



לכבוד	לכבוד	לכבוד
מר יהודה וינשטיין	מר אהוד ברק	מר יעקוב נאמן
היועץ המשפטי לממשלה	שר הביטחון	שר המשפטים
צלחא אלדין 29,	קפלן 37,	צלחא אלדין 29,
ירושלים 91010	תל אביב 61909	ירושלים 91490
באמצעות פקס: 02-6467001	באמצעות פקס: 03-6976218	באמצעות פקס: 02-6285438

שלום רב,

הנדון: מדיניות חסימת הגישה לבתי המשפט
בתביעות נזיקין המוגשות על ידי ניזוקים תושבי רצועת עזה
נגד כוחות הביטחון

עקב פניות רבות של עורכי דין המייצגים פלסטינים מעזה בתביעות נזיקין בפני בתי המשפט בישראל נגד כוחות הביטחון, הרינו לפנות אליכם בעניין המדיניות החוסמת את גישתם לערכאות של תובעים תושבי הגדה המערבית ועזה לרבות העדים מטעמם המגישים תביעות נזיקין בישראל והמונעת מהם מימוש זכותם לפיצויים, כדלקמן:

1. עו"ד תמים יונס, עו"ד חסין אבו חסין ועורכי דין אחרים מישראל מגישים באופן תדיר לבתי המשפט השונים בשמם של תושבים פלסטינים תביעות נזיקין נגד משרד הביטחון בשל נזקים שנגרמו לתושבים או לקרובי משפחתם כתוצאה מפעולה של כוחות הביטחון נגדם בגדה המערבית וברצועת עזה (להלן: "התביעות"), וזאת מכוח הוראות סעיפים 5א ו-5ב לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952 (להלן: "חוק הנזיקים האזרחיים").

2. התביעות נתקלות בחסמים עצומים המונעים מהתובעים בסופו של דבר לממש את יומם בבית המשפט. החסמים מתחלקים לחסמים פיזיים הנובעים ממדיניות מניעת כניסת התובעים ועדים מטעמם לרבות עדי ראיה מאזור מגוריהם לישראל ובפרט תושבי עזה, ולחסמים כלכליים המטילים על התובעים תשלום ערבויות בסכום ממוצע של 30,000 ש"ח, סכום שקשה למרבית תושבי השטחים הכבושים לגייסו לאור המצב הסוציו-

אקונומי הקשה בשטחים הכבושים ובייחוד בעזה, דבר שאינו מותיר לתובעים ברירה למעט מחיקת תביעותיהם.

3. כידוע, בעשור האחרון, הוטלו מגבלות תנועה חמורות על חופש התנועה של תושבים פלסטיניים מהגדה המערבית ומעזה. זאת ועוד, כבר למעלה משלוש שנים נתונה רצועת עזה לסגר כמעט מוחלט כאשר מדיניות הממשלה להתרת יציאה של תושבי הרצועה והתרת כניסה שלהם לשטח ישראל מוגבלת למקרים הומניטאריים מצומצמים.

4. כתוצאה מכך, נבצר מתובעים פלסטיניים ובעיקר תושבי עזה להיפגש עם באי כוחם, ובכך מתעכב הליך ההוכחות באותן תביעות כיוון שעדי התביעה לא יכולים להגיע למשפט אם למתן עדות ואם להצגת מסמכים. בסופו של יום התביעות נמחקות על ידי בתי המשפט בשל היעדר אפשרות לקדם את התיקים.

5. חלק ארי מהתביעות שהוגשו נתקלו בבקשות חוזרות ונשנות של באי כוח המדינה כנתבעת (הפרקליטות) למחיקת אותן תביעות וזאת מהטעם כי התובעים אינם מצליחים להשלים את ההליכים המקדמיים בתיק כגון, הבאת יפויי כוח מקוריים מטעם התובעים, גביית תצהירים, מילוי תשובות לשאלונים וחתימה על כתבי ויתור סודיות רפואית וצווי ירושה. בנוסף ביקשה המדינה כנתבעת למחוק את התביעות מהסיבה כי העדים מטעם התובע לא התייצבו בדיונים שנקבעו לשמיעת הראיות, בעת שכניסת בעלי הדין או העדים מטעמם לא הותרה על ידי המדינה. במקרה של פלסטיניים תושבי רצועת עזה, מדיניות הסגר שהטילה הממשלה מונעת כליל כניסתם של עזתים לישראל לצרכים משפטיים.

6. פניותיהם של באי כוח התובעים מעזה, לקבל היתרי כניסה לישראל עבור מרשיהם או העדים מטעמם על מנת להעיד בבית המשפט נענו כולן בסירוב. כדוגמה למקרים אלו מצורפת בזה הבקשה להיתר כניסה לעזה שהוגשה על ידי משרדו של עו"ד תמים יונס ומסומנת כנספח 1, ומכתב התשובה לבקשת היתר הכניסה ומסומן כנספח 2.

7. פניותיהם המצטברות של עו"ד רבים באי כוח התובעים למנהלת התיאום והקישור בעזה בבקשה להנפיק עבורם היתר כניסה לרצועת עזה, נדחות אף הן באופן קטיגורי. מנהל התיאום והקישור מנמק את הדחייה בכך שעורכי הדין אינם עומדים בקריטריונים לכניסה לעזה, בהתאם לדירקטיבה המדינית באותה עת. לדוגמה מצורפת בזה בקשה להיתר כניסה לעזה שהוגשה על ידי משרדו של עו"ד תמים יונס ומסומנת כנספח 3, ומכתב התשובה לבקשת היתר הכניסה ומסומן כנספח 4.

8. הנוהל הנוהג לטיפול בתביעות הנ"ל מקבל ביטוי בהחלטת ביהמ"ש בעניין **פריד שעבאן**¹, אשר יוצג על ידי עו"ד יונס כאשר כבוד השופט זרנקין הצביע על הנסיבות של תושבי עזה והקושי להיפגש עם באי כוחם ולהתייצב בבתי המשפט. עם זאת הוא החליט כי "אין מנוס ממחיקת התביעה" כיוון שבמהלך שנתיים לא הצליחו התובעים להשלים את ההליכים המקדמיים, וצפוי כי לא יצליחו בעתיד הקרוב.

9. באופן דומה, החליט כבוד השופט שרעבי ב-6 בדצמבר 2009 בעניין **כאמלה אבו סעיד**², המיוצג על ידי עו"ד יונס, למחוק את התביעה מחוסר מעש וכיוון שהינה תלויה ועומדת בבית המשפט כבר משנת 2004 ללא התאפשרות קיום ישיבת הוכחות בגלל שלא ניתן לתובעים להיכנס לישראל. כך גם בעניין **נוהא סברי**³, שם החליט כבוד השופט שרעבי ביום 11.3.10 למחוק את התביעה, כיוון שלא ניתן להתקדם בתיק עקב הקושי של התובעים להיכנס לישראל. בנוסף, ביום 6.5.10 נדחתה בקשתו של עו"ד יונס לביטול החלטת בית המשפט למחיקת 3 תביעות שאוחדו⁴, וזאת מחוסר מעש בנסיבות דומות לנסיבות המתוארות לעיל.

10. לא די בכך כי על באי כוח התובעים באותן תביעות לפעול במהירות ובדוחק זמן על מנת שלא תישלל מאותם אנשים הזכות לפיצויים, לאור דרישת ההודעה המוקדמת ותקופת ההתיישנות הקבועות בסעיף 5א(2) ו-5א(3) לחוק הנזיקים האזרחיים (חובת מתן הודעה בכתב תוך 60 יום מיום מעשה כוחות הביטחון ותקופת התיישנות התביעה לשנתיים מיום המעשה), אלא שמעמידים בפני התובעים מכשולים פרוצידורליים אבסורדיים ההופכים את זכותם לפנייה לערכאות ולקבלת סעד לאות מתה ולזכויות ריקות מתוכן.

11. מכשול נוסף העומד בפני תובעים תושבי השטחים הכבושים בפני הגשת תביעות נזיקין לפיצויים על הנזקים שנגרמו להם עקב פעילות הצבא, הינו המכשול הכלכלי. לפי תקנה 519 לתקנות סדר הדין האזרחי, השמ"ד – 1984 רשאי בית המשפט לצוות על התובע ערובה להבטחת תשלום הוצאות הנתבע, כאשר ואם ציווה כאמור ולא ניתנה הערובה במועד הקבוע תידחה התביעה. בתביעות רבות נאלצים התובעים למשוך את תביעותיהם מחמת הסכומים המכבידים שנדרשים לשלם כערבות כהתניה להמשך ההליך המשפטי.

12. בשורה ארוכה של פסקי דין⁵, החליטו התובעים בהסכמת המדינה כנתבעת למחוק את התביעה מפני בית המשפט כיוון שלא הופקדה ערובה על ידי התובעים וזאת בהתניית חידוש התביעה בהפקדת ערובה, תשלום הוצאות הנתבעים והגשת תיק מוצגים ותצהירי

¹ ת"א (חיפה) 183/07 **פריד שעבאן חג'אג' ואח'** נ' **משרד הביטחון** (החלטה מיום 14.12.09).

² ת"א 4364/04 **עזבון המנוחה כאמלה אבו סעיד ואח'** נ' **מדינת ישראל** (החלטה מיום 6.12.09).

³ ת"א 1542/05 **עזבון המנוחה ע. נוהא סברי ואח'** נ' **מדינת ישראל** (החלטה מיום 11.3.10).

⁴ ת"א 4416/04, ת"א 4417/04 ות"א 4418/04.

⁵ בשורה של פסקי דין החליט בית המשפט להיעתר לבקשת התובעים המוסכמת למחיקת התביעה, והשארת פתח להגשתה שנית בתנאים שהוסכמו, כגון: ת"א 1714-06 **עזבון המנוחה אבראהים עבד אלסלאם גבר** נ' **משרד הביטחון**, ת"א 1624-06 **עזבון סאמח יוסף אבו גזר ואח'** נ' **משרד הביטחון**, ת"א 499/07 **עזבון המנוחה צבאח מוחמד חרארה** נ' **מדינת ישראל-משרד הביטחון**, ת"א 6143 **עזבון המנוח מוחמד חסין שורבגי ואח'** נ' **משרד הביטחון**.

עדות ראשית מאת התובעים. במקרים אחרים אי הפקדת הערובה לא הביאה רק למחיקת התביעה אלא אף לדחייתה דבר שמהווה חסימה סופית ומוחלטת בפני התובעים לתבוע בעת אחרת את נזיקיהם.⁶

13. המכשולים העומדים בפני התובעים אינם תמים במכשולים הכלכליים והפיזיים, שכן החוק עצמו מגדיר את אחריות המדינה בנזיקין רק לנזקים שנגרמו עקב פעולה שאינה מלחמתית, עניין המכביד על אותם תובעים מלכתחילה, לאור הפרשנות המרחיבה ל"פעולה מלחמתית" לפיה כמעט כל פעולה המבוצעת על ידי הצבא נחשבת לפעולה מלחמתית.

14. כידוע, בית המשפט העליון הכיר בזכותם של תושבי השטחים הפלסטיניים, נפגעי פעולות הצבא, לקבלת פיצוי זכות חוקתית החוסה תחת הגנות חוק היסוד. ראו פסקה 24 לבג"צ 8276/05 **עדאלה ואח' נ' שר הביטחון ואח'**, פס"ד מיום 12.12.2006 (טרם פורסם). בית המשפט העליון קבע כי סעיף 5ג לתיקון מספר 7 לחוק הנזיקים האזרחיים המונע הגשת תביעות נזיקין שנגרמו לפלסטינים על ידי כוחות הביטחון הינו בטל בשל פגיעתו הבלתי מידתית בזכות הקניין, הזכות לחיים, לכבוד ולפרטיות. אף על פי כן, וכפי שיוסבר להלן הפגיעה בזכות הקניין, החיים והגישה לערכאות נשארת על כנה נוכח המדיניות הנוהגת בטיפול בתביעות.

15. חסימת הדרך בפני התושבים הפלסטינים בעזה לתביעת פיצויים בנזיקין על פי חוק עומדת בניגוד גמור לעקרון זכות הגישה לערכאות ולבתי המשפט. אי לכך, גם נפגעת זכותם לקניין. זכות הגישה לערכאות הינה זכות נעלה ומיסודות קיומו של משטר דימוקרטי, בענייננו יפים דבריו של השופט חשין בעניין **ארפל**, כדלקמן:

"זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למסדר 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... 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 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.."

⁶ ת"א 4323-05 עזבון המנוח רמי מחמד מעין אבו עון ואח' נ' מדינת ישראל; ת"א 24666-06 עזבון המנוח אלמצרי נ' משרד הביטחון; ת"א 7978-02-09 קנדיל ואח' נ' משרד הביטחון.

16. הנה כי כן, מדיניות המניעה הגורפת לגבי בקשות היציאה או הכניסה לרצועת עזה בה מצדדת המדינה פוגעת באופן חמור בזכות הגישה לערכאות. הלכה פסוקה היא כי זכות הגישה לערכאות הינה זכות חוקתית על חוקית וערובה לקיום שאר הזכויות, עמד על כך כבוד השופט גולדברג בעניין ארפל לעיל, בדבריו:

"מדיניות ראויה היא זו שאינה נועלת דלת בפני מי שמבקש סעד מרשות שיפוטית. הנגישות לרשויות השיפוטיות נובעת מן התפיסה שבמשטר דמוקרטי "הפונקציה המוסדית הראשונית המוטלת על הרשות השופטת, ואשר בגינה נוצר וקיים מוסד בית המשפט, היא הפונקציה של הכרעה בסכסוך" (מתוך מאמרו של הנשיא אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" [37], בעמ' 256). זאת בין שהסכסוך הוא בין פרטים לבין עצמם, ובין שהסכסוך הוא בין פרט לבין רשויות השלטון."

שם, עמ' 590.

17. מניעת הכניסה והיציאה מרצועת עזה על ידי רשויות המדינה הינה מניעה גורפת. רק לאחרונה עמד בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ 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"ץ 2390/10 עלאא חליחל ואח' נגד שר הפנים ואח' (טרם פורסם, ניתן ביום 23.5.10).

18. יתר על כן, המדיניות הנוהגת בבתי המשפט ובעמדת רשויות המדינה מנוגדת למשפט הבינלאומי החל על תושבי עזה והגדה המערבית, כתושבי שטח כבוש. חובת המדינה להגן על האוכלוסיה הכבושה כוללת בתוכה חובה פוזיטיבית הכוללת החובה לשלם פיצויים בגין נזקים שנגרמו לתושבים המוגנים. חובת המדינה לפצות התושבים המוגנים מעוגנת בהוראות סעיף 3 לאמנת האג הרביעית משנת 1907, בהוראות סעיף 148 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949, וכן בהוראות סעיף 91 לפרוטוקול הראשון הנספח לאמנות ג'נבה, משנת 1977.

19. זכותם של הנפגעים מפעולות כוחות הביטחון, מבין תושבי השטחים הפלסטיניים, מעוגנת אף במשפט זכויות האדם הבינלאומי. סעיף 2(3) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, מטיל על המדינה החובה לפצות נפגעים מפעולותיה (ראו הערה כללית מס' 31

של ועדת האו"ם לזכויות האדם, המהווה את הפרשנות הרשמית לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, פסקה 16). כך גם סעיף 14 לאמנה הבינלאומית נגד עינויים.

20. בפרשת **Chorzow** קבע בית הדין הקבוע לצדק, לימים בית הדין לצדק, כי כלל ברזל במשפט הבינלאומי הוא שהפרת חובה מקימה חובת פיצוי. וכך נאמר שם:

"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).

21. גם בית הדין הגבוה 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.

22. לאור האמור לעיל, ועל מנת שיוכלו תושבי עזה לממש את זכותם לקבלת פיצויים עבור הנזקים שנגרמו להם, וכדי להנגיש את בתי המשפט אל מי שתובעים את זכויותיהם הנזיקיות מכוחות הביטחון ולאפשר קיומו של דיון יעיל וצודק, הנכם מתבקשים כדלקמן:

- א. לקבוע הנחיות והוראות ברורות לרשויות האחראיות על מתן היתרי כניסה לישראל, לפיהן יינתנו היתרי כניסה לתובעים ועדים מבין תושבי עזה המבקשים להיכנס לישראל לצרכים משפטיים ;
- ב. לקבוע הנחיות והוראות ברורות לרשויות האחראיות על מתן היתרי כניסה לרצועת עזה, לפיהן יינתנו היתרי כניסה לרצועה לעורכי דין ישראלים ומתמחיהם המייצגים תובעים מרצועת עזה ומבקשים להיכנס לרצועה כדי להיפגש עם לקוחותיהם.

בכבוד רב,

חסן ג'באין, עו"ד

בכבוד רב,

פאטמה אלעג'ו, עו"ד

העתק :

השופט משה גל

לשכת מנהל בתי המשפט

כנפי נשרים 22,

ירושלים 95464

באמצעות פקס : 02-6513191