

בעניין:

1. ע' בד"רסאוי, ת"ז \_\_\_\_\_  
תושב הרשות הפלסטינית
2. ס' בד"רסאוי, ת"ז \_\_\_\_\_  
תושבת הרשות הפלסטינית
3. ד"ר ע' זטמה, ת"ז \_\_\_\_\_  
תושב הרשות הפלסטינית
4. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר  
ע"י ב"כ עוה"ד נמרוד אביגאל (מ"ר 51583) ו/או חוה מטרס-  
עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או דניאל  
שנהר (מ"ר 41065) ו/או נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או  
בילאל סביחאת (מ"ר 49838) ו/או טל שטיינר (מ"ר 62448)  
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200  
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

**המערערים**

– נ ג ד –

1. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
2. שר הביטחון
3. מדינת ישראל

**המשיבים**

### הודעת ערעור

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד בבקשת המערערים להארכת מועד (בש"ם 7009/12 מיום 16.10.12), מוגשת בזאת הודעת ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כב' הש' אזולאי), בעת"ם 11-06-11636, שהומצא למערערים ביום 23.10.2011.

העתק פסק דינו של בית המשפט קמא מצורף ומסומן מע/1.

העתק ההחלטה בבקשת המערערים להארכת מועד מצורף ומסומן מע/2.

בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל את פסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא, אשר דחה את העתירה המינהלית, ולהורות למשיבים לאפשר למערערים 2-3 להיכנס לישראל, על מנת שיוכלו להתייצב בבית משפט השלום בירושלים ולהעיד בדיון הוכחות בתביעתם של המערערים 1-2 (ת"א 7646/05).

**מבוא**

1. בבסיסו של ערעור זה נמצאת הטרגדיה שפקדה את המערערים 1-2, שבנם הפעוט, מ', בן השנה וחצי, נהרג מאש של חייל ישראלי כשעלה על גג ביתו, ביום 2.10.03. מאז האסון, פועלים המשיבים, שהם גם הנתבעים בתביעה הנזיקית, כדי למנוע מהמערערים להגיש ולברר את תביעתם.
2. עניינו של ערעור זה בהחלטת בית המשפט הנכבד קמא לדחות את עתירתם של המערערים, כנגד סירוב המשיבים לאפשר את כניסתם של המערערים 2-3 לישראל, לצורך מתן עדותם בבית המשפט.
3. המערערים סבורים כי טעה בית המשפט הנכבד קמא בדחותו את עתירתם, תוך שהוא קובע קביעות לעניין חשיבותם של חלק מהעדים לצורך ניהול התביעה, ומקבל את עמדת המשיבים – הם גם הנתבעים בתביעה הנזיקית – לפיה יש לאפשר אך את כניסתם לצורך מתן עדות של עדים אשר המשיבים-הנתבעים קובעים כי הם מהותיים לצרכי התביעה נגדם.
4. בית המשפט הנכבד קמא קבע קביעות אשר מקומן בהליך הנזיקי ולא בהליך של עתירה מינהלית, שעניינה כניסה לישראל, מבלי שכל מסמכי התביעה הנזיקית היו בפניו, וכל זאת – בהחלטה שאינה מנומקת דיה.

**רקע עובדתי****הצדדים לערעור**

5. המערערים 1-2 הם בעל ואשתו, פלסטינים בני 51 ו-50, בהתאמה, המתגוררים עם ילדיהם בחאן יונס שברצועת עזה.
6. המערער 3, בן 53, הוא מנהל המחלקה הכירורגית בבית החולים "נאצר" בחאן יונס, אשר גר בשכנות למערערים והיה עד לירי ממנו נהרג בנם, וכן עבד אז כרופא כירורג בבית החולים "אל-הילאלי", לשם הובהל הפעוט ושם נקבע מותו.
7. המערערת 4 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
8. המשיב 1 (להלן: **המשיב**) הוא מתאם פעולות הממשלה בשטחים. הוא האחראי על יישום מדיניות ישראל, המשיבה 3, בגדה המערבית וברצועת עזה, וממונה, בין היתר, על מינהלת התיאום והקישור לרצועת עזה. המשיב 1 מוסמך להתיר את הכניסה לישראל מרצועת עזה, על פי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 ומכוח הסמכת שר הפנים בהסמכת שר הביטחון.
9. המשיב 2, שר הביטחון, הינו הממונה על המשיב 1.

**תביעת המערערים בבית משפט השלום בתל אביב**

10. בשנת 2003 נורה הפעוט מ' בדרסאוי, עת עלה בגפו לגג ביתו. כדור של חייל, שנורה מעמדה קרובה, פגע בו. הפעוט הובהל לבית החולים, שם נקבע מותו. רק לאחר שפנו הוריו,

המערערים 1-2 בעתירה לבג"צ (בג"צ 1970/05), נפתחה חקירה בדבר מותו של הפעוט, אשר נסגרה מחוסר ראיות. ערר על סגירת התיק נדחה על ידי הפרקליט הצבאי הראשי בשנת 2008.

11. ביום 31.7.05 הגישו המערערים 1-2 תביעה (ת"א 7646/05) לבית משפט השלום בירושלים כנגד מדינת ישראל (להלן: **התביעה**) בגין הנזקים שנגרמו להם. מטבעה של הטרגדיה שפקדה אותם, רוב הנזקים לא ניתנים לכימות. המערערים הגישו תצהירי עדות ראשית, כמו גם את תצהירו של המערער 3. הנתבעים הם המשיבים 2 ו-3.

העתק כתב התביעה מצורף ומסומן **מע/3**.

12. ביום 24.12.09 הוחלט על עיכוב ההליכים בתביעה למשך 6 חודשים, לבקשת הצדדים, בשל ההגבלות על כניסתם של המערערים לישראל.

13. בחלוף שישה חודשים הודיעו התובעים על חידוש תביעתם, וביום 6.10.10 הורה בית המשפט על חידוש ההליכים בתיק, והוא נקבע להוכחות ליום 7.7.11 לשמיעת פרשת התביעה. לבקשת התובעים, הוצאו זימוני עדים למערערים 1-3.

#### **עתירת המערערים בבית המשפט לעניינים מינהליים בבאר שבע**

14. בעקבות זימונם למתן עדותם, פנו המערערים למשיבים, על מנת שתותר כניסתם לישראל לצורך מתן עדותם. ביום 2.5.11 התקבלה תשובת המשיב 1, לפיה הבקשה סורבה.

15. ביום 9.6.11 הגישו המערערים עתירה לבית המשפט המחוזי בתל אביב, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים. ביום 3.7.11 הועבר הדיון לבית המשפט לעניינים מינהליים בבאר שבע, לבקשת הצדדים.

16. ביום 21.12.11 הודיעו הצדדים כי המשיבים החליטו להתיר את כניסתו של המערער 1 לישראל לצורך מתן עדותו. בעקבות האמור, ביקשו הצדדים לבטל את הדיון שנקבע בעתירה ולהגיש הודעה מעדכנת, תוך שהתנהלו מגעים בין הצדדים לתביעה הנזיקית במטרה להגיע להסדר דיוני אשר יצמצם את גדר המחלוקת. ואולם, הצדדים לתביעה הנזיקית לא הגיעו להסכמות ביניהם, השאלות במחלוקת נותרו בעינן, וכך נדרשה עדותם של המערערים 2-3.

17. ביום 17.5.12 התקיים דיון בעתירה בפני כבוד השופט אזולאי, לצורך קביעת המשך הטיפול בעתירה, במסגרתו לא טענו הצדדים ואך נקבע מועד להגשת סיכומיהם.

#### **פסק הדין נשוא הערעור**

18. ביום 7.8.12 ניתן פסק דינו של בית המשפט קמא, בעקבות סיכומי הצדדים. בית המשפט הנכבד קמא דחה את העתירה, בקבעו כי "הנימוקים לאי מתן היתר כניסה למערערים 2-3 אינם בלתי סבירים או בלתי מידתיים לאור העובדה שעל פי תצהיריהם שהוגשו כעדות ראשית בבית המשפט, הם לא היו נוכחים בשעת הירי, להבדיל מהמערער 1 שכן נוכח לטענתו בשעת הירי" (ר' לעיל ע/1).

## הטיעון המשפטי

19. תוצאתו הישירה של פסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא הינה פגיעה בזכותם של המערערים 1-2 לברר את תביעתם. משמעה של תוצאה זו הינה פגיעה קשה בזכותם לקבל את יומם בבית המשפט, בזכותם לקבל סעד ובכל הזכויות הנלוות לכך ובכלל זה: זכות הקניין, הזכות לחיים והזכות לכבוד.

20. קביעתו של בית המשפט הנכבד קמא כי החלטת המשיבים שלא לאפשר את כניסת המערערים 2-3 לצורך מתן עדותם סבירה, "לאור העובדה שעל פי תצהיריהם שהוגשו כעדות ראשית בבית המשפט, הם לא היו נוכחים בשעת הירי", חורגת מעניינה של העתירה המינהלית, אשר לא נועדה להוות ערעור על החלטתו של בית משפט השלום בתל אביב, במסגרת ההליך הנזיקי, להורות על זימונם של העדים. תוצאתו של פסק דינו של בית המשפט קמא יוצרת אבסורד, לפיו הנתבעים בוררים מי מעדי התביעה ייתן את עדותו, תוך שהם מותירים את התביעה תלויה על עדות יחידה.

21. בשולי הדברים יוער, כי אף לו הייתה בידי בית המשפט הנכבד קמא הסמכות לשקול שאלות בדבר חשיבות עדותם של המערערים 2-3, הרי שהחלטתו בעניין זה לא התבססה על מכלול התיק הנזיקי, באשר רובו לא היה בפניו. משכך, לא היה בידי להעריך את גדר המחלוקת ואת חשיבות עדותם של המערערים 2-3.

22. כידוע, "אין חקר לתבונת סנגור מוכשר, ואין לנחש כיצד היה יכול לנצל את החומר הנמצא לפניו". תביעות קמות ונופלות על עדים 'משניים', כביכול, וזכותו של תובע לזמן את עדיו הינה חלק מהותי מזכותו לנהל את תביעתו.

23. לבסוף, החלטתו של בית המשפט הנכבד קמא אינה מנומקת דיה ואינה מאזנת בין השיקולים הצריכים לעניין והזכויות הנפגעות.

### א. רקע: תביעות נזיקין המוגשות על ידי תושבי השטחים

24. זכותם של תושבי השטחים לתבוע את נזקיהם בישראל הוכרה כחלק מזכויותיהם החוקתיות, אשר חובה על המדינה לאפשר את מימושו.

25. בבג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון**, תק-על 2006(4), 3675 (2006), שהמוקד להגנת הפרט היה אחד העותרים בו (להלן: **בג"ץ עדאלה**), פסק בית המשפט העליון כי סעיף 5 לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, אשר הגביל את זכותם של תובעים דוגמת המערערים להיפרע על נזקיהם בבתי המשפט בישראל, אינו חוקתי והורה על ביטולו.

26. לאחר בחינת הסעיף, קבע כבוד הנשיא ברק כי הפגיעה שהוא יוצר בזכות לקבל סעד אינה מידתית:

פגיעה גורפת זו בזכויות אינה נדרשת על מנת להגשים את התכליות שבבסיס סעיף 5 לתיקון מס' 7. שלילת האחריות של המדינה בסעיף 5 אינה "מתאימה את דיני הנזיקין למצב המלחמה". היא מוציאה אל מחוץ להיקף תחולתם של דיני הנזיקין פעולות רבות שאינן מלחמתיות. היא אינה עולה בקנה אחד עם חובתה של ישראל, כמי שמחזיקה ביהודה, שומרון וחבל עזה בתפיסה לוחמתית.

תפיסה זו מטילה על המדינה חובות מיוחדות על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, שאינן עולות בקנה אחד עם שחרור גורף מכל אחריות בנזיקין... כמובן איננו קובעים דבר באשר למעמד המשפטי של חבל עזה לאחר ההתנתקות. גם אם התפיסה הלוחמתית של ישראל בו נסתיימה כטענת המדינה, אין צידוק לשחרור גורף מאחריותה בנזיקין.

(שם, ס' 36 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק).

27. כנגד זכותם זו, הוכרה חובתה של המדינה לאפשר את מימושה של הזכות, בהיותה זכות פוזיטיבית. יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, שנאמרו בקשר לאיזון שבין עוצר כללי המוטל על איזור לבין מימוש זכות הגישה לערכאות:

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)).

28. אף בית המשפט העליון, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, מצא לנכון להורות למדינה לפעול להתרת כניסתה של עותרת מרצועת עזה לצורך נוכחותה בדיון בעתירה בעניינה, וזאת אף שבניגוד לענייננו, שם לא נדרשה עדותה. בית המשפט הורה אז לצדדים לתאם את כניסת העותרת מרצועת עזה להשתתפות בדיון, תוך שהוא מציין כי:

מניסיוננו ישנן דרכים לאפשר את כניסת העותרת לישראל לצורך הדיון אשר ייקבע בפנינו.

(בג"ץ 8731/09 ברלנטי נ' מפקד איזור הגדה המערבית, החלטה מיום 24.11.2009).

29. ואולם, בענייננו נמנעו המשיבים בטרם הגשת העתירה מלתת למערערים היתרי כניסה כאמור, תוך שהם מנעו מהם לנהל את תביעתם, שההליכים בה התחילו בשנת 2005.

30. יצוין, כי באופן זה נמחקו או נדחו תביעות רבות של תובעים, תושבי השטחים, שהמשיבים מנעו את כניסתם לישראל: ת"א 7665/04 (שלום-תל אביב) אל-ח'טיב נ' מדינת ישראל, שהוגשה ביום 15.6.04, נמחקה מחוסר מעש ביום 27.5.09, לאחר שהתובע לא קיבל אישור להיכנס לישראל לצורך קבלת חוות דעת רפואית; ת"א 3435/05 (שלום-ירושלים) עבד אלהאדי נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, אשר הוגשה ביום 15.3.05, נמחקה ביום 7.9.09 על פי בקשת הצדדים, משלא ניתן אישור לכניסת התובעים לישראל; בת"א 7646/05 (שלום-ירושלים) עזבון המנוח עבד אלקאדר נ' מדינת ישראל, שהוגשה ביום 31.7.05, סירבה המדינה להתיר את כניסת העדים, והתובעים נאלצו לעכב את ההליכים בתביעתם ביום 24.12.09; בת"א (שלום ירושלים) 7812/05 תעבאן נ' מדינת ישראל, שהוגשה ביום 4.8.05, נאלצו התובעים לבקש את הפסקת ההליכים בתובענה נוכח סירוב המדינה להתיר את כניסתם לישראל, וזו הופסקה ביום 5.11.09.

31. התנהלות זו זכתה בעבר לביקורת בערכאות הדיוניות בפניהן נוהלו תביעות נזיקין מעין דא. כך למשל נאמר כי:

בהזדמנות זו אני מבקש להעיר, כי זה לא המקרה היחיד שבו תובעים תושבי הרשות הפלסטינית, שהגישו תביעות בבתי המשפט בישראל, אינם יכולים להופיע לדיונים או לבדיקות רפואיות והדבר גורם לא רק לביטול ישיבות

שנקבעו להוכחות מזה זמן רב, אלא גם פוגע בזכויותיהם של בעלי דין אלה ולא אוסיף. סבורני שהגיע הזמן שהעניין יטופל בצורה ראויה על מנת לשים קץ לסבלם של התובעים.

(ת"א (מחוזי-חיפה) 1131/99 **שביר נ' מ"י**, פס"ד מיום 10.12.04; התביעה נמחקה בשל חוסר אפשרות להגיש חוות דעת רפואית בשל סירוב הרשויות לתת היתרי כניסה לישראל).

32. יפים לעניינינו דברי כבוד השופט בעז אוקון, שניתנו בבקשת רשות ערעור של המדינה על החלטת בית משפט השלום בגדרה למנות מומחה רפואי, תוך חיוב המדינה בעלויות המינוי. התביעה המקורית, בבית משפט השלום, הוגשה על ידי פלסטינית שנפגעה מכדור שנורה על ידי כוחות הביטחון. השופט אוקון דחה את בקשת המדינה:

**וכי היכן תשמע תובענת התובעת? האם מוכנה המבקשת להתדיין בבתי המשפט בשטחים? האם התובע הוא תושב חוץ שנפגע לתומו בעת היותו בישראל? האם הוא גרר את המבקשת לבצע פעולות בתחומו? מוטב לומר דברים פשוטים: ניהולם של הליכים אלה הוא מחויב המציאות.**

(בר"ע (י-ם) 917/05 **מדינת ישראל – משרד הביטחון נ' סכאפי** (פורסם בנבו) ההדגשות הוספו. נ.א.).

**ב. שגה בית המשפט קמא עת קבע בדבר "חשיבות העדים" במסגרת העתירה המינהלית**

33. כפי שתואר לעיל, בעקבות הגשת העתירה נשוא ערעור זה הכירו המשיבים בזכותם של המערערים 1-2 לנהל את תביעתם, והודיעו כי יאפשרו את כניסתו של המערער 1 לישראל, לצורך מתן עדותו.

34. שגה בית המשפט הנכבד קמא, כאשר קבע כי עמדת המשיבים, לפיה יתירו את כניסתו של המערער 1 לישראל לצורך מתן עדותו, אך לא את כניסת המערערים 2-3, הינה סבירה ומידתית, תוך שהוא קובע קביעות עובדתיות באשר לעדותם.

35. בכך, למעשה, נתן בית המשפט הנכבד קמא למשיבים – הם הנתבעים בתביעה הנזיקית – את הסמכות לברור ולמייין בין שלושת האנשים שיעידו נגדם לפי שיקול דעתם, ולבחור מי מהעדים הם מוכנים שייתן את עדותו ומי לאו.

36. ההחלטה לזמן את המערערים למסירת עדותם ניתנה על יד כבוד השופט מוסק במסגרת ההליך הנזיקי בבית משפט השלום בירושלים. המשיבים לא טענו במסגרת ההליך הנזיקי כנגד זימונם של העדים או ביקשו לבטל את ההחלטה. כנגד החלטה זו לא הוגשה כל תגובה, בקשה או ערעור מטעם הנתבעים.

37. בית המשפט הנכבד קמא לא קבע כי עדותיהם של המערערים 2-3 אינן רלבנטיות לתביעה ולא טענו לניצול לרעה של הליכי המשפט בשל זימונם, או כי קיימות כוונות נסתרות פסולות לכניסתם. אף המשיבים לא טענו טענות מסוג זה. אין מחלוקת שהכול נעשה בתום לב ובצורה עניינית לחלוטין, אך ורק מתוך שיקולים של טובת הלקוח, ההליך והתביעה.

38. בית המשפט הנכבד קמא שגה בעצם קביעתו לעניין חשיבות עדותם של העדים לצורך עתירתם למתן היתר לכניסה לישראל. **העתירה שעמדה בפניו לא עסקה בשאלות ובשיקולים שונים של התביעה הנזיקית ובעצמת הראיות המצויות שם. הוגשה לפניו עתירה מינהלית, לא ערעור על החלטה של בית משפט השלום בתביעה הנזיקית שעודנה מתנהלת.**

39. משכך, חרג בית המשפט הנכבד קמא מגדרי העתירה המינהלית שבפניו ושקל שיקולים שלא מעניינה.

40. כזכור, המערערת 2 היא התובעת בתביעה הנזיקית, שאיבדה את בנה ותובעת את נזקיה. המערער 3 הוא רופא הגר בשכנות למערערים 1-2, אשר יש בעדותו כדי לתמוך בעמדת התביעה בכל הנוגע לשכונה ולאירועי אותו יום ברחוב.

41. שלא למותר לציין, כי זכותו של בעל דין לזמן את עדיו נועדה להבטיח את בירור האמת בהליך המשפטי.

נקודת המוצא היא החובה הבסיסית המוטלת על כל אדם להעיד בבית-משפט אם מזומן הוא למסור עדות... כלל זה, שהוא בסיסי בדיני הראיות בשיטתנו, נועד לקדם את בירור האמת בכך שהוא מאפשר הבאת כל עד שביכולתו לשפוך אור על הנסיבות ועל האירועים שבמרכז הדיון המשפטי. כל חריג לכלל האמור פוגע בכלי בעל חשיבות ראשונה במעלה שניתן בידי בית-המשפט לצורך ירידה לחקר האמת. לפיכך יש לקבוע את החריגים בזהירות ובקפידה.

(בג"ץ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו פ"ד נא(3) 750).

42. בחירת העדים הינה חלק מהותי ובסיסי בבחירתו של תובע בדבר אופן ניהול תביעתו וקו טיעונו. ככלל, בית משפט לא ימנע מצד לצרף עדים וראיות רלבנטיים לניהול משפטו. כלל זה ניצב אל מול חובתו של צד לצרף את ראיותיו ולהעיד את עדיו.

נקודת המוצא העקרונית הינה עקרון הגילוי. כל אדם חייב למסור כל ראייה. ביסוד עיקרון זה עומד הערך של גילוי האמת. גילוי האמת משרת את אינטרס הצדדים בהבטיחו עשיית משפט. גילוי האמת משרת את אינטרס הציבור, בהבטיחו את "תקינות הפעולה של המערכת החברתית כולה..."

(רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 54).

43. חולשתה של תביעה המתבססת על עדות יחידה ברורה היא, ובתי משפט נמנעים מלהכריע אך על בסיס עדות יחיד (ר' גם ס' 54 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971).

44. יובהר, כי בית המשפט הנכבד קמא לא קבע כי עדותם של המערערים 2-3 איננה רלבנטית לתביעה, או כי יש בבקשתם להיכנס לישראל משום ניצול לרעה של זכות. וזאת, לא בכדי: טענות מסוג זה אף לא נטענו על ידי המשיבים.

45. בשולי הדברים יובהר, כי אף לו שאלת חשיבות עדותם של המערערים 2-3 הייתה בגדרו של ההליך בבית המשפט הנכבד קמא, הרי שאף לא היו בידי הכלים לבחון את משקל עדותם של המערערים, שכן כלל המסמכים הקשורים לתביעה הנזיקית, וביניהם: תצהירי העדות מטעם המערערים (התובעים בתביעה הנזיקית), כתב ההגנה, 21 נספחי התביעה, הודעה לצדדים שלישיים וכתב הגנה מטעם צדדים שלישיים, לא עמדו בפני בית המשפט. משכך, לא היו בפני בית המשפט הנכבד קמא השאלות שבמחלוקת, אשר לצורך הכרעה בהן התבקשו המערערים לתת עדותם, וכל קביעותיו העובדתיות בדבר חשיבות עדותם של המערערים 2-3 התבססו אך על תגובת המשיבים לעתירה, וכאמור – אף לא על תצהירי העדות עצמם. יפים לענייננו דברי כבוד השופט השופט אולשן בע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי, פ"ד ד(1) 429, 433:

המסמך הנ"ל אינו נמצא בתיק שלפנינו, אבל אף אילו היה לפנינו לא היינו יכולים להסיק מסקנות על יסוד השערות בלבד, כי אין חקר לתבונת סנגור מוכשר, ואין לנחש כיצד היה יכול לנצל את החומר הנמצא לפניו.

### ג. שגה בית המשפט קמא בנתנו החלטה לא מנומקת

46. החלטת בית המשפט הנכבד קמא אינה מנומקת דיה, ואינה מבארת את המשקל שניתן לשיקולים הצריכים לעניין ולפגיעה בזכויות המערערים – זכויות יסוד המוקנות להם על פי דין, כפי שאף הובהר בפסק דינו של בית משפט זה בעניין עדאלה דלעיל. אף משכך דין הערעור להתקבל.

על חובת ההנמקה אין צורך להכביר מלים; "חובת ההנמקה חשובה היא במיוחד... היא מהחשובים באתגרים בפניהם חייב שופט, המפעיל שיקול דעת, לעמוד" (א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 46; ראו גם רע"א 8996/04 שכטר נ' נציגות הבית המשותף, פ"ד נט(5) 17 והאסמכתאות דשם; רע"א 7345/06 אטיאס נ' סאסי (לא פורסם) [פורסם בנבו]). אמנם, ההנמקה "נבחנת מבחינה עניינית, לפי נסיבותיו של כל מקרה" (ע"א 668/89 פאר נ' חברת בית פרישמן, פ"ד מד(4) 693, 698 - הנשיא שמגר). אך הנמקה נחוצה, ובהיעדרה - בנוסף לקושי לגופו באשר לתקנה 154 - יש מקום לקבלת הערעור.

(רע"א 3876/09 ח'שיבון נ' ח'שיבון (פורסם בנבו, ניתן ביום 25.8.09)).

47. בית המשפט הנכבד קמא לא התייחס כלל וכלל בפסק דינו לטענות המערערים בדבר היעדר סמכות לדון בשאלת משקל העדים וחשיבותם לתובענה הנוזקית, במסגרת העתירה המינהלית. כמו כן, בית המשפט הנכבד קמא לא נימק כיצד שקל את חשיבותם של העדים לתובענה מבלי שהיו בידיו תצהירי העדות מטעם אותם עדים וכן כתב ההגנה.

### ד. הפגיעה בזכויות המערערים

48. החלטת בית המשפט הנכבד קמא, בדחותו את העתירה, פוגעת בזכותם של המערערים לנגישות לערכאות ובזכותם לקבל סעד.

49. הגבלת המערערים בניהול ההליך המשפטי בעניינם פוגעת בזכותם להליך הוגן ומסכלת את אפשרותם להיפרע על נזקיהם, שנגרמו על ידי המשיבים. בכך, נפגעות באופן גורף זכויותיהם, ובהן זכות הגישה לערכאות, זכות הקניין, הזכות לחיים והזכות לכבוד.

50. ודוק: ענייננו בפגיעה **בזכויות חוקתיות, המוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**. כך אמר בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, בבג"ץ עדאלה:

הזכויות של תושבי האזור... הן זכויות המוקנות להם בישראל. אלה הם זכויותיהם, על פי המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי. לפיו, בהתקיים הנסיבות המתאימות, ניתן לתבוע בישראל, ועל-פי דיני הניזקין הישראליים, גם בגין עוולה אשר בוצעה מחוץ לישראל... נמצא, כי תיקון מס' 7 פוגע בזכויות הנתונות בישראל לתושבי האזור הנפגעים ממעשי נזיקין של כוחות הביטחון באזור.

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.

(שם, סי' 23 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק).

בהמשך, הרחיב בית המשפט ומנה את הזכויות החוקתיות הנפגעות עת מונעת המדינה מתובע להיפרע על נזקיו, אף לגבי זכויות לא ממוניות:

ראשית, הזכות בנזיקין הנתונה לניזוק (או ליורשיו או לתלויים בו), ואשר נשללה על ידי תיקון מס' 7, הינה חלק מזכותו החוקתית של הניזוק לקניין... 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.  
(שם, ס' 24-25 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק).

51. המשפט הנזיקי מהווה מקור מרכזי לקבלת סעד עבור פגיעה פיזית בזכויות האדם המוגנות:

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

וכן:

חוקי היסוד ייעשו פלסטר אם הזכויות החוקתיות לא יגררו אחריהן סעדים מתאימים. הכרה בזכות אדם חוקתית, גוררת אחריה הכרה בתרופה מתאימה אם הזכות מופרת; קיומה של זכות מחייב קיומה של תרופה... נטילת הסעד או אי הכרה בתרופה מהווה פגיעה בזכות אדם חוקתית בדומה לפגיעה הראשונה בה.

(פרשנות במשפט הנ"ל, עמ' 703-705).

52. בענייננו, מדובר בפגיעה ביכולתם של המערערים להיפרע על פגיעה קשה בהם, אשר אין פיצוי שיוכל לשקמם ממנה. נזקם של המערערים, ששכלו את בנם הפעוט, אינו ניתן לכימות, אולם דיני הנזיקין מכירים בנזקים כגון אבדן משכורת עתידית, כאב וסבל, כנזקים בני פיצוי. מניעת המערערים אף מהקטן שבפיצויים בגין סבלם הלא יתואר פוגע בזכויות חוקתיות מפורשות: הזכות לקניין (ס' 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), הזכות לחיים והזכות לכבוד (ס' 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו).

53. לשם מימושן של זכויות אלו, הכיר בית המשפט גם בזכות הגישה לערכאות. זכות הגישה לערכאות הוכרה זה מכבר זכות יסוד חוקתית ראשונה במעלה:

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. במקרה האחרון נשענת ההכרה בזכות הגישה גם על ההכרה כי ביקורת שיפוטית על "מעשי השלטונות היא חלק בלתי-נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע אחד מעמודי התווך של בנין המדינה" (בג"ץ 222/68, המ' 15/69 חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה [3], בעמ' 172). דומני, כי זהו הבסיס הרעיוני לדבריו של השופט זמיר בע"א 3833/93 לז' לז' נ' א' לז' ואח' [4], בעמ' 874, ולפיהם: "גישה חופשית ויעילה אל בית המשפט היא זכות יסוד, אף אם עדיין אינה כתובה עלי חוק יסוד, ובית המשפט אמור להגן עליה כמו על זכויות יסוד אחרות".

(ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3), 577, 595-596 (1997) (להלן: פרשת ארפל)).

54. למעמדה של זכות הגישה לערכאות כזכות יסוד ר' גם: יורם רבין 'זכות הגישה לערכאות' כזכות חוקתית (המשפט כרך ה', תשס"א); רע"א 9567/08 כרמל אולפניים בע"מ נ' תעשיות אלקטרוכימיות 1952 בע"מ (בפירוק), תק-על(1)2011, 1107, 1115 (2011); בג"ץ 6824/07 ד"ר עאדל מנאע נ' רשות המסים, תק-על(4)2010, 3737, 3755 (2010); בג"ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 2.10.2008); בג"ץ 1661/05 המועצה המקומית חוף עזה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2), 481, 611-612 (2005).

55. פגיעה בזכות הגישה לערכאות היא פגיעה ישירה גם בכל יתר הזכויות, שכן בכך נמנע מאדם לעמוד על זכויותיו בפני הערכאה השיפוטית. משכך, הביע כבוד השופט חשין את עמדתו בפרשת ארפל, לפיה זכות הגישה לערכאות נעלה על זכויות היסוד, ונגזרת ישירות מעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי.

דעתי-שלי היא, כי 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. בזאת נשתנתה הרשות השופטת משתי אחיותיה – הרשות המחוקקת והרשות המבצעת – ששתי אלו האחרונות יוזמות ועושות, אם בתחום החקיקה ואם בתחום המעשה, בעוד אשר הרשות השופטת יושבת על מושבה ומצפה כי יבואו אליה לקבל את חוות-דעתה ואת הכרעותיה. וכנאמר על משה: "וַיְהִי מִמְּחַרְת וַיֵּשֶׁב מֹשֶׁה לְשֹׁפֵט אֶת-הָעָם וַיַּעֲמֵד הָעָם עַל-מֹשֶׁה מִן-הַבֶּקֶר עַד-הָעֶרֶב" (שמות, יח, יג [א]). 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 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. ראו והשוו בג"ץ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים על-פי סעיף 11 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תשי"ל-1970 ואח' [28], בעמ' 450. בחסימת הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עמו.

(שם, בעמ' 629. ההדגשות אינן במקור).

56. זכות הגישה לערכאות הינה זכות פוזיטיבית, אשר כנגדה עומדת חובתה של המדינה לפעול להגשמתה.

בימינו אנו, אין המדינה יכולה עוד לעמוד מנגד באופן פסיבי ללא מתן עזרה פוזיטיבית, במקרים מסוימים, לאזרח הבא לממש את זכותו לפנות אל הערכאות.

(יורם רבין 'זכות הגישה לערכאות' כזכות חוקתית (1998), עמ' 53).

57. בית המשפט הכיר בעבר בחובה הניצבת כנגד זכות הגישה לערכאות, לסייע בידי מי שמבקש לממש את זכותו זו. כך, למשל, נאמר בעניין חשיבות הסרת מכשולים פרוצדורליים ואחרים כאשר מדובר במהגרי עבודה:

מושכלות ראשוניים הם כי "זכות הגישה לערכאות היא זכות ראשונית ויסודית, הנתונה לציבור בכללותו ולכל אחד מיחידיו, והיא הבסיס והתשתית לעצם מהותה של שיטת משפט, באשר היא" [...].

לאורה של זכות הגישה לערכאות, הוסיף בית דין זה וקבע בפסיקתו מדיניות שיפוטית לפיה יש להקל על מימוש זכויותיהם של מהגרי עבודה בתביעותיהם בבית הדין לעבודה, נוכח חולשת מעמדם ודחיקתם לשולי החברה בישראל. כפי שצינתי בעניין בוצ'ימן:

"...בית-הדין יפתח שעריו לרווחה בפני העובדים הזרים המבקשים לממש זכויותיהם ויעשה המיטב והמרב כדי לסייע בידם בכך שידון בתביעותיהם לגופו של עניין, ויימנע ככל הניתן בנסיבות העניין מהערמת קשיים הנובעים מדיני פרוצדורה ודיני ראיות נוקשים, העלולים לגרום לסילוקה של התובענה על הסף, או בטרם התבררה והוכרעה לעיצומה" [ע"ע 1459/02 דן בוצ'ימן סט ייזום ובניה

בע"מ, פד"ע לח 824 ; וראו: עניין קיניאנג'וי, פסקה 14 לפסק דינו של הנשיא אדלר].

(ע"ע 424/08 סלאח נ' פרידמן חכשורי חברה להנדסה ולבניה בע"מ, תק-אר 1)2009 (1) 420, 424 ((2009)).

### סיכום

58. המשיבים הכירו כבר בזכותם של המערערים לנהל את תביעתם ובזכותו של המערער 1 להיכנס לישראל לצורך מתן עדותו. אולם בכך אין סג'י: מניעת כניסתם של המערערים 2-3 לצורך מתן עדותם פוגעת ביכולתם לנהל את תביעתם.

59. משכך, לא עמדה בפני בית המשפט הנכבד קמא כל מחלוקת באשר לזכותם של המערערים 2-1 לתבוע את נזיקיהם וזכותם לגישה לערכאות. כל שעמד בפניו הוא החלטה למנוע מהמערערים 2-3 להיכנס לישראל לצורך מימוש זכויותיהם, כפי שהמשיב התיר למערער 1.

60. בית המשפט הנכבד קמא שגה בקבעו כי החלטת המשיבים סבירה ומידתית, תוך שהוא שוקל שיקולים אשר לא היו שייכים לעתירה המינהלית כי אם לתביעה הנזיקית, וזאת שעה שאף המסמכים הצריכים לעניין לא היו בפניו, וכן בנתנו החלטה שאינה מנומקת דיה.

61. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט לקבל את הערעור.

---

נמרוד אביגאל, עו"ד

ב"כ המערערים

17 באוקטובר, 2012

[ת.ש. 68744]