בתגובתה מיום 14.2.2012 התנגדה הנתבעת לכל הבקשות. לעניין הנפקת היתרי כניסה לעדים, טענה הנתבעת כי בית המשפט הדן בתביעה אינו מוסמך לתת את הסעד המבוקש. ביום 14.3.2012 הגיש התובע את תשובתו לתגובת הנתבעת וחזר על בקשותיו.

צלום הבקשה והתגובות מצ"ב ומסומן "ע/5".

16. ביום 15.3.2012 הורה בית המשפט לצדדים להשלים את "טענותיהם בשאלה האם לא מוטל על התובע ועדיו בטרם פנייה בבקשה מסוג זה לפנות לבית המשפט המוסמך בעתירה כנגד הגורם שמונע את כניסתם (שאינו בהכרח הנתבעת אף שבאי כוח התובע סבורים כך) לאפשר את כניסתם וזאת מכל הטעמים שמצדיקים את עמדתם לקיום דיון בדרך של היועדות חזותית. ככל שהתובע והעדדים מטעמו נכונים לנקיטת הליך כאמור ומבקשים להשהות את הדיון בתובענה ואת מתן ההחלטה בבקשתם עד למיצוי הליך כאמור ומבקשים להשהות את הדיון בתובענה ואת מתן ההחלטה בבקשתם עד למיצוי הליך כזה יודיעו. בכל מקרה הצדדים יביעו עמדתם באשר לשאלה זו".

צלום ההחלטה מצ"ב ומסומן "ע/6".

17. הצדדים הגישו את טיעוניהם בהתאם להחלטה הנ"ל, אך טרם ניתנה החלטה בעניין.

צלום הודעות הצדדים מצ"ב ומסומן "ע/7".

18. לפיכך, פנו ב"כ העותר אל המת"ק שוב ביום 4.7.2012 וביקשו לקבל תשובה המתייחסת לכניסת העותר עצמו ועדיו לישראל לצורך מתן העדות, ולא למדיניות הכללית הנוגעת לכניסת תושבי רצועת עזה לישראל, בטרם יאלצו בנקיטת הליכים משפטיים על מנת לאפשר לעותר ועדיו להיכנס לישראל לצורך התייצבות לשיבת ההוכחות למתן עדותם.

יצוין, כי טרם התקבלה תשובת המת"ק לפנייה זו.

צלום המכתב מצ"ב ומסומן "ע/8".

ההליכים המשפטיים בעניינו של העותר 2 והפנייה להתרת כניסתו לצורך ביצוע בדיקה רפואית

19. העותר מס' 2, תושב רפח שברצועת עזה, דיג במקצועו, הגיש ביום 11.10.2010 תביעה נזיקית לבית משפט השלום בירושלים (ת.א. 4933-10-10) לקבלת פיצויים בגין נזקים שנגרמו לו כתוצאה מירי חייל ביום 5.10.2008 בעת שעסק בדיג סמוך לחוף רפח. כתוצאה מהירי נפצע העותר קשות ברגלו השמאלית והוא נזקק לטיפולים רפואיים הכוללים ניתוחים כירורגיים, אותם קיבל בעזה, במצרים ובירושלים בבית"ח אלמקאסד.

צלום כתב התביעה מצורף לעתירה זו ומסומן "ע/9".

צלום כתב ההגנה מצורף לעתירה זו ומסומן "ע/10".

20. ביום 20.11.2011 קבע בית משפט בפניו מתנהלת תביעת העותר, לבקשת הנתבעת, כי על התובע, העותר מס' 2, להפקיד סך של 14,000 ₪ להבטחת הוצאות המדינה הנתבעת למקרה שהתביעה תידחה.

מצ"ב צלום ההחלטה ומסומן "ע/11".

21. לאחר הגשת התביעה נדרש העותר להגיש חוות דעת רפואית של מומחה מטעמו. הנתבעת – המדינה, התנגדה להגשת חוות דעת מומחה מרצועת עזה, בטענה שאין מדובר במומחה ישראלי.

22. על אף חסרון כיסו של העותר, נמצא מומחה שהיה נכון לבדוק אותו ללא תשלום. אולם, ולמרות פניות רבות מטעם ב"כ העותר ועל אף קיומו של צו בית משפט בעניין, מסרבת המדינה לאפשר את כניסת העותר לישראל על מנת שיוכל להתייצב לבדיקה הרפואית בפני המומחה לצורך הכנת חוות הדעת הדרושה כדין.

23. ביום 27.6.2011 פנו ב"כ העותר אל בית המשפט בפניו מתנהל התיק וביקשו מתן צו המופנה למת"ק עזה להנפקת היתר כניסה לעותר ליום 20.7.2011 הוא יום הזימון שנקבע לעותר לבדיקת המומחה. ביום 27.6.2011 ניתן הצו כמבוקש.

צלום הבקשה והצו מצ"ב ומסומן "ע/12".

24. ביום 30.6.2011 פנו ב"כ העותר אל המת"ק בבקשה להנפקת היתר הכניסה כמבוקש.

צלום המכתב מצ"ב ומסומן "ע/13".

25. במכתב מיום 7.7.2011 השיב מת"ק עזה, כדלקמן:

"... עקב החרפת המצב הביטחוני השורר ברצועה בכלל וביחס למעברים בין עזה לישראל בכלל לאחר השתלטות החמא"ס על רצועת עזה, לא מתאפשרת כניסת פלסטינים לישראל אלא במקרים חריגים ביותר, בדגש על מקרים רפואיים והומניטאריים דחופים. ...

אי לכך, ככלל, לא מתאפשרת לעת הזו יציאת פלסטינים תושבי רצועת עזה לצרכים משפטיים ובכלל זה, מתן עדות בבית משפט. בהתאם לכך לאחר בחינת כלל נסיבות העניין, הוחלט שלא להתיר את כניסתם של מרשיך שבנדון לישראל כמבוקש".

צלום תשובת המת"ק מצ"ב ומסומן "ע/14".

26. בעקבות דין ודברים בין ב"כ העותר לבין ב"כ הנתבעת, עו"ד אריאל אררט, מהם נודע לב"כ העותר מפי ב"כ הנתבעת כי חלה הגמשה בעניין הכנסת תובעים מעזה לצרכים משפטיים, פנו ב"כ העותר ביום 26.2.2012 שוב אל מת"ק עזה וביקשו היתר כניסה עבור העותר. ביום 28.2.2012 התקבלה תשובת המת"ק הזוהה לתשובה מיום 7.7.2011.

צלום הפניה והתשובה מצ"ב ומסומן "ע/15".

27. ביום 12.3.2012 פנו ב"כ העותר אל ב"כ הנתבעת וביקשו את התערבותם על מנת לאפשר את כניסת העותר לצורך קיום הבדיקה הרפואית וקידום ההליך המשפטי. כמו כן, ביקשו ב"כ העותר לקבל העתק ההחלטות בעתירות בהם הונפקו לטענת ב"כ המדינה - הנתבעת, היתרי כניסה לתושבי עזה לצורך בדיקה רפואית להכנת חוות דעת.

צלום המכתב מצ"ב ומסומן "ע/16".

28. לב"כ העותר נמסר מב"כ המדינה כי לאחרונה ניתנו לתושבי רצועת עזה היתרי כניסה לצרכים משפטיים, וכי עליהם לפנות למת"ק בעניין העותר ואם לא יינתן היתר כניסה לפנות אל בית המשפט המוסמך. לפיכך, פנו ב"כ העותר ביום 26.3.2012 אל מת"ק עזה בדרישה לאפשר כניסת העותר לצורך ביצוע הבדיקה הרפואית בטרם יפנו בעניין לערכאות.

צלום הפניה מצ"ב ומסומן "ע/17".

29. ביום 22.4.2012 התקבלה תשובת המת"ק מיום 19.4.2012 לפיה "לצורך בחינת הבקשה, הנכם מתבקשים להעביר מסמכים נוספים המפרטים את מהות הפנייה".

צלום התשובה מצ"ב ומסומן "ע/18".

30. בשיחה טלפונית מיום 30.4.2012 שערך ב"כ העותר עם מת"ק עזה כדי לברר אילו מסמכים נוספים חסרים, ביקשו מהמת"ק פירוט לגבי נסיבות פציעתו של העותר על מנת להחליט אם להנפיק לו היתר כניסה אם לאו! נציגי המת"ק אף מסרו כי לא ידוע להם על אף מקרה בו ניתן היתר כניסה לתושב עזה לצורך השלמת הליכים משפטיים. אף שדרישת המת"ק לקבל פירוט לגבי נסיבות פגיעת העותר כתנאי לבחינת הבקשה למתן היתר כניסה הינה תמוהה ביותר, העבירו ב"כ העותר את הפירוט הדרוש אל המת"ק וזאת עוד ביום 2.5.2012. עד ליום הגשת עתירה זו לא התקבלה כל תשובה ממת"ק עזה לבקשה להיתר כניסה.

צלום המכתבים מיום 2.5.2012 ומיום 11.7.2012 מצ"ב ומסומן "ע/19".

31. במקביל, ועוד באותו יום, 2.5.2012, הגישו ב"כ העותר הודעה אל בית המשפט בפניו מתנהל התיק בו פירטו את ההתפתחויות השונות. בהחלטה מיום 2.5.2012 ציין בית המשפט בין היתר כי "יוער כי על פני הדברים לא ברי מדוע אין הנתבעת מסייעת - ויידרש הסבר לדברים במועד הדיון".

צלום ההודעה וההחלטה מצ"ב ומסומן "ע/20".

32. בדיון שהתקיים ביום 5.7.2012 בתביעת העותר, הודיע ב"כ המדינה – הנתבעת, לבית המשפט כי "המדיניות כיום היא כי לא מאפשרים כניסת מעזה אלא במקרים הומניטאריים. למיטב ידיעתי עתידה להיות מוגשת עתירה לבג"צ בעניין זה כאשר הליכים קודמים שהתנהלו בבית המשפט המחוזי בירושלים נמחקו. אין לי התנגדות להמתין להכרעה עקרונית בעניין הכניסה אשר רק איתה יהיה אפשר לקדם את התיק כאשר מוסכם שלא תועלנה טענות באשר לפרק זמן ההקפאה המתחייב עקב האמור. אציין כי גם אם נעבור את סוגית חוות הדעת, יעלה הקושי בהמשך בעת שמיעת הראיות". בית המשפט קבע כי עד ליום 3.3.2013 יוגש עדכון מטעם הצדדים.

צלום פרוטוקול הדיון מיום 5.7.2012 מצ"ב ומסומן "ע/21".

ההליכים המשפטיים בעניינו של העותר 3 והפנייה להתרת כניסתו לישראל

33. ביום 30.6.2009 הגיש העותר 3 תביעה לבית משפט השלום בהרצליה כנגד מדינת ישראל - משרד הביטחון, במסגרת ת.א. 23548-06-09.

צלום התביעה מצ"ב ומסומן "ע/22".

34. ישיבת ההוכחות בעניינו של העותר נקבעה ליום 14.6.2012.

35. ביום 25.4.2012 פנו העותרים באמצעות ב"כ בתביעה הנזיקית, עו"ד אמאל קבלן ממשרדו של עו"ד תמים יונס, אל המשיבים 17-3 בבקשה למתן היתר כניסה לישראל עבור העותר 5 ועדיו, על מנת שיוכלו להתייצב לישיבת ההוכחות.

צלום הפנייה אל המשיבים 17-3 מצ"ב ומסומן "ע/23".

36. ביום 7.5.2012 התקבלה תשובת מת"ק עזה מיום 6.5.2012 לפיה:

"... עקב החרפת המצב הביטחוני השורר ברצועה בכלל וביחס למעברים בין עזה לישראל בכלל לאחר השתלטות החמא"ס על רצועת עזה, לא מתאפשרת כניסת פלסטינים לישראל אלא במקרים חריגים ביותר, בדגש על מקרים רפואיים והומניטאריים דחופים. ...

אי לכך, ככלל, לא מתאפשרת לעת הזו יציאת פלסטינים תושבי רצועת עזה לצרכים משפטיים ובכלל זה, מתן עדות בבית משפט. בהתאם לכך לאחר בחינת כלל נסיבות העניין, הוחלט שלא להתיר את כניסתם של מרשיך שבנדון לישראל כמבוקש".

צלום תשובת המת"ק מצ"ב ומסומן "ע/24".

37. בשל מדיניות מניעת כניסת תושבי רצועת עזה לישראל, שוב לא יכל העותר להתייצב לשיבת ההוכחות שהייתה קבועה ליום 10.6.2012. לפיכך, קבע בית המשפט את התיק לתזכורת פנימית ליום 1.1.2013 לצורך קבלת עדכון הצדדים בדבר כוונתם לגבי המשך ניהול ההליכים בתיק. בית המשפט הוסיף: "בהעדר עדכון תמחק התביעה מחוסר מעש. למועד זה מתבקשת הנתבעת להודיע עמדתה להוצאות ההליך".

צלום ההחלטה מצ"ב ומסומן "ע/25".

38. לפיכך, החליט העותר להגיש את העתירה דנן.

ההליכים המשפטיים בעניינו של העותר 3 והפנייה להתרת כניסתם של העותרים 4-3 לישראל

39. העותר מס' 4 הינו התובע בתביעה נזיקית שהגיש נגד מדינת ישראל במסגרת ת.א. 1999/06 ח'אלד נצר אחמד נצראללה נ' מדינת ישראל בבית משפט השלום בחדרה, בשל נזקים שנגרמו לו עקב הריסת ביתו הנמצא בדיר אלבלח ברצועת עזה על כלל תכולתו, שלא כדין, ע"י הצבא וזאת ביום 29.3.2004. העותר הגיש את תביעתו עוד ביום 29.3.2006. העותרים 4 ו-5 מהווים יחד את עדי התביעה בתיק ונוכחותם בישיבת ההוכחות הקבועה בתיק זה הינה חיונית כדי שיוכל התובע, העותר 3, להרים את נטל ההוכחה המוטל עליו ע"פ דין.

צלום כתב התביעה מצ"ב לעתירה זו ומסומן "ע/26".

40. ביום 11.2.2007 הגישה המדינה את כתב ההגנה מטעמה.

צלום כתב ההגנה מצ"ב לעתירה זו ומסומן "ע/27".

41. במהלך השנים 2008-2012 נקבעו מספר מועדים לשמיעת ההוכחות בתיק; לדוגמה 13.11.08, 5.1.2010 ו-13.5.2012. אולם דיונים אלו בוטלו או נדחו בשל מדיניות סירוב כניסת עזתים לישראל.

צלום הבקשות וההחלטות מצ"ב ומסומן "ע/28".

42. יצוין, כי בשל מדיניות סירוב כניסת עדים מרצועת עזה, הן ב"כ המדינה כנתבעת והן בית המשפט בפניו מתנהלת התביעה הנזיקית, שבו והציעו לעותר 3 למחוק את תביעתו עם אפשרות לחידושה

בעתיד הקרוב. העותר 4 אשר הבין כי מדובר בדחיית הקץ עמד על זכותו להמשיך לנהל את התביעה וסירב למחוק את תביעתו.

ראו נספח "ע/28" לעיל הכולל צלום בקשת ב"כ המדינה לדחיית מועד דיון בה הוא מעלה על הכתב את הצעתו לב"כ העותר 4 למחיקת התביעה וצלום פרוטוקול הדיון מיום 14.12.2008 ממנו עולה הצעה דומה של ביהמ"ש.

43. ביום 25.4.2012 פנו העותרים באמצעות ב"כ בתביעה הנזיקית, עו"ד אמאל קבלן ממשרדו של עו"ד תמים יונס, אל המשיבים 3-17 בבקשה למתן היתר כניסה לישראל עבור העותרים 4-5, על מנת שיוכלו להתייצב לשיבת ההוכחות שהייתה קבועה במסגרת ת.א 1999/06 ליום 13.5.2012. צלום הפנייה אל המשיבים 3-17 מצ"ב ומסומן "ע/29".

44. ביום 7.5.2012 התקבלה תשובת מת"ק עזה מיום 6.5.2012 לפיה:

"... עקב החרפת המצב הביטחוני השורר ברצועה בכלל וביחס למעברים בין עזה לישראל בכלל לאחר השתלטות החמא"ס על רצועת עזה, לא מתאפשרת כניסת פלסטינים לישראל אלא במקרים חריגים ביותר, בדגש על מקרים רפואיים והומניטאריים דחופים. ...

אי לכך, ככלל, לא מתאפשרת לעת הזו יציאת פלסטינים תושבי רצועת עזה לצרכים משפטיים ובכלל זה, מתן עדות בבית משפט. בהתאם לכך לאחר בחינת כלל נסיבות העניין, הוחלט שלא להתיר את כניסתם של מרשיך שבנדון לישראל כמבוקש".

צלום תשובת המת"ק מצ"ב ומסומן "ע/30".

45. ביום 8.5.2012 פנתה הח"מ בעניין העותרים 4-5, אל עו"ד שי ניצן, משנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), עמו מתנהלת תכתובת בעניין התרת כניסת תושבי רצועת עזה המנהלים הליכים משפטיים בבתי משפט בישראל. פנייה זו לא זכתה לכל מענה. אי לכך, מוגשת עתירה זו.

צלום הפנייה אל עו"ד שי ניצן מצ"ב ומסומן "ע/31".

46. עקב סירוב כניסת העותרים 4 ו-5 לשיבה הקבועה ליום 13.5.2012, שוב נדחתה ישיבת ההוכחות ונקבעה ליום 28.2.2013.

צלום ההחלטה מיום 8.5.2012 מצ"ב ומסומן "ע/32".

47. למען הזהירות, יצוין כי ביום 24.6.2012 הגישו העותרים 4 ו-5 עתירה אל בית המשפט המחוזי בבאר שבע בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים עתירה נגד המשיבים להתיר את כניסתם לישראל (עת"מ 43070-06-2012). העתירה נקבעה לדיון ליום 11.10.2012.

48. יצוין, כי העותרים 4 ו-5 הצטרפו לעתירה דנן, על אף שעותרם הפרטנית בפני בית המשפט המנהלי בבאר שבע, עודנה תלויה ועומדת, כי הם סבורים כי קיימת סמכות מקבילה בעניינם לבית משפט נכבד זה וכי עניינם מושפע במישרין מהמדיניות הכללית לגבי כניסת תושבי רצועת עזה לישראל וכי לא ניתן להכריע בעניינם ללא הכרעה בעניין המדיניות הכללית.

הרקע העובדתי:

49. הדין הישראלי מכיר מזה עשרות שנים בזכותם של תושבי השטחים הפלסטיניים, נפגעי פעולות כוחות הביטחון, להגיש תביעות בישראל ע"פ דיני הנזיקין הישראליים ולקבל פיצוי בגין נזקיהם. פסק הדין בבג"צ **עדאלה נ' שר הביטחון** הכיר בזכות זו כזכות חוקתית לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בפסק דין זה פסל בית המשפט העליון את הוראת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה)(תיקון מס' 7), התשס"ה - 2005, אשר פטרה את המדינה מאחריות בנזיקין לנזקים שנגרמו לפלסטינים באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון, וקבע כי תיקון זה אינו חוקתי ועל כן הינו בטל.

50. בתגובת המדינה לעתירה נשוא פסק הדין הנ"ל, טענה המדינה כי התיקון לחוק הינו חוקתי מאחר ותושבי השטחים הפלסטיניים הם נתיני אויב ולכן אין הם זכאים להגיש תביעות נזיקין בישראל. בפסק הדין **עדאלה נ' שר הביטחון** דחה בית המשפט העליון את עמדת המדינה ועמד על מעמדה החוקתי של זכות הפלסטינים שניזוקו כתוצאה מפעולותיהם של כוחות הביטחון, לתבוע בבתי המשפט בישראל את נזקיהם, בהתקיים הנסיבות המתאימות, ולקבל פיצוי בגינם. כלשונו של בית המשפט שם:

"... הזכויות של תושבי האזור, שתיקון מס' 7 פוגע בהן, הן זכויות המוקנות להם בישראל. אלה הם זכויותיהם, על פי המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי. לפיו, בהתקיים הנסיבות המתאימות, ניתן לתבוע בישראל, על-פי דיני הנזיקין הישראליים, גם בגין עוולה אשר בוצעה מחוץ לישראל. אכן, מאז מלחמת ששת הימים, וביתר שאת מאז האינתיפאדה הראשונה, מתבררות בישראל על פי דיני הנזיקין הישראליים תביעות נזיקין של פלסטיניים תושבי האזור שנפגעו באזור ממזיק ישראלי בכלל ... מציאות זו עולה בקנה אחד עם כללי ברירת הדין בנזיקין הנהוגים במשפטנו (לסקירה נרחבת ראו פרשת ינון). אף המדינה לא טענה דבר כנגד תחולה זו של דין הנזיקין הישראלי".

ראו פסקה 23 בבג"צ **עדאלה נ' שר הביטחון**.

בית המשפט העליון קבע, כי תיקון מס' 7 שלל מהניזוקים זכות הקניין, ופגע בזכויותיו המוגנות של הניזוק לחיים, לחירות, ולשלמות הגוף. כלשונו של בית המשפט:

"24. ... ראשית, הזכות בנזיקין הנתונה לניזוק (או ליורשיו או לתלויים בו), ואשר נשללה על ידי תיקון מס' 7, הינה חלק מזכותו החוקתית של הניזוק לקניין. ...

25. שנית, האחריות בנזיקין מגינה על מספר זכויות של הניזוק, כגון הזכות לחיים, לחירות, לכבוד ולפרטיות. דיני הנזיקין הם אחד המכשירים העיקריים באמצעותם מגינה שיטת המשפט על זכויות אלה; הם האיזון שהמשפט קובע בין זכויות הפרטים, בינם לבין עצמם, ובין זכות הפרט ואינטרס הציבור. שלילתה של האחריות בנזיקין או צמצומה פוגעות בהגנה על זכויות אלה. בכך נפגעות זכויות חוקתיות אלה".

51. כדי שהניזוקים יוכלו לממש את זכותם לתבוע את נזקיהם בבתי המשפט בישראל, יש לאפשר לניזוקים - בעלי הדין - ועדיהם, כניסה אל ישראל כדי שיוכלו לנהל את תביעותיהם ולקיים את החובות המוטלות עליהם ע"פ תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד - 1984 (להלן: "**תקנות סדר הדין האזרחי**") כגון הגשת תצהירי גילוי מסמכים ותשובות לשאלונים (על הדרישות שעל תצהיר

לקיים כדי שזה יענה על דרישות דיני הראיות במשפט הישראלי ראו סעיף 15 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א – 1971 (להלן: "פקודת הראיות") ותקנה תקנה 1, 521(א) לתקנות סדר הדין האזרחי), התייצבות לצורך בדיקה ע"י מומחים רפואיים בישראל וכן הגשת תצהירי עדות ראשית (ראו סעיף 17(א) לפקודת הראיות הקובע כי מקום בו לא התייצב המצהיר לחקירה רשאי בית המשפט לפסול את התצהיר מלשמש ראיה וכן תקנה 522(ד) לתקנות סדר הדין האזרחי הקובע כלל דומה כאשר מדובר במצהיר שאינו בעל דין אם היריב ביקש את חקירתו והעד לא התייצב).

52. ברם, מאז חודש ספטמבר 2007, החמירה מדינת ישראל את מדיניותה כלפי רצועת עזה והחליטה על הטלת סנקציות כנגד האוכלוסייה האזרחית ברצועה ובכלל זה קבעה:

1. "ארגון החמאס, הוא ארגון טרור שהשתלט על רצועת עזה והפך אותה לשטח עויין. ארגון זה נוקט בפעילות עויינת נגד מדינת ישראל ואזרחיה ומהווה את הכתובת האחראית לפעילות זו.
2. "לאור זאת הוחלט לאמץ את ההמלצות שהציגה מערכת הביטחון ובכלל זה המשך הפעילות הצבאית והסיכולית כנגד ארגוני הטרור. בנוסף, יוגבלו הגבלות נוספות על שלטון החמאס באופן שתוגבל העברת טובין לרצועת עזה, צמצום אספקת הדלק והחשמל, ותוטל מגבלה על תנועת אנשים מן הרצועה ואליה.
3. "ההגבלות ייושמו לאחר בחינה משפטית תוך התחשבות בהיבטים ההומניטאריים השוררים ברצועת עזה ומתוך כוונה להימנע ממשבר הומניטרי" (ההדגשה הוספה).

ראו הודעת משרד ראש הממשלה מיום 19.9.2007:

<http://www.pmo.gov.il/PMO/Archive/Spokesman/2007/09/spokecab190907.htm>

מאז החלטה זו, המדיניות המוצהרת למתן היתרי כניסה לישראל ולמעבר לגדה המערבית לתושבי רצועת עזה מוגבלת למקרים הומניטאריים חריגים ודחופים בלבד. ראו מסמך מדיניות תנועת אנשים בין מדינת ישראל לרצועת עזה, אשר פורסם ע"י משרד הביטחון, לשכת מתאם פעולות הממשלה בשטחים.

http://www.cogat.idf.il/Sip_Storage/FILES/3/2533.pdf

53. כפי שעולה ממסמך מדיניות תנועת אנשים, כניסתם של תושבי רצועת עזה לצרכים משפטיים אינה מהווה חלק מהחריגים הקבועים למדיניות הסגר.

54. סעיף 1(ב) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 קובע, כי מי שאיננו אזרח ישראלי או בעל אשרת עולה או תעודת עולה, תהיה ישיבתו בישראל על פי רשיון ישיבה לפי אותו חוק. סעיף 2 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג - 2003 (להלן: "חוק האזרחות והכניסה"), מוסיף וקובע, בין היתר, כי בתקופת תוקפו של חוק זה (המוארך מעת לעת), על אף האמור בכל דין, שר הפנים לא ייתן לתושב אזור רשיון ישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, ומפקד האזור לא ייתן לתושב אזור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון באזור. אולם, להסדר כללי זה, נקבעו חריגים, ובהם זה הקבוע בסעיף 3ב לחוק האזרחות והכניסה, לפיו:

"רשאי מפקד האזור לתת היתר לשהייה בישראל למטרה כמפורט להלן: ... (3) למטרה זמנית, ובלבד שהיתר לשהייה למטרה כאמור יינתן לתקופה מצטברת שלא תעלה על שישה חודשים."

55. לא למותר להזכיר, כי סעיף 3ב(1) לחוק האזרחות והכניסה מציין מפורשות את סמכות מפקד האזור לתת היתר לשהייה בישראל לצורך טיפול רפואי, כך שהסמכות למתן היתר לשהייה למטרה זמנית לפי סעיף 3ב(3) נועדה מפורשות למטרות שאינן צרכים רפואיים. לפיכך, ברור כי זכותם של תובעים מרצועת עזה למימוש סעד משפטי הקנוי להם מכח חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התש"ב - 1952 (להלן: "חוק הנזיקים האזרחיים") נופלת תחת קטגורית חריג השהייה ל"מטרה זמנית" שבסעיף 3ב(3) לחוק האזרחות והכניסה. למרות זאת, סמכות זו אינה באה לידי ביטוי במסגרת מדיניות הכניסה והיציאה הנוהגת בשנים האחרונות כלפי רצועת עזה.

56. זאת ועוד, בהתאם לסעיף 24(א) לחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה - 2005, ומאז השלמתה של ההתנתקות, חל איסור על כניסתם ושהייתם של ישראלים ברצועת עזה, אלא בהינתן היתר מהמפקד הצבאי.

57. המשיבים מונעים את כניסתם של בעלי הדין ועדיהם תושבי רצועת עזה למרות הסמכות הנתונה בחוק האזרחות והכניסה ליתן היתרי כניסה למטרה זמנית. כפי שקרה בעניינם של העותרים 1-2, בקשותיהם של תובעים מרצועת עזה להתיר את כניסתם ו/או כניסת עדיהם לישראל לצורך קיום חובותיהם ע"פ דין במסגרת ההליכים המשפטיים, נדחות בנימוק כי בקשות אלו אינן עומדות בקריטריון היציאה והכניסה אל עזה שהינו קריטריון "המקרה ההומניטארי הדחוף". כך למשל:

א. במהלך השנים 2007 ו- 2008 הגיש משרדו של עו"ד אבו חוסין, בקשות רבות למנהלת תיאום וקישור עזה ויועמ"ש עזה למתן היתר כניסה למרשו, מר מוחמד אסעד אללוח, ולאביו, מר אסעד אללוח, כדי שיוכל התובע להתייצב לבדיקה בפני רופא מומחה וזאת במסגרת ניהול תביעה כספית שהגיש נגד המדינה. בקשות אלו סורבו, וכך נאמר שם:

"עקב המצב הביטחוני השורר ברצועת עזה בעת הנוכחית והעדר תיאום מול הצד הפלסטיני, לא מתאפשרת כניסת פלסטינים לישראל אלא במקרים חריגים ביותר, בדגש על מקרים רפואיים והומניטאריים דחופים.

אי לכך, לא מתאפשרת בעת הזו יציאת פלסטינים תושבי רצועת עזה לצרכים משפטיים ובכלל זה מתן עדות בבית משפט. עם שינוי הנסיבות ובהתאם להערכת מצב עדכנית שתיערך, ניתן יהיה לשוב ולהגיש בקשות אלו למנהלת התיאום והקישור "ארז" מראש".

צלום הפניות ותשובת המת"ק מצ"ב ומסומן "ע/33".

ב. ביום 15.2.2010 פנה עו"ד חוסין אבו חוסין, אל מנהלת התיאום והקישור "עזה", בשמו של מרשו, אחמד נקירה, בבקשה למתן היתר כניסה לישראל לצרכים משפטיים. ביום 16.2.2010 סורבה הבקשה מאותם נימוקים שניתנו בעניינו של אללוח.

המכתב מצ"ב ומסומן "ע/34".

ג. ביום 3.3.2010 קיבל עו"ד תמים יונס, ב"כ של העותרים 3 ו- 4, תשובה זהה לפנייתו בעניין כניסת מרשיו מאג'יד אלמקאדמה, מרים שאהין ושוקרי אלמקאדמה, גם הם תובעים מרצועת עזה המנהלים הליכים משפטיים נגד מדינת ישראל.

מכתב המת"ק מצ"ב ומסומן "ע/35".

ד. ביום 2.5.2010 קיבלה עו"ד קבלאן ממשרדו של עו"ד תמים יונס, תשובה זהה מהמת"ק לפנייתה למתן היתר למרשיה, בני משפחת עקל.

מכתב המת"ק מיום 2.5.2010 מצ"ב ומסומן "ע/36".

ה. ביום 4.1.2011 קיבל עו"ד תמים יונס תשובה זהה מהמת"ק בעניין מרשיו בני משפחת רביע וגאליה.

צלום המכתב מצ"ב ומסומן "ע/37".

ו. פניות דומות מהתקופה האחרונה, נשלחו בעניינם של העותרים 1-5, ולגביהם התקבלה תשובה זהה מהמת"ק.

ראו נספחים "ע/3", "ע/14", "ע/15", "ע/18", "ע/24" ו-"ע/30" לעיל.

58. הנה כי כן, **סירוב מתן היתרי כניסה לישראל לתושבי רצועת עזה לצורך ניהול הליכים משפטיים הינו סירוב קטגורי וגורף המבוסס על המדיניות הכללית המונהגת ביחס לרצועת עזה והנמשך קרוב לחמש שנים!**

59. זאת ועוד, פניות של עו"ד המייצגים תובעים מרצועת עזה בבתי המשפט בישראל, אל מפקדי האזור לצורך קבלת היתרי כניסה לרצועת עזה, על מנת להיפגש עם לקוחותיהם מהרצועה ולגבות עדויות ו/או תצהירים, מסורבות אף הן מהנימוק כי רצועת עזה נתונה לסגר וכי המבקשים אינם עומדים בקריטריונים למתן היתרי כניסה אל הרצועה.

ראו לדוגמה פנייתו של עו"ד תמים יונס מיום 3.3.2010 ותשובת המת"ק מיום 30.4.2010 המצ"ב ומסומנים "ע/38".

תוצאות אי הפעלת הסמכות שבהוראת השעה - נעילת שערי בתי המשפט בישראל בפני הניזוקים תושבי רצועת עזה

60. כתוצאה ממניעת כניסתם של התובעים מרצועת עזה ועדיהם אל ישראל ולחלופין כניסתם של עורכי דין מישראל אל רצועת עזה, נפגעת, ולפעמים נמנעת לחלוטין, יכולתם של התובעים מעזה להשלים חובות המוטלות עליהם ע"פ תקנות סדר הדין האזרחי ופקודת הראיות. כמובן שבשל מניעת הכניסה לישראל של בעלי הדין ועדיהם מרצועת עזה ועדיהם לישראל, נמנעת מהם היכולת להתייצב לדיוני ההוכחות לצורך מתן עדותם ובכך למעשה נמנעת מהתובעים האפשרות להרים את נטל ההוכחה המוטל עליהם לצורך הזכייה בתביעתם (על נטל השכנוע וחובת ההוכחה החלה על בעל דין בהליך אזרחי ראו ד"ר 4/69 **נוימן נ' כהן**, כד(2) 290-292. ראו גם י. קדמי, **על הראיות - הדין בראי הפסיקה**, חלק שלישי, הוצאת דיונון, מהדורת 1999, עמ' 1273). לא למותר לציין, כי מדיניות המשיבים מונעת מבעלי הדין את הזכות להיות נוכחים בהליכים המשפטיים המתנהלים בעניינם.

61. כתוצאה מכך, בתי המשפט אשר בפניהם מתנהלות תביעות אלו, בהכירם את הקשיים בהם נתקלים התובעים ועורכי דינם בניהול ההליך המשפטי כתוצאה ממדיניות המשיבים, מוחקים את

התביעות כאשר בהרבה מן המקרים המחיקה נעשית תוך חיוב התובעים בהוצאות המדינה-
הנתבעת.

62. בהינתן הוראות ההתיישנות הקבועה בסעיף 5א(ג) לחוק הנזיקים האזרחיים, העומדת על שנתיים מיום האירוע הנזיקי, מחיקתן של תביעות אלו מעמידה את התובעים בפני הסיכון של התיישנות התביעות ושלילה מוחלטת של זכותם לקבלת סעד וזאת בשל מדיניות המשיבים הנמשכת למרות שהתובעים עשו את כל אשר לאל ידם כדי לממש את זכויותיהם במועד על אף כל הקשיים שעמדו בדרכם.

על מדיניות העלאת טענת ההתיישנות נגד תביעות המוגשות נגד המדינה בשל פעולות כוחות הביטחון בכל מקום שבו קיים בסיס עובדתי או משפטי לכך ראו תגובת המדינה בבג"צ 9408/10 **המרכז הפלסטיני לזכויות אדם נ' היועץ המשפטי לממשלה** (תיק תלוי ועומד) (להלן: **"עתירת המרכז הפלסטיני לזכויות אדם"**), שם ביקשו העותרים סעד של הארכת תקופת ההתיישנות להגשת תביעות נזיקין לנפגעי המבצע הצבאי **"עופרת יצוקה"**, פסקה 18.

תגובת המדינה מצ"ב ומסומנת **"ע/39"**.

63. כאן המקום לציין את החסמים השונים העומדים בדרכם של התובעים מרצועת עזה בנוסף לבעיית הכניסה לישראל. תיקון מס' 5 לחוק הנזיקים האזרחיים הקשה במידה ניכרת על נפגעי פעולות כוחות הביטחון תושבי השטחים הפלסטיניים לתבוע את נזיקיהם בבתי המשפט בישראל. על הניזוקים מוטלת חובת מתן הודעה בכתב תוך 60 יום מיום האירוע הנזיקי וכן החובה להגיש את תביעתם תוך שנתיים מיום קרות האירוע, שאם לא כן תועלה נגדם טענת התיישנות. ועוד, על התובעים להוכיח שאין המדובר בפעולת לחימה אשר בקיומה פטורה המדינה מאחריות כלפי הניזוקים. יתרה מכך, החוק קובע כי הוראות סעיפים 38 ו-41 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) שעניינן העברת נטל הראיה כשנטענת טענת רשלנות לגבי **"דברים מסוכנים"** וכן כשמדובר בטענת **"הדבר מעיד על עצמו"** אינן חלות על תביעות נזיקין נגד המדינה, כך שנטל ההוכחה רובץ על שכמם של התובעים. ראו סעיפים 5א(2), 5א(3) ו-5א(4) לחוק הנזיקים האזרחיים. יצוין כי בין לבין נכנס לתוקפו תיקון מס' 8 לחוק הנזיקים האזרחיים.

64. בפני התובעים עומד חסם נוסף שהינו החסם הכלכלי. לפי תקנה 519 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד - 1984 רשאי בית המשפט לצוות על התובע להפקיד ערובה להבטחת תשלום הוצאות הנתבע, כאשר ואם ציווה כאמור ולא ניתנה הערובה במועד הקבוע תידחה התביעה. סכום ערובה זה עמד על כ-30,000 ש"ח. בתביעות רבות נאלצו התובעים למשוך את תביעותיהם בשל אי יכולתם לעמוד בתנאי מכביד זה ולחלופין התביעות נדחות בשל אי הפקדת הערובה.

ראו לדוגמא החלטות בתי המשפט בתיקים: ת"א 24651/06 **עזבון אלשווא נ' מדינת ישראל** פסק דין מיום 18.10.2009 הנעתר לבקשת התובעים למחיקת התביעה, ת"א (מחוזי חיפה) 1106/05 **אחמד מוחמד אלבשיתי נ' מדינת ישראל** פסק דין מיום 29.6.2009 המורה על הפסקת התובענה, ת"א (שלום חדרה) 3443/07 **עזבון המנוח חסן רדואן שאהין שעת' נ' מדינת ישראל** בקשה למחיקת התביעה ופסק הדין מיום 4.3.2009, ת"א (מחוזי חיפה) 183/07 **מדינת ישראל נ' פריד שעבאן חג'אג'** החלטה מיום 1.2.2009 המורה על דחיית התביעה, ת"א (שלום הרצליה) 1624/06 **עזבון סאמה יוסף אבו גזר נ' מדינת ישראל** פסק דין מיום 14.1.2009, ת"א (מחוזי חיפה) 499/07 **עזבון**

המנוחה צבאח מוחמד חרארה נ' מדינת ישראל החלטה מיום 26.7.2008 המוחקת את התביעה בהתאם להסדר דיוני אליו הגיעו הצדדים, ת"א (שלום הרצליה) 1816/06 **עזבון אלעצאר נ' משרד הביטחון**, פסק דין מיום 10.6.2008; ת"א (השלום הרצליה) 1622/06 **עזבון חגאזי נ' משרד הביטחון**, פסק דין מיום 10.6.2008.

צלום הבקשות וההחלטות מצ"ב ומסומן "ע/40".

65. למותר לציין, כי בשנה האחרונה החלו בתי המשפט לחייב כל תובע בתביעות מהסוג עסקי בהפקדת ערובה בסכום ממוצע של 20,000 ₪ להבטחת הוצאות המדינה - הנתבעת. סכומי הערובה שנקבעו בחלק מהתיקים עומדים על מאות אלפי שקלים. באחד התיקים בעניין אלסמוני ז"ל עומד סכום הערובה על כמיליון ומאתיים אלף ₪. בקשת רשות ערעור שהוגשה לבית המשפט העליון נגד ההחלטה בעניין הערובה נדחתה ביום 5.7.2012. ראו רע"א 9548/11 **עזבון המנוח נדאל אלסמוני ז"ל ואח' נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון**. בקשות רשות ערעור דומות נדחו אף הן באותה החלטה וכך גם בקשת המבקשים מיום 13.2.2012 לאחד את בקשות רשות הערעור, להתיר למבקשים להשלים את טיעוניהם ולקבוע מועד לדיון בבקשות.

צלום הבקשה מצ"ב ומסומן "ע/41".

צלום ההחלטה מצ"ב ומסומן "ע/42".

66. תושב עזה אשר הצליח להתגבר על חסמים אלו, דהיינו, הגיש הודעה בכתב בתוך 60 הימים והגיש את תביעתו לבית המשפט בטרם חלה תקופת ההתיישנות ושילם את הערובה שנקבעה, נתקל מאז 2007 במחסום הפיזי והוא מדיניות המשיבים המונעת ממנו אפשרות הכניסה לישראל ובכך נשללת ממנו היכולת לנהל את ההליך המשפטי דבר שמהווה למעשה שלילה של זכות התביעה בישראל. זהו בדיוק המצב בו נמצא העותר מס' 1, אשר הגיש את תביעתו תוך המועד הקבוע לכך בחוק, הפקיד את האגרה שנקבעה בעניינו, השלים את חובותיו בהליכי קדם המשפט אך נבצר ממנו להתייצב לשיבת ההוכחות בתיק ובכך נמנע ממנו לסיים את ההליך המשפטי ולקבל את הסעד לו הוא זכאי.

מחיקת תביעות של תובעים מרצועת עזה ע"י בתי משפט בישראל בשל מדיניות המשיבים

67. במהלך השנים האחרונות הוגשו על ידי פלסטינים תושבי רצועת עזה, מאות תביעות בנזיקין כנגד מדינת ישראל, בעקבות נזקים שנגרמו לתובעים או לקרובי משפחתם כתוצאה מפעולותיהם של כוחות הביטחון ברצועת עזה (להלן: "התביעות"). מרביתן של תביעות אלו נתקלו בבקשות חוזרות ונשנות של באי כוח המדינה כנתבעת (הפרקליטות האזרחית במחוזות השונים) למחיקת אותן תביעות וזאת מהטעם כי התובעים ובאי כוחם לא הצליחו להשלים את ההליכים המקדמיים בתיקים, ולחילופין מהסיבה שהעדים מטעם התובעים לא התייצבו לדיונים שנקבעו לשמיעת הראיות בתיקים. כאמור, ה"מחדלים" המיוחסים לתובעים נובעים מהמדיניות שהחילה הממשלה על רצועת עזה המונעת יציאתם וכניסתם של אנשים ממנה ואליה, מדיניות שאיננה בשליטתם של התובעים או באי כוחם אלא בידיה של הנתבעת עצמה, תחת כובעה האחר.

68. בתי המשפט בישראל, המכירים את הקשיים בהם נתקלים התובעים ובאי כוחם הנובעים ממדיניות המשיבים, נעתרים לבקשות המדינה ומוחקים את התביעות פעמים רבות תוך חיוב התובעים בהוצאות משפט.

69. היו אף מקרים בהם בתי המשפט החליטו מיוזמתם, על אף שבאי כוח הצדדים הגיעו ביניהם לידי הסכמה לדחיית הדיונים בשל מדיניות הסגר, וללא שנתבקשו ע"י ב"כ המדינה הנתבעת, למחוק את התביעות וזאת בשמו של האינטרס הציבורי של כלל ציבור המתדיינים בישראל.

דוגמאות לתיקים בהם נמחקו התביעות כתוצאה ממדיניות המשיבים:

70. ביום 1.2.07 הוגשה תביעה לבית המשפט המחוזי בחיפה בשמם של תובעים תושבי רצועת עזה **ממשפחת חג'אג'**, אשר חלקם נפגעו בעצמם ביום 8.7.06 עקב ירי של טילים על ידי כלי טיס ישראלי לעברם, וחלקם האחר הם קרובי משפחתם של מנוחים שקיפחו את חייהם כתוצאה מאותו אירוע. התובעים הפקידו ערבוה בסך 30,000 ₪ להבטחת הוצאות הנתבעת. אולם לאור סגירתו של מחסום ארז, לא התאפשרה כניסתו של בא כוח התובעים, עו"ד יונס, לרצועת עזה או כניסת התובעים לישראל, ועל כן לא נערכה פגישת עורך דין-לקוח באופן המתיר החלפת מסמכים וחתומת תצהירי תשובה לשאלונים על ידי התובעים. מצב זה גרם להגשת בקשות הארכת מועד רבות. הנתבעת ביקשה למחוק את התביעה בטענה שהתובעים אינם מצליחים להשלים את ההליכים המקדמיים בתיק. ביום 14.12.09 החליט בית המשפט לקבל את הבקשה ולמחוק את התביעה, וכך פסק השופט זרנקין:

4" דעתי היא כי אכן אין מנוס ממחיקת התביעה. מאז שהוגש כתב הטענות האחרון בתיק זה, חלפו קרוב לשנתיים, וחרף בקשות חוזרות ונשנות מצידם של התובעים להארכות מועדים, עדיין לא צלחה דרכם להשלים את ההליכים המקדמיים הנ"ל. התובעים, כאמור, מתגוררים בעיר עזה ואין באפשרותם להיכנס לשטח המדינה, ועל כן הם אינם יכולים להיפגש עם עורך דינם ולחתום בפניו על מסמכים שונים, לא כל שכן להתייצב בבית משפט זה לצורך מתן עדות, על מנת להוכיח תביעתם. דומני כי בשל הנסיבות המתוארות לעיל, אין הדבר צפוי להשתנות בעתיד הנראה לעין, ואף אם יתגברו התובעים על ה"משוכה" של ההליכים המקדמיים, עדיין לא יתאפשר בירור התביעה לגופה."

ת"א (חיפה) 183/07 חג'אג' נ' **משרד הביטחון** (פסק דין מיום 14.12.09).

פסה"ד מצ"ב ומסומן ע/43."

71. בשנת 2004 הוגשה תביעה לבית משפט השלום בחדרה בשמם של 15 תובעים תושבי רצועת עזה **בני משפחת אבו סעיד** שחלקם נפגעו על ידי כוחות הצבא וחלקם האחר קרובי משפחה של מנוחים שנהרגו. בשל אי יכולת התובעים להיכנס לישראל לצורך מתן עדותם בפני בית המשפט, הגישו הצדדים בקשות לדחיית מועדי הדיונים. ביום 6.12.09 דחה בית המשפט בקשה **מוסכמת** לדחיית מועד הדיון, והורה על מחיקת התביעה מחוסר מעש, מהטעמים כדלקמן:

4. "בחודש ינואר 2009 ביטלתי ישיבת הוכחות שנקבעה מהטעם שלא ניתן לתובעים אפשרות להיכנס לישראל. התיק נקבע להוכחות ליום 8.12.09, ושוב הוגשה לי, היום, בקשה (מוסכמת) לדחיית מועד הדיון מאותו טעם. קיימים ותלויים בפני תיקים נוספים

דומים, גם של ב"כ התובעים דן, בהם גם התעוררה בעיה דומה. התרעתי בפניו לא אחת שעם כל הצער וההבנה למצבם של התובעים, לא אוכל לדחות התיק שוב ושוב מטעם דומה, לאורך שנים, שכן בכך יש פגיעה בתיקים אחרים התלויים ועומדים בפניי.

5. משאלה הם פני הדברים החלטתי, לנוכח בקשת הדחיה האחרונה, למחוק התביעה מחוסר מעש."

ת"א (חדרה) 4364/04 עזבון אבו סעיד נ' מדינת ישראל (פסק דין מיום 6.12.09).

צלום הבקשה ופסק הדין מצ"ב ומסומנים "ע/44".

יצוין כי תביעה זו הוגשה מחדש בבית משפט השלום בחיפה (ת"א 47617-08-10) כאמלה סאלח ואח' נ' מדינת ישראל, ובהחלטת בית המשפט נכרך גורלה של התביעה בגורלה של עתירה זו וזאת ביוזמתו של ב"כ הנתבעת-המדינה.

החלטת בית המשפט מצ"ב ומסומנת "ע/45".

72. מקרה נוסף עניינו בשלוש תביעות פיצויים בשל הריגתם של המנוחים אחמד בנאת, מוחמד לובד ומוחמד אלמדהון משנת 2004 אשר אוחדו, וכבר קוימו בהם כל ההליכים המקדמיים (ת"א (שלום חדרה) 4416/04, 4417/04 ו- 4418/04). בתיקים אלו הורה בית המשפט על מחיקת התביעות למרות שהייתה זו המדינה, הנתבעת, אשר ביקשה את דחיית מועדי הדיונים והארכת המועד להגשת הראיות מטעמה. בית המשפט קבע, כי יש להורות על מחיקת התביעות מחוסר מעש עקב אי כניסת העדים לישראל בנימוק כי מדובר בתובענות משנת 2004 ולא ניתן לגרור אותן ללא סוף.

צלום הבקשה ועל גביה החלטת בית המשפט מיום 19.4.2010 מצ"ב ומסומנת "ע/46".

73. יצוין, כי בתגובת ב"כ הנתבעת מיום 20.5.2010 לבקשת ב"כ התובעים לביטול החלטת ביהמ"ש המורה על מחיקת התביעה בתיקים שבנדון, ציין ב"כ הנתבעת בפסקה 9 שם, כי:

"6. לא למותר לציין, כי ערכאות רבות נתנו החלטות דומות בעניין זה ומחקו תביעות מחוסר מעש לאור אי התייצבות עדי עזה לדיונים לאורך תקופה, ... - אולם מדובר בשורת החלטות רבות ודומות בנסיבות זהות, שבמידת הצורך המשיבה תעשה בהן שימוש".

יצוין כי במסגרת ע"א (מחוזי חיפה) 7420/06/10 עזבון בנאת נ' מדינת ישראל (פסק דין מיום 20.9.2010), בוטלה מחיקת התביעה תוך החזרת התיק לדיון בפני בית המשפט קמא.

תגובת המדינה מצ"ב ומסומנת "ע/47".

74. תביעה בעניינם של בני משפחת אלמקאדמה, הוגשה בשנת 2005 ונמחקה בשל אי היכולת לקדם את ההליכים המשפטיים במסגרתה בשל הסגר על רצועת עזה. התביעה הוחזרה בשלב מאוחר יותר ליומן הדיונים לבקשת הצדדים. ואולם, לאחר ששוב נמנעה כניסתם של העדים לישראל, ובכך לא התייצבו לדיון לשמיעת ההוכחות, הורה בית המשפט ביום 11.3.2010, על מחיקת התביעה (ת"א 1542/05 (שלום חדרה) עזבון אלמקאדמה נ' מדינת ישראל). יצוין, כי תביעה זו הוגשה מחדש לבית משפט השלום בנצרת (ת"א 15084-03-11) ביום 8.3.2011.

צילום ההחלטה מצ"ב ומסומן "ע/48".

75. ביום 14.12.2008 מחק בית המשפט תביעה כספית לפיצויים שהוגשה ע"י **מחמוד מוסא אלשריף** (ת"א 4442-01), בבית משפט השלום בחדרה לאחר שנבצר מהתובע לנהל את התביעה בשל מניעת כניסתו לתחומי המדינה, הן לצורך התייצבות לבדיקה בפני מומחה למתן חוות דעת רפואית והן לצורך קיום דיון הוכחות בתיק. בהתאם להסדר הדיוני עם המדינה, תביעה זו הוגשה שוב בבית משפט השלום בחיפה (ת"א 22539-6-10). התיק נמצא בשלב קדם משפט והוא נתקל באותם קשיים בהם נתקלה התביעה בגלגולה הקודם. שכן, נוכח מדיניות המשיבים התובע אינו יכול להתייצב לבדיקה רפואית ע"י רופא מומחה ישראלי לצורך הכנת חוות דעת רפואית.

צילום ההחלטה מצ"ב ומסומן "ע/49".

76. בעניין ת"א (מחוזי חיפה) 353/06 **עזבון המנוח סרסור נ' מדינת ישראל**, הגישה הנתבעת בקשה למחיקת התביעה בשל אי הגשת תצהיר גילוי מסמכים תוך חיוב התובעים בהוצאות הנתבעת. בשל מדיניות המשיבים שאינה מאפשרת מפגש בין ב"כ התובעים לתובעים נבצר מהאחרונים להגיש תצהיר גילוי מסמכים כדין. ביום 4.4.2011 הורה בית המשפט על מחיקת התביעה תוך חיוב התובעים בהוצאות הנתבעת בסך של 30,000 ש"ח, בציינו כי:

4. ... אין זו הפעם הראשונה שהמשיבים אינם ממלאים אחר החלטות ביהמ"ש בענין מתן תשובות לשאלונים, המצאת תצהירי עדויות ראשיות וגילוי מסמכים... (שורות 20-21 לעמ' 4 לפרוטוקול)

... לא ניתן לראות התנהלות זו, אלא כזלזול חמור בהליכי ביהמ"ש ובהחלטות ביהמ"ש ולא נותר עוד מנוס, אלא להפעיל את הסנקציה המתחייבת, היא מחיקת התביעה.

אשר על כן, אני מוחקת את התביעה ומחייבת המשיבים לשלם למבקשת הוצאות התביעה בסך 30,000 ש"ח".

על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט העליון (ע"א 3288/11).

צלום ההחלטה מצ"ב ומסומן "ע/50".

77. הנה כי כן, מניעת כניסתם של התובעים אל ישראל לצורך ההליכים המשפטיים גורמת לסיבוך ההליכים המשפטיים ולבסוף למחיקת התביעות, תוך חיוב התובעים בהוצאות גבוהות, שעה שלא התובעים הם האחראים לסיבוכים או העיכובים אלא הנתבעת עצמה בהיותה הגורם האחראי לאי קיום תקנות סדרי הדין במשפט אזרחי והחלטות בתי המשפט, כחלק ממדיניותה ביחס לרצועת עזה.

הסדרים דיוניים בין הצדדים המקבלים תוקף של פסק דין שאינם אלא בבחינת דחיית הקץ

78. בנסיבות אלה, ברבים מהמקרים מגיעים הצדדים ביניהם לידי הסכמה על הפסקת התובענות וחידושן תוך תקופת זמן מוגדרת. לדוגמה; בת"א (שלום חדרה) 1394-07 **אלחלו נ' משרד הביטחון** הגיעו הצדדים להסכמה להפסקת התובענה למשך שנה, ללא שהמדינה תטען התיישנות. ביום 13.2.2011 מחק בית המשפט את התביעה ונתן תוקף של פסק דין להסכמות בין הצדדים. כך גם בת"א (שלום חדרה) 5843/04 **עקל נ' מדינת ישראל**, שם הורה בית המשפט ביום 15.3.2011 על מחיקת התביעה בהסכמה תוך שמירת זכויות התובעים לחדש את התובענה, וזאת לאחר

שניסיונות ב"כ התובעים לקדם את הדיון בתיק בדרכים אחרות כפי שמעיד פרוטוקול הדיון וההחלטה מיום 10.5.2010 (שמיעת העדים על דרך דיון הוכחות בוידאו קונפרנס ו/או קיום ישיבת הוכחות באולם דיונים הקיים בסמוך למחסום ארז), לא צלחו. גם בת"א 4916-05 (שלום חדרה) **עמראן נ' מדינת ישראל**, הופסקה התובענה ביום 4.1.2011 בהסכמת הצדדים תוך שמירת זכות התובעים לחדש את התובענה עד ליום 10.1.2012 כך שהנתבעת מתחייבת לא לטעון התיישנות. בת"א 831/05 (מחוזי חיפה) **עזבון מלק נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון**, הגיעו הצדדים להסכמה, שקיבלה ביום 20.1.2011 תוקף של החלטת בימ"ש לפיה בהיות רצועת עזה סגורה דבר המונע מהתובע להגיע לישיבת ההוכחות, תופסק התובענה ותהיה לתובע הזכות לחדשה תוך שנה מיום הפסקתה מבלי שהנתבעת תעלה טענת התיישנות נגדו.

צילום ההחלטות מצ"ב ומסומן "ע/51".

79. ביום 20.3.2005 הוגשה תביעה לפיצוי של הקטין מר מוחמד אסעד מוחמד אללוח אשר נפגע אנושות בראשו בעקבות מתקפת ירי ממסוקים, וכתוצאה מהפגיעה נותר נכה ומשותק בארבעת גפיו (ת"א 382/05 (מחוזי חיפה) **אללוח נ' מדינת ישראל**). התביעה הופסקה בהסכמה כיוון שלתובע לא הותר להיכנס לישראל על מנת להתייצב לבדיקה רפואית בפני מומחה שיקומי לעריכת חוות דעת רפואית. עקב העדר האפשרות המעשית להכניס את התובע לישראל, ובכך לקדם את ההליכים המשפטיים, נאלץ ב"כ התובע להסכים להפסקת התובענה. ביום 1.3.2010 הורה בית המשפט על הפסקת התובענה.

ההחלטה מצ"ב ומסומנת "ע/52".

80. כמובן, שבהסכמות הדיוניות לעיל לא היה כדי לפתור את הבעיה, שכן, בהתאם להסכמות בין הצדדים התביעות מחודשות ואז התובעים נתקלים שוב באותם קשיים וחוזרים לאותו מעגל הקסמים של סירוב כניסה ודחיות חוזרות ונשנות אשר הביאו מלכתחילה להפסקת התובענות. כך היה בעניין ת"א (שלום חדרה) 4915-05 **עואד נ' מדינת ישראל**, שם הורה בית המשפט ביום 9.9.2009 על מחיקת התביעה בשל אי יכולת התובעים לקיים את חובותיהם ולהגיש תצהירים כדין. תביעה זו הוגשה שוב בשנה שעברה בבית משפט השלום בהרצליה (ת"א 10959-06-10). ביום 4.4.2011 הורה בית המשפט על השלמת ההליכים תוך 90 ימים ועל קביעת דיון ליום 24.10.2011 אשר נדחה לישיבת קדם משפט ליום 6.9.2012. גם בת"א 5984-04 (שלום חדרה) **עזבון אבו סלימאן נ' משרד הביטחון**, ביום 8.2.2010 מחק בית המשפט את התביעה עקב קשיי כניסה של התובעים לישראל תוך שמירה על זכות התובעים לחדש את תביעתם מבלי שהמדינה תטען להתיישנות וזאת עד ליום 1.9.2010. תביעה זו הוגשה שוב בסוף חודש 8/2010 לבית משפט השלום בחיפה (ת"א 47590-08-10). לאחר המצאת מכלול התצהירים וכתבי בי הדין מהתביעה הקודמת, התיק שוב בשל להוכחות וישיבות שנקבעו לשמיעת הראיות נדחות בשל אי יכולת העדים מעזה להתייצב לדיונים.

ההחלטות מצ"ב ומסומנות "ע/53".

81. בתשובה לפנייות מרכז עדאלה לעיל, למתן היתרי כניסה לישראל לתובעים ולעדים, טענו המשיבים כי מדיניות היציאה מרצועת עזה נבחנת מעת לעת. התיקים של **שאדה עואד ואבו סלימאן** ורבים אחרים, מעלים ספק כבד בדבר נכונותה של טענה זו. למרות שתיקים אלו הוגשו בשנת 2004, לכל אורך חייהן וגם לאחר מחיקתן והגשתן מחדש, לא הותרה כניסת עזתים לישראל.

82. כיום קיימות עשרות אם לא מאות של תביעות נזיקין התלויות ועומדות בפני בתי משפט שונים בארץ, ובמרביתן סירוב כניסתם של התובעים והעדים מטעמם לישראל, מהווה חסם המעיק על המשך בירור התובענות. מדובר בתיקים הקבועים לשיבות קדם משפט או הוכחות, כאשר בחלק מהתיקים כבר נדחה מועד דיון ההוכחות מספר פעמים.

83. בת"א (שלום חיפה) 2956-07 אלבישאווי נ' משרד הביטחון, התברר כי המדינה תאפשר את כניסתם של עדיה מרצועת עזה בעוד היא סירבה לעשות כן לגבי עדיהם של התובעים. השופטת קראי-גירון, בפניה מתנהל התיק, עמדה על אי סבירות מצב זה והורתה לב"כ המדינה - הנתבעת, לבדוק אפשרות חקירת כל העדים מעזה בבית המשפט.

ראו החלטות בהמ"ש מיום 15.3.2011, 29.3.2011, 31.3.2011, 18.7.2011 ומיום 17.8.2011, המצ"ב ומסומנות "ע/54".

למען הסדר הטוב יצוין, כי בתיק זה בית המשפט שמע עדות אחת בתיק מטעם הנתבעת והוא טרם הכריע בשאלת שמיעת כלל העדים באמצעות וידאו-קונפרנס למקרה שבו לא תותר כניסתם של עדי התביעה מעזה אלא רק עדי המדינה-הנתבעת והוא ממתין לתוצאות ההליכים המשפטיים נגד מדיניות סירוב כניסת תובעים ועדיהם מרצועת עזה בטרם יחליט על המשך התיק שבפניו. מצ"ב ההחלטה מיום 30.10.2011 ומסומנת "ע/55".

84. יצוין כי בתיקים השונים בהם הוגשה בקשה לשמיעת העדים בוידאו-קונפרנס, הבקשות נדחו ע"י הערכאה הדנה בתיק או ע"י ערכאת הערעור במסגרת בר"ע על ההחלטה לאשר קיום דיון בדרך זו. כך היה בהחלטה מיום 17.7.2011 שניתנה בעניין **משרד הביטחון נ' פרג'**, שם ביטל בית המשפט המחוזי את החלטת בית משפט השלום לאפשר העדת עדי התביעה מרצועת עזה באמצעות וידאו-קונפרנס ולאפשר קיומה של ההתדיינות באופן זה. בית המשפט המחוזי קבע כי :

"הדרך אותה התיר בית המשפט קמא אינה יכולה להבטיח ניהול תקין של המשפט. ... מסקנה זו היתה מתבקשת, גם אם משמעותה היתה, כי דלתו של בית המשפט נחסמת בפני המשיבים להגיש תביעותיהם נגד המבקשת, ...".

ראו רע"א 35950-04-11 **משרד הביטחון נ' פרג' בבית המשפט המחוזי בנצרת** (פסק דין מיום 17.7.2011), המצ"ב ומסומן "ע/56".

85. בת"א 3444/07 **עטאר נ' מדינת ישראל**, המתנהל בבית המשפט השלום בחדרה, הוגשו תצהירי עדות ראשית מטעם התובעים ללא שהתצהירים אומתו כדין. המדינה אשר מצד אחד הטילה את הסגר ומסרבת להפעיל את סמכותה למתן היתרי שהייה זמניים לתובעים, טענה כנגד אמינות התצהירים בשל היעדר האימות כדין וביקשה כי בית המשפט יקבע את התיק לחקירת עדי התובעים ויתיר למדינה להגיש את תצהירי העדות הראשית מטעמה רק לאחר מכן. ביום 15.3.2011 נעתרה השופטת אסיף לבקשה וקבעה את התיק לשמיעת עדי התובעים ליום 21.6.2011. בקשת רשות ערעור שהוגשה על החלטה זו נדחתה לאור צו בתי המשפט (סוגי החלטה שלא תינתן בהן רשות ערעור) התשס"ט - 2009.

ראו רע"א 35676-04-11 (מחוזי חיפה) **עוזבון עטאר נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון**, מיום 27.4.2011.

צילום הבקשה וההחלטה על גביה מצ"ב ומסומן "ע/57".

86. ב"כ המדינה חזרו על מהלך זה גם בת"א 1676/08 (שלום חדרה) **אלקיק נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון**, תוך הסתמכות על החלטת השופטת אסיף הנ"ל והחלטת ביהמ"ש המחוזי ברע"א בעניין **עייזבון עטאר**, ביקשו לדחות את הגשת תצהירי העדות הראשית מטעם הנתבעת עד לאחר שמיעת עדי התביעה. ביום 1.6.2011 נעתר השופט שרעבי לבקשה בנימוק שאין טעם להטריח את הנתבעת בהכנת תצהירים טרם ייווכח שעדי התביעה יגיעו להיחקר על תצהיריהם, כאשר ניסיון העבר בתיקים אחרים דומים מלמד כי עדי התביעה מאזור עזה אינם מגיעים. בדיון שהתקיים ביום 9.6.2011 הורה בית המשפט על קביעת התיק לתזכורת וכרך את גורלה של התביעה בעתירה זו. צילום הבקשה, התגובה וההחלטות מצ"ב ומסומן "ע/58".

פניות ב"כ העותרים, מרכז עדאלה, אל המשיבים

87. יודגש כי בנוסף לכל הפניות הפרטניות בתביעות השונות לרבות בעניינם של העותרים 1-4, פנה מרכז עדאלה, ביום 14.10.2010 אל המשיבים בפנייה עקרונית נגד מדיניות סירוב היתרי הכניסה לתובעים ועדיהם מרצועת עזה ונגד סירוב מתן היתרי יציאה לעורכי הדין הישראלים אל הרצועה. צלום הפנייה מצ"ב ומסומן "ע/59".

88. בתשובה לפנייה זו הודיעה עו"ד רות בר, עוזרת שר הביטחון, כי לעת הזו מטעמים מדיניים וביטחוניים ברורים נאסרת כניסת תושבי רצועת עזה לתחומי מדינת ישראל למעט במקרים הומניטאריים לפי שיקול דעת הגורמים הביטחוניים הרלבנטיים. עו"ד בר הוסיפה, כי הפונים לא נתנו משקל מספיק לכלל הנסיבות הרלבנטיות לרבות אופי הממשל דהיום ברצועת עזה. תשובת משרד הביטחון מיום 25.10.10 לפניית מרכז עדאלה מצ"ב ומסומן "ע/60".

89. יצוין, כי יתר המשיבים לא השיבו לפנייה, למעט הודעה ממשרדו של המשיב 2 לפיה הפנייה הועברה לטיפולו של עו"ד שי ניצן המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים). מכתב לשכת היועמ"ש מיום 21.10.2010 מצ"ב ומסומן "ע/61".

90. ביום 25.5.2011 פנה מרכז עדאלה אל שר הפנים ושר הביטחון, המשיבים 1-2, ואחרים, בדרישה להוצאת הנחיות למפקדי האזור לצורך הפעלת סעיף 3ב(3) לחוק האזרחות והכניסה (הוראת השעה) למתן היתרי שהייה למטרה זמנית, לבעלי-דין ועדיהם מרצועת עזה על מנת להנגיש את בתי המשפט אל מי שתובעים את זכויותיהם הנזיקיות מכוחות הביטחון ולאפשר לניזוקים לממש את זכותם לפיצויים. צלום הפנייה מצ"ב ומסומן "ע/62".

91. בתשובה לפניות הח"מ מיום 14.10.2010 וה- 25.5.2011 התקבל מכתבו של עו"ד שי ניצן, המשנה לפרקליט המדינה - תפקידים מיוחדים, מיום 19.6.2011, בו נטען, כי אין לתושבי רצועת עזה זכות קנויה להיכנס לשטח מדינת ישראל לכל מטרה שהיא, ולא מוטלת על הגורמים המוסמכים כל חובה שבדין להתיר את כניסתם כאמור. לפיכך מניעת כניסתם של תושבי רצועת עזה לישראל

הינה במסגרת הפרוגטיבה של כל מדינה להחליט מי יבוא בשעריה, וכי מדובר בנתיני צד שכנגד לעימות מזוין. עו"ד ניצן הוסיף וטען כי אין במניעת כניסת התובעים ועדיהם כדי להקשות על ניהול התביעה והיא מתעוררת רק באותם מקרים שבהם התביעה מבשילה להוכחות בשאלה האם עיוולה המדינה כלפי התובע. רק אז חיונית הגעתו של עד מסוים מעזה לישראל לצורך מתן עדותו. עו"ד ניצן הוסיף כי במקרים אלה יכול התובע אשר לא הותרה כניסתו וכניסת עדיו לישראל, לפנות לערכאה המתאימה בעניינו הפרטני ולהשיג על החלטה זו, בכלים המשפטיים המנהליים העומדים לרשותו.

צילום המכתב מצ"ב ומסומן "ע/63".

92. הנה כי כן, עו"ד ניצן לא התכחש כלל ועיקר לקיומה של מדיניות סירוב הכניסה, וכל אשר נאמר בתשובתו היה כי בפני הנפגעים ממדיניות זו עומדת האפשרות לפנות לבית המשפט המוסמך. בתשובה זו בולטת בהיעדרה ההסכמה העקרונית שבמקרים המתאימים ישקלו הגורמים המוסמכים מתן היתר כניסה לתובע או לעד מטעמו מרצועת עזה.

93. לפיכך, ביום 24.10.2011 הגיש מרכז עדאלה עתירה מנהלית נגד מדיניות זו במסגרת תיק עת"מ 31179-10-11 (מחוזי ירושלים) **עזבון המנוחה כאמלה סלימאן ואח' נ' שר הפנים ואח'**.

94. ביום 27.2.2012 התקיים דיון בעת"מ הנ"ל ובסופו, בעקבות הערות בית המשפט, החליטו העותרים על מחיקת העתירה תוך שמירה על טענותיהם לשם הגשתה באופן אחר.

צלום הפרוטוקול וההחלטה מיום 27.2.2012 מצ"ב ומסומן "ע/64".

95. לאחר מכן, ולאור הטענות שהועלו במהלך הדיון ע"י ב"כ המשיבים בעת"מ, ולפיהן ובהסתמך על האמור במכתבו של עו"ד ניצן נספח "ע/63" לעיל, במקרים מסוימים כן תתאפשר כניסתם של תושבי רצועת עזה לישראל לצרכים משפטיים (ראו הפרוטוקול נספח "ע/64" לעיל, שב ופנה מרכז עדאלה אל עו"ד שי ניצן וביקש לדעת באילו מקרים תותר כניסת תובעים או עדים מרצועת עזה ומהם הקריטריונים למתן היתר כניסה כאמור.

צלום פניית מרכז עדאלה מיום 8.3.2012 מצ"ב ומסומן "ע/65".

96. מרכז עדאלה אף פנה ישירות אל המשיבים 17-3 וביקש לדעת באילו מקרים תותר כניסתם של תובעים ועדיהם מרצועת עזה לצורך ניהול ההליכים המשפטיים ומהם הקריטריונים לבחינת הבקשות מסוג זה.

מצ"ב צלום הפנייה מיום 8.4.2012, ומסומן "ע/66".

97. מרכז עדאלה שב ופנה אל עו"ד ניצן בעניין זה, ביום 8.5.2012 תוך התייחסות להחלטות הסירוב, נספחים "ע/24" ו-"ע/30" לעיל, וכן ביום 7.6.2012 בטרם ייאלץ לפנות בעניין שוב לבית המשפט.

צלום הפניות מצ"ב ומסומן "ע/67".

98. ביום 8.8.2012 התקבל מכתב ממפקדת הפרקליט הצבאי הראשי מחלקת הדין הבין-לאומי מיום 7.8.2012, המתייחס לפניות מרכז עדאלה מיום 8.3.2012 ומיום 8.4.2012, לפיו "... כניסת תושבי רצועת עזה לישראל תתאפשר במקרים הומניטאריים חריגים בלבד. ... במסגרת מדיניות זו, נבחנות באופן פרטני כלל הבקשות אשר מתקבלות בידי הגורמים המוסמכים..., נדגיש בהקשר זה,

שכניסה לצורכי ניהול הליכים משפטיים אינו מהווה, בפני עצמו, טעם הומניטארי חריג אשר מצדיק מתן היתר כניסה לישראל. עם זאת, הרשויות ישקלו להיענות לבקשות מסוג זה במקרים חריגים, שבהם מוצג טעם הומניטארי חריג, אשר מצדיק סטייה מן המדיניות הכללית האמורה, אין מניעה ביטחונית ופוליטית ומניעת הכניסה תסכל את ההליך המשפטי".

צ'לום המכתב מצ"ב ומסומן "ע/68".

99. אף שעל פניו נראה שינוי בעמדת המשיבים, אין הדבר כך. כפי שעולה מתשובת מפקדת הפרקליט הצבאי, נדרש טעם הומניטארי חריג בכדי לאשר כניסה לישראל לצורכי הליכים משפטיים. למרות התכתובת הענפה, טרם הבהירו המשיבים באילו מקרים יינתן היתר כניסה לישראל לתובע ועדיו מרצועת עזה, ומהם המקרים ההומניטאריים החריגים שבעטיים יינתן היתר כזה. לא רק זו אף זו, מתשובת המשיבים עולה כי אין די בכך שמניעת הכניסה "מסכלת" כלשון המשיבים, את ההליך המשפטי. בפועל, בכל המקרים בהם פנו באי כח תובעים מרצועת עזה אל המת"ק למתן היתרי כניסה למרשיהם, וכפי שעולה מעשרות הדוגמאות לעיל, אי מתן היתרי הכניסה לא רק שיסכל את ההליך המשפטי אלא עלול לחסל אותו לגמרי.

הטיעון המשפטי:

משמעות מחיקת התובענות בצלה של תקופת ההתיישנות המקוצרת הינה שלילת זכות הגישה לערכאות בישראל

100. כפי שפורט לעיל, בפסק הדין בבג"צ **עדאלה נ' שר הביטחון** נקבע כי לנפגעי כוחות הביטחון, תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה, ישנה זכות חוקתית לתבוע את המדינה בגין נזקיהם בבתי המשפט בישראל, זכות הנובעת מזכויותיהם החוקתיות של הניזוקים, לחיים, לשלמות הגוף ולקניין:

"... הזכויות של תושבי האזור, שתיקון מס' 7 פוגע בהן, הן זכויות המוקנות להם בישראל. אלה הם זכויותיהם, על פי המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי. לפיו, בהתקיים הנסיבות המתאימות, ניתן לתבוע בישראל, על-פי דיני הנזיקין הישראליים, גם בגין עוולה אשר בוצעה מחוץ לישראל".

ראו פסקה 23 לפסק הדין בבג"צ **עדאלה נ' שר הביטחון**.

101. זכותם של הניזוקים והתובעים מרצועת עזה להגיש את תביעותיהם בבתי המשפט בישראל, הינה זכות חוקתית עליה חלה הגנת חוקי היסוד. וכך קבע בית המשפט העליון:

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

ראו פסקה 23 לפסק הדין בבג"צ **עדאלה נ' שר הביטחון**.

102. במכתבו של עו"ד ניצן מיום 19.6.2011 (נספח "ע/63" לעיל), נטען כי מאז ספטמבר 2005 רצועת עזה אינה נתונה עוד בשליטתה האפקטיבית של מדינת ישראל וכי מאז 2007 רצועת עזה הפכה לשטח עיון למדינת ישראל וכי התובעים הם למעשה נתיני צד שכנגד לעימות מזוין שאינם עוד

תושבי שטח כבוש. טענה זו נטענה בזמנו בתגובת המדינה לעתירה בבג"צ **עדאלה נ' שר הביטחון**. גם שם טען עו"ד ניצן בשם המדינה כי המדינה אינה צריכה לשאת בעול פיצוי הנפגעים הפלסטינים היות ומדובר בעימות מזוין והיות ומדובר בנתיני אויב. בית המשפט העליון דחה את הטענה וקבע, כי לנפגעי כוחות הביטחון זכות חוקתית לקבלת סעד בגין נזקיהם וזאת על אף היותם נתיני אויב. ראו פסקאות 40 ו-41 לפסק הדין.

103. לפיכך, מניעת כניסתם של תובעים תושבי רצועת עזה ועדיהם לתחומי המדינה להשלמת ההליכים המשפטיים בהם פתחו מהווה פגיעה קשה בזכות היסוד של התובעים לקבלת סעד מן המערכת השיפוטית בגין הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות, ובכך נפגעת זכותם לגישה לערכאות.

"ברי, כי סילוקה על הסף של התביעה שקול לסגירת שערי בית המשפט בפני האפשרות לברר טענות..."

ראו דבריה של השופטת פרוקצ'יה ברע"א 993/06 **מדינת ישראל נ' דיראני**, פסק דין מיום 18.7.2011 (טרם פורסם).

104. בעניין דומה לזה שבפנינו, עמד בית המשפט עוד לפני שני עשורים על החיוניות של הסרת **כל חסם פיזי** מפני התובע או העותר בפנייתו לבית המשפט, כך קבע בזמנו הנשיא שמגר בעניין **ארשיד** :

"תלונת העותרים היא, כי לא ניתנה להם האפשרות להתקשר אל מחוץ לאזור העוצר, ובמיוחד מנעו מהם הגשת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק... אין צריך לומר, שיש לאפשר חופש פנייה לבית המשפט, ובמקרה הקונקרטי שלפנינו ניתן היה להתיר תנועת העותר לבית המשפט או לחלופין, הסעתו לבית המשפט או לחלופי חלופין, הגשת עתירתו על-ידי גורם משטרתי או שליח אחר מטעמו לרשות השיפוטית המתאימה. אך תהיה הדרך שתיבחר אשר תהיה, אין לחסום את הדרך לבית המשפט."

בג"צ 1358/91 **ארשיד נ' שר המשטרה**, פ"ד מה(2) 747 (1991). ראו גם בג"צ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 748, 441 (1988).

105. זכות הגישה לערכאות הוכרה זה מכבר במשפט הישראלי כזכות בעלת מעמד נעלה. בעניין **ארפל אלמניום**, הדגיש השופט חשין את עליונותה של הזכות כנגזרת ישירה מהאופי הדימוקרטי של המשטר, באומרו :

"דעתי-שלי היא, כי זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למיסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר - וכך אומר אני - כי נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק. ... שניים אלה הם הנדרשים לשיפוט: שופט היושב על מושבו ומתדיינים העומדים לפניו. באין מתדיינים יישב בית-המשפט בטל וחסר-מעש, ובית-משפט שאין מתדפקים על שעריו כמוהו כמו-לא-היה. נדע מכאן, כי חסימת הדרך לבית-משפט - בין במישרין בין בעקיפין - ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה- *raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדימוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשילטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד. ... בחסימת הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עימו."

ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קלילי תעשיות בע"מ, פ"ד נא (3) 577, 590-591, 628-630 (1997). ראו גם פרשת דיראני, שם עמדה השופטת פרוקציה בהרחבה על מעמדה של זכות הגישה לערכאות במשפט הישראלי וסקרה את הפסיקה הרלבנטית באופן מקיף.

106. מניעת מתן היתרים עבור התובעים ועדיהם מעזה, גורמת לכך שאין לתובעים אלו יכולת מעשית להביא את ענייניהם לביקורת שיפוטית בפני בית המשפט. מניעה זו מנוגדת לזכות לגישה לערכאות והזכות להליך הוגן. יפים דבריו של השופט פוגלמן בעניין מנאע, כדלקמן:

" בנפרד מכלל זה, עומדת לפרט זכותו להביא את עניינו לביקורת שיפוטית. אכן, לזכות הגישה לערכאות שיפוטיות, אשר הוכרה בשיטתנו כזכות בעלת מעמד חוקתי ... קיימת חשיבות רבה, הנגזרת מן הצורך להבטיח, כי למי שסבור שהוא זכאי לסעד משפטי יתאפשר להביא את עניינו בפני בית המשפט, על מנת שזה יכריע בו. לא יתאפשר כן - לא יוכל אותו אדם לזכות בסעד בגין פגיעה בזכויותיו, וממילא לא תהיה משמעות אפקטיבית לזכויות אלו".

בג"צ 6824/07 ד"ר עאדל מנאע ואח' נ' רשות המסים ואח', פסקה 43 לפסק דינו של השופט פוגלמן (טרם פורסם, ניתן ביום 20.12.2010).

107. זכות הגישה לערכאות בתי המשפט אינה משתרעת רק על הזכות להגיש תובענה או עתירה, כפי שטוענת המדינה, אלא היא כוללת בתוכה את הזכות לקבל את הסעד הראוי במהירות, ביעילות, במקצועיות וללא משוא פנים. היא מכילה את הזכות המהותית לאכוף את הזכויות המשפטיות הנתונות לאדם ולמתן הזדמנות נאותה להפעיל זכויות דיוניות שונות, הנתונות לבעלי-הדין, לצורך בירור האמת (ראו יורם רבין זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית, הוצאת בורסי 1998). ולמרות זאת המשיבים מפרים את זכות הגישה לערכאות של התובעים מרצועת עזה ומונעים את כניסתם. בעניין יעקב עמד השופט אור על הצורך בהסרת המכשולים מפני הפונה אל בית המשפט, וכך כדבריו:

"זכותו של כל אדם שלא יועמדו בדרכו מכשולים, אשר ימנעו ממנו את מימושה המעשי של זכותו לפנות לבתי המשפט או אשר יכבידו על זכות זו באופן בלתי סביר... הדברים אמורים בהגבלות פיזיות על הגישה לבתי המשפט... הם אמורים גם בהגבלות נורמטיביות, אשר עשויות למצוא ביטוי, למשל, בהשתתפות נטל כספי על המבקש לפנות לערכאות... על רקע דברים אלה, נראה לי כי יש לאמץ עיקרון פרשני, שלפיו בפרשנות הוראות שבדין יש להעדיף את הפרשנות אשר אין בה להגביל או להציב מכשול לפני מי שמבקש להביא את עניינו לביקורת שיפוטית".

ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4) 549, 558 (1997).

עמדת המדינה בפורומים משפטיים זרים ובינלאומיים:

קיים לנפגעי כוחות הביטחון סעד משפטי במדינת ישראל

108. זאת ועוד, עמדת המדינה הנטענת באופן עקבי בבתי משפט במדינות זרות ובפורומים בינלאומיים אשר בפניהם מובאות טענות ע"י פלסטינים נפגעי פעולות כוחות הביטחון שעילתן הפרת המשפט הבינלאומי ההומניטארי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי, הינה כי עומדת לניזוקים האפשרות

לקבל סעד משפטי במדינת ישראל וכי על פי עיקרון המשלימות (the Complementarity Principle) אין לפורומים אלו סמכות שיפוט.

109. מסמך מיום 29.1.2009 שהוגש ע"י המחלקה לעניינים בינלאומיים בפרקליטות המדינה, לבית המשפט הלאומי בספרד (בית משפט עליון מיוחד), במסגרת ההליכים לבחינת קיומה של סמכות שיפוט אוניברסאלית בקשר לחיסולו של סלאח שחאדה (הליך מקדמי 157/08), נטען, בין היתר, כי בנוסף להליכי הבדיקה הננקטים בישראל לחקירת חוקיות פעולת החיסול, עומדת לקורבנות הפעולה האפשרות לקבל סעד בבתי המשפט האזרחיים וכי הם יכולים לתבוע פיצויים בגין נזקיהם בבתי משפט אלו:

In Israel, redress with respect to military operations of the IDF in the West Bank and Gaza Strip may also be sought through the civil courts. Palestinians who allege they were harmed by Israeli military action can and do seek compensation in Israeli civil courts. ...

...

Right to Redress to Civil Courts in Israel: As has been clearly demonstrated in the above-referenced proceedings, Palestinian residents may file civil claims directly to Israeli civil courts, for damages allegedly incurred as a result of actions of the IDF in the West Bank and Gaza Strip. Israeli Courts have issued decisions awarding such damages, and there are numerous cases currently pending regarding claims filed by residents of the Gaza Strip and the West Bank in which damages are sought for loss of life, personal injury and property damage allegedly incurred as a result of IDF actions in these areas.

... Therefore, petitioners' statement that there is no redress to civil courts in Israel is incorrect, as such redress is not only available, petitioners have already filed such cases in Israel and these cases are currently pending in Israel.

ראו עמ' 10,12 לכתב הטענות המצ"ב לעתירה ומסומן "ע/69".

110. על עמדה זו חזר הפרקליט הצבאי הראשי בהזדמנויות שונות. כך בנייר עמדה שהוגש לוועדה הציבורית בראשותו של השופט בדימוס י' טירקל, הבודקת את התאמתו של מנגנון הבדיקה והחקירה ביחס לתלונות וטענות המועלות בדבר הפרות של דיני הלחימה הנוהג בישראל, לחובותיה של מדינת ישראל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, עמד הפצ"ר על הדרך הסלולה בפני התושבים הפלסטיניים אשר נפגעו מפעילות מבצעית ונגישותם אל בתי המשפט בישראל. הפצ"ר הדגיש, כי הפטור שבסעיף 5 לחוק הנזיקים אינו חסם דיוני המונע את עצם הגשת התביעות:

"בצד הנגישות לבית המשפט העליון, נהנים התושבים הפלסטיניים שנפגעו מפעילות מבצעית של כוחות צה"ל מנגישות לכלל בתי המשפט האזרחיים בישראל, אליהם מוגשות מדי שנה תביעות רבות לפיצויים בגין נזקים שנגרמו לגוף ולרכוש במסגרת פעילות כאמור. כידוע, סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב 1952- (להלן: חוק הנזיקים האזרחיים) מקנה למדינה פטור מאחריות לנזק שנגרם בשל "פעילות מלחמתית"; עם זאת, יש לשים לב לכך כי אין המדובר ב-"חסם דיוני" המונע את

עצם הגשת התביעה אלא ב-"חסם מהותי", שתחולתו נקבעת בכל מקרה ומקרה בהתאם לנסיבותיו הקונקרטיים...".

מתוך נייר העמדה השני מטעם הפרקליטות הצבאית אשר הוגש ביום 19.12.2010 אל הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010 בדבר התאמתו של מנגנון הבדיקה והחקירה הנוהג בישראל ביחס לתלונות ולטענות המועלות בדבר הפרות של דיני הלחימה לחובותיה של מדינת ישראל בהתאם לכללי המשפט הבין-לאומי (להלן: "נייר העמדה"), עמ' 76-77.

http://www.mag.idf.il/sip_storage/FILES/9/949.pdf

111. גם במסגרת תגובת המדינה המקדמית לעתירת המרכז הפלסטיני לזכויות אדם, טענו ב"כ המדינה, תחת תת-הפרק שכותרתו "אין מניעה להגשת תביעות נזיקין בבתי משפט בישראל" כי: "נתונים אלה (מתן הודעות על נזק והגשת תביעות בגין נזק בגין מבצע "עופרת יצוקה" (פ.א.) מובילים למסקנה חד משמעית, שלפיה לא נחסמת בפני תושבי עזה האפשרות לפתוח בהליכים משפטיים נגד המדינה, לרבות הגשת תביעות נזיקין, חרף מדיניות הכניסה לישראל". ראו פסקה 53 לתגובת המדינה נספח "ע/39" לעיל. בפסקה 67 לתגובה, הוסיפה המדינה וטענה כי **מדינת ישראל אינה מונעת** מתושבי רצועת עזה להגיש תביעות, בבתי המשפט שלה, בכפוף לחוקים הקיימים אצלה.

112. כך אף בתשובתו של עו"ד ניצן לפניית עדאלה, טען כי במתקנות שבמדינות קיימת מניעה בפני תושבי ישות עוינת כמו זו הקיימת ברצועת עזה, להגיש תביעות בבתי המשפט של המדינה אותה הם עוינים, ואולם לא כך הדבר בישראל. אמירה זו מתעלמת מהעובדה, כי כל עוד מדיניות סירוב מתן היתרי הכניסה לתובעים ועדיהם מרצועת עזה, נמשכת, הרי שהדבר גורם לסילוקן של תביעות נפגעי כוחות הביטחון, ובפועל נשללת זכותם של הנפגעים לקבלת סעד, דבר המנוגד לפסיקה בבג"צ **עדאלה נ' שר הביטחון**.

הפגיעה בזכויות שהוכרו בבג"צ עדאלה: הזכות לחיים, לשלמות הגוף ולקניין

113. שלילת הגישה לבתי המשפט ובכך שלילת יכולת מימוש זכות התביעה מהניזוקים פוגעת בזכויות החוקתיות לחיים, לשלמות הגוף, לחירות ולקניין של הניזוקים:

"... האחריות בנזיקין מגינה על מספר זכויות של הניזוק, כגון הזכות לחיים, לחירות, לכבוד ולפרטיות. דיני הנזיקין הם אחד המכשירים העיקריים באמצעותם מגינה שיטת המשפט על זכויות אלה; הם האיזון שהמשפט קובע בין זכויות הפרטים, בינם לבין עצמם, ובין זכות הפרט ואינטרס הציבור. שלילתה של האחריות בנזיקין או צמצומה פוגעות בהגנה על זכויות אלה. בכך נפגעות זכויות חוקתיות אלה. אכן:

"זכות הפיצויים הבסיסית של אדם, הנפגע על-ידי מעשה עוולה, היא זכות חוקתית העולה מן ההגנה על חייו, גופו, ועל קניינו ... כל הגבלה של הזכות לפיצויים בגין מעשה עוולה חייבת לעמוד במבחן החוקתי של תכלית ראויה ושל מידה שאינה עולה על הנדרש...".

ראו פסקה 25 לפסק דינו של הנשיא ברק בבג"צ **עדאלה נ' שר הביטחון**.

114. דיני הנזיקין מהווים את אחד המקורות המרכזיים להבטחת הזכויות המוכרות בחוקי היסוד:

"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".

אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (חלק שלישי), נבו 1994, בעמ' 785.

115. משמעה של מניעת הגישה הינו שלילת הפיצוי לו הם זכאים בגין הנזקים שנגרמו להם כתוצאה מפגיעה בחייהם, גופם ו/או קניינם, בניגוד להם הגישו את תביעותיהם. חקיקתם של חוקי היסוד הביאה להכרה שמקום בו קיימת זכות קיים סעד וכי הזכות לקבל סעד מהווה חלק אינטגרלי מהזכות המהותית, וראו לעניין זה את דברי הנשיא ברק:

"חוקי היסוד יעשו פלסטר אם הזכויות החוקתיות לא יגררו אחריהן סעדים מתאימים. הכרה בזכות אדם כחוקתית, גוררת אחריה הכרה בתרופה מתאימה אם הזכות מופרת; קיומה של זכות מחייב קיומה של תרופה".

אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שלישי), נבו, 1994 עמ' 703-704.

116. הנה כי כן, עומדת לתובעים זכות בדין להגיש תביעות בישראל על פי דיני הנזיקין הישראליים. הימנעות המשיבים מלהפעיל את הסמכות הקבועה בחוק האזרחות והכניסה לישראל, אשר כתוצאה ממנה לא ניתנים היתרי כניסה לתובעים ולעדיהם, גורמת לשלילתן הן של זכות הגישה לערכאות והן לפגיעה בזכות לחיים, לשלמות הגוף ולקניין המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכויות אלו אינן מקבלות כל ביטוי בתשובתו של עו"ד ניצן לפניית מרכז עדאלה, נספח "ע/63" לעיל. המשיבים מתעלמים לחלוטין מהעובדה כי לתושבי רצועת עזה שניזוקו מפעולות כוחות הביטחון, קנויות זכויות חוקתיות כפי שנפסק בעניין עדאלה. אי לכך אין מדובר בפררוגטיבה של המדינה אלא בחובתה של המדינה לכבד ולקיים את חוקיה ואת פסיקת בית המשפט העליון שלה.

הזכות לסעד אפקטיבי נסמכת גם על המשפט הבינלאומי:

117. חובת הפיצוי והזכות לסעד של נפגעי כוחות הביטחון, מבוססת לא רק על המשפט הישראלי אלא גם על המשפט הבינלאומי המינהגי וההסכמי שמדינת ישראל מחויבת על פיהם. המשפט ההומניטארי כולל הוראות מפורשות בדבר חובת צד לסכסוך מזוין לפצות את מי שניזוק כתוצאה מהפרת הוראותיו בגין הנזקים שנגרמו לנפגע. כך, סעיף 3 לאמנת האג משנת 1907 קובע:

"A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces".

על הכוונה כי סעיף זה יחול על ניזוקים אינדיבידואלים ראו: **Frits Kalshoven, "State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces: From Article 3 of Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I of 1977 and Beyond"**, 40 International and Comparative Law Quarterly (1991), 827-858, 830.

118. גם הוראות סעיף 148 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 והוראות סעיף 91 לפרוטוקול הראשון הנספח לאמנות ג'נבה, משנת 1977 משמשים בסיס לחובה זו. סעיף 148 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע:

No High Contracting Party shall be allowed to absolve itself or any other High Contracting Party of any liability incurred by itself or by another High Contracting Party in respect of breaches referred to in the preceding Article.

119. בפרשנות הרשמית של הצלב האדום לאמנת ג'נבה הרביעית, נאמר:

It is inconceivable, at least as the law stands today, that claimants should be able to bring a direct action for damages against the State in whose service the person committing the breach was working.

See J. Pictet, Commentary on the Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Geneva: International Committee of the Red Cross, 1958), 603.

120. ובדומה סעיף 91 לפרוטוקול הראשון של אמנות ג'נבה, המהווה משפט מינהגי קובע:

"A Party to the conflict which violates the provisions of the Conventions or of this Protocol shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces".

ראו גם את כללים 149 ו-150 של הצלב האדום, המהווים חלק מהמשפט המינהגי.

121. עולה מן האמור, כי החובה לפצות בגין הפרת חובות המוטלות על אחד הצדדים לסכסוך אינה קמה אך במצבים של תפיסה לוחמתית וכיבוש. ההוראות המנויות לעיל חלות על כל מצב של עימות מזוין ולא רק מצבים של כיבוש.

122. עוד יצוין, כי פסיקתו העקבית של בית הדין הבינלאומי לצדק הינה, כי כל הפרת חובה מקימה את החובה לפצות, וכי כלל זה הינו מעקרונות המשפט הבינלאומי. כך בפרשת Chorzow נקבע:

"It is a principle of international law and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation [...] Reparation is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself".

Permanent Court of International Justice, **Chorzow Factory Case**, 13 September 1928, (Series A, No. 17 p. 29).

123. גם בית הדין לצדק בהאג, בחוות דעתו משנת 2004 בעניין אי חוקיותה של חומת ההפרדה בשטחים הפלסטיניים הכבושים, קבע חובת פיצוי לטובת נפגעים מהפרת הוראות המשפט הבינלאומי:

"Israel has the obligation to make reparation for the damage caused to all the natural and legal persons concerned. [...] The Court considers that Israel also has an obligation to compensate, in accordance with the applicable rules of international law, all natural or legal persons having suffered any form of material damage as a result of the wall's construction."

Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory, ICJ, Advisory Opinion, 2004, 198, para. 152 f.

124. משפט זכויות האדם הבינלאומי מכיר אף הוא בחובת המדינה לפצות בגין הפרת זכויות מוגנות. כך, סעיף 2 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 קובע:

"Each State Party to the present Covenant undertakes:

(a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity"

סעיף זה פורש בפסקה 16 להערה כללית מס' 31 של ועדת האו"ם לזכויות האדם, המהווה את הפרשנות הרשמית לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, כדלקמן:

"Article 2, paragraph 3, requires that States Parties make reparation to individuals whose Covenant rights have been violated. Without reparation to individuals whose Covenant rights have been violated, the obligation to provide an effective remedy, which is central to the efficacy of article 2, paragraph 3, is not discharged. In addition to the explicit reparation required by articles 9, paragraph 5, and 14, paragraph 6, the Committee considers that the Covenant generally entails appropriate compensation. The Committee notes that, where appropriate, reparation can involve restitution, rehabilitation and measures of satisfaction, such as public apologies, public memorials, guarantees of non-repetition and changes in relevant laws and practices, as well as bringing to justice the perpetrators of human rights violations".

<http://www.ohchr.org/english/bodies/treaty/comments.htm>

125. גם האמנה הבינלאומית נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984 קובעת במפורש את זכות הקרבן לפיצויים ואת חובת המדינה לספק לקורבנות העינויים סעד אפקטיבי ואכיף. ראו סעיף 14 לאמנה. ראו בנוסף סעיפים 68 ו-75 לחוקת רומא של בית הדין הבינלאומי הפלילי מ-1998, לגבי זכויות קורבנות העבירות להשתתפות בהליך וזכותם לפיצויים.

126. בשנת 2006 אימצה העצרת הכללית של האו"ם מסמך עקרונות ומדריך לעניין הזכות לסעד של קורבנות הפרות חמורות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי. בהם חויבו מדינות להבטיח באמצעי חקיקה ואמצעים מנהליים אחרים את זכויות הקורבנות לסעד, הליך הוגן וגישה לצדק (סעיף I2(b)). בסעיף 12 למדריך נקבע, כי המדינות תבטיחנה

בחוקיהן את זכותם של קורבנות העבירות לגישה לבתי המשפט והזכות להליך הוגן ובלתי תלוי. לצורך הבטחת מטרה זו, קובע המדריך כי על המדינות להבטיח, בין היתר:

(c) Provide proper assistance to victims seeking access to justice;

(d) Make available all appropriate legal, diplomatic and consular means to ensure that victims can exercise their rights to remedy for gross violations of international human rights law or serious violations of international humanitarian law.

ראו the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, A/RES/60/147.

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/42/PDF/N0549642.pdf?OpenElement>

פסקת ההגבלה: הסמכה בחוק, תכלית ראויה ומידתיות

127. ניתן לפגוע בזכויות חוקתיות באם מתקיימים תנאיה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפיכך, יש לבחון את מדיניות אי הפעלת הסמכות הנתונה לשר הפנים בחוק האזרחות והכניסה לישראל בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה.

היעדר הסמכה בחוק

128. התנאי הראשון הקבוע בפסקת ההגבלה מורה, כי הפגיעה תעשה בחוק או על פי חוק. הלכה היא שככל שזכות היסוד שעלולה להיפגע נושאת זיקה עניינית הדוקה לזכויות אדם מוגנות, וככל שמדובר בזכות מרכזית יותר, כך תפורש ביתר הקפדה הדרישה לקיומה של "הסמכה מפורשת" בחוק (ראו בג"צ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, סעיף 12 (לא פורסם, 20.8.08); בג"צ 1800/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה (לא פורסם, 7.10.08); דפנה ברק-ארז, המשפט המינהלי כרך א' 122-125 ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין (2010).

129. תנאי זה אינו מתקיים כלל ועיקר בענייננו, שכן, אין חקיקה מפורשת האוסרת על בעלי דין מעזה להיכנס לישראל ולממש את זכויותיהם. המדיניות הגורפת של המשיבים לא ליתן היתרים לתובעים ולעדיהם המבקשים להיכנס לישראל לצרכי ניהול תביעותיהם, אינה נסמכת על חוק מפורש, נהפוך הוא. חוק האזרחות והכניסה קבע חריגים לכלל האוסר על הענקת היתר לשהייה בישראל לתושב האזור, והקנה בידי שר הפנים את הסמכות ליתן היתרי שהייה במצבים שבהם החריגים מתקיימים. חריגים אלה הם: היתרי שהייה לצרכי עבודה, לטיפולים רפואיים ולמטרה זמנית אחרת. עם זאת, ולמרות קיומה של סמכות זו, המדיניות המוחלת על רצועת עזה, מתירה כניסה וציאה אל ומן הרצועה במקרים הומניטאריים דחופים בלבד. כך שניזוקים, התובעים את

נזקיהם בהתאם לחוק הנזיקים האזרחיים, מנועים באופן קטגורי בהתאם למדיניות המשיבים מלהיכנס לישראל.

130. יתר על כן, אי הפעלת הסמכות שבחוק מהווה פגיעה בעיקרון שלטון החוק. אכן, הסמכות המוענקת בסעיף 3ב(3) להוראת השעה מנוסחת כסמכות רשות. אולם, לא אחת נפסק כי גם הוראה המנוסחת מבחינה לשונית כמקנה שיקול דעת עשויה להתפרש בכל זאת כמטילה חובה על הרשות לפעול. הכלל הוא כי פרשנות כזו תאומץ רק במקרים שבהם הפרשנות הפשוטה מובילה לתוצאות אבסורדיות. ראו דבריו של השופט אור :

"לעתים יש מקום לסטות מהנוסח כפשוטו, ולפרש הענקת רשות לפעול כמטילה חובה לפעול. כך הוא, כשעל-פי מטרת החוק, הקובע את הרשות לפעול, ועל-מנת לא לעשות את דבר המחוקק פלסתר או ריק מתוכן, או כדי להימנע מפגיעה שהמחוקק בוודאי לא התכוון אליה, ברור הוא, שהמחוקק הטיל חובה לפעול, אם כי נקט לשון הענקת רשות לפעול בלבד. במקרים כגון אלה כבר נפסק על-ידי בית-משפט זה, שיש לקרוא רשות לפעול, שהוענקה בחוק, כמטילה, למעשה, חובה לפעול."

בג"צ 335/82 **יעקב למדן נ' מנהל אגף המכס והבלו**, פד"י לו (4) 785, 788 (1982) והאסמכתאות שם.

יפים לעניין זה דברי השופט ויתקון בעניין **רושגולד** :

"עד שנפעיל כלל זה ונתעלם מהדיבור המפורש 'רשאי' עלינו להיות משוכנעים בשניים: היה צריך להיות ברור שרק בדרך זו ניתן למנוע מהעותר עוול, שאין לו תרופה ממקום אחר, והיינו רוצים להיות בטוחים גם בזה שסירובו של המשיב להשתמש בסמכותו ירוקן אותה מכל תכנה ויעשה את דבר המחוקק פלסתר".

בג"צ 292/65 **רושגולד נ' שר האוצר פ"ד כ(1) 639, 642 (1966)**.

131. כפי שראינו לעיל, ההימנעות מהפעלת הסמכות פוגעת בזכויות יסוד של הניזוקים לקבלת סעד מבית המשפט עד כדי שלילתה המוחלטת של זכותם לסעד משפטי ולפיצויים וזאת גם כשמדובר בפגיעה חמורה עד כדי מוחלטת של זכויות יסוד חוקתיות כגון הזכות לחיים ולשלמות הגוף והזכות לקניין. תוצאה זו קבע בית המשפט העליון בבג"צ **עדאלה נ' שר הביטחון** הינה בלתי חוקתית. בנסיבות דומות לאלו, נמצא לא אחת, שסמכות המנוסחת כסמכות רשות יש לפרשה כסמכות חובה. וכך אמר הנשיא שמגר :

"יש נסיבות שבהן עלולה המסקנה - גם לגבי סמכות שבשיקול-דעת - כי הימנעות מהפעלת הסמכות היא בלתי סבירה במידה היורדת לשורשו של עניין ... סמכות הרשות הופכת לסמכות שבחובה כאשר הנסיבות העובדתיות הן כאלה שערכי היסוד של השיטה החוקתית והמשפטית שלנו הופכים את אי-הפעלתה של הסמכות לבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין".

בג"צ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404, 423 (1993).

132. הסמכות שברשות, שניתנה לשר הפנים ולמפקד האזור בסעיף 3ב(3) לחוק האזרחות והכניסה לישראל, הופכת לסמכות שבחובה כאשר זכויות יסוד נפגעות בשל אי הפעלת הסמכות. כאשר שר הפנים מחליט שלא לעשות שימוש בסמכות שניתנה לו בחוק, עליו להראות כי החלטה זו נעשית מתוך שיקולים סבירים, וכי אין בה שרירות והפליה, וכדברי השופט ברק, בפרשת **ברגר** :

"סיכומה של נקודה זו, הקניית סמכות במקרה דנן מתלווה בחובה לשקול את הצורך בהפעלתה, ... במלים אחרות, גם מקום בו אין ה-"רשאי" בגדר "חייב" ..., היינו, גם כאשר המחוקק לא קבע חובה להפעיל סמכות בדרך מוגדרת, נולדת וקמה יחד עם הקניית הסמכות גם החובה לשקול את עצם הצורך וההצדקה להפעלתה של הסמכות".

בג"צ 297/82 **ברגר ואח' נ' שר הפנים**, פ"ד לז(3), 29, בעמ' 47 (1983).

133. כלל ידוע הוא, כי "**חוק קיים על מנת שיבוצע הלכה למעשה**" (ראו בג"צ 372/71 **פראניו נ' שר הבריאות**, פ"מ כו(1) 812, 809 (1972)). משהסמך החוק את שר הפנים ליתן היתרי שהייה זמניים לתושבי רצועת עזה למטרה חוקית ומוצדקת, הרי שחובה עליו לעשות כן ולהפעיל את סמכותו על מנת להביא לאכיפתו של החוק. אי אכיפת החוק מהווה פגיעה בשלטון החוק, ויפס לעניין זה דברי השופט חשין:

"ועדיין לא דיברנו - ויכולנו להוסיף ולדבר ארוכות - על המכה האנושה שמחדלי-אכיפה עלולים להביא על עצם קיומו של שלטון החוק. חוק שהרשויות אינן עושות לאכיפתו כהילכתו, יפה היה לו שלא נחקק משנחקק. חוק שאינו נאכף מוטב לו שלא ייחקק, משייחקק ולא ייאכף."

בג"צ 53/96 **תשלובת ה. אלוני בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר** נב (2) 1, 9-10 (1998).

134. שלטון החוק מחייב את הפעלת הסמכות הנתונה למשיב 1, והכפפת שיקול הדעת הנתון לו לעקרונות וערכים שיבטיחו שימוש ראוי בשיקול הדעת. דבר זה מתחייב גם מעיקרון חוקיות המינהל, אשר שתי פנים לו: הפן הראשון מחייב רשות לפעול אך ורק בגדר הסמכות שהקנה לה המחוקק, והשני מחייב את הפעלתה של הסמכות המנהלית. דהיינו, בצידה של הסמכות קיימת החובה להפעילה ולהפעילה בהתאם לדין ובמסגרת כללי המשפט המנהלי. ראו, ב' ברכה, **משפט מינהלי** (כרך ראשון) (1997), פרק 2 ובג"צ 939/05 **ברבי נ' שר התמ"ת**, תק-על 2007(2), 4145 (2007), פסקה 14 לפסק דינו של השופט חשין.

135. זאת ועוד, בהחלטת הממשלה מס' 3598 מיום 15.6.2008, הנחתה הממשלה את "שר הפנים או מי שהסמך לכך שלא לאשר מתן רישיונות לישיבה בישראל או היתרים לשהייה בישראל לפי סעיפים 3 ו-3א(2) לחוק למי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה, וכן למי שמתגורר ברצועת עזה אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה". בהחלטת הממשלה מס' 3481 מיום 17.07.2011 הנחתה הממשלה את שר הפנים "להמשיך שלא לאשר מתן רישיונות לישיבה בישראל או היתרים לשהייה בישראל לפי סעיפים 3 ו-3א(2) לחוק, למי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה, וכן למי שמתגורר ברצועת עזה אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה". ודוק, סעיפים 3 ו-3א(2) לחוק האזרחות והכניסה לישראל עניינם מתן היתר שהייה לבני זוג ולקטין. לו רצתה, יכלה הממשלה ליתן הנחיה דומה ביחס להיתרי שהייה מכח סעיף 3ב(3) לחוק. מכאן, שאין הסמכה בחוק לסירוב גורף למתן היתרי שהייה לפי סעיף 3ב(3) לחוק האזרחות והכניסה.

להחלטת הממשלה מס' 3598 מיום 15.6.2008, ראו:

<http://www.pmo.gov.il/PMO/Archive/Decisions/2008/06/des3598150608.htm>

להחלטת הממשלה מס' 3481 מיום 17.07.2011, ראו

<http://www.pmo.gov.il/PMO/Secretarial/Decisions/2011/07/des3481.htm>

יצוין, כי סעיף 3ד לחוק האזרחות והכניסה מגביל את סמכות שר הפנים ומפקד האזור למתן היתרי שהייה (בין היתר, מכח הוראות סעיף 3ב(3) לחוק) אם הדבר עלול להוות סיכון ביטחוני למדינה.

136. לא למותר להפנות שוב אל דברי השופט אור בעניין **יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה** המקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בחוק המסמיך הפעלת סמכות כאשר אי הפעלתה שולל זכויות חוקתיות רבות:

"... נראה לי כי יש לאמץ עיקרון פרשני, שלפיו בפרשנות הוראות שבדין יש להעדיף את הפרשנות אשר אין בה להגביל או להציב מכשול לפני מי שמבקש להביא את עניינו לביקורת שיפוטית." שם, עמ' 560.

סירוב ליתן היתרי כניסה - לא לתכלית ראויה

137. לא זו אף זו, ההימנעות מהפעלת הסמכות שבחוק אינה לתכלית ראויה בהיותה מנוגדת לעקרונות שנקבעו בבג"צ **עדאלה נ' שר הביטחון**, לפיהם זכותו של אדם לקבל סעד עבור נזקיו הינה זכות חוקתית אשר אין לשלול אותה. בפסיקה נרחבת נקבע, כי תכליתו של חוק הפוגע בזכות האדם היא ראויה באם נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל. (ראו בג"צ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, פסק דין מיום 14.5.2006, פסקה 62 לקביעת הנשיא ברק והאסמכתאות שם).

138. מדיניות סירוב מתן היתרי הכניסה לניזוקים מפעולות כוחות הביטחון התובעים את נזקיהם בבתי המשפט בישראל לא רק שאינה לתכלית ראויה אלא שהיא מנוגדת לחוק האזרחות והכניסה המסמיך מתן היתרים לשהייה זמנית. מדיניות המנוגדת לחוק ולפסיקת בית המשפט והמנוגדת לעיקרון שלטון החוק לעולם לא תוכל להיחשב ככזו שנועדה לתכלית ראויה.

139. זאת ועוד, המדינה נמצאת במצב של ניגוד עניינים צורם. המדינה חובשת שני כובעים שונים בהקשר של תביעות תושבי רצועת עזה נגד כוחות הביטחון: מחד, היא צד בעל עניין בתביעות נזיקיות המוגשות נגדה, בשל אחריותה לעוללות שביצעו על פי הנטען הפועלים מטעמה. מאידך, היא האחראית על קביעת מדיניות הסגר, לרבות סירוב מתן היתרי הכניסה לישראל של תושבי רצועת עזה למימוש זכותם לסעד אפקטיבי. אין ספק כי כישלונם של התובעים להוכיח את תביעותיהם בשל חוסר היכולת של התובעים והעדים להיכנס לישראל, משחק לידיה של המדינה הנתבעת, שהרי כתוצאה מכך מסולקות התביעות נגדה ולאחר זמן מה, על פי עמדת המדינה, הן אף מתיישנות.

140. לא זו אף זו, התעקשות המדינה כנתבעת בתביעות השונות על מחיקת התביעות בשל כישלון התובעים לעמוד בחובותיהם הדיוניות מחד, והעלאת טענת ההתיישנות מאידך, וזאת כאשר בידה של המדינה להסיר את המניעה ולפתוח את שעריה וכתוצאה מכך את שערי בית המשפט לתובעים, הינה התנהגות חסרת תום לב. עקרון תום הלב השתרש זה מכבר במשפטנו כנורמת-על שמצודתה פרושה על כל ענפי המשפט האזרחי, (סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973; ע"א 700/81 **פז נ' פז**, פ"ד לח(2), 736, 742 (1984), ובכלל זה על התחום הדיוני של סדר-הדין האזרחי. בעניין **חברת פסל** (ע"א 2273/02 **חברת פסל בע"מ נ' חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י**

בע"מ, פ"ד נח(2) 36, (2001), הורחבה חובת הזהירות שחב בעל דין כלפי יריבו, לא רק לסעדים זמניים אלא גם לפעולות המתבצעות במסגרת ההליך השיפוטי בכלל. חוסר תום לב זה הגיע לשיאו בעניין אלבישאווי נ' משרד הביטחון (ת"א (שלום חיפה) 2956-07), שם הגדילה המדינה לעשות והודיעה כי היא תאפשר את כניסתם של עדיה מרצועת עזה אך לא את עדיהם של התובעים. ראו נספח "ע/54" לעיל.

141. התנהגות המדינה בתביעות תושבי רצועת עזה, מנוגדת לחובתה לפעול "בהגינות וביושר. אסור לה לפעול מתוך שרירות, הפליה, משוא פנים, ניגוד עניינים, חוסר תום לב או חוסר סבירות". ראו בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 434 (1980) ואהרון ברק, **שיקול דעת שיפוטי** 487-488 (1987). **חובות אלו חלות על רשויות המדינה לא רק במישור המשפט הציבורי אלא גם במישור המשפט הפרטי**. ההלכה שהתגבשה היא כי רשות מנהלית הפועלת בתחום המשפט הפרטי, כפופה לשתי מערכות דינים: מערכת המשפט הפרטי בנוסף לכלליו של המשפט הציבורי ("דואליות נורמטיבית"). ראו ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3), 196, 204-205 (1995).

142. החלת כללי ההגינות מהמשפט הציבורי על המדינה כשהיא נתבעת כבעל דין פרטי, לצד החובות המוטלות מכח המשפט הפרטי, מטילים על המדינה חובות מוגברות בשל צביונה הציבורי. בענייננו, המדינה לא עמדה בחובות אלו. ניגוד העניינים בו מצויה המדינה וחוסר תום הלב שהתנהגותה פסולים לשעצמם ובודאי שאינם יכולים להיחשב תכלית ראויה שתצדיק פגיעה בזכויות חוקתיות.

143. יוזכר, כי לעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית והמערך החקיקתי המצוי בה, תכלית עיקרית והיא קיומן והגשמתן של זכויות אשר זכו למעמד חוקתי בישראל, בחוק ובפסיקה, ובכלל זה הזכות לכבוד, לחיים, לשלמות הגוף, לקניין, להליך הוגן וכן זכות הגישה לערכאות. מדיניות סירוב מתן היתרי הכניסה לצרכים משפטיים מתעלמת לחלוטין מתכלית זו.

חוסר מידתיות

144. **המבחן הראשון**, מבחן הקשר הרציונלי או מבחן ההתאמה, בוחן קיומו של קשר רציונאלי בין המטרה הראויה לבין האמצעי שנבחר. בענייננו לא רק שאין כל קשר רציונאלי בין מדיניות הסירוב המונהגת ע"י המשיבים כחלק מהמדיניות הכללית ביחס לרצועת עזה הכוללת לבין תכליתה של הוראת סעיף 3(ב) לחוק, שהינה מתן מענה לצרכים המיוחדים של קבוצת אנשים, בין היתר, תושבי רצועת עזה הנאלצים לבקש להיכנס לישראל לצורך ניהול ההליך המשפטי. למעשה, כפי שראינו לעיל, הסירוב הגורף של המשיבים לתת היתרי שהיה זמניים לתובעים ועדיהם, מנוגדת היא לחוק עצמו.

145. **המבחן השני**, דורש כי החוק הפוגע לא יפגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש לצורך הגשמתה של התכלית הראויה. (ראו דברי השופטת ביניש, בבג"צ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה פ"ד נז(1) 235, עמוד 279 (2002); בג"צ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157, 164 (2003); בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4), 367, 385 (1997) וכן

ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 עמ' 414 (1995).
מדיניות הסירוב למתן היתר הכניסה לתובעים ולעדיהם מנוגדת לבג"צ **עדאלה נ' שר הביטחון**
אשר הכיר בזכותם של נפגעי כוחות הביטחון לקבל סעד בבתי המשפט בישראל כזכות חוקתית.
הכרה זו בזכות הנפגעים כזכות חוקתית מטילה חובה על המדינה לאפשר את מימושה של הזכות.
זכות הגישה לערכאות והזכות לקבלת סעד אפקטיבי מהווה זכות חוקתית מהמעלה הראשונה,
אשר נועדה להבטיח את יכולתם של הנפגעים לממש את זכויותיהם החוקתיות לחיים, לשלמות
הגוף ולקניין. יצוין כי קיימים אמצעים פחות פוגעניים שניתן באמצעותם להגשים את האינטרס
הביטחוני, דוגמת קיומה של בדיקה ביטחונית אינדיבידואלית או לחלופין קיומם של דיונים בבית
משפט אשר יוקם בסמוך למעבר ארז או קיום דיונים על דרך הוידאו קונפרנס, פתרונות אלו יש
בהם כדי לאזן בין האינטרסים של הניזוקים לבין האינטרס הביטחוני. השוו עס דברי הנשיא ברק
בפסקה 66 לפסק דינו בעניין **עדאלה נ' שר הפנים**, דברי השופטת דורנר בפרשת **לשכת מנהלי**
ההשקעות, עמ' 420 ודברי השופט חשין, בבג"צ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים** פ"ד נג (2) 728, עמ'
778 (1999).

146. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה פוסל את השימוש בסירובים גורפים. כך נקבע בבג"צ **עדאלה נ' שר**
הביטחון אשר פסל את תיקון מס' 7 לחוק הניזקים האזרחיים שהעניק חסינות גורפת למדינה
מאחריות בניזקין לגבי אירועים שאירעו ב"איזור עימות" והותיר נפגעים רבים ללא סעד בגין
הפגיעה בחייהם, בגופם וברכושם. כך נקבע שם, פה אחד :

36. ... בנסיבות אלה, חסינות גורפת מעין זו הניתנת למדינה מכוח
סעיף 5 לתיקון מס' 7 משמעה מתן פטור למדינה מאחריות
בניזקין ביחס לתחומים נרחבים של פעולות שאינן פעולות
מלחמתיות גם על-פי הגדרתו הרחבה של ביטוי זה. משמעה הותרת
נפגעים רבים, שלא היו מעורבים בכל פעילות עוינת שהיא, ושלא
נפגעו אגב פעולות של כוחות הביטחון שנועדו להתמודד עם פעילות
עוינת כלשהי, ללא סעד על הפגיעה בחייהם, בגופם וברכושם.
פגיעה גורפת זו בזכויות אינה נדרשת על מנת להגשים את
התכליות שבבסיס סעיף 5 לתיקון מס' 7....

37. אכן, הדרך המידתית היא בבחינה אינדיבידואלית של כל
מקרה ומקרה. בחינה זו תבדוק אם המקרה נופל לגדרה של
"פעולה מלחמתית", תהא הגדרתה אשר תהא. ניתן להרחיב
הגדרה זו, אך אין להחליף בדיקה אינדיבידואלית זו בשלילת
אחריות גורפת. עמדתי על כך בפרשת **עדאלה** :

69. הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים
קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא
שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-
אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש
באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עקרון זה מקובל
בפסיקתו של בית המשפט העליון. ...

70. הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה
אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. כך הדבר
במשפטנו שלנו. כך הדבר במשפט המשווה "...

ראו גם בג"צ 5627/02 סייף ואח' נ' לשכת העיתונות הממשלתית פ"ד נח(5), 70 עמ' 75 (2004).
147. דברים אלו מקבלים משנה תוקף נוכח העובדה שהמחוקק כן נתן לשר הפנים את הסמכות ליתן היתרי שהייה, ואלו מדיניות הממשלה הנוגדת את החוק, היא הגורפת.

148. רק לאחרונה חזר בית המשפט העליון על בטלותה של מדיניות מניעה גורפת שכזו וקבע, כי על הרשות לשקול מקרים מיוחדים וחריגים גם בקיום מדיניות נוקשה, לענייננו יפים דבריו של כבוד השופט מלצר בעניין חליחל:

"על הרשות לפעול תוך הפעלת שיקול דעת פרטני ולבחון כל מקרה לגופו. זוהי הסוגיה של "המקרה המיוחד" במשפט המינהלי ועל הרשות המינהלית מוטלת חובה להתחשב בו במסגרת שיקול דעתה שאם לא תעשה כן - יהיה בכך כדי לפגום בהחלטתה."

בג"צ 2390/10 חליחל נ' שר הפנים (טרם פורסם, ניתן ביום 23.5.10).

149. **המבחן השלישי:** מדיניות אי הפעלת הסמכות נכשלת אף במבחן האמצעי המידתי או מבחן המידתיות במובן הצר. מבחן משנה זה בוחן את התועלת מול הנזק. ראו בג"צ סטמקה, עמ' 776, ברק בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, בעמ' 850 ובג"צ 7957/04 מראעבה נ' ראש הממשלה, פ"ד ס(2), 477, עמ' 552. על פי מבחן המשנה השלישי יש לבדוק, אם הנזק הנגרם לנפגעי כוחות הביטחון ע"י מניעת כניסתם לישראל עומד ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממדיניות המשיבים. על מבחן זה כתב פרופ' י' זמיר:

"היסוד השלישי הוא המידתיות עצמה. לפי יסוד זה אין די בכך שהרשות המינהלית בחרה באמצעי המתאים והמתון להשגת המטרה, אלא עליה להוסיף ולשקול את התועלת שתצמח לציבור כנגד הנזק שייגרם לאזרח עם הפעלת האמצעי הזה בנסיבות העניין. עליה לשאול את עצמה אם בנסיבות אלה קיים יחס ראוי בין התועלת לציבור לבין הנזק לאזרח. היחס בין התועלת לבין הנזק, ואפשר לומר גם היחס בין האמצעי למטרה צריך להיות מידתי (פרופורציונלי), כלומר, יחס שאינו חורג מן המידה הראויה".

י. זמיר, **המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה**, "משפט וממשל ב 109, 131, (תשנ"ד).

150. משטר חוקתי המבקש לקיים משטר של זכויות אדם, קובע גבול של הגנה על זכויות האדם אותו אין המחוקק רשאי לחצות. הוא דורש כי הגשמתה של התכלית הראויה, באמצעים הרציונליים העושים שימוש בדרגה הנמוכה להגשמת התכלית, לא תביא לפגיעה בלתי יחסית בזכויות האדם. ובלשונו של הנשיא ברק:

"מבחן משנה זה קובע, איפוא, מבחן ערכי המבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים הנוגדים זה את זה (ראו Alexy, 66). הוא משקף את התפיסה כי ישנן פגיעות בזכויות האדם שהן כה חמורות, שאין לאפשר את פגיעתן בחוק, גם אם תכליתו של החוק ראויה, הסדריו רציונליים ואין בנמצא אופציה סבירה הפוגעת בהם פחות. הערכת האיזון בין עוצמת הפגיעה בזכות האדם לעוצמת האינטרס הציבורי הפוגע בזכות נעשית על רקע מכלול ערכיה של שיטת המשפט".

פסקה 75 לפסק הדין של איזה שופט? בעניין **עדאלה נ' שר הפנים**.

151. לפיכך, החלטה של הרשות השלטונית צריכה לקיים איזון סביר בין הצרכים של הכלל לבין הפגיעה בפרט. הערכה זו יש לעשות על רקע המבנה הנורמטיבי הכללי של מערכת המשפט, המכיר בזכותם של נפגעי פעולות הביטחון לקבל סעד עבור נזקיהם. לפיכך, השאלה שיש לתת עליה את הדעת היא, בהנחה שמדיניות הסירוב נועדה להגשים תכלית ראויה ומדיניות זו הינה האמצעי שפגיעתו פחותה ביותר, ולא היא, האם הגשמתה של תכלית זו שקול כנגד שלילה גורפת של זכות הניזוקים לקבלת סעד משפטי? האם שלילת זכות הנפגעים לקבל סעד אפקטיבי בבתי המשפט בישראל בגין נזקיהם שקולה כנגד האינטרס הביטחוני מאחורי מדיניות הסגר על רצועת עזה? האם "שיתוקם" של בתי המשפט בישראל הדנים בתביעות של נפגעי כוחות הביטחון ומניעתם מעשיית דין צדק עם הנפגעים מרצועת עזה שקולה כנגד האינטרס הביטחוני העומד מאחורי מדיניות המשיבים המונעת את כניסת התובעים מרצועת עזה לישראל? האם מדיניות הסירוב הגורפת שקולה נגד שלילת הסעד מהנפגעים בגין הפגיעה בחייבם, בגופם ובקניינם? התשובה לשאלות אלו היא לא! חומרת הפגיעה בניזוקים המתבטאת בשלילה מוחלטת של הסעד והפיצוי בגין הנזקים שנגרמו להם, במיוחד בהיעדר תכלית ראויה שתצדיק פגיעה כזו, אינה מידתית כלל ועיקר. בבג"צ **עדאלה נ' שר הביטחון** השיב בית המשפט העליון בשלילה על שאלות דומות:

"נראה כי עיקר התועלת ... בשחרור המדינה מניהול הליכים משפטיים לבירור שאלת התקיימותה של "פעולה מלחמתית". אכן, שלילה גורפת של אחריות המדינה מייתרת את הצורך לנהל הליכים רבים במסגרתם נדרשת המדינה להוכיח כי נזקים בגינם היא נתבעת נגרמו על-ידי פעולות מלחמתיות. אלא שתועלת זו לאינטרס הציבורי – תועלת שעיקרה חסכון במשאבים מינהליים – אינה מידתית בהשוואה לנזק לפרטים השונים, שנגרם על ידי פעולות שאינן מלחמתיות. נזק זה הוא לעתים קרובות עמוק וכואב. ניזוקים נפגעים קשות; הם הופכים להיות נכים קשים; יכולתם להתפרנס נפגעת קשות. כל אלה – ונטילת החיים עצמם, כמובן – אינם שקולים כנגד התועלת המוגבלת הצומחת משחרור המדינה מאחריות – וממילא מהצורך להגן על עמדתה בבית משפט – במקום שהנזק נגרם על ידי פעולה מלחמתית ופעולה שאינה מלחמתית."

שם, פסקה 41.

152. דברים אלו הם בבחינת קל וחומר, כאשר קיימת חקיקה ראשית המסמיכה את המשיבים ליתן לתושבי רצועת עזה היתרי כניסה לישראל למימוש זכויותיהם שבדין.

לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש בראש עתירה זו ולהפכו לצו מוחלט, תוך חיוב המשיבים בהוצאות משפט.

פאטמה אלעג'ו, עו"ד

ב"כ העותרים

חיפה, 23 ספטמבר 2012