

1. עדאללה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של לוטה זלצברגר
3. האגודה לזכויות האדם בישראל
4. אל חאק – החוק בשרות האדם – הגדה המערבית
5. המרכז הפלסטיני לזכויות אדם – עזה
6. בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים
7. רופאים לזכויות אדם
8. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
9. שומרי משפט – רבנים למען זכויות האדם

ע"י ב"כ עוה"ד חסן ג'בארין ו/או' ארנה כהן ואח'
מעדאללה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, ת"ד 510, שפרעם 20200
טל: 04-9501610 פקס: 04-9503140

וכן:

באמצעות עו"ד דן יקיר ואח'
מהאגודה לזכויות האדם בישראל ת"ד 34510, ירושלים 91000
טל: 02-6521218 פקס: 02-6521219

וכן:

באמצעות עו"ד גיל גן מור ואח'
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים 97200
טל: 02-6283555 פקס: 02-6276317

העותרים בבג"צ 8276/05

עזבון המנוח שאדן עבד על קאדר ואח'

ע"י עוה"ד ח' אבו חוסין ואח'
ת.ד. 290, מאום אל פאחם 30010
טל: 04-6313640 פקס: 04-6312915

העותרים בבג"צ 8338/05

עזבון המנוח אימאן אלהמץ ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד ל. צמל ו/או אח'
מרחוב אבו עוביידה 2 בירושלים
טל: 02-6273373 פקס: 02-6289327

העותרים בבג"צ 11426/05

1. שר הביטחון
2. מדינת ישראל
3. היועץ המשפטי לממשלה

על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים ירושלים
טל: 02-6466345 פקס: 02-6467011

ה מ ש י ב י ם

תגובה מטעם המשיבים

לקראת הדיון הקבוע ליום 13.7.06, מתכבדים המשיבים להגיש תגובה מטעמם לעתירות.

תוכן עניינים

5 מבוא – מלחמה ללא שם
	פרק א' - הבסיס העיוני לאי התאמת דיני הנויקין לטיפול בנוקי מלחמה
10
15 פרק ב' - ההסדר שקדם לתיקון
16 1. פרשנות סעיף 5 לחוק בפסיקתו של בית המשפט הנכבד
20 2. תיקון מספר 4 לחוק
21 3. תביעות נתיני אויב
24 4. הכלל בדבר "מעשה מדינה"
26 פרק ג' - שינוי הנסיבות שהצריך את שינוי החוק
26 1. מלחמת טרור היוצאת משטחי הרשות הפלסטינית
26 2. מחירה הכלכלי של המלחמה
27 3. מעמדה של הרשות הפלסטינית
30 פרק ד' – התיקון
30 1. הצעת החוק שהולכה לתיקון
31 2. הליכי החקיקה
31 3. הוראות החוק
31 4. א. ההסדר לגבי נתין של מדינת אויב או חבר בארגון מחבלים
32 4. ב. ההסדר לגבי תביעות הנוגעות לנזקים שנגרמו באזור עימות
35 4. יישום הוראות התיקון
35 4. א. ההכרזות על אזור עימות
37 4. ב. תשלום סטטוטורי לפנים משורת הדין
40 פרק ה' - משפט משווה
40 1. כללי
40 2. אנגליה
44 3. ארצות הברית
49 4. קנדה
50 5. גרמניה
51 6. איטליה
52 7. יפן
53 8. המשפט הבין לאומי
53 8. א. כללי
54 8. ב. עילת תביעה מכח המשפט הבין לאומי במשפט הפנימי
54 8. ב. 1. המשפט הבין לאומי ההומניטארי
57 8. ב. 2. יישום הכללים בבתי המשפט המקומיים
59 8. ג. הגבלת זכות התביעה של תושבי שטח מוחזק
59 8. ג. 1. כללי
60 8. ג. 2. המשפט הבין לאומי ההומניטרי - הפרשנויות השונות לתקנה (h) 23
62 8. ג. 3. דיני זכויות האדם
62 8. ג. 3. א. היחס בין המשפט ההומניטארי לאמנות זכויות האדם
62 8. ג. 3. ב. הזכות לסעד בגין הפרת זכות המוגנות באמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, משנת 1966
65
69 פרק ו' - הניתוח החוקתי
69 1. כללי – שיטת הניתוח
70 2. שלב א' – הפגיעה הנטענת בזכות החוקתית
70 2. א. כללי
71 2. ב. התיקון אינו פוגע בזכות הגישה לערכאות
73 3. שלב ב' - הפגיעה הנטענת בזכות החוקתית הינה כדין ועומדת בתנאי פסקת ההגבלה
73 3. א. כללי
74 3. ב. הפגיעה הינה בחוק או לפי חוק או מכח הסמכה מפורשת בו
75 3. ג. החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל
78 3. ד. תכליות התיקון הן תכליות ראויות
79 3. ד. 1. תכלית התיקון הנוגעת לתיחום האחריות בגין נזק שנגרם באזור עימות
81 3. ד. 2. תכלית התיקון הנוגעת לתיחום האחריות כלפי נתיני אויב וחברי ארגון מחבלים
82 3. ה. ההסדרים בתיקון הם הסדרים מידתיים
82 3. ה. 1. כללי

83.....	ו.3.ה.2. התיקון עומד במבחן המשנה הראשון – התאמה בין מטרה לאמצעי
84.....	ו.3.ה.3. התיקון עומד במבחן המשנה השני – האמצעי שפגיעתו פחותה
84.....	ו.3.ה.3.א. כללי
84.....	ו.3.ה.3.ב. תביעות לגבי נזק שנגרם באזור עימות
86.....	ו.3.ה.3.ג. תביעת נתיני אויב וחברים בארגון מחבלים
87.....	ו.3.ה.3.ד. סיכום מבחן המשנה השני של המידתיות
87.....	ו.3.ה.4. התיקון עומד במבחן המשנה השלישי – קיום יחס ראוי בין התועלת לבין הפגיעה החוקתית
89.....	ו.4. אין פגם בהחלה הרטרואקטיבית של הוראות התיקון
92.....	ו.5. מידת ההתערבות של בית המשפט הנכבד בחקיקה ראשית של הכנסת
95.....	פרק ז' - הבקשה לצו ביניים
96.....	סיכום

1. ביום 29.9.00 פרץ עימות מזוין בין ישראל לפלסטינים. עימות זה הוא מלחמה לכל דבר. המלחמה מתנהלת ברחובותיה של ישראל, ובשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה. היקף האבידות והיקף הכוחות הפועלים במלחמה הופכים את העימות המזוין למלחמה במובנה היום יומי.

בניגוד לשאר מלחמות ישראל זוהי מלחמה ללא שם מוסכם. כינויים רבים ניתנו למלחמה זו כמו "מתקפת הטרור", "העימות המזוין עם הפלסטינים", "הסכסוך המזוין" וכו', אך שם רשמי לא ניתן לה. המלחמה מכונה בצה"ל "אירועי גאות ושפל", ויש המכנים את המלחמה, כפי שהיא מכונה על ידי האויב, קרי "האינתיפדה השנייה".

הדברים באו לידי ביטוי אף בפסיקתו של בית המשפט הנכבד. ראו לדוגמה את הפסקה הראשונה של פסק הדין, שעסק בסמכות מדינת ישראל להקים את גדר הביטחון באיו"ש. פסקה זו כוללת מספר רב של כינויים למלחמה זו, אך לא שם אחד רישמי ומוכר:

1. "הטרור והתגובה לו"

1. בספטמבר 2000 פרצה **האינתיפדה השנייה**. **מתקפת טרור עזה** נחתה על ישראל ועל הישראלים שבאזור יהודה והשומרון ובחבל עזה (להלן - האזור). מרבית פיגועי הטרור הופנו כלפי אזרחים. הם פגעו בגברים ובנשים, בזקנים ובטף. משפחות שלמות איבדו את יקיריהן. הפיגועים נועדו לפגוע בחיי אדם. הם כיוונו לזרוע פחד ובהלה. הם ביקשו לשבש את אורח החיים של אזרחי ישראל. הטרור הפך להיות איום אסטרטגי. פיגועי הטרור מבוצעים בתוככי ישראל ובאזור. הם מתרחשים בכל אתר ואתר, ובכלל זה בתחבורה הציבורית, במרכזי קניות ובשווקים, בבתי קפה ובתוככי בתים וישובים. היעד העיקרי של הפיגועים הוא מרכזי הערים בישראל. כן מכוונים הפיגועים כלפי הישובים הישראלים באזור, וכלפי צירי התנועה. ארגוני הטרור עושים שימוש במגוון אמצעים. בהם פיגועי התאבדות ("פצצות אדם מונחות"), מכוניות תופת, הנחת מטעני חבלה, השלכת בקבוקי תבערה ורימונים, פיגועי ירי, ירי פצצות מרגמה וירי רקטות. מספר נסיונות לפיגועים ביעדים אסטרטגיים ("מגה פיגוע") נכשלו. כך, למשל, סוכלה כוונה למוטט את אחד ממגדלי עזריאלי בתל-אביב באמצעות מכונית תופת בחניון (אפריל 2002). נסיון אחר שנכשל היה לפוצץ משאית בחוות מיכלי הגז בפי גלילות (מאי 2003). מאז **תחילת פעולות הטרור** הללו ועד לאמצע יולי 2005 בוצעו בתחומי מדינת ישראל קרוב לאלף פיגועים. בתחומי יהודה והשומרון בוצעו כ-9,000 פיגועים. אלפי פיגועים בוצעו בחבל עזה. למעלה מאלף ישראלים קיפחו את חייהם. כמאתיים מהם באזור יהודה והשומרון. כשבעת אלפים ישראלים נפצעו. כשמונה מאות מהם באזור יהודה והשומרון. רבים מהפצועים הפכו לנכים קשים. גם בצד הפלסטיני גרם **העימות המזוין** להרוגים ופצועים רבים. השכול והכאב שוטפים אותנו."

בג"צ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל** תק-על-2005(3), 3333. להלן – עניין **אלפי מנשה** או עניין **מרעאבה**.

2. נדמה כי היעדרו של כינוי מוסכם בשפה היום יומית למלחמה זו, מצביע על מאפייני הייחודיים של המלחמה.

3. המאפיין הראשון של מלחמה זו הוא היותה **מלחמת טרור**, ללא קווי חזית. העורף הוא החזית. הקורבנות של מלחמה זו הם ברובם המכריע אזרחים. אין מדובר במלחמה "רגילה", שבה שני צבאות מתנגשים זה בזה. מול ישראל עומדים שורה של ארגוני טרור,

שחלקם נתמכים על ידי מדינות אויב. ארגוני טרור אלה מכוונים את הפיגועים אל עבר אזרחי המדינה, אל רחובותיה של המדינה, בתי קפה, אוטובוסים, אולמות שמחה ובתי האזרחים. לאחרונה, לובשת מתקפת הטרור אופי חדש של ירי חסר הבחנה של טילים אל עבר היישובים הסמוכים לרצועת עזה.

מתן מענה למתקפת הטרור חייב את ישראל להיערכות מיוחדת. לחימה נגד טרור אינה דומה למלחמה נגד צבא סדיר. הטרוריסטים פועלים, במתכוון, מתוך אוכלוסייה אזרחית. אין הם מזדהים כלוחמים, ולכן איתורם מחייב לחימה בתוך אזורים המיושבים בצפיפות. יעדי הטרור, בעקרים, הם יעדים אזרחיים. לטרוריסטים אין כל עניין בכיבוד המשפט הבין לאומי ההומניטארי, והם מבצעים פעולות טרור, שהן במודע, ובמתכוון, פשעי מלחמה.

זהו דגם חדש של מלחמה. אולם, למרבה הצער, אין הוא ייחודי לישראל. במקביל למלחמה זו, והחל מה- 11.9.01, מתגונן העולם החופשי כולו מפני מתקפת טרור עולמית. אלא שמתקפת הטרור נגד ישראל ייחודית בהיקפה - במספר הפיגועים ותכיפותם.

4. המאפיין השני, הוא זהות האויב ומיקומו. רוב מוחלט של פעולות הטרור מקורו בשטחי הרשות הפלסטינית.

הרשות הוקמה בשנת 1994 על בסיס שורה של הסכמים בין ישראל לבין אש"ף. במסגרת זו הועברו לרשות הפלסטינית סמכויות רבות מהמפקד הצבאי. הרשות הפלסטינית מנהלת את חייהם של רוב מוחלט מתושבי איו"ש ואזח"ע, אף אם אין היא מדינה ריבונית.

ההסכמים בין ישראל לפלסטינים כוללים התחייבות של הצד הפלסטיני להילחם בטרור ולמנוע מעשי טרור ואלימות נגד ישראל. הרשות הפלסטינית הפרה חובה זו, הן במעשה והן במחדל.

עד לאחרונה, כלומר גם לאחר פרוץ העימות, לא הוכרזה הרשות הפלסטינית כאויב. עם זאת, ביום 11.4.06, הכריזה ממשלת ישראל, בעקבות הקמת ממשלת החמא"ס, על הרשות "כרשות טרור, העוינת את ישראל".

הלחימה נגד הטרור הפלסטיני מתנהלת בשטח, המצוי, בחלקו, בתפיסה לוחמתית ישראלית, בתוך שטחים, שבשליטת הרשות הפלסטינית, אך לא בהכרח מול הרשות עצמה. הנפגעים הפלסטינים הם ברובם המכריע תושבי הרשות הפלסטינית.

לחימה בשטחי רשות, שאינה מדינה, גם אם היא ישות מדינית, המצויה בתוך שטח, המוחזק בחלקו בתפיסה לוחמתית, היא מצב אנומלי.

כך תיאר את המלחמה כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין :

"...3 ישראל מצויה בעימות מזוין קשה אל-מול הפלסטינים. רשות כנגד מדינה. קולקטיב כנגד קולקטיב. ועימות מזוין זה היה כמלחמה. לא כמלחמת העצמאות; לא כמלחמת ששת הימים; לא כמלחמת יום הכיפורים. ובכל זאת - מלחמה..."

"8. להגנה על תושבי המדינה נלחמת ישראל בטרור מלחמת חורמה. אלא שמלחמה זו אינה פשוטה כל-עיקר. גם אין היא דומה למלחמות של-עבר, אותן מלחמות שעיצבו את נורמות המלחמה המקובלות במשפט הבין-לאומי. מלחמת הטרור הפלסטינית אינה נעשית בידי צבא מאורגן של לובשי מדים, אף אין היא נערכת בשדה הקרב. זוהי מלחמת טרוריסטים שאינם נושאים תג המבחין אותם מיתר התושבים, והמכוונים את התקפותיהם נגד אזרחים העוסקים בשיגרת יומם. הטרוריסטים נטמעים ומשתלבים באוכלוסייה האזרחית הפלסטינית עד-כי אין ניתן לדעת מיהו תושב פלסטיני תמים, מיהו פעיל טרור ומיהו תושב פלסטיני העלול לסייע לטרור. השתלבות זו

של אירגוני הטרור באוכלוסייה האזרחית אינה מקרית. הטרוריסטים מסתתרים בתוכה של האוכלוסייה האזרחית, ולעיתים עושים הם שימוש באוכלוסייה התמימה כ"מגן אנושי" מפני פעולות צה"ל. יתר-על-כן: פעילי הטרור זוכים לתמיכה ולסיוע של חלקים באוכלוסייה האזרחית. אכן, לא זו בלבד שתושבי האזור אינם עושים להפסקת הטרור, אלא שרבים מהם אף תומכים בו ומסייעים לו. חלק גדול מן הטרוריסטים זוכה לעידוד ולסיוע של הסביבה הקרובה ומידי בני משפחה. רבים רואים בביצוע פעולת-טרור ובסיוע לטרור אמצעי להבטחת עתידה הכלכלי של המשפחה. אחרים עושים כמאוימים ומסייעים לארגוני הטרור מחשש כי אם לא יסייעו יבולע להם או לבני-משפחתם. אף הרשות הפלסטינית עצמה אינה עושה די למיגור הטרור, ובמקרים אחדים נמצא כי הרשות פלסטינית או גורמים השייכים למנגנוניה סייעו לפעולות טרור או נטלו בהן חלק ישיר. תמיכה זו היא, בין השאר, פועל יוצא של הסתה כבדה וקשה הקוראת לביצוע מעשי אלימות נגד ישראל ותושביה. הסתה זו נמשכת שנים ארוכות וברי כי מחלחלת היא לכל שדרות החברה הפלסטינית." (הדגשות הוספו).

בג"צ 7052/03 **עדאלה נ' ראש הממשלה ואח'** (טרם פורסם) – להלן עניין **עדאלה**.

5. מאפייניה הייחודיים של המלחמה חייבו התייחסות צבאית ומדינית שונה מזו שהורגלנו לה בשאר מלחמות ישראל. להתייחסות מיוחדת זו קיימות אף השלכות משפטיות. בשנים האחרונות נדרש בית המשפט לסוגיות ייחודיות שהן תוצאה של הנסיבות המיוחדות של המלחמה.

ראו לעניין זה, בין היתר:

בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון** פ"ד נז(2) 349.
 בג"ץ 3278/02 **המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל** פ"ד נז(1) 385.
 בג"ץ 7015/02 **עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** פ"ד נו(6) 352.
 בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5) 807.
 בג"ץ 4764/04 **רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה** פד נח(5) 685.
 עניין **אלפי מנשה**.

6. העתירות שלפנינו מעלות היבט מסוים של המלחמה, והוא התאמת דיני הנזיקין למלחמה האנומלית.

7. מאז החל העימות המזוין, ביום 29.9.00, שנכפה על ישראל, ונכון ליום 5.7.06, נהרגו במהלכו 1109 ישראלים ונפצעו 7918.

8. מתקפת הטרור נגד ישראל הביאה לאבידות קשות בנפש, ולפגיעה בשלמות גופם של אזרחים רבים. היא גרמה לפגיעה קשה בתחושת הביטחון של אזרחי המדינה, לפגיעה באורחות החיים כמו הרגלי התנועה, ולנזק כלכלי עצום, ישיר ועקיף. התיירות נפגעה באופן קשה, המשק הישראלי סבל מהאטה ונפגעה הצמיחה.

9. מדינת ישראל, באמצעות מערכת ענפה של חוקים ותקנות, מפצה את אזרחיה וחייליה בגין נזקי גוף ונזקי רכוש, שנגרמו במהלך העימות. מדובר על תשלומים של מאות מיליוני ש"ח מידי שנה. זהו מנגנון סוציאלי, מעין ביטוחי, העומד מחוץ לדיני הנזיקין.

10. במלחמה נפגעו גם אלפי פלסטינים. המספר רב של הנפגעים בצד הפלסטיני הוא תוצאה של אופי העימות, שכפה הטרור. כאמור, ארגוני הטרור פועלים, במתכוון, מתוך אזורים מיושבים. הדבר מחייב פעולה של צה"ל בתוך אותם אזורים מיושבים. פעילות צה"ל מביאה לפגיעה במחבלים, אך, למרבה הצער, גם בתושבים שאינם מעורבים בפעילות טרור.

11. הרשות הפלסטינית, יחד עם ארגונים שונים, הקימה אף היא מערך של סיוע לנפגעי המלחמה.
- למרות קיומו של סיוע מצד הרשות הפלסטינית, הוגשו בישראל מאות תביעות נזיקין של תושבים פלסטינים, בגין נזקי גוף ונזקי רכוש, שנגרמו להם במלחמה.
12. המלחמה האנומלית חייבה את ישראל להתאים את דיני הנזיקין שלה, שלא מתאימים למאפיינים המיוחדים של המלחמה, למצב החדש שנוצר. אכן דיני הנזיקין פטרו את המדינה מאחריות לנזק שנגרם מ"פעילות מלחמתית", ולצידם הוטלו מגבלות במשפט המקובל הישראלי על תביעות של אזרחי אויב.
- אלא שדיני הנזיקין מתאימים לעת שלום. הם מתאימים אף לפעילות בעלת אופי שיטורי בשטחים. יישומם על נסיבות של מלחמה עלול היה להביא לתוצאה אבסורדית, שבה ישראל, הצד המותקף, תישא בהיבטים הנזיקיים של המלחמה, הן של אזרחיה והן של תושבי הרשות הפלסטינית.
13. התאמת דיני הנזיקין נעשתה בחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005 – להלן **התיקון** או **תיקון מס' 7**. חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 יכונה להלן **החוק**.
14. תחילתו של התיקון בהצעת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 5) (הגשת תביעות נגד המדינה על ידי נתין מדינות אויב או תושב אזור עימות), התשס"ב-2002.
- התיקון התקבל בכנסת ביום 27.7.05, לאחר הליך חקיקה ממושך ויסודי. התיקון פורסם ברשומות ביום 10.8.05. התיקון נכנס לתוקף ביום פרסומו.
- נוסח התיקון מצורף לתגובה ומסומן **מש/1**.
15. הוראות התיקון באות לשקף בעיקר את העיקרון על פיו דיני הנזיקין אינם מתאימים להכרעה בתביעות, שעילתן בעימות מזוין ומצבי לחימה. בעימות מזוין רחב, כל צד לעימות נושא בנזקיו ומטפל בנפגעיו.
- מקומו של הפיצוי עבור נזקי העימות הוא במסגרת הסדר כולל בין הצדדים לעימות.
16. על פי הוראת סעיף 5ב' לחוק, מדינת ישראל לא תחוב בנזקיו של נתין מדינה, שהיא אויב, אלא אם הוא שוהה בישראל כחוק. כן לא תחוב המדינה בנזקיו של פעיל או חבר בארגון מחבלים, וכן בנזקיו של מי שפעל בשליחותו של נתין אויב או חבר בארגון מחבלים. זאת, בכפוף לחריגים, הקבועים בתוספת הראשונה לחוק. התיקון מונה כיום חריג אחד העוסק בנזק שנגרם במשמורת.
- זהו כלל הקיים, בבסיסו, במשפט המקובל באנגליה מקדמא דנא, וקיימת התייחסות אליו אף במשפט המקובל הישראלי. עתה הוא עוגן בחקיקה ראשית.
17. לו היתה הרשות הפלסטינית **מדינת** אויב, ניתן היה לייתר את רובו של התיקון, בכל האמור לעימות הנוכחי עם הפלסטינים. תושבי הרשות הפלסטינית היו נתפסים כנתיני מדינת אויב, ואז היה חל עליהם ההסדר של סעיף 5ב' לחוק. אלא שהרשות הפלסטינית אינה מדינה ולכן סעיף 5ב' לחוק אינה חל על תושביה, ככל שאלה אינם פעילים או חברים בארגון מחבלים.
- לפיכך, יצר המחוקק, אשר סבר כי בשל ייחודיות מעמדם של איו"ש ואזח"ע (לפני פינוי החבל), יש מקום ליצור הסדר מיוחד עבורם, את סעיף 5ג' לחוק.
- נעיר כי מאז נחקק החוק, ונכנס לתוקף, ביום 10.8.05, עזב צה"ל את רצועת עזה, אך גם כיום רצועת עזה אינה בגדר מדינה, ולפיכך תושביה, שאינם חברים או פעילים בארגון מחבלים, אינם "נתיני אויב". עם זאת, בודאי שיש הצדקה כי יחולו לגבי תושביה כללים דומים לאלה החלים על נתיני מדינת אויב, שלמצער, יגבילו בנסיבות מסוימות את יכולתם לתבוע את מדינת ישראל בנזיקין. התיקון דן אכן מגביל יכולת זו.

18. סעיף 5ג' לחוק, שבו מתמקדות העתירות, קובע כי המדינה אינה אחראית לנזק שנגרם ב"אזור עימות", אותו הגדיר שר הביטחון, בשל מעשה, שביצעו כוחות הביטחון. הסעיף אינו פרסונאלי. הוא אינו מתייחס לזהות הניזוק אלא למקום בו נגרם הנזק. החוק חל לגבי כל נפגע באזור עימות, הן נפגע פלסטיני, הן נפגע שהינו תייר זר הנמצא באזור, והן נפגע ישראלי.
- על פי התיקון, אין לבחון עוד את הפעולה המלחמתית הממוקדת, כאירוע בודד, אלא כמרכיב במערכה כוללת, המתנהלת מאז ספטמבר 2000. לכן, ככלל, אין המדינה אחראית בניזוקין בשל תביעה שעילתה נזק שנגרם באזור עימות.
19. עם זאת, הכלל שנקבע בסעיף 5ג' לחוק אינו כלל גורף. בתיקון קיימות מספר הוראות המצמצמות את תחולתו.
- כך, למשל, התיקון מוציא מתחולתו, באמצעות חריגים המנויים בתוספת השניה לחוק, נזקים, שאמנם נגרמו באזור עימות על ידי מעשה של כוחות הביטחון, אך לא נעשו כחלק מן העימות, או נזקים שיש טעמים מיוחדים לפצות בגינם
- כמו כן נקבע מנגנון של תשלום לפני משורת הדין. אף ההכרזה על אזורי עימות אינה גורפת, ואינה מתייחסת לכלל שטחי איו"ש ואזח"ע. היא מחייבת בחינה פרטנית של כל הכרזה והכרזה.
20. מן האמור לעיל עולה כי הוראות החוק יצרו מנגנוני איזון פנימיים, שנועדו לאזן את הכלל הרחב בדבר היעדר אחריות בניזוקין לנזק שנגרם בשל מעשה שנעשה באזור העימות. למנגנוני איזון אלה יש חשיבות רבה במסגרת בחינת חוקתיותו של החוק.
- תכליתו של ההסדר שעוגן בתיקון – יצירת כלל רחב ולצידו חריגים – היא למקד את הסייג לאחריות בניזוקין בתביעות הנוגעות לעימות המזוין.**
- נעיר כי סעיף 5ג', על פי לשונו, אנו מתמקד בשטחים המוחזקים דווקא, וניתן להחיל את הסדריו גם לגבי אזורים אחרים.
21. העמדה אותה נבקש להציג בתגובה זו היא כי הוראות התיקון עומדות במבחני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עוד נראה כי הוראות התיקון משקפות פרקטיקה מקובלת בעולם, והן אינן סותרות את המשפט הבין לאומי.
22. בתחילת דברינו נבקש להציג את הבסיס העיוני להוצאת הטיפול בניזוקי המלחמה מתחום דיני הנזיקין. לאחר מכן נבקש להראות כיצד בא הדבר לידי ביטוי בדין שקדם לחקיקת התיקון.
- בהמשך נציג את שינוי הנסיבות, שיצרה המלחמה, אשר הביא להכרח בחקיקת התיקון. במסגרת זו נציג אף את הסיוע, שמעניקה ישראל לנפגעי המלחמה מבין אזרחיה ותושביה, וכן את המנגנון המקביל, שנבנה ברשות הפלסטינית. כמו כן נציג נתונים לגבי היקף התביעות שהוגשו נגד המדינה במסגרת המלחמה.
23. על בסיס תשתית זו נציג את הוראות התיקון ונסביר כיצד הן עונות על ההכרח בתיקון, וכיצד הן משיבות את האיזון לדיני הנזיקין.
24. בהמשך נציג את המשפט המשווה בסוגיה. נראה כי מדינות רבות בעולם בחרו לעצב את דיני הנזיקין בדומה לדין הישראלי, וכי המשפט הבין לאומי אינו סותר את הוראות התיקון.
25. מוקד התגובה יהיה הניתוח החוקתי. נבקש לטעון כי הוראות התיקון עומדות בהוראות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. נטען, כי גם אם ייקבע כי נפגעת זכות חוקתית כלשהי, הרי שהפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. זאת מכיוון שתכליתו של התיקון, להתאים את דיני הנזיקין למלחמה האנומלית, היא תכלית ראויה, ומכיוון שהפגיעה בתיקון, אם היא קיימת, היא פגיעה מידתית. מידתיות ההסדר מבוססת הן על החריגים שנלווים לו, הן על הועדה לתשלום לפני משורת הדין שנקבעה בו, והן על קיומו של מנגנון תשלומים ברשות הפלסטינית.

פרק א' - הבסיס העיוני לאי התאמת דיני הנזיקין לטיפול בנזקי מלחמה

26. דיני הנזיקין נועדו להסדיר ניהול סיכונים בגין פעולות מזיקות בחיי היום יום, בתוך חברה נתונה.
27. דיני הנזיקין מבקשים להגיב על פעולות אסורות, שגרמו לנזק. הם מבקשים לפצות את הניזוק על הנזק, שנגרם לו, בדרך של השבת המצב לקדמותו.
- אולם תכליתם של דיני הנזיקין אינה לפצות על כל נזק, אלא רק על נזק שנגרם לאינטרס מוגן. ראו לעניין זה:
- י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין **דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית** (ירושלים תש"ל, בעריכת ג' טדסקי) 25.
28. האינטרס המוגן נקבע על פי שיקולי מדיניות ועל פי הערכים שביסודה של החברה. לעיתים יש צורך במציאת איזון בין אינטרסים מוגנים וערכים חברתיים עליהם מבקשת להגן החברה. ראו לעניין זה, בין היתר:
- ע"א 145/80 **ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש** פ"ד לז(1) 113, 126.
ע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' גורדון** פ"ד לט(1) 113, 131.
- דיני הנזיקין מבקשים, בין היתר, להרתיע מזיקים פוטנציאליים. ההנחה היא כי חיובו של המזיק לשאת במלוא העלות של הנזק שגרם, תביא אותו לשקול את צעדיו בטרם יארע הנזק. הרתעה זו מבוססת על יסוד האשם שבהתנהגות המזיקה.
- לחיוב על בסיס אשם יש אף פן מוסרי ערכי.
- מטרה נוספת של דיני הנזיקין היא לפזר את הנזק בצורה היעילה ביותר. פיזור הנזק על כלל המשתתפים בפעילות החברתית, מקטין את הפגיעה היחסית בכל אחד מן המזיקים, ומגדיל את הסיכוי של הניזוק לפיצוי. הדרך המוכרת לפיזור הנזק היא באמצעות יצירת מנגנון של ביטוח חובה, או באמצעות יצירת תמריצים לביטוח עצמי, שלא מכח הדין.
29. בין שני שיקולים אלה קיים מתח מובנה. מתן משקל ליסוד ההרתעה מחייב נשיאה מלאה של המזיק בתוצאות מעשיו, ואינו מאפשר את פיזור הנזק.
- לעומת זאת מתן משקל דווקא לשיקול פיזור הנזק שלא על מזיק מסוים, אלא על כלל המזיקים הפוטנציאליים, או כלל הציבור, מקטין את היסוד הרתעתי של דיני הנזיקין.
30. כך, לדוגמא, העוולות הקבועות בפקודת הנזיקין, עליהן מבוססות התביעות בהן עוסקות העתירות, מקנות משקל רב יותר לשיקולים של הרתעה, המבוססת על אשם. אולם הוראות אלה אינן מבטיחות את פיצוי הניזוק, אם המזיק אינו יכול לשאת בעלות הפיצוי.
- לעומת זאת, ההסדר הקבוע בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, קובע מנגנון של אחריות מוחלטת, יחד עם ביטוח חובה. התוצאה של החקיקה היא שהנפגע יזכה בפיצוי בכל מקרה, ואילו נטל הפיצוי יתחלק על פני כלל אוכלוסיית הנהגים. בכך העדיף המחוקק את שיקול פיזור הנזק ופיצוי הנפגע על פני שיקולי ההרתעה.
- ראו לעניין זה:
- י' גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנזיקין" **משפטים** כב (תשנ"ג) 421.
א' יעקב, "חסינות תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מ"פעולה מלחמתית" **משפטים** לג(1) (תשס"ג) 107, 136 (להלן – **אסף יעקב**).
31. ענייננו, בהטלת אחריות בנזיקין על המדינה. לפיכך יש לבחון את הפיצוי הנזיקי בעת מלחמה על רקע שיקולי המדיניות להטלת אחריות בנזיקין או למתן פטור ממנה.

נבקש להראות עתה כי תפיסות היסוד של דיני הנזיקין אינן מתאימות כלל למאפייני העימות המזוין.

32. ניתן לחלק את שיקולי המדיניות לשיקולים המצדיקים פטור לחייל הבודד, ולשיקולים המצדיקים פטור למדינה. לעיתים מדובר בשיקולים שלובים, מכיוון שאי הטלת אחריות על החייל מצדיקה אף את אי הטלת האחריות על המדינה.

התיקון עוסק במתן פטור מאחריות למדינה, ולכן נתמקד בנושא זה. לעניין הטעמים, המצדיקים פטור לחייל הבודד, ראו **אסף יעקב** בעמוד 126 ואילך.

33. קיימים מספר שיקולים, המצביעים על כך שדיני הנזיקין אינם מתאימים לטיפול בנזקים הנגרמים בעת מלחמה ובנזקים, המתרחשים באזור בו מתנהלת לחימה, אף בכל האמור לאחריות המדינה:

ראשית, מערך הסיכונים בעת מלחמה שונה מזה שבעת שלום. פוטנציאל הסיכון גדול בהרבה. מדובר הן בסיכון כלפי החיילים והן בסיכון כלפי המדינה מכישלון פעולתם.

כך, לדוגמא, חייל המבקש לעצור פעילי טרור בעיר שכס או למנוע את מעברו של מחבל מתאבד בנקודת ביקורת המובילה לישראל, פועל, בראש ובראשונה, תחת סיכון רב לחייו. למרבה הצער, בנסיבות אלה ממש נהרגו חיילים רבים במהלך השנים האחרונות.

מעבר לסיכון האישי שבו פועל החייל, המשמעות של כשלון במשימתו עלולה להיות המשך פעילותו של פעיל הטרור, למשל על דרך כניסתו של המחבל המתאבד לישראל - דבר שעלול לגבות את חייהם של ישראלים רבים, כפי שאכן ארע לא פעם.

לכך יש להוסיף כי בעימות מזוין **תנאי אי-הוודאות וחוסר המידע הם הקשים והקיצוניים ביותר**. גורמי הטרור פועלים בחשאי, במסווה, בקרב אוכלוסיה.

בסוג פעילות כזה, נדרשת לקיחת סיכונים שאינם סיכונים "רגילים". סיכונים אלה הם סיכונים הכרחיים. כתוצאה מלקיחת סיכונים אלה לא ניתן להבטיח באופן ודאי שלא יפגעו אזרחים.

במלחמת הטרור, אי-לקיחת סיכונים במהלך הלחימה בטרור הפלסטיני, הפועל במתכוון בלב אוכלוסיה אזרחית, משמעותה היחידה היא מתן חסינות מוחלטת לפעילי הטרור, אשר יוכלו להמשיך ולנהל את פעילותם הרצחנית, מבלי כל חשש שצה"ל יפגע בהם. לפיכך, החיילים ומפקדיהם נדרשים לקחת סיכונים מושכלים, ובסיכונים אלה יש להתחשב.

לכך יש להוסיף את גורם הלחץ ואי הוודאות, והשפעתו על התנהגות החיילים. החיילים הפועלים במהלך עימות מזוין, ולא מדובר רק בעת הפעילות הלוחמתית ממש, עושים זאת תחת איום מתמיד. הדבר מונע מהם לפעול, כפי שהיו פועלים בעת שלום.

מאפיינים אלה באים לידי ביטוי בכך שהצלחת הפעילות תלויה בנטילת סיכונים; בכך שהפעילות מתקיימת בתנאי לחץ ואי-וודאות קשים; ובכך שהפעילות נעשית לשם השגת תכלית לאומית חשובה.

דיני הנזיקין הקלאסיים, המתמודדים עם סיכונים רגילים, אינם מתאימים לטיפול בסוג של זה אירועים, גם אם האחריות מוטלת בסופו של יום על כתפי המדינה.

כך, לדוגמא, נטלי העברת הראיה הרגילים, מתאימים לסיכונים יום יום. שימוש בדבר מסוכן על ידי הנתבע, כמו רובה, מעביר את הנטל לנתבע, בהתאם לסעיף 38 לפקודת הנזיקין. אולם במלחמה, השימוש בחפץ מסוכן הוא הכרחי. השימוש בחפץ נועד למטרות לגיטימיות בעת מלחמה, של פגיעה באויב. לכן כלל זה כלל אינו רלוונטי לתביעות מלחמה.

ראו לאחרונה את ע"א 1071/96 **עזבון המנוח אמין אל פואד על עבד נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם), בפסקה 16 לפסק דינו של כבוד השופט א' ריבלין.

שנית, במלחמה, היקף הנזק הוא רחב ביותר, ולעיתים הוא נגרם במשך תקופה קצרה. היקף הנזק והיקף התובעים בכח מחייב הסתכלות רחבה - הן בהיבט האחריות והן בהיבט התקציבי הכולל של מתן פיצויים. מבט רחב של כלל הנזק אינו אפשרי על פי דיני הנזיקין הקלאסיים, המתמקדים בבחינה פרטנית במסגרת הליך דיוני יחידני. לכן, הטיפול בנזקי המלחמה חייב להתבצע מחוץ לדיני הנזיקין, באופן שיפזר את הנזק בצורה היעילה ביותר.

הדבר נכון אף לגבי נזק, הנגרם לתושבי המדינה, כתוצאה מן המלחמה.

שלישית, בעת מלחמה נפגעים לוחמים ואזרחים רבים. הסיכון להיפגע בעת מלחמה משותף לכלל האזרחים ולכלל הלוחמים. הפגיעה יכולה לבוא הן מצד האויב והן מצד כוחותינו. הפיצוי לפגיעה במלחמה אינו יכול להיות מבוסס אך ורק על יסוד אשם נזיקי.

לפיכך יש צורך ביצירת מנגנון פיצוי ייחודי לכלל הנפגעים במלחמה, במנותק משאלת האשם בפגיעה. דיני הנזיקין הקלאסיים מבוססים במידה רבה על יסוד של אשמה, ולכן אינם מתאימים לטיפול בנזקי המלחמה.

רביעית, מלחמה היא, ככלל, מערכה בין מדינות, או בין מדינה לארגונים, הפועלים מתחומה של מדינה אחרת. עיקר הנזק במלחמה בא מפגיעה על ידי האויב. בעת מלחמה לא ניתן לתבוע על נזקים אלה. מדינות רבות אף מונעות הגשות תביעות אויב, בעת מלחמה, גם אם לנזק אין שום קשר למלחמה, במטרה למנוע סיוע לאויב במלחמתו. על כן, כל מדינה ומדינה צריכה לדאוג לנפגעה שלה, ללא קשר לאופן בו התרחש הנזק.

למדינת ישראל אף אין אינטרס לשלוח את חייליה ואזרחיה לתבוע את מדינת האויב, על הנזקים שנגרמו להם במלחמה, בבתי המשפט של האויב, שכן ממילא לתביעות אלה אין סיכוי ממשי. ניהול הליכים במהלך מלחמה בשטח מדינת האויב, באמצעות נציגי אויב אף יכול לפתוח פתח לניצול לרעה של הליכים אלה על ידי האויב, שינצל את מצבם הקשה של הנפגעים לצרכיו שלו. דרך פעולה זו אף תותיר את הנפגעים ללא פיצוי בתקופת הביניים עד להשלמת ההליכים.

לכן, כל מדינה ומדינה בונה לעצמה מנגנון פיצוי שאינו תלוי בדיני הנזיקין, לצורך נשיאה כוללת בעלות המלחמה, ולצורך פיצוי אזרחיה ותושביה שנפגעו במהלך הלחימה.

בתום המלחמה יכולה המדינה להגיע להסדרי פיצוי עם האויב, בין באמצעות הסדרים וולנטאריים ובין באמצעות כפיית פיצויים על הצד המפסיד במלחמה.

ראו לעניין זה **אסף יעקב** בעמוד 148.

בהקשר זה נעיר כי במסגרת הסכמים אלה יכולה מדינה לוותר על דרישתה לפיצויים משיקולים מדיניים, כמו הרצון לפתוח "דף חדש", ולסייע לשיקום המדינה המפסידה. מכל מקום, דיון נזיקי פרטני לגבי כל נפגע ונפגע באופן עצמאי, מנטרל את יכולתה של המדינה להגיע להסכמים מעין אלה, וחוסם את שיקול דעתה.

חמישית, ניהול תביעת נזיקין אינו ישים לחלוטין ביחס לנזקים שנגרמו במלחמה, או שהוא נתקל בקשיים רבים. ניהול ההליך מצדה של המדינה מחייב, לעיתים קרובות, חשיפה מלאה של פרטים חסויים כגון שמות החיילים, שיטות הלחימה, המודיעין שהוביל לקבלת ההחלטות, עדויות משדה הקרב וכו'. חשיפה כזו תעניק יתרון לאויב במלחמה, ותעמיד בסכנה אף את החיילים שהשתתפו במערכה. אכן, ניתן להימנע מחשיפה כאמור, אולם הדבר לא יאפשר ניהול משפט ראוי, בעיקר בכל האמור לניהול ההגנה מצד המדינה, ולעיתים בשל כך בלבד יכול התובע לזכות בתביעתו.

לאלה יש להוסיף את הקושי הרב מצדה של המדינה לנהל מספר רב של הליכים בו זמנית. בעוד שתובע מבסס את תביעתו על מערכת עובדות נתונה ומוגבלת, המדינה נאלצת לנהל כמות רבה של הליכים. בשל אופייה של המלחמה, המדינה אינה יכולה במקרים רבים להעמיד מערכת עובדות ראויה לצורך ביסוס הגנתה, שכן לא ניתן לתעד ולעקוב אחר כל אירוע ואירוע, העלול לשמש נושא לתביעה – בשל אופיין של הפעולות שמבצעת המדינה בעת מלחמה.

שישית, דיני הנזיקין מעצם טיבעם בוחנים אירוע נתון על בסיס מערכת עובדתית פרטנית ונקודתית. אלא שבחינה פרטנית של אירוע אינה מתאימה לפעילות במסגרת מלחמה. בחינה פרטנית אינה משקללת למשל את מצבם הנפשי של החיילים, הנגזר ממצב הלחימה הכללי. מצב נפשי זה הינו רלוונטי, אף אם לאירוע עצמו לא מאפיינים פרטניים של אירוע לחימתי מובהק. בדומה, בחינה פרטנית אינה משקללת ככלל את רמת דריכותם של החיילים, ואת הסיכונים שהם מחויבים לקחת במסגרת המלחמה. בחינה פרטנית אף אינה משקללת את השיקולים שלפיהם פועלים המפקדים במהלך העימות בכללותו, שאינם נגזרים רק מנסיבות אירוע זה או אחר. לכן בעת מלחמה אין מקום, ככלל, לבחינה פרטנית של אירועים נזיקיים, אלא לבחינת המלחמה בראייה כוללת.

34. **על כן, מכל הטעמים שפורטו לעיל, אין מקום להחלת דיני הנזיקין על נזקי המלחמה. אולם היעדר תחולה לדיני הנזיקין, אין משמעותו, בהכרח, שלילת פיצוי. כל מדינה ומדינה קובעת עבור אזרחיה וחייליה הסדר סוציאלי, שייטיב את הנזקים, שנגרמו בעת הלחימה.**

הסדר זה מנותק, ככלל, מיסודות של אשמה. הסדר זה הוא הסדר יעיל, מהיר, שאינו מחייב התדיינות משפטית. הוא אף מאפשר לפזר את הנזק בצורה יעילה, במבט רחב, שאינו תלוי אירוע נתון.

לכן, נתיני האויב זכאים להטבת נזקם ממדינתם שלהם, וזכותם לתבוע את המדינה נגדה נערכה המלחמה, מוענקת למדינתם. זכות זו אינה קיימת להם באופן אישי.

35. מערכת שיקולים דומה עומדת בבסיס הדין הישראלי הקיים זה מכבר ובבסיס הדין הקיים ברבות ממדינות העולם. כך סיכם את הדברים בית המשפט הנכבד:

9. מהי התכלית המונחת ביסוד הפטור המוענק למדינה מאחריות בנזיקין בגין "פעולה מלחמתית" של הצבא? דומה שהגישה הינה, כי פעולות מלחמתיות הגורמות נזק לפרט, אינן צריכות להיות מוכרעות על ידי דיני הנזיקין הרגילים. הטעם לכך הוא כי פעולות מלחמתיות יוצרות סיכונים מיוחדים אשר הטיפול בהם צריך להיות מחוץ לגדריה של האחריות הנזיקית הרגילה. הסיכון הוא מיוחד מבחינת יוצר הסיכון (איש הצבא המבצע פעולה מלחמתית, המתכנן אותה והמדינה השולחת אותה למשימותיו); הסיכון הוא מיוחד מבחינת הנזיק (בין אם הוא "אוהב" ובין אם הוא "אויב"), והסיכון הוא מיוחד מבחינת היקף הנזק. התפישה הינה כי דיני הנזיקין הרגילים אינם מתאימים להסדרתו של סיכון מיוחד זה. חוסר התאמה זה נובע מעצם מהותם של דיני הנזיקין העוסקים בחלוקת סיכונים בגין פעולות מזיקות בחיי היומיום של אדם במדינתו. אין הם מתאימים כאשר הסיכון בפניו ניצבים הפרט והכלל הוא חריג ויוצא דופן. פעולות מלחמתיות יוצרות, מעצם טיבן וטבען סיכונים, אשר מערכת הדינים ה"שיגרתית" לא נועדה להתמודד עמהם. המטרות המונחות ביסוד דיני הנזיקין הרגילים, אינן חלות כאשר הנזק נובע מפעולה מלחמתית שהמדינה מנהלת כנגד אויביה (ראו דברי השופט ריינהארט Reinhardt) (Koochi v. U.S., 976 F. 2d 1328, בפרשת 1334 הדרך הראויה לפתור את בעיית הפיצוי בגין הנזק שפעולות לחימה גורמת הינה הסדר מיוחד - מחוץ לגדר דיני הנזיקין הרגילים - אשר יוכל להשקיף על התמונה הכוללת, ואשר יוכל לפזר את הסיכון בהתחשב באופיה המיוחד של הפעילות, ותוך התחשבות בהסכמים הבינלאומיים אשר המדינה כרתה (אם ישנם כאלה). ודוק: הגישה אינה כי "פעולה מלחמתית" היא מחוץ לתחומי המשפט. הגישה הינה כי בעיית האחריות האזרחית בגין פעולות מלחמתיות צריכה להיקבע מחוץ לדיני הנזיקין הקלאסיים."

ע"א 5964/92 ג'מאל קאסם בני עודה נ' מדינת ישראל פ"ד נו(4) 1, 6 (להלן – עניין בני עודה)

ודוק, פסק דין זה ניתן ביחס לאירוע שהתרחש בשנת 1988, כאשר בשטח לא נוהלה מלחמה ולא התנהל עימות מזוין. במצב כזה חלה מערכת השיקולים, שפורטה בפסק הדין, על אירוע זה או אירוע אחר על פי מאפייניו.

אולם שעה שבשטח קיים עימות מזוין כולל, מצדיקים שיקולים אלה שלא להחיל את דיני הנזיקין הרגילים על מכלול האירועים המתרחשים במהלכו של עימות זה. זאת, למעט מקרים חריגים שבהם יש הצדקה מיוחדת לסטות מן הכלל האמור.

חשוב לציין כי דברינו אלה מכוונים להיבט הנזיקי של המלחמה, ולהיבט זה בלבד. היעדר אחריות נזיקית אינו מונע פיקוח על מעשי החיילים באמצעות המשפט הפלילי והדין המשמעותי. ביקורת שיפוטית על המדינה אפשרית גם תוך שימוש בכללי המשפט המינהלי.

36. על בסיס תשתית תיאורטית זו, נבקש להציג עתה את המצב הנורמטיבי, שקדם לתיקון, ואת השינויים, שהביאו לצורך בתיקון ההסדר החקיקתי.

שיקולים אלה אף יבואו לידי ביטוי בפרק המשפט המשווה, מכיוון שהם הנחו אף מדינות אחרות בגיבוש ההסדר הנזיקי.

37. בעבר, עמדת המשפט המקובל, שעוגנה בפקודת הנזיקין בנוסחה המקורי, העניקה חסינות מלאה למדינה על בסיס העיקרון לפיו - The King can do no wrong.

עם קום המדינה, התעורר הצורך לתקן מצב דברים זה, כפי שנהגו מדינות אחרות, שמורשתן היא מורשת המשפט המקובל. לצורך כך חוקק חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, המכונה בתגובה זו **החוק**.

העיקרון הכללי של החוק הוא כי "דין המדינה, לעניין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מואגד, פרט לאמור להלן בחוק זה" (סעיף 2). כלומר, החוק קבע כי לעניין הטלת אחריות נזיקית דינה של המדינה כדין כל אדם או גוף אחר, למעט מספר סייגים.

אחד הסייגים, המעוגן בסעיף 5 לחוק, עוסק ב"פעולה מלחמתית". הסעיף קובע כי:

"אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא -הגנה לישראל".

כלומר, כבר מראשיתו של המשפט הישראלי נקבע הכלל כי מעשי לחימה אינם עניין לדיני הנזיקין.

יצוין, כי הסעיף אינו מבחין בין נזק גוף לנזק רכוש, או בין נזוקים שהם אזרחי המדינה לניזוקים אחרים.

החוק, בנוסחו המקורי, לא הגדיר את המונח "פעולה מלחמתית".

לסעיף 5 מצטרפים סעיפים 6 ו-7 הפוטרים את המדינה מאחריות נזיקית לחבלה או ל"מותו של אדם שבא כתוצאה מחבלה שנחבל או ממחלה או מהחמרת מחלה שנגרמו לו בתקופת שירותו הצבאי עקב שירותו הצבאי".

38. לצד הסייג לאחריות בנזיקין בשל מעשי לחימה הקימה המדינה מערכת ענפה של חוקי תגמולים, היוצרים מערך של סיוע סוציאלי, לאזרחי המדינה, תושביה, והמבקרים בה כדין, המיטיבים את פגעי המלחמה.

מערכת זו התפתחה בהדרגה עד למערך השלם והמקיף, הקיים כיום.

לצורך פיצוי אנשי כוחות הביטחון נחקקו חוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959 וחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התשי"י-1950. לצד אלה קיים מערך תמיכה נוסף שמופעל באגף השיקום במשרד הביטחון ובצה"ל, הפועל לפנים משורת הדין, ומקנה סיוע מחוץ למסגרת החוקים הללו, בנסיבות המתאימות.

39. כמו כן, נחקקו מספר חוקים שתכליתם לתת מענה לפיצוי אזרחים, תושבים ומי ששוהה בישראל כדין, אשר נפגעו מפעילות עוינת, ובכלל זה פעולות טרור, או מפגיעת כוחותינו, במהלך הלחימה.

ראו לעניין זה את חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970. חוק זה מפצה על פגיעות גוף ומוות, והוא מקביל לחוקי התגמולים הצבאיים. לצדו קיים חוק מס רכוש וקרן פיצויים, התשכ"א-1961, המפצה על נזקי רכוש.

נבקש לציין כי אף ההסדר הקיים לגבי הטבת נזקי אזרחים התפתח בהדרגה. כך, עד לשנת 1956, כלל לא הייתה חקיקה, שהסדירה מתן תגמולים לאזרחים, שנפגעו ממעשי לחימה, פעולות איבה ומעשי טרור. דבר החקיקה הראשון, שנחקק בהקשר זה, היה חוק הגמלאות לנפגעי ספר, התשי"ז-1956, שיצר הסדר חלקי בלבד. הוא חל לגבי מי שנפגעו באזור "ספר", כפי שהגדיר שר הביטחון. ההסדר הלך והתרחב עד להסדר המקיף, הקיים כיום. ראו לעניין זה **אסף יעקב** בעמוד 141 ואילך.

40. **על כן, הדין הישראלי סייג את אחריותה של המדינה בנזיקין בגין פעולה מלחמתית, או בגין מוות וחבלה של חייל במהלך שירותו ועקב השירות. לצד דיני הנזיקין, הוקם מנגנון**

סוציאלי, המעניק תגמולים לחיילים ואזרחים שנפגעו מפעולה מלחמתית של צה"ל או של האויב.

בכך פעל המחוקק בהתאם לשיקולי המדיניות, שהתווינו לעיל, אשר על פיהם דיני הנזיקין אינם מתאימים לטיפול בנזקי המלחמה.

1.1. פרשנות סעיף 5 לחוק בפסיקתו של בית המשפט הנכבד

41. בית המשפט הנכבד פרש את המונח "פעולה מלחמתית" פרשנות צרה. פסק הדין המנחה הראשון בסוגיה זו היה ע"א 311/59 **מפעל תחנות הטרקטורים נ' חייט** פ"ד יד(2) 1609.

בעניין זה נפסק כי:

"לשם הכרעה בשאלה אם פעולה פלונית היא פעולה מלחמתית, עליך לבחון את הפעולה - לא את המלחמה; אם בפעולה ניכרים סימני היכר של מלחמה, אם היא פעולה שנוהגים או רגילים לבצעה תוך כדי מלחמה, כי אז היא פעולה מלחמתית, ואין נפקא מינה אם מתנהלת מלחמה אם לאו."

...בכדי להסיר אחריות מעל המדינה חייבת הפעולה להיות פעולה מלחמתית של צבא הגנה לישראל. כלומר פעולה צבאית שבדרך כלל אין צבא מבצע אותה אלא בשעת לחימה בלבד. (עמוד 1613).

לגבי הרציונל של ההלכה נפסק כי:

"אני מתחזק בדעתי זו לאור העובדה שהחוק המונח לפנינו לפירוש ולביצוע, **תכליתו להעניק לאזרח שנפגע בידי שלוחי המדינה סעד ותרופה מאת המדינה; ונראה לי שיש לפרש את הסייגים, הבאים להגביל את אחריות המדינה פירוש קפדני, שלא יישלל מן האזרח סעדו, אלא בה במידה שהמחוקק גילה רצונו בכך בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים. פירוש קפדני של הסייג שהמדינה לא תישא באחריות בשל פעולה מלחמתית של צבא הגנה לישראל מביאנו לידי הגבלת הסייג לאותן פעולות, אשר הן מלחמתיות מטבע ברייתן, ואשר מקומן ורישומן לא ניכר אלא תוך כדי לחימה בלבד.**" (עמוד 1614). (הדגשה הוספה)

חשוב לציין כי פסק דין זה ניתן בטרם הוקם המערך החקיקתי, הקיים כיום, לשם הטבת נזקיהם של אזרחים, שנפגעו מפעולה מלחמתית. נדמה כי החשש כי האזרח יוותר ללא סעד מתאים, עומד ביסוד פסיקה זו.

42. פרשנות מצמצמת זו של הוראת סעיף 5 שימשה יסוד לכל פסקי הדין הרבים, שבאו בעקבותיה, גם בפסקי דין שניתנו לאחר הקמת המערך הסוציאלי להטבת נזקי האזרחים מנזקי מלחמה ופעולות איבה.

לעניין זה נפסק בפסק דין מאוחר יותר כי:

"הנני סבור כי בדין נדחתה טענת ההגנה האמורה: לענין סעיף 5 הנ"ל אינה קובעת מהותה של התקופה בה מבוצעת העוולה, הווה אומר, העובדה שהיא תקופת מלחמה, ולא די בכך כי בתקופה כאמור מבוצעת פעולה על ידי הצבא. אף בזמן מלחמה יש פעולות לרוב של הצבא שאינן גוררות אחריותן פטור לפי סעיף 5. רק פעולת מלחמה ממש במובנו הצר והפשוט של מונח זה כגון כנוס כוחות לקרב, תקיפה לוחמת, חילופי אש, פיצוצים וכדו', בהם בא לידי ביטוי האופי המיוחד של הלחימה על

סיכוניה ובעיקר על השלכותיה ותוצאותיה, הם אלו אליהם כוונו מילותיו של סעיף 5. רכוזי רכב ותנועת רכב בעורף הרחוק, שאין בהם דבר ללחימה פרט לכך שתקופת המלחמה והגיוס גרמתן, אינה מפעילה את החסינות שסעיף 5 הנ"ל ביקש ליצרה.

אין ספק כי פרשנות זו לסעיף 5 היא פרשנות מצמצמת, אך זו גם היתה, בצדק, הגישה שבאה לידי ביטוי בפסיקה של בית משפט זה מאז ע"א 311/59 הנ"ל והפרשנות האמורה סבירה ואף רצויה כאשר מדובר על חסינות מפני אחריות למעשה שהוא, לפי טבעו ובנסיבות רגילות, בגדר מעשה עולה." (הדגשה הוספה).

ע"א 623/83 אשר לוי נ' מדינת ישראל, משרד הבטחון, פ"ד מ(1) 477, 479.

43. מן האמור לעיל עולה כי הפרשנות של בית המשפט הנכבד את הוראות הסעיף מיקדה את נקודת המבט באירוע נתון ולא בהיות האירוע חלק ממערכה כוללת. לפיכך הפעולה המלחמתית הוגדרה באופן מצמצם ביותר.

ההנחה בפסיקה היתה כי יש לפרש את החריג בצורה מצמצמת, על מנת למנוע, ככל הניתן, הותרת הנפגע ללא כל פיצוי. גם לאחר התפתחות המערך הסוציאלי, הפסיקה לא ייחסה משקל לחלופה הסוציאלית.

44. חשוב לציין בהקשר זה, כי פסקי הדין האמורים דנים בסייג האחריות של המדינה כלפי אזרחיה. אין כל התייחסות לשאלה של אחריות המדינה כלפי אויביה, או כלפי תושבים המתגוררים בשטח אותו היא תופסת, דהיינו לתחולה האקסטרה-טריטוריאלית של אחריות המדינה.

45. מיקוד ההלכה באזרחי המדינה נבע, כפי הנראה, ממצאיאות החיים. תביעות אויב לא הוגשו, ובידי ישראל לא היו באותה עת שטחים מוחזקים. מצב זה השתנה לאחר מלחמת ששת הימים.

46. בע"א 542/75 עטאללה נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 552, הורחב הדיון הנזיקי בפעולה מלחמתית לעבר השטחים המוחזקים. התביעה עסקה בירי מן המארב של שוטרי מג"ב שהביא לפציעתו של תושב רצועת עזה. נפסק כי:

"לצורך ענייננו היה דינו של משמר הגבול ברצועת עזה בזמן המקרה כדין צה"ל. התקופה ההיא (בקיץ 1971) היתה תקופה של פעילות רבה של מחבלים מארגוני הטרור ברצועת עזה. היו פיגועים רבים בנפש ברצועה כולה, והיו כאלה גם באותה שכונה. מתפקידן של יחידות משמר הגבול ברצועה היה לדכא את הפעילות האלימה הזאת.

אם כי בין מדינת ישראל וארגוני הטרור אין מצב מלחמה לפי הדין הבינלאומי, מפני שארגונים אלה אינם ממלאים אחרי הדרישות שצד לוחם חייב למלאם, הרי פעולותיה של המדינה לדיכוי פעולתם של הארגונים הללו, הנעשות על-ידי כוחות הצבא שלה, יכולות ללוש צורה של פעולה מלחמתית. השאלה היא אם הפעולה הנדונה היתה כזאת. על כך השיב השופט המלומד תשובה חיובית בפסק-דינו המנומק היטב, ולא מצאנו שום פגם בנימוקיו...

כאן אנו עוסקים במארב של כוחות צבאיים שתפקידו היה תפקיד פעיל של פגיעה בעת הצורך באויב שעלול היה להופיע, והתקופה היתה תקופת לחימה מוגברת באויב לשם הדברת פעילותו העוינת האלימה." (עמוד 554).

47. בהקשר לפסק דין זה נבקש לציין, כי פסק הדין לא עסק בשאלה, האם ראוי להחיל את דיני הנזיקין על השטחים המוחזקים, והאם יש מקום לאפשר לתושבי שטח מוחזק להגיש תביעה נזיקית על פעולה של המפקד הצבאי בשטח המוחזק עצמו.

אכן, המדינה טענה, כי בית המשפט הישראלי מחוסר סמכות לדון בתביעה, אולם בית המשפט הנכבד נמנע מלדון בטענה זו, וקבע כי מדובר בבטיחה סבוכה, מבלי להכריע בה.

נפסק כי:

"מכיוון שאנו תמימי-דעים עם פסיקתו של השופט המלומד, אין לנו צורך להיכנס לבירור טענותיו האחרות של מר בן טובים בשם המשיבים, וביניהן הטענה - שלא הועלתה בערכאה הראשונה - שבית-משפט ישראלי אינו מוסמך לדון בתביעה זו, מפני שאין למערער עילת תביעה בבת-המשפט המקומיים שברצועת עזה. זו בעיה סבוכה, שמוטב כי לא נביע עליה את דעתנו, כאשר אין הכרח בדבר. לאור הוראות סעיף 5 הנ"ל אין ברירה אלא לדחות את הערעור." (עמוד 555).

48. על כן, פסיקתו של בית המשפט הנכבד הביאה להחלת הפרשנות המצמצמת של סעיף 5 לחוק אף על פעילות צה"ל בשטחים.

49. נבקש לציין כי החלת הדין הישראלי על אירועי נזק בשטחים אינה טריוויאלית. כך, סעיף 3 לפקודת הנזיקין קובע כי:

"הדברים המנויים להלן בפקודה זו הם עוולות, ובכפוף להוראות הפקודה - כל הנפגע או הניזוק על ידי **עוולה שנעשתה בישראל** יהא זכאי לתרופה המפורשת בפקודה מידי עושה העוולה או האחראי לה."

ראו לעניין זה ע"א 1432/02 **יינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן** (טרם פורסם).

אף על פי כן, מבלי שהתקיים בעניין זה דיון עקרוני, הוחלו דיני הנזיקין הישראליים גם על אירועי נזק, שאירעו בשטחים.

50. כל עוד התאפיינה פעילות צה"ל בשטחים בפעילות שיטורית, ששולבה באירועי לחימה ספוראדיים, הרחבת דיני הנזיקין, ולצידם מתן פרשנות מצמצמת לסעיף 5 לחוק, גם על פעילות צה"ל בשטחים, לא העלתה קושי רב.

51. אלא שבסוף שנת 1987 פרצה התקוממות רחבת היקף בשטחים, המכונה ה"אינתיפאדה". האינתיפאדה כללה מהומות מאורגנות והפרות סדר בהיקף רחב, הפגנות המוניות וניסיונות פגיעה רבים בכוחות צה"ל ובאזרחים הישראליים בשטחים. מדובר היה במאבק אלים, מתוכנן ומאורגן.

אופי ההתקוממות, הפרות סדר משולבות בפעילות טרור, הקשה על מתן מענה צבאי להתקוממות. אירוע שהתחיל כהפגנה לא אלימה, עלול היה להתפתח חיש קל להתארגנות לפגיעה בחיילים ובאזרחים.

52. במהלך האינתיפאדה נהרגו כ-1000 פלסטינים ונפצעו כ-18,000. רבים מהנפגעים בחרו להגיש תביעות נזיקין נגד המדינה. עד לשנת 1997 הוגשו כ-4000 תביעות.

גל תביעות זה "פגש" תשתית משפטית נוחה יחסית להגשת תביעות נזיקין. תשתית הלכתית זו, של פרשנות מצמצמת של פטור המדינה ל"פעולה מלחמתית", התבססה על מצב דברים שונה לחלוטין מזה של האינתיפאדה.

בערכאות הנמוכות נחלקו הגישות לגבי היחס לפעילות צה"ל באינתיפדה. הרושם שהתקבל היה כי מרבית השופטים מעדיפים לראות בפעילות צה"ל כפעילות בעלת אופי שיטורי דומיננטי, שלגביה לא חלה חסינות המדינה.

ראו לעניין זה **אסף יעקב** בעמוד 158 ואילך.

53. גל התביעות העמיד בפני המדינה אתגרים לא מבוטלים. היקף פעילות של כוחות רבים, תחלופת הכוחות, וכן אופי הפעילות בשטח עוין, שהשהות בו מהווה סכנת חיים, לא אפשרה הגנה ראויה מצדה של המדינה, בתחום סדרי הדין ודיני הראיות.

כך, בעוד כל תובע העיד בגדרי תביעתו על אירוע בודד, שבו הוא היה מעורב, לטענתו, התקשתה המדינה, להציב הגנה ראויה. חייליה של המדינה היו מעורבים באירועים רבים, באותו המועד, או במועד סמוך למועד שבו נפגע התושב, והיה קיים קושי מובנה להפריד את האירוע הבודד, מכלל האירועים בגזרה באותו מועד. כך נוצר חוסר איזון ביכולת הבאת הראיות, שפעל כמעט תמיד לרעת המדינה.

הציפייה כי בכל אירוע יתקיים תיעוד מפורט ומדוקדק של האירועים, לא התאימה למציאות של לחימה בלתי פוסקת, ולסכנה המתמשכת שבה היו החיילים. לכן לא ניתן היה לעמוד בנטל, אשר אמור היה למנוע נזק ראייתי לתובע ולמדינה כאחד.

קושי זה החריף החל משנת 1994 ואילך, כאשר במסגרת ההסכמים עם הפלסטינים יצא צה"ל מרוב האזורים המיושבים באיו"ש ואזח"ע. הקושי להגיע לסביבת האירוע, לאתר עדים או ראיות, כמו רשומות רפואיות, הפך מקושי לחוסר יכולת כמעט מוחלט. כמו כן נתקלה המדינה בקושי רב לאתר את החיילים שפעלו בשטח בעת האירועים שהובילו לנזק הנטען על ידי התובעים.

54. בסופו של דבר, הנושא של פרשנות המונח "פעולה מלחמתית" אגב תביעות האינתיפדה, הובא להכרעת בית המשפט העליון בעניין **בני עודה**.

55. ביום 20.3.02 ניתן פסק הדין בעניין **בני עודה**. פסק הדין קבע כי:

"הצבא מבצע באיזורי יהודה, שומרון ועזה "פעולות" שונות, היוצרות סיכונים מסוגים שונים. לא כל פעולותיו הן "מלחמתיות"...הנה כי כן, במתן תשובה לשאלה אם פעולה היא "מלחמתית" יש לבחון את כל נסיבות האירוע. יש לבדוק את מטרת הפעולה, את מקום האירוע, את משך הפעילות, את זהות הכוח הצבאי הפועל, את האיום שקדם לה וניצפה ממנה, את עוצמת הכוח הצבאי הפועל והיקפו ואת משך האירוע. כל אלה זורקים אור על אופיו של הסיכון המלחמתי המיוחד שהפעולה גרמה." (עמוד 8)

לגבי עובדות המקרה, ירי על תושבי האזור שנמלטו מחיילי צה"ל, נקבע כי:

העומדת למדינה הטענה כי הירי מהווה "פעולה מלחמתית"? לדעתי התשובה היא בשלילה. **לכוח של צה"ל לא נשקפה כל סכנה. היתה זו פעולה "משטרתית" במטרה לעצור חשוד שבוצעה בצורה רשלנית ובניגוד לנהלים. הירי בוצע אך לשם תפישת חשודים ולא לשם לחימה בהם. הסיכון שהירי יצר, בנסיבות העניין, הוא סיכון רגיל שדיני הנזיקין הרגילים מטפלים בו כראוי. שונה היתה מסקנת אילו הכוח הצבאי היה נתון לסכנה - כפי שאכן אירע לאחר הירי ובעקבותיו. במצב דברים זה, הפעולה היתה משנה את אופיה, ומפעולת שיטור "רגילה" היתה הופכת - ולעתים מעבר זה הוא חד וחריף - לפעולת לחימה. אכן, דיני הנזיקין עוסקים בסיכונים "רגילים" שעניינם מעצרים של חשודים. דיני הנזיקין אינם צריכים לעסוק באירוע מבצעי, בו כוח צבאי נתון לסכנה, והוא מפעיל את כוח האש שבידו כדי להגן על עצמו או על הבטחון באיזור. קו הגבול בין שני המצבים הוא לעתים**

דק, אך אל-לנו להתעלם ממנו. נראה לי כי בפרשה שלפנינו - ומתוך הסתכלות כוללת על מכלול הנסיבות - אין לנו עניין בפעולה מלחמתית. " (הדגשה הוספה). (עמוד 9).

56. מן האמור עולה כי הלכת **בני עודה** דבקה בהלכה הקיימת, דהיינו פרשנות מצמצמת של המונח "פעולה מלחמתית", גם בסיטואציה של התקוממות רחבת היקף משולבת בפעולות טרור.

על פי ההלכה, פעילות צה"ל באזור נתפסה, בעיקרה, כפעולה בעלת אופי שיטורי, ולא מלחמתי. קו הגבול בין פעולה מלחמתית לפעולה שיטורית נותר עמום, והותנה בעובדות המקרה.

בחינת הפעולה המשיכה להיעשות באופן ממוקד לאירוע נתון, המנותק מההקשר הרחב של העימות, ומכלל האינטרסים המעורבים בו.

לביקורת על פסק הדין ראו **אסף יעקב** בעמוד 171.

57. עם זאת, פסק הדין כולל ניתוח עקרוני, שמסקנתו היא כי דיני הנזיקין הרגילים אינם צריכים לחול על נזקי המלחמה, והפתרון לנזקים אלה צריך להימצא בהסדר מיוחד "מחוץ לגדר דיני הנזיקין הרגילים", כדבריו של הנשיא א' ברק בפסקה 9 לפסק הדין, שצוטטה לעיל.

2.ב. תיקון מספר 4 לחוק

58. בשנת 1997 הניחה הממשלה על שולחן הכנסת את "הצעת חוק לטיפול בתביעות של פעולות כוחות הביטחון ביהודה והשומרון וחבל עזה, התשנ"ז-1997".

הצעת החוק מצורפת לתגובה ומסומנת **מ/ש/2**.

59. הצעת החוק נדונה בכנסת במשך מספר שנים. בסיום הליך החקיקה, שהסתיים רק לאחר מתן פסק הדין בעניין בני עודה, נחקק חוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב 2002 (להלן – **תיקון 4**) התיקון התקבל בכנסת ביום 24.7.02.

תיקון מס' 4 מצורף לתגובה ומסומן **מ/ש/3**.

60. מטרתו של תיקון 4 הוגדרה בסעיף 1 לתיקון, שקבע כי:

"חוק זה בא להסדיר את הטיפול בתביעות נגד המדינה בשל פעילותם של כוחות הבטחון באזור יהודה והשומרון וחבל עזה נגד מעשי טרור, איבה והתקוממות בדרך של **קביעת הוראות דיוניות שיחולו על התביעות האמורות, ולהבהיר את המונח "פעולה מלחמתית" שבחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952.**"

61. הצעת החוק של תיקון 4 נוסחה בשנת 1997, ונקודת המבט שלה היתה ההתקוממות שהחלה בשנת 1987, ולא העימות המזוין, שפרץ בשנת 2000.

נוסחו הסופי של תיקון 4 מתמקד בשתי סוגיות:

הסוגיה הראשונה היא מתן הגדרה של "פעולה מלחמתית", בסעיף 1 לחוק. ההגדרה קובעת כי "פעולה מלחמתית" היא:

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

הסוגיה השניה שבה עסק עיקר תיקון מס' 4, היא קביעת הוראות דיוניות מיוחדות, בנוגע לתביעות, שמקורן בשטחים. הוראות דיוניות אלה נועדו להתמודד עם הקשיים בניהול ההליכים המשפטיים בנוגע לתביעות אלה.

בסוגיה זו עוסק סעיף 5א' לחוק, שהוסף במסגרת התיקון. הסעיף קובע כי:

- א. חובה על הניזוק להודיע על הנזק עד 60 יום מעת שארע. זהו תנאי לדיון בתובענה, אלא אם החליט בית המשפט אחרת, מטעמים מיוחדים שיירשמו (סעיף 5א(2)).
- ב. תקופת ההתיישנות של התביעות תעמוד על שנתיים, עם אפשרות להארכה של התקופה לגבי תביעת קטין, או תביעה שלא היתה אפשרות סבירה להגשתה במועד (סעיף 5א(3)).
- ג. הוראות סעיפים 38 ו-41 לפקודת הנזיקין, העוסקות בהעברת נטל הראיה לנתבע בתביעות רשלנות לגבי "דבר מסוכן" וכן ברשלנות במקרה "שהדבר מעיד על עצמו", לא יחולו על תובענות כאמור (סעיף 5א(4)).
- ד. לבית המשפט סמכות לדחות תביעה אם נוכח כי נשללה מהמדינה הזדמנות הוגנת להתגונן מפני התביעה בשל אי שיתוף פעולה מצדה של הרשות הפלסטינית (סעיף 5א(5)).
62. מן האמור עולה, כי תיקון מספר 4, לא עוסק בראייה מהותית כוללת של סוגיית אחריותה של המדינה לנזקי מלחמה, אלא בטיפול נקודתי, בעיקר בהיבטים הדיוניים והראייתיים של התביעות לגבי נזק שארע באזור.
63. התיקון בו עוסקות העתירות, תיקון מס' 7, הוא תיקון משלים להצעת תיקון מספר 4. הוא נועד להציע פתרון כולל – במישור המהותי - לסוגיית התביעות הנזיקיות של תושבי האזור ומדינות האויב נגד המדינה.
- בטרם נפנה לסקירת תיקון מס' 7, נבקש לעמוד על שני כוללים הקבועים במשפט המקובל, שאליהם התייחסה הפסיקה בישראל, שעוגנו במידה זו או אחרת בתיקון מס' 7.

3.3. תביעות נתיני אויב

64. במשפט המקובל באנגליה קיים כלל עתיק יומין ולפיו נתין מדינת אויב מנוע מלנהל הליכים בבית משפט אנגלי. הכלל סוכם במילים אלה:

“The one person precluded from suing in an English court is an alien enemy.....
An alien enemy can neither initiate an action nor continue one that was commenced before hostilities”

Cheshire and North **Private International Law** (13ed, 1999) 387, 388.

כלל זה מעוגן בפסיקה האנגלית. פסק הדין היסודי בסוגיה הוא:

Porter v. Freudenberg [1915] 1 KB 857, at 869.

בפסק דין זה נקבע כי האויב מנוע מלתבוע אלא אם הוא נמצא בשטח אנגליה ברשות תחת הגנת המלך. התובע מוגדר כאויב על פי מקום מגוריו, ומקום ניהול עסקיו, ולא על פי לאומיותו.

ראו לעניין זה אף פסק דינו של בית הלורדים ב:

V/O Sovfracht v. Van Udens Scheepvaart en Agentuur Maatschappij [1943] AC 203; [1943] 1 All ER 76.

בפסק דין זה נדונה השאלה, האם תאגיד המאוגד בהולנד, בתקופה שזו הייתה תחת הכיבוש הנאצי, רשאי לנהל הליכים משפטיים בפני בתי המשפט האנגליים. נקודת המוצא היתה כי לאויב אין יכולת לתבוע באנגליה, ולכן הדיון התמקד בשאלה האם החברה ההולנדית יכולה להיחשב לאויב.

בפסק הדין נקבע כי החברה ההולנדית נחשבת לאויב למרות שמדינת מושבה (הולנד) נכבשה בידי אויב, וברור כי הדבר נעשה בכפייה, ושלא מבחירתה.

ראו לעניין זה גם :

J. Stone **Legal Controls of International Conflicts** (Sydney, 1959, 2nd Ed) 442.

הכלל מבוסס על טעמים של מדיניות בדבר אי סיוע לאויב במהלך המלחמה, במטרה למנוע ממנו ליהנות מפירות המדינה עמה הוא מצוי במלחמה.

לצד כלל זה של המשפט המקובל, קיים כלל משלים, המעוגן במסגרת פקודת הסחר עם האויב משנת 1939. הפקודה, שכפי שנראה קיימת גם בישראל, אוסרת על המדינה, או מי מאזרחיה, להעביר כספים, נכסים או זכויות אחרות לאויבים, מהטעם שהדבר עשוי לסייע להם במלחמתם נגד המדינה

דהיינו, העיקרון בדבר מניעת גישתו של אויב לערכאות הושלם בשלב **מאוחר יותר**, באמצעות איסור על סחר עם האויב וממילא גם העברת כסף לידיו.

65. ככל שידענו משגת, בית משפט נכבד זה טרם התמודד, במישרין, עם השאלה אם יש לברר תביעה שהוגשה אל ערכאות המדינה בידי מי שהוא אויב של המדינה, שאינו מצוי עוד בשטחה או בשטח הנתון לשליטתה.

יחד עם זאת, ניתן למצוא בפסיקת בית המשפט העליון תמיכה באימוץ כלל זה של המשפט המקובל.

בבג"צ 24/52 **נעימה נסר חכים נ' שר הפנים**, פ"ד ו', 638, נדונה עתירה של תושבת ישראל, בשם בנה, תושב ישראל שיצא בשנת 1947 ללימודים **בביירות**, ולאחר קום המדינה **לא הורשה לחזור**. כבוד השופט ש"ז חשין ז"ל, אימץ אל חיק המשפט הישראלי את ההלכה האנגלית הידועה בענין **Porter**, ואת הגיונה, בקובעו כך :

"באותו משפט (Porter) סוקר הלורד רידינג את התפתחותו ההיסטורית של הרעיון הטבוע ביסודו של העיקרון על הפסקת כל מו"מ מסחרי עם מדינה אויבת, ובא לידי מסקנה, כי **טובת הכלל דורשת לאסור כל פעולה העשויה להביא תועלת למדינה האויבת ולסייע בידי להרבות את כשרה להמשיך במלחמה.**

במהלך המלחמה משתדלת כל מדינה לפגוע בסחר אויבתה, להשמיד את אוצרותיה הטבעיים ולשים יד על נכסיה.

מטעם זה מפסיקים את הסחר בין אזרחי המדינה האחת לבין אזרחי המדינה השנייה, האויבת, כי אף בהמשכת יחסי המסחר יש משום מתן סעד למדינה האויבת" (ההדגשה אינה במקור).

66. גם דבריו של כבוד השופט (כתוארו אז) י' זוסמן, באותו עניין, יפים לענייננו :

"ביצוע זכותו של אדם היושב בארץ אויב, הוסבר שם, עלול לסייע בידי השלטון העוין אשר התובע כפוף לו, ותשלום חוב המגיע לאותו אדם יש בו, לפעמים, אפילו עבירה פלילית.

הפסלות הפרוצסואלית באה רק בעקבותיה של ההלכה המטריאלית, הדוחה את ביצוע הזכות עד לסיום פעולות האיבה".

בהמשך פסק הדין, קובע כבוד השופט (כתוארו אז) י' זוסמן, **על יסוד הלכת Porter, שאותה הוא מאמץ**, חריג לכלל השולל ממי שמתגורר בארץ אויב גישה לערכאות. הוא אינו רואה מניעה עקרונית, באבחון מאותה ההלכה, לאפשר זכות גישה לערכאות המדינה **לאזרח ישראלי** המצוי בארץ אויב, בעניין זכות אזרחית המסורה לו לכאורה.

לעניין הכלל הרחב בדבר היחס לנתיני אויב בעת מלחמה נפסק לאחרונה כי:

"79. הנחת המוצא במשפט הבינלאומי היא, כי בעת מלחמה הופכים נתיני המדינות היריבות אויבים אלה לאלה, וכי כל אזרח יראה עצמו נאמן לארצו ולמולדתו ועוין לאויבי המולדת. **מטבע הדברים, אפוא, רשאית היא מדינה המצויה במצב של עימות לקבוע הסדרים מיוחדים בעניינם של נתיני האויב**, ובכלל אלה, כמובן, הסדר המונע כניסתם של אלה לתחומה."

עניין **עדאלה** בפסקה 79 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין.

67. לעניין זה נזכיר, כי לצד הכלל מן המשפט המקובל, קיים בישראל ההסדר המשלים של הכלל, והוא פקודת המסחר עם האויב, 1939. על פי סעיף 3 לפקודה חל איסור פלילי לסחור עם האויב. על פי הפקודה רואים אדם כאילו סחר עם האויב:

"(א) אם היו לו כל קשרים מסחריים, כספיים או קשרים אחרים עם האויב או לטובתו וביחוד, אך בלי לפגוע בכללותה של ההוראה הקודמת, אם -

(I) סיפק כל סחורות לאויב או לטובתו, או מקבל כל סחורות מאויב או שסחר בכל סחורות, או הוביל כל סחורות, שנשלחו לאויב או נתקבלו ממנו או שנועדו לארץ האויב או נתקבלו ממנה, או

(II) שלם או העביר כל כסף, שטרות עוברים לסוחר או בטחון על כסף לאויב או לטובתו או למקום הנמצא בארץ האויב, או

(III) מלא כל התחייבות כלפי האויב או הוציא לפועל כל התחייבות מטעם האויב, בין אם התחייב באותה התחייבות לפני מתן התוקף של פקודה זו או לאחריה;" (סעיף 3(2) לפקודה).

68. הכלל הקובע כי לנתין אויב אין זכות תביעה במדינת האויב, נדון לאחרונה בת"א (תל-אביב-יפו) 1461/00 **מדינת ישראל נ' מוסטפה דיראני**.

פסק הדין מצורף לתגובה ומסומן **מש/4**.

בית המשפט המחוזי סקר את הוראות המשפט המקובל בעניין זה, וקבע בבירור כי כלל זה קיים במשפט המקובל. עם זאת קבע, כי ספק אם כלל זה אומץ בהלכה הישראלית (ולענין זה נציין כי כפי שפורט לעיל, הנושא אכן לא עלה ישירות בעבר). בכל מקרה, כך נקבע, לאור הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא ניתן לפגוע בזכות התביעה בישראל, ללא קיומו של חוק המתיר לעשות כן. מאחר שבמועד מתן החלטה עדיין לא נחקק התיקון דנן, קבע בית המשפט כי אין מקום לדחות על הסף התביעה שנדונה בפניו.

המדינה הגישה בקשת רשות ערעור על החלטה זו - רע"א 993/06 **מדינת ישראל נ' מוסטפה דיב מרעי דיראני**, בטענה כי בניגוד לקביעת בית המשפט, מדובר בכלל התקף

במשפט הישראלי זה מכבר, שאין בחוק היסוד דבר הסותרו. ההליכים בעניינה של בקשה זו טרם הסתיימו.

הבקשה, ללא נספחיה, מצורפת לתגובה ומסומנת **מש/5**.

בכל מקרה, בינתיים נחקק התיקון, המעגן בחקיקה ראשית כלל יסוד זה של המשפט המקובל.

עד כאן עסקנו אפוא בכלל הוותיק הקובע כי אין מבררים תביעתו של אויב.

ב.4. הכלל בדבר "מעשה מדינה"

69. לצד הכלל לעיל, קיים במשפט המקובל כלל נוסף, המאפשר למדינה להעלות טענת הגנה בדבר מעשה מדינה, כלפי תביעה של כל תושב זר (ולא רק נתין אויב), המוגשת נגד המדינה, לגבי נזק, שארע מחוץ לתחומי המדינה. לכלל זה מספר פירושים, כולל פירושים רחבים יותר, המשתרעים על פעולות נוספות מצדה של המדינה. לגבי כלל זה מן המשפט המקובל נבקש להרחיב בפרק המשפט המשווה.

70. בפסיקתו של בית המשפט העליון לא קיימת התייחסות ישירה לתחולתו של כלל זה. אולם, לעניין תחולת הכלל לגבי נתיני אויב נאמר כי:

"בשנות החמישים נהגה מדיניות פעולות-הגמול. בתגובה על פגיעות בבטחון ישראל ורצח יהודים בידי מסתננים ומחבלים, חצו יחידות צבא את הגבול והיכו במטרות שיועדו להם. בפעולות-גמול אלו נפגעו גם אזרחים שמעבר לגבול (ע"ע "פעולות גמול" בלקסיקון לבטחון ישראל מאת זאב שיף ואיתן הבר (זמורה, ביתן, מודן, תשל"ו-1976), 430). העלה על הדעת - היעלה על הדעת - כי אזרח ירדני (פלשתיני) היה מגיש עתירה נגד פעולת-גמול שאפשר מיועדת היתה להרוס את ביתו? והרי התשובה הברורה לעתירת-עיוועים זו היתה "מעשה מדינה" (ACT OF STATE), לאמור, מעשה שאינו בא בתחומיהם של בתי-המשפט, מעשה שבת-המשפט אינם מחילים עליו נורמות של משפט, מעשה המצוי, כביכול, אל-מחוץ למשפט. המדובר היה ביחסים בין מדינות, ושעה שמדינות דוברות מלחמה זו-אל-זו אין לו לפרט לא זכות ולא מעמד. האוכלוסיה האזרחית סובלת רבות בעיתות מלחמה, ואולם סבל זה, באשר הוא, אין הוא נותן לפרט לא זכות ולא מעמד נגד האויב.

המעשים אינם בני-שיפוט באשר "שייכים" הם לתחום שאינו נתון למרות בתי-המשפט. " (הדגשה הוספה).

בג"צ 1730/96 סביח נ' אלוף פיקוד המרכז פ"ד נ(1) 353.

ראו לעניין זה גם:

י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית (ירושלים תש"ל, בעריכת ג' טדסקי) 419-422.

נעיר כי, בפועל, במישור המינהלי בתי המשפט הישראליים פתחו דלתותיהם והפעילו ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת של הרשות המינהלית, אף לגבי מעשה שאירע מחוץ למדינה, אף כאשר עתירה בענין זה הוגשה על ידי תושב זר, ואף כאשר דובר ב"מעשה מדינה" שאירע תוך כדי עימות מזוין. ראו לעניין זה:

בג"צ 102/82 לאה צמל ואח' נ' שר הביטחון ואח' פ"ד לז(3), 365.
בג"צ 574/82 ריימונד אל נאוואר נ' שר הביטחון פ"ד לט(3), 449.

בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל פ"ד נו(6) 352.

עם זאת במישור האזרחי נותרה הגנה זו בעינה. אבחנה זו חודדה גם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בענין דיראני, אליו הפנינו לעיל, בפסקה 41 לפסק הדין, בעמוד 27 לפסק הדין.

71. עמדנו אפוא על קיומם של שני כללים נפרדים החופפים בחלקם. הכלל בדבר הגבלת תביעות של נתיני אויב, והכלל בדבר "מעשה מדינה".
- בפועל, כמעט ולא הוגשו תביעות של נתיני מדינות אויב לגבי נזקים, שנגרמו להם בישראל או במהלך המלחמה. לכן בתי המשפט כמעט ולא נדרשו לתחולת כללים אלה, ואילו המחוקק לא מצא לנכון להידרש לסוגיות אלה, בהיעדר טעם פרקטי.
72. אכן, בתי המשפט הרבו לדון בתביעות של תושבי הרשות הפלסטינית לגבי נזקים שנגרמו להם, לטענתם, על ידי כוחות הבטחון, כולל במהלך העימות האחרון. בתביעות אלה הדין שהוחל על תושבי הרשות היה הדין הישראלי, שחל גם לגבי אזרחים ישראלים, והמדינה לא טענה כנגד תביעות אלה, עד לאחרונה, טענות של "מעשה מדינה".
- אלא שבעקבות שינוי הנסיבות בשנים האחרונות, עליו נרחיב להלן, נדרש המחוקק להגדיר מחדש את מערכת היחסים בין ישראל לנתיני האויב, ובכלל זה נדרש להתייחס אף למעמדם של תושבי הרשות הפלסטינית ולשקול אם יש מקום להחיל עליהם הכללים עליהם עמדנו לעיל או כללים דומים במהותם.

1.ג. מלחמת טרור היוצאת משטחי הרשות הפלסטינית

73. כאמור, החל מיום 29 בספטמבר 2000, מתנהלת בין ישראל לפלסטינים מלחמה. כפי שהרחבנו בתחילת דברינו מדובר במלחמה ייחודית, שאין לה תקדים בתולדות מלחמות ישראל. מעצם טבעה של המלחמה, היא שינתה את דפוסי הפעילות של צה"ל בשטחים במובנים רבים. בפרק זה נתמקד בשלושה שינויים:

ראשית, השהות בשטחי איו"ש ואזח"ע הפכה למסוכנת בהרבה, מאז פרץ העימות. כך, לדוגמא, בחמש שנות העימות הראשונות, ארעו באיו"ש 9,454 פיגועי טרור, ואילו באזח"ע ארעו לא פחות מ- 15,041 פיגועי טרור. על כן, כמעט כל פעילות צה"לית בשטחים מעמידה את הכוחות בסכנת חיים. הנסיבות האופפות כל פעילות, ולו פעילות טריוויאלית, יום יומית, משפיעות על הגדרת הפעולה.

לכך יש השפעה רבה על תודעת הכוחות המבצעים כל פעילות בשטחים, ולו פעילות יום יומית.

ניקח, לדוגמא, פעילות למעצר מבוקש במרכז של עיר פלסטינית. פעולה זו היא פעולה מלחמתית לכל דבר ועניין מבחינת היקף הכוחות, אופי האיום, מצבם הנפשי של החיילים, ורמת הדריכות שלהם. זוהי חדירה לעורף האויב. אין לדמות אותה כלל לפעילות שיטורית למעצר חשוד בתוך שטח ישראל, או אף למעצר חשוד בתקופת האינתיפדה, כפי שמתואר בעניין בני עודה.

לכן, למעשה, לא ניתן לדבר עוד על "פעילות שיטורית" של צה"ל בשטחי הרשות.

שנית, פוטנציאל האיום לעורף הישראלי משטחי הרשות הפלסטינית גדל בצורה משמעותית, דבר שהגביר את הצורך לפעול בשטחי הרשות המיושבים באזרחים.

עד לפרוץ העימות, צה"ל נמנע מלפעול באופן תדיר בתוככי הישובים הפלסטינים. מלחמת הטרור חייבה שינוי בדפוס פעילות זה. ערי הרשות וכפריה הפכו לחממת טרור, ממנה יצאו המחבלים לפגוע באזרחי ישראל ותושביה. **אי לכך נדרש צה"ל לפעול בתוך שטחים מיושבים בצפיפות. טיבו של האיום והיקפו חייבו הפעלת כוחות נרחבת ושימוש בכלי נשק, בהם לא נעשה שימוש עד אז, כמו טנקים, בולדוזרים ומטוסי קרב. היקף הפעילות הנרחב בתוככי השטח, בו שוהים המחבלים, הביא אף להיקף פגיעות גבוה בצד הפלסטיני.**

מבצע חומת מגן, שהתבצע במרץ 2002, מאפיין היטב את השוני באופי הפעילות. במבצע זה השתתפו מספר אוגדות, כולל כוחות מילואים. הוא כלל כניסה לתוככי הערים ומחנות הפליטים לשם מיגור הטרור.

שלישית, לשם התמודדות עם איום הטרור באיו"ש ואזח"ע נאלץ צה"ל לבצע פעולות מונעות, שלכאורה אינן פעולות לחימה קלאסיות, כמו חישוף שטחים, או פעילות במחסומים. אלא שמדובר במהלך מבצעי לכל דבר ועניין, שנועד למנוע מהטרוריסטים לנצל את תנאי השטח, או את התנועה בדרכים, לשם ביצוע פיגועים.

74. **על כן, צה"ל פועל בשטחים במידה רבה, במתכונת של מלחמה. אף הכוחות הניצבים מולו, סדירים ושאנים סדירים, הם ככלל אויב לכל דבר. לכן יש להתאים אף את הדינים לאופי פעילות זה. יש לבחון את פעולות צה"ל בשטחים, כחלק ממערכה כוללת, ולא כאירועים נקודתיים, המנותקים מההשלכות הכוללות של המלחמה, כפי שנעשה עד כה.**

2.ג. מחירה הכלכלי של המלחמה

75. מלחמת הטרור, שהחלה בספטמבר 2000, הנמשכת גם בימים אלה, גבתה עד כה חיים של למעלה מ- 1100 ישראלים והביאה לפציעתם של אלפים. למלחמה יש אף היבט כלכלי. המלחמה הביאה לפגיעה כלכלית קשה בישראל בענפים כמו ענף התיירות, ענף המסחר וענף התעשייה. מדינת ישראל נושאת בנזק זה לבדה.

המדינה אף סועדת את הפצועים ואת משפחות ההרוגים, באמצעות מערך סיוע ענף, עליו הרחבנו לעיל.

מידי שנה משלמת המדינה מאות מיליוני ₪ לנפגעי המלחמה - אזרחים וחיילים.

76. כך, לדוגמא, בשנת 2005 בלבד, שילם הביטוח הלאומי כ- 350 מליון ₪ לנפגעי פעולות איבה. ההערכה היא כי מחצית הסכום, לפחות, הועבר לנפגעי מלחמת הטרור. חלק נכבד מיתרת הסכום הועבר לנפגעים של פעולות טרור, שיצאו משטחי הרשות הפלסטינית, עוד קודם לפרוץ העימות.

להלן טבלה המסכמת את התשלומים בשנים 1995-2004 (באלפי ₪):

שנה	ערכים שוטפים	ערך ביחס לשנת 2004	גידול ריאלי משנה לשנה
1995	94,392	137,673	21.7%
1996	116,682	152,930	11.1%
2000	151,824	162,758	2.7%
2001	202,567	214,750	31.9%
2002	302,000	302,897	41%
2003	348,536	347,142	15.1%
2004	339,000	339,000	- 2.3%

77. בנוסף על נזקי הגוף שילם מס רכוש בגין נזקי רכוש מיום 1.10.00 ועד ליום 31.12.05 סכום של 616,950,021 ₪. ההערכה היא כי כמעט כל הסכום שולם לנפגעי מלחמת הטרור.

לאלה יש לצרף את התשלומים שמעבירה המדינה לחיילי צה"ל ובני משפחותיהם.

78. במקביל נדרשת ישראל לשאת בעלות של נזקים לצד הפלסטיני במלחמה, וזאת באמצעות מאות תביעות נזיקין, התלויות ועומדות בבתי המשפט הישראליים.

עד ליום 11.6.06 הוגשו לבתי משפט בישראל 553 תביעות לגבי נזקים שנגרמו במהלך העימות המזוין בשטחים, החל מחודש ספטמבר 2000. מובן כי בחלק מן התביעות קיימות מספר תובעים. כמו כן היו תלויות במועד זה 583 הודעות, שטרם התיישנו, ובהן הודעה על כוונה להגיש תביעה, לגבי אירועים שאירעו מאותו מועד. סכום התביעות שכבר הוגשו מגיע למאות מיליוני ₪.

מאחר והעימות נמשך, לא ניתן להעריך עתה את היקף התביעות שיוגשו עד לסיום העימות.

79. יוצא שישראל נדרשת לשאת בנזקי המלחמה, שלא היא פתחה בה, ושמעמדה בה הוא של צד מתגונן מול מתקפת הטרור. מדובר הן בנזקים של אזרחיה שלה, והן בעלות של תביעות הנזיקין של הצד הפלסטיני.

80. לפיכך, נשאלה השאלה, האם המצב הקיים ששרר בעבר, שבו נשאה ישראל, אף בנזקי הצד השני לעימות, ראוי שיימשך. לצורך כך נבקש לדון עתה במעמדה של הרשות הפלסטינית.

3.1. מעמדה של הרשות הפלסטינית ותמיכתה בתושביה שנפגעו במהלך העימות

81. פסיקתו של בית המשפט הנכבד בכל האמור לפרשנות סעיף 5 לחוק התמקדה במהלך כל השנים בתביעות של ישראלים ובנזקים שנגרמו לתושבי האזור. אט אט עבר המוקד מתביעות של ישראלים לתביעות של פלסטינים תושבי האזור.

82. העברת המוקד התאפשרה בשל גזירת יחס זהה בין ישראל לשטחים. זאת למרות שמאז ומתמיד אופי הפעילות הצבאית באזור היה שונה מפעילות שיטורית רגילה.
- ייתכן כי הסיבה לכך היתה העובדה, שהיעדר פיצוי נזיקי היה מותיר את התושבים הפלסטינים ללא פיצוי, וללא תמיכה של מדינה, שתדאג לפצותם. אף מעמדם של השטחים כשטחים מוחזקים השפיע על הנכונות לפצות את תושביהם, בהתאם לאותם מבחנים, שהוחלו על אזרחי מדינת ישראל.
83. אלא שעם הקמת הרשות הפלסטינית והתבססותה, השתנה אף מצב זה. אמנם ישראל נותרה באיו"ש, ועד לאחרונה גם באזח"ע, כמחזיקה בשטחים מסוימים בתפיסה לוחמתית. אלא שהסמכויות האזרחיות, ובכלל זה הסמכויות הרלוונטיות לטיפול בנפגעי המלחמה, הועברו כולן לרשות הפלסטינית.
- ראו לעניין זה הסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, שנחתם בווינגטון בין מדינת ישראל לבין ארגון השחרור הפלסטיני, ביום ד' בתשרי התשנ"ו (28 בספטמבר 1995). ההסכם פורסם בכתבי אמנה כרך 33 עמוד 1.
- ראו בעיקר נספח 1 לפרוטוקול הנוגע לעניינים האזרחיים בסעיפים 17, 19, 33.
- צה"ל אף יצא מרובם המוחלט של השטחים המיושבים באיו"ש ואזח"ע, והרשות קיבלה שליטה באזורים אלה. אכן, הרשות אינה מדינה. אולם במסגרתה פועלות רשות מחוקקת, רשות מבצעת ורשות שופטת. אין כל מניעה להקמת מנגנון של סיוע סוציאלי עבור נפגעי המלחמה, כמו זה שהקימה ישראל עבור אזרחיה.
84. **מבדיקה שערכו המשיבים עולה כי ברשות הפלסטינית קיימים מנגנונים שונים שיעדם לפצות את נפגעי המלחמה עבור נזקים שנגרמו להם. מנגנונים אלה תומכים בנפגעי המלחמה, כולל באמצעות מערך סיוע של ארגונים שונים, המשלימים את הסיוע הממלכתי. במסגרת זו:**
- א. הרשות הפלסטינית מפצה את מי שרכשו נפגע במהלך העימות, באמצעות העברת תקציב שיפוץ, מימון שכר דירה, ובניה מחודשת של הבתים.
- ב. משרד החקלאות הפלסטיני מעניק סיוע לחקלאים אשר אדמותיהם נפגעו במהלך העימות, או כאלה שאדמותיהם נתפסו לצרכים צבאיים. סיוע נוסף הועבר לבעלי עסקים שנפגעו מפעילות צה"ל, וכן לעוסקים בענף התיירות.
- ג. הרשות מעבירה סיוע למשפחות חללים שנפגעו בעימות, בדמות קצבה חודשית וכן מענק חד פעמי. לצד אלה מוענקים למשפחות החללים הטבות נוספות כמו פטור משכר לימוד באוניברסיטה.
- סיוע נוסף מועבר גם למי שגופו נפגע בעימות, וזאת באמצעות, בין היתר, חוק זכויות הנכים משנת 1999 ובאמצעות סיוע כספי לפצועים ולנכים בסכומים משתנים.
- בעבר טופלו בקשות של נפגעים ישירות על ידי ערפאת. מאז מותו, הבקשות מטופלות על ידי ועדה ממשלתית, ואף קיימות יוזמות לחקיקה בעניין.
- למען השלמת התמונה, יצוין כי הרשות משלמת קצבאות חודשיות לאסירים הפלסטינים הכלואים בישראל, בנוסף לדמי קנטינה. הרשות מסייעת לאסירים, אף לאחר שחרורם מהכלא. אכן אין מדובר בפיצוי על נזקי העימות, אולם הדבר מעיד על סדר העדיפויות של הרשות הפלסטינית.
85. לצד פעולות מצד הרשות עצמה, זוכים הפלסטינים לסיוע מצד ארגונים בין לאומיים רבים. הסיוע כולל, בין היתר, הענקת מענקים ואף סיוע בפתרונות דירור למי שבתם נפגע בעימות. סיוע נוסף מגיע ממדינות ערב ומארגוני סיוע איסלאמיים.
- פירוט נרחב של האמור בסעיפים 84 ו-85 מצוי בחוות דעת של חטיבת המחקר באגף המודיעין, המצורפת לתגובה ומסומנת **מש/6**.

86. אכן, אין מדובר במערך מאורגן כמו בישראל. אולם בעניין זה אין לתושבי הרשות להלין אלא על ממשלתם, ועל סדר העדיפויות שלה.
87. על כן, בניגוד לעבר, בידי הרשות הפלסטינית קיימת סמכות חוקית, וכן יכולת מוכחת, לטפל בנזקי המלחמה.
88. בנסיבות אלה בודאי שאין עוד כל הצדקה להמשך המצב, שבו ישראל נאלצת לפצות בנזיקין את תושבי הרשות.
89. הדבר נכון בעיקר כיום, כשאת הרשות מנהיג ארגון הטרור, שגרם לעיקר הנפגעים הישראליים. יש לראות ברשות כישות עוינת, ואת נתיניה כנתיני מדינת אויב. בעניין דומה נפסק לאחרונה כי:

”12. בין ישראל לבין הפלסטינים מתקיים עימות מזוין הנמשך שנים לא מעטות. עימות זה גבה מחיר כבד משני הצדדים, וראינו את היקף הפגיעה המאסיבי בישראל ובתושביה. הציבור הפלסטיני נוטל חלק פעיל בעימות המזוין. בציבור הפלסטיני שוררת איבה לישראל ולישראליים. חלקים נרחבים מן הציבור הפלסטיני - ובכללם גם מי שנמנים עם מנגנוני הרשות הפלסטינית - תומכים במאבק המזוין בישראל ומשתתפים בו השתתפות פעילה. אירגוני הטרור ופעיליהם נטועים היטב בכל שדרות הציבור הפלסטיני וזוכים לסיועו, למיצער בשתיקה ובאי-מניעת פעולות טרור. הציבור הפלסטיני בחר באירגון הטרור חמאס לשלוט בו, וידענו מהי דמותה ומישנתה של המפלגה השלטת ברשות הפלסטינית. כל אלו עובדות הן שאינן שנויות במחלוקת, והמסקנה הנדרשת מהן היא, **שהרשות הפלסטינית היא ישות מדינית עוינת לישראל. כנדרש מכך, תושבי האזור - אזורי יהודה, שומרון וחבל עזה - הם בבחינת נתיני-אויב.** אמת נכון הדבר: בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית מתקיימת מערכת יחסים מורכבת וסבוכה שאינה אך מערכת יחסים שבמלחמה, וברי כי רבים מתושבי האזור אינם נוטלים חלק בטרור ואף מגנים אותו. אך אנו ענייננו הוא בכלל, ולעת שמדברים אנו בכלל - ברשות הפלסטינית ובציבור הפלסטיני - התמונה המצטיירת היא תמונה של איבה ועוינות. **הרשות הפלסטינית עוינת את ישראל. ממקומות שבשליטתה, ובידיעתה - אפשר אף ביוזמתה ובעידודה - מתנהל מאבק מזוין נגד ישראל ותושביה, ופצצות-אדם מן האזור זורעים הרג והרס בישראל. יחסיהן של ישראל והרשות דומים ליחסים בין מדינות הלוחמות זו-בזו.**” (הדגשות הוספו).

עניין **עדאלה** בפסקה 12 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין.

90. לסיכום, בחודש ספטמבר 2000, עם פרוץ העימות, חל שינוי נסיבות מהותי במערכת היחסים בין ישראל לפלסטינים. שינוי נסיבות זה הוא שהוליד לחקיקת התיקון, כפי שנראה להלן.

ד.1. הצעת החוק שהולכה לתיקון

91. תחילתו של תיקון מס' 7 בהצעת חוק הניקין האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 5) (הגשת תביעות נגד המדינה על ידי נתין מדינת אויב או תושב אזור עימות) התשס"ב-2002 (להלן – **הצעת החוק**).

הצעת החוק מצורפת לתגובה ומסומנת **מש/7**.

הצעת החוק פורסמה ביום 15.7.02, מספר חדשים לאחר מתן פסק הדין בעניין **בני עודה**, ובעיצומה של מלחמת הטרור.

92. בדברי ההסבר להצעה נאמר כי:

"ההצעה באה להסדיר את הפטור מאחריות המדינה לנזק, שנגרם לנתין של מדינה שהיא אויב, או למי שהוא פעיל של ארגון מחבלים, או למי שניזוק בעת שפעל בשליחותו של אחד מהם או מטעמו (להלן – נתין אויב) ולנזק שנגרם לתושב אזור מחוץ לשטח מדינת ישראל, ששר הבטחון הכריז עליו שהוא אזור עימות (להלן – תושב אזור עימות)".

הרקע להצעת חוק זו שונה מהרקע של תיקון מספר 4, כפי שמסבירה הצעת החוק:

"מאז יום כ"ט באלול התש"ס (29 בספטמבר 2000) נמצאת מדינת ישראל בעימות מתמשך בעל אופי צבאי בין כוחות הבטחון לבין גורמים סדירים או בלתי סדירים העוינים לישראל, הן בשטח המדינה והן באזורי עימות, המצויים מחוץ לשטחה.

העימות מתאפיין בשימוש בנשק חם, בביצוע פיגועי התאבדות ומעשי טרור אחרים נגד אנשי כוחות הבטחון ואזרחים ישראלים. בשנתיים האחרונות נרצחו מאות רבות של אזרחים וחיילים ישראלים, ואלפים נפצעו; מדינת ישראל מבצעת מצדה פעולות רבות שתכליתן מניעת מעשי הטרור והאיבה, ופגיעה בגורמים הלוחמים נגדה ומאיימים על שלום תושביה, ואשר במסגרתן נגרמו גם פגיעות בנפש וברכוש לתושבי אזור העימות העלולות לגרום תביעות נזיקין נגד המדינה.

מקובל ככלל כי בעת מאבק מזוין בין עמים, על כל צד לשאת בנזקיו ולטפל בנפגעיו; לאזרחי ישראל שנפגעו מאז פרוץ העימות, אין כידוע אפשרות מעשית לתבוע פיצוי לנזקם, מאלה האחראים לפגיעתם, והם זוכים לתגמולים מהמדינה כנפגעי פעולות איבה, בעוד שתושבי אזור העימות רשאים כיום להגיש תביעות נזיקין נגד המדינה, כך שהמדינה נושאת באחריות הן לנזקים שנגרמו לאזרחיה והן לנזקים שנגרמו לתושבי אזור העימות; מצב שבו המדינה נושאת בנזקי אזרחיה, וכאשר היא פועלת במסגרת חובתה לבטחונם, למניעת נזקים מצד גורמים עוינים ופגיעה בהם – גם בנזקים הנוצרים עקב כך – אינו ראוי, ויש מן המתקנות שמדינות, שמנעו היווצרות מצב זה.

נראה כי פעולות לחימה הגורמות נזק לפרט, אינן צריכות להיות מוכרעות על ידי דיני הנזיקין הרגילים, והדרך הראויה לפתור את בעיית הפיצוי בשל הנזק שפעולות

הלחימה גורמות, היא הסדר מיוחד, מחוץ לגדרם של דיני הנזיקין הרגילים (להיבטים מסוימים בנושא זה ראו ע"א 5964/92 בני עודה ואחי נ' מדינת ישראל)..."

גם במישור המעשי מעוררות התביעות המוגשות נגד המדינה בעיתיות קשה בתחום הראייתי, עד כדי העדר יכולת להתגונן מפניהן בכלים המשפטיים הרגילים, המתאימים לסכסוכים נזיקיים רגילים."

2.ד. הליכי החקיקה

93. ביום 16.7.02 עברה הצעת החוק בקריאה ראשונה.
94. בשנת 2005 התחדשו הדיונים בהצעת החוק. לשם הכנת הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית קיימה ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שבעה דיונים. מדובר היה בדיונים יסודיים וממושכים. במהלכם נשמעו כלל העמדות בסוגיה, כולל עמדת העותרים ובאי כוחם, עמדת המדינה, עמדת אנשי האקדמיה וכן עמדת אנשי מילואים שהשתתפו בלחימה.
- תאריכי הדיונים – 31.5.05, 15.6.05, 23.6.05, 30.6.05, 14.7.05, 20.7.05, 25.7.05.
- בשל ההיקף הרחב של הפרוטוקולים של הדיונים, בחרנו שלא לצרפם לתגובה. הפרוטוקולים מצויים באתר האינטרנט של הכנסת, שכתובתו: www.knesset.gov.il.
95. ביום 27.7.05, הובאה הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית בפני מליאת הכנסת. בתום הדיון אושרה הצעת החוק בקריאה שלישית ברוב של 54 תומכים מול 15 מתנגדים ונמנע אחד.
- פרוטוקול הדיון מצוי אף הוא באתר האינטרנט של הכנסת.
- התיקון, כפי שפורסם בספר החוקים צורף לתגובה וסומן **מש/1**.
96. הטעמים לחקיקה הם בעיקרם טעמים עקרוניים, המבקשים להסדיר את נזקי המלחמה מחוץ לתחום דיני הנזיקין.
- המחוקק ראה מולו תשתית משפטית, המבוססת על חקיקה קיימת, ופסיקה עדכנית של בית המשפט הנכבד. למולה ראה את מלחמת טרור, היוצאת משטחי הרשות הפלסטינית, שיצרה מציאות שהתשתית המשפטית אינה מתאימה לה. על כן תיקן המחוקק את החוק.
97. עתה נבקש להראות כיצד באו הדברים לידי ביטוי בהוראות החוק.

3.ד. הוראות החוק

3.א. ההסדר לגבי נתין של מדינת אויב או חבר בארגון מחבלים

98. הוראות החוק מבחינות בין תביעות של נתין של מדינת אויב או חבר בארגון מחבלים או מי שנשלח מטעמו, לבין תביעות בשל נזק, שנגרם באזור עימות.
- לגבי תביעות של נתין מדינת אויב או של חבר בארגון מחבלים, או של מי שפועל מטעמם, קובע סעיף 5'ב' לחוק, שהוסף בתיקון, כי:

"ב'5'. (א) על אף האמור בכל דין, אין המדינה אחראית בנזיקים לנזק שנגרם למי שמפורט בפסקאות (1), (2) או (3), למעט לנזק שנגרם בסוגי תביעות או לסוגי תובעים כאמור בתוספת הראשונה -

(1) נתין של מדינה שהיא אויב, אלא אם כן הוא שוהה כדן בישראל;

(2) פעיל או חבר בארגון מחבלים ;

(3) מי שניזוק בעת שפעל בשליחותו או מטעמו של נתין מדינת אויב, חבר או פעיל בארגון מחבלים.

(ב) בסעיף זה -

"אויב" ו"ארגון מחבלים" - כהגדרתם בסעיף 91 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; 5

"המדינה" - לרבות רשות, גוף או אדם הפועלים מטעמה."

99. העיקרון הקבוע בחוק הוא, כי המדינה אינה אחראית בנזיקין כלפי נתין של מדינת אויב (אלא אם הוא שוהה בישראל כדין), או כלפי פעיל בארגון מחבלים, או כלפי מי שפעל בשליחותו של נתין מדינת אויב או של ארגון מחבלים.

לעקרון זה קיים חריג, המאפשר הגשת תביעות נזיקיות כאמור, לגבי סוגי תביעות או תובעים המפורטים בתוספת הראשונה לחוק.

כיום מונה התוספת הראשונה סוג תביעה אחד שהוא :

"תביעה שעילתה נזק שנגרם לאדם כאמור בסעיף 5ב(א) בעת שהיה מצוי במשמורת של מדינת ישראל כעצור או כאסיר ואשר לאחר שהותו במשמורת לא חזר להיות פעיל או חבר בארגון מחבלים או לפעול מטעמו או בשליחותו של מי מהם."

החריג מתייחס לנזק, שארע במשמורת. עם זאת, נקבע כי החריג לא יחול אם התובע חזר, לאחר שחרורו, לפעילות במסגרת ארגון מחבלים.

100. סעיף 5ד' מסמיך את שר הבטחון לשנות את התוספת בצו, לאחר התייעצות עם שר המשפטים, ובאישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. המחוקק הניח כי ייתכנו בעתיד מצבים הנוספים, שיצדיקו את צמצום תחולת התיקון, והטלת אחריות נזיקית על המדינה, גם לגבי נתין אויב וחבר בארגון מחבלים.

ד.3.ב. ההסדר לגבי תביעות הנוגעות לנזקים שנגרמו באזור עימות

101. ההסדר לגבי תביעות שעילתן נזק שנגרם באזור עימות נועד, בעיקר, להסדיר נזקים, שאירעו בשטח, שאינו תחת שליטתה הרשמית של מדינת אויב, אשר מצוי מחוץ לשטחה של מדינת ישראל, ואשר מתרחשים בו אירועי עימות.

לעניין זה קובע סעיף 5ג(א) לחוק כי :

"(א) על אף האמור בכל דין, אין המדינה אחראית בנזיקים לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון, למעט נזק שנגרם בסוגי תביעות או לסוגי תובעים כאמור בתוספת השניה.

ס"ק (א) קובע את העקרון על פיו המדינה אינה אחראית לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה של כוחות הביטחון. הכלל מתייחס לכל הנפגעים באזור עימות, בין אם מדובר באזרחים ישראלים, ובין אם מדובר במי שמתגוררים באזור. זאת, בשונה מההסדר לגבי נתני מדינות אויב, שלגביהם הפטור מתמקד בנתין האויב ולא במקום בו הוא נפגע.

ס"ק (ה) מגדיר "אזור עימות" ו"עימות" באופן הבא :

"אזור עימות" - אזור מחוץ לשטח מדינת ישראל ששר הביטחון הכריז לגביו כאמור בסעיף קטן (ג), שכוחות הביטחון פעלו או שהו באזור במסגרת העימות...;

"עימות" - מצב דברים שבו מתרחש אירוע או מתרחשים אירועים בעלי אופי צבאי בין כוחות הביטחון לבין גורמים סדירים או בלתי סדירים העוינים לישראל או מצב דברים שבו מתבצעות פעולות איבה של ארגון עוין לישראל."

אזור עימות, שלגביו חל הפטור, הוא אפוא אזור שכוחות הביטחון פעלו או שהו בו במסגרת התרחשות אירועים בעלי אופי צבאי נגד גורמים עוינים לישראל, או שהתרחשו בו פעולות איבה של ארגון עוין לישראל.

102. הליך ההכרזה ואופן ההכרזה נקבעו בס"ק (ג) ו-(ד), הקובעים כי:

"(ג) שר הביטחון רשאי להכריז על שטח כעל אזור עימות; **הכריז השר כאמור, יקבע בהכרזה את גבולות אזור העימות ואת התקופה שלגביה חלה ההכרזה; הודעה על ההכרזה תפורסם ברשומות.**

(ד) ניתנה הודעה בכתב לפי סעיף 5א(2) (בסעיף זה - הודעה בכתב) יחולו הוראות אלה:

(1) הכריז שר הביטחון על השטח שבו נגרם הנזק כעל אזור עימות - תובא ההכרזה לידיעת מי שהגיש את ההודעה בכתב בתוך 30 ימים מיום שהתקבלה במשרד הביטחון ההודעה בכתב;

(2) לא הכריז שר הביטחון על השטח שבו נגרם הנזק כעל אזור עימות - רשאי הוא, בתוך 90 ימים מיום קבלת ההודעה בכתב, להכריז על השטח כעל אזור עימות; הכריז כאמור יביא את דבר ההכרזה לידיעת מי שהגיש את ההודעה בכתב בתוך תקופת 90 הימים האמורה; הכריז שר הביטחון על השטח כאמור לאחר תום תקופת 90 הימים האמורה, רשאי בית המשפט, מטעמים מיוחדים שירשמו, לקבל טענה שהנזק נושא ההודעה בכתב נגרם באזור עימות;

(3) אין באי הבאת ההכרזה על שטח כאזור עימות למי שנתן הודעה בכתב, כאמור בפסקאות (1) ו-(2), כדי לפגוע בתוקפה של הכרזה לפי סעיף קטן (ג);

(4) שר הביטחון בהתייעצות עם שר המשפטים יקבע את אופן הבאת ההכרזה על שטח כאזור עימות למי שנתן הודעה בכתב.

על פי הוראות התיקון, ההכרזה של שר הביטחון צריכה להיות תחומה במקום גיאוגרפי ובזמן נתון. ההכרזה יכולה להינתן, הן לפני הגשת תביעה נזיקית, והן בעקבות קבלת הודעה על כוונה להגיש תביעה כזו.

103. הסייג לאחריות המדינה כלפי נזק שנגרם באזור עימות אינו סייג גורף. זאת מכיוון שיש לו מספר חריגים. הוא אינו חל על נזק, שנגרם בסוגי תביעות או לסוגי תובעים כאמור בתוספת השניה. התוספת השניה מונה סוגי תביעות, אשר, ככלל, באופן מובהק אינן קשורות לפעילות המלחמתית, ואינן נובעות ממנה. התוספת השניה מונה את התביעות הבאות:

"1. תביעה שעילתה נזק שנגרם בשל מעשה שביצע המשרת בכוחות הביטחון, ובלבד שהורשע בעבירה בשל

אותו מעשה בפסק דין חלוט בבית דין צבאי או בבית משפט בישראל; לענין זה, "עבירה" - למעט עבירה מסוג העבירות של אחריות קפידה, כמשמעותה בסעיף 22 בחוק העונשין, התשל"ז-1977; בתביעות לפי סעיף קטן זה, לענין תקופת ההתיישנות להגשת תובענה, כאמור בסעיף 5א(3), יום המעשה נושא התובענה - היום שבו פסק הדין נעשה חלוט.

2. תביעה שעילתה נזק שנגרם באזור עימות למי שהיה מצוי במשמורת של מדינת ישראל כעצור או כאסיר ואשר לאחר שהותו במשמורת לא חזר להיות פעיל או חבר בארגון מחבלים או לפעול מטעמו או בשליחותו של מי מהם.

3. תביעה שעילתה מעשה של המינהל האזרחי, כהגדרתו בחוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (הסדרים כלכליים והוראות שונות) (תיקוני חקיקה), התשנ"ה-1994, או מעשה של מינהלת הממשל, התיאום והקישור, ובלבד שהמעשה נעשה שלא במסגרת עימות.

4. תאונת דרכים כמשמעותה בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, שבה מעורב רכב של כוחות הביטחון אשר מספר הרישוי שלו או זהותו של מי שנהג בו בעת התאונה ידועים, זולת אם התאונה אירעה אגב פעילות מבצעית של הרכב או פעילות עוינת של הנפגע נגד המדינה או נגד אוכלוסיה אזרחית.

5. נזקי רכוש שנגרמו לרכב עקב תאונת דרכים כמשמעותה בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, אף אם לא נגרם באותה תאונת דרכים נזק גוף, ובלבד שהתקיימו שאר התנאים הקבועים בסעיף 4 בתוספת זו."

104. סעיף 5ד' מאפשר לשנות את התוספת בצו של שר הביטחון, לאחר התייעצות עם שר המשפטים, ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת. גם כאן הניח המחוקק, כי ייתכנו בעתיד מצבים נוספים, שיצדיקו את צמצום תחולת הכלל, והטלת אחריות בנויקין על המדינה.

105. לצד הסייג לאחריות בנויקין, קובע החוק מנגנון מינהלי של תשלום לפנים משורת הדין, שהינו חריג בחקיקה הישראלית. לענין זה קובע סעיף 5ג(ב) כי:

(ב) (1) שר הביטחון ימנה ועדה, אשר תוסמך לאשר, לפנים משורת הדין, בנסיבות מיוחדות, תשלום לפונה אשר סעיף קטן (א) חל עליו ולקבוע את שיעורו (בסעיף קטן זה - הוועדה);

(2) חברי הוועדה יהיו:

(1) עורך דין הכשיר להתמנות שופט מחוזי, והוא יהיה היושב ראש; שר הביטחון ימנה את היושב ראש בהתייעצות עם שר המשפטים;

(2) נציג משרד הביטחון;

(3) נציג משרד המשפטים;

(3) שר הביטחון, בהתייעצות עם שר המשפטים, ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, יקבע את תנאי הסף להגשת בקשה לוועדה, את אופן הגשת הבקשה, את סדרי

עבודת הוועדה וכן את אמות המידה לתשלום לפנים
משורת הדין.

106. סעיף 3(א) לתיקון קובע, כי הוא יחול על מעשה שאירע ביום כ"ט באלול התש"ס (29 בספטמבר 2000) ואחרייו. זאת, למעט מעשה שבגיננו הוגשה תובענה והוחל בשמיעת הראיות בו לפני מועד פרסומו של התיקון, קרי ה- 10.8.05.

ד.4. יישום הוראות התיקון

107. החוק מעניק שורה של סמכויות לרשויות המנהליות במטרה להביא ליישום החוק באופן ראוי ומידתי. לטעמנו, לצורך בחינת חוקתיות החוק, יש לבחון את הוראותיו בראייה רחבה, שתכלול אף את חקיקת המשנה וההסדרים המינהליים שנוצרו מכוחו.

לעניין בחינת חוקתיות החוק, בין היתר, באמצעות דרך יישומו, ראו בג"צ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת ואח'** בפסקה 63 ואילך לפסק דינו של הנשיא א' ברק - להלן עניין **התנועה לאיכות השלטון**.

בפסק הדין נקבע כי בעת שמתבצעת בחינה חוקתית של חוק, בחינה זו צריכה להיעשות "לא כעניין תיאורטי, אלא כעניין מעשי, הנבחן בתוצאות הגשמות". מבחנו של חוק הוא בהגשמתו הלכה למעשה.

לצורך בחינת יישום הוראות התיקון יש לבחון, אפוא, את ההכרזות על אזורי עימות, שהוצאו מכוחו, ואת המנגנון המינהלי, שנוצר לצורך תשלום לפנים משורת הדין. נדון עתה בכל נושא בנפרד.

ד.4.א. ההכרזות על אזור עימות

108. סעיף 3(ב) לתיקון קובע כי:

"עד תום שישה חודשים מיום פרסומו של חוק זה, רשאי שר הביטחון, על אף הוראות סעיף 5(גד) לעיל, להכריז על שטח כעל אזור עימות לגבי התקופה שמיום כ"ט באלול התש"ס (29 בספטמבר 2000) ועד יום פרסומו של חוק זה."

בתום עבודת מטה ממושכת פורסמו ההכרזות על אזורי העימות, לגבי המועדים שבין תחילת העימות לבין מועד פרסום החוק.

ראו לעניין זה י"פ 5942 ו- 5943, מיום 9.2.06 ומיום 12.2.06.

109. ההכרזות בוצעו על פי מודל, שעוצב בצה"ל, ואשר בחן את שאלת ההכרזה על כל אזור, הן במישור הגיאוגרפי, והן במישור הזמן.

מודל ההכרזות מצורף לתגובה ומסומן **מש/8**.

110. נבקש לסקור עתה את הקריטריונים המרכזיים, שעל פיהם נבנה המודל.

לגבי **החלוקה הגיאוגרפית** של אזורי העימות, נבחנו מספר חלופות:

החלופה הראשונה היתה להכריז על איו"ש ואזח"ע כאזור עימות אחד, בהתאם לתפיסה המבצעית של צה"ל. חלופה זו נפסלה, מכיוון שאין היא עולה בקנה אחד עם לשון החוק, רוחו ותכליתו.

החלופה השניה שנבחנה היא הגדרה פרטנית ביותר של אזורי משנה באיו"ש ואזח"ע. אולם מכיוון שבאזורים אלה קיימים אלפי כפרים, צירים, ומתקנים צבאיים, מדובר בחלופה לא ריאלית. יתר על כן, גם חלופה זו אינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק, שבחר לראות את העימות בראייה כוללת, ולא כמכלול של אירועים פרטניים.

החלופה השלישית, החלופה שנבחרה, היא חלופת ביניים. על פי חלופה זו חולק **אזור יהודה ושומרון ל- 88 אזורים משנה, אליהם הצטרפו 22 מעברים באזור זה**. החלוקה בוצעה בהתייעצות עם מפקדי החטיבות המרחביות באיו"ש. אזורים אלה הם אזורים, הנתפסים כאזורים נפרדים מבחינת הפעילות המבצעית של היחידות הלוחמות. על פי עמדת המפקדים במקום, אזורים אלה נתפסים כאזורים שפעילות בחלק אחד של האזור משפיעה על אופי הפעילות באזור כולו.

לעומת זאת, **אזור חבל עזה חולק לארבעה אזורים משנה, אליהם הצטרפו שבעה מעברים. החל מ- 12.9.05, לאחר נסיגת כוחות צה"ל מרצועת עזה, הוכרז חבל עזה כולו כאזור עימות.**

אזח"ע שונה מאיו"ש, הן בשל צפיפות האוכלוסין הגדולה, והן בשל ההיקף הנרחב של הפעילות באזח"ע. מדובר הן בפעילות הטרור, וכנגזר מכך, אף בפעילות צה"ל. לכן, באזח"ע, מספר אזורים העימות הוא מוגבל, ולא ניתן לחלק את הרצועה לאזורים משנה רבים כמו באיו"ש.

111. הן באיו"ש והן באזח"ע, **בכל אזור עימות נקבעו מועדים, שרק בהם הוכרז תא השטח כאזור עימות.**

לצורך קביעת המועדים האמורים, נאספו נתונים הן לגבי פעילות צה"ל והן לגבי פעילות הטרור בכל אזור, בחלוקה לפי ימים.

לאחר איסוף החומר, היה צורך להגדיר מתי פעילות עוינת ופעילות של כוחותינו יביאו להכרזה על יום או על תקופה מסוימת כתקופה שבה יש להכריז על האזור כאזור עימות.

לצורך כך נערכה הבחנה בין פעילות מבצעית (פע"מ) לפעילות חבלנית עוינת (פח"ע). לגבי כל סוג פעילות נקבע מדד, שיתן משקל גם לעוצמתה של הפעילות. זאת מכיוון שפעילות בשטח נתון משפיעה עליו גם בתום הפעילות. כך למשל, פיגוע באזור מסוים, משפיע על רמת הדריכות ואופי הפעילות הצבאית במקום, גם בימים שלאחר הפיגוע. אף פעילות מבצעית מסוימת, המתבצעת ביום נתון, יכולה להשפיע על אופי הפעילות באזור, הן לפני תחילת הפעילות, הן במסגרת פעילות ההכנה, והן לאחר תום הפעילות המבצעית.

112. בכל האמור לפעילות כוחות צה"ל נקבעו סוגי פעילויות שאינם רלוונטיים לעימות, כמו פעילות מול אזרחים ישראלים, או פעילות שוטפת כמו סוורים, פריסת מחסומים, סיוע להריסת מבנה בלתי חוקי וכו'.

סוגי פעילות אלה, אף שחלקם קשורים לפעילות מבצעית, לא נלקחו בחשבון למטרת קביעת המועדים שבהם יוכרז האזור כ"אזור עימות". לצורך קביעה זו נלקחו בחשבון פעולות מבצעיות מובהקות בלבד.

לאחר סינון ראשוני זה נעשתה הבחנה בין פעילות מבצעית רגילה, פעילות מבצעית ממוקדת ומבצע צבאי בהיקף נרחב, המתוכנן מראש.

במסגרת **פעילות מבצעית רגילה** נכללות פעילויות של תפיסה או הריסת מבנים, מעצרים, סריקה וחיפוש אחר אמצעי לחימה, חישוף, ואיתור מנהרות. לפעילות זו ניתן משקל מוגבר, מכיוון שהיא משנה את אופי הפעילות באזור הן לפני האירוע, והן לאחריו. לכן, לצורך קביעת המועדים של איזור העימות, ניתן משקל לפעילות זו הן ביום שקדם לאירוע, הן ביום האירוע, והן ביום שלאחריו.

במסגרת **פעילות מבצעית ממוקדת** נכללות פעילויות כמו ירי, לרבות באמצעים לפיזור הפגנות, תקיפה של חיל האוויר, סיכול ממוקד, שיבוש פיגוע בדרך אחרת וגיחת יעף על קולי. לפעילות מעין זו ניתן משקל אך ורק לגבי היום בו ארעה.

לאלה יש להוסיף **שהות של כוחות צה"ל באזור במסגרת מבצע צבאי** – פעולה או פעילות מיוחדת בהיקף נרחב שתוכננה מראש.

מול הפעילות המבצעית קיים נתון נוסף והוא **הפעילות החבלנית העוינת**. בדומה לפעילות המבצעית, הוצאו, תחילה, סוגי פעילויות עוינות, שנקבעו ככאלה שאינן רלוונטיות להכרזה על אזור עימות. מדובר, בין היתר, בהתקהלויות, התפרעויות, תהלוכות, חסימת

צירים, הבערת צמיגים, גניבת אמל"ח, פגיעה ברכוש, זריקת אבנים, שלא עולה לידי תקיפה, פעילויות אלימות של אזרחים ישראלים, וכן פעילות טרור בשטחי ישראל.

לאחר סינון פעילויות אלה נותרו יתר הפעילויות העוינות ופעילויות הטרור, שהוגדרו כפעילויות חבלניות בדרגת חומרה גבוהה, הכוללות ירי מסוגים שונים, פעולות התאבדות, דקירה, לינץ', דריסה, הטמנת מטענים וכן פעולות עוינות אחרות כמו פריצת מחסום, תקיפה, הצתה, והסתננות. פעילויות אלה נקבעו כמשפיעות על אופי הפעילות באזור, הן ביום האירוע עצמו, והן יומיים לאחריו.

על בסיס האמור קובע המודל בהתייחסו לכל אזור משנה, כדלקמן:

1... "אזור ביהודה ושומרון או בחבל עזה (לפני 12.9.05) יוגדר כאזור עימות לתקופה של לפחות יום אחד אם בחינה של היום הנתון העלתה כי התמלא אחד או יותר מהקריטריונים הבאים:

1) בשלושת הימים הסמוכים ליום הנמדד (לעניין זה היום הנמדד, יום לפניו ויום אחריו) בוצעה לפחות פעילות מבצעית (פע"ם) אחת.

2) ביום הנמדד בוצעה לפחות פע"ם ממוקדת אחת.

3) ביום הנמדד שהו כוחות הבטחון באזור במסגרת מבצע צבאי – פעילות מיוחדת בהיקף נרחב שתוכננה מראש.

4) בשלושת הימים הסמוכים ליום הנמדד בוצעה לפחות פעילות חבלנית עוינת (פח"ע) אחת בדרגת חומרה גבוהה (לעניין זה פח"ע יימדד ביום ביצועו וביומיים הסמוכים לאחריו).

2) **אזור חבל עזה מיום ההתנתקות**: תיערך בדיקה אחת לתקופת מה, רטרואקטיבית (חודשיים למשל), בדבר פעילות או שהיית כוחות הבטחון ברצועה או פעילות חבלנית עוינת, ככל שהיתה כזו, ויבוצעו הכרזות על אזח"ע כאזור אחד, בהתאם לנתונים אלו. **כל עוד מדובר בפעולות ממוקדות או נקודתיות, נראה שיש לפעול לפי תקופת ייחוס הקצרה ביותר (יום אחד). לגבי פע"ם תיערך בחינה לגופו של עניין.**" (עמוד 31 למודל)

המודל קובע עקרונות להכרזה על ימי עימות, גם אם הם נופלים מחוץ לעקרונות שפורטו לעיל. זאת, אם ימים אלה "נופלים" בין שתי תקופות עימות. כך, לדוגמה, אם באזור מסוים התרחש עימות במשך שבוע שלם, וסמוך לאחרי מכן התקיים שבוע נוסף של עימות, אין כל הגיון לומר שאם באמצע קיים רווח של יום אחד הוא יותר מחוץ להכרזה (עמוד 32 למודל).

שר הבטחון ימשיך להכריז על אזורי העימות באופן שוטף, בהתאם למודל ההכרזות שנקבע.

נבקש לציין כי בשל מורכבות המודל ושינויים ספורים שנערכו בו ייתכנו שינויים גם בהכרזות שהוצאו על פיו.

ד.4.ב. תשלום סטטוטורי לפני משורת הדין

113. סעיף 5(ג) לחוק מורה לשר הביטחון למנות ועדה, אשר תוסמך לאשר תשלום, לפני משורת הדין, בנסיבות מיוחדות, למי שתביעתו נוגעת לנזק שנגרם באזור עימות.

בנוסף, כאמור, סעיף 5(ג) לחוק קובע כי:

"(3) שר הביטחון, בהתייעצות עם שר המשפטים, ובאישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, יקבע את תנאי הסף להגשת בקשה לוועדה, את אופן הגשת הבקשה, את סדרי עבודת הוועדה וכן את אמות המידה לתשלום לפני משורת הדין."

סעיף 4 לתיקון מוסיף וקובע כי :

"(א) ועדה ראשונה לפי סעיף 5(ב) לחוק העיקרי תמונה בתוך 60 ימים מיום פרסומו של חוק זה.

(ב) תקנות ראשונות לפי סעיף 5(ב)(3) לחוק העיקרי כנוסחו בסעיף 1 בחוק זה יובאו לאישור ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת בתוך 60 ימים מיום פרסומו של חוק זה."

114. החוק מורה על התקנת תקנות, בהן ייקבעו תנאי הסף להגשת בקשה לוועדה, אופן הגשת הבקשה, סדרי עבודת הוועדה וכן אמות המידה לתשלום לפני משורת הדין.
115. ביום 10.10.05 הניח שר הביטחון טיוטת תקנות בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בהתאם להוראות התיקון.
- ביום 22.1.06 קיימה ועדת חוקה, חוק ומשפט ישיבה ראשונה לדיון בתקנות. בשל חוסר הסכמה בין המשיבים לוועדה, הועבר הנוסח לבחינה מחודשת אצל המשיבים. בחינה זו בוצעה והמשיבים גיבשו נוסח חדש לתקנות.
116. אלא שבשל התפזרות הכנסת ה-16, לא קיימה הוועדה דיון נוסף בתקנות, עד לאחר הבחירות ובחירת הרכב חדש לוועדה.
- לאחר הבחירות, ועם מינוי יו"ר חדש לוועדה, כונסה הוועדה לדון בטיטת התקנות, וזאת ביום 13.6.06. בתום דיון ארוך ומקיף אושרו התקנות.
- התקנות מצורפות לתגובה ומסומנות **מש/9**.
117. בתמצית, נקבע בהתקנות כי הוועדה על פי החוק, מוסמכת להעניק תשלומים לבני משפחה של מי שנהרג באזור עימות, בתנאים הקבועים בתקנות, ולמי שנפגע פגיעת גוף קשה.
- כמו כן מוסמכת הוועדה להעניק תשלומים עבור פגיעות גוף ופגיעות רכוש שאינן קלות ערך, למי שנפגע כתוצאה ממעשה עבירה, גם אם לא הורשע בגינה אדם כלשהו.
- לוועדה קיימת סמכות שלא להעניק תשלום כאמור, אם סברה כי אין זה ראוי לעשות כן, מטעמים שונים, כמו קבלת סיוע ממקור אחר, היעדר ראיות לפגיעה על ידי כוחות הבטחון, או בעיה באמינות המידע, שנמסר לוועדה.
- לגבי אמות המידה לתשלום מוסמכת הוועדה לשקול, בין היתר, את חומרת הפגיעה, מצבו המשפחתי של הניזוק, ומידת התועלת במתן התשלום.
118. **לסיכום, הוראות החוק קובעות שני הסדרים מרכזיים :**

ההסדר הראשון נוגע לתביעות של נתיני אויב, ופעילים בארגון מחבלים. לגבי תביעות אלה אין המדינה אחראית בנזיקין בכפוף לחריגים, הקבועים בתוספת הראשונה לחוק. החריג הקיים כיום נוגע לנזק שנגרם לתובע בעת שהיה במשמורת של מדינת ישראל. הוראות אלה בתיקון מעגנות בחקיקה ראשית כלל שהיה קיים, בעקרו, במשפט המקובל הישראלי, אם כי לא היה צורך לעשות בו שימוש רב.

ההסדר השני נוגע לנזק, שנגרם באזור עימות. תכליתו של ההסדר היא להביא להוצאת נזקים שאירעו במהלך עימות מזוין מתחום דיני הנזיקין. הדבר נעשה באמצעות קביעת כלל המסייג את אחריות המדינה ביחס לנזקים שאירעו באזור עימות. לצד הכלל קיימים

חריגים רבים, שתכליתם להוציא מתחולת הכלל נזקים מסוימים, אשר במובהק לא אירעו כתוצאה מהמלחמה. בנוסף, לצד הסדר זה נקבע הסדר של תשלום לפנים משורת הדין.

שני ההסדרים הם הסדרים "נושמים". ניתן להרחיבם או לצמצמם באמצעות שינוי התוספות לחוק.

ה.1. כללי

119. ההתמודדות עם פיצוי של נפגעי מלחמה ונפגעים שהם נתיני אויב, אינה סוגיה ישראלית ייחודית. מדובר בנושא, המוסדר הן במשפט הפנימי של רבות ממדינות העולם, והן במשפט הבין לאומי.
120. תחילה נבקש לראות כיצד התמודדו מדינות בעולם עם סוגיה זו, ולאחר מכן נבחן את עמדת המשפט הבין לאומי בסוגיה. נקדים ונאמר כי מדובר בנושאים שלובים. עמדת המשפט הבין לאומי משפיעה על הדין הפנימי, הן בעיצוב החקיקה, והן בדרך שבה מפרשים בתי המשפט הוראות חוק אלו. הדין הפנימי משפיע מצדו אף על פרשנות הדין הבין לאומי, מכיוון שהפרקטיקה של המדינות היא אחד המקורות להתגבשות כלל מנהגי המשפט הבין לאומי.
121. ההתייחסות לסוגיה זו במדינות העולם, כמו בישראל, מורכבת משני נדבכים:
- הנדבך הראשון מתייחס למעמד של נתיני מדינת אויב בבתי משפט מקומיים – הן כלפי המדינה והן כלפי פרטים בחברה. כפי שנראה, חלק מן המדינות שללו מעמד זה, חלקן באופן רחב, וחלקן באופן מצומצם. מדובר בהסדר כללי שאינו נוגע בהכרח לאחריות המדינה בניזקין בגין נזקי מלחמה.
- הנדבך השני עניינו בשאלת הזכות לפיצויים בגין נזקי מלחמה, הן כלפי אזרחי המדינה בה מדובר, והן כלפי נתינים זרים, ובכלל זה נתיני מדינות אויב.
122. נבקש לנתח עתה את ההסדרים במשפט הפנימי של המדינות בהתאם לשני נדבכים אלה. מטרתנו בחלק זה של התגובה היא להראות, כי ההסדר הישראלי אינו חריג כלל ועיקר, דומה להסדרים, שאימצו מדינות אחרות.

ה.2. אנגליה

123. המדינה הראשונה בה נעסוק היא אנגליה. זאת מכיוון שהמשפט המקובל מהווה יסוד לכללים המשפטיים בנושאים הרלוונטיים שנקבעו במדינות רבות, ובכלל זה בישראל.
124. הנדבך הראשון של הטיפול בנושא הוא היחס לתביעות אויב. כפי שהראינו לעיל, בניית הדין הישראלי (סעיף 64) לנתין אויב, ואף למי ששוהה במדינת אויב אין כלל מעמד בבתי המשפט של אנגליה.
125. לכך יש לצרף כלל נוסף במשפט המקובל, אשר על פיו למדינה מוקנית הגנה מפני תביעות של נתינים זרים, ובכלל זה נתינים של מדינות אויב, לגבי מעשים שאירעו מחוץ לגבולות המדינה. מדובר בהגנת "מעשה מדינה" (Act of State). "מעשה מדינה" מוגדר כ:

"An act of the executive as a matter of policy performed in the course of its relations with another state, including its relations with the subjects of that state, unless they are temporarily within the allegiance of the Crown."

Halsbury's Laws of England (London, 4th ed. reissue by Lord Mackay of Clashfern, (2000) v. 18(2) para. 613 (הלסבורי – הלחן)).

126. טענה "מעשה מדינה" היא טענת הגנה, השוללת את סמכות השיפוט של בתי המשפט האנגליים. מעשה מדינה אינו יכול להוות עילת תביעה (הלסבורי בפסקה 614). המדינה מוסמכת להעלות טענה זו נגד תביעות של זר, לגבי מעשים שאירעו מחוץ לגבולות הממלכה (הלסבורי בפסקה 615).

מעשה מדינה כולל גם מעשים, שנעשו במהלך לחימה בשטח שמחוץ לאנגליה (הלסבורי בפסקה 613). לעניין זה נאמר כי:

"But acts of force committed by the crown in foreign countries are no concern of the English courts..."

It is by this fundamental rule that acts of violence in foreign affairs, including acts of war, if committed abroad, cannot be questioned in English courts. It also casts a complete immunity over all acts of the Crown done in the course of annexing or administrating foreign territory"

Wade and Forsyth **Administrative Law** (8th ed) 822.

127. לצד ההגנה של מעשה מדינה קיימת למדינה טענת הגנה נוספת - "פעולה מלחמתית". מדובר בהגנה הרלוונטית לתביעת נזיקין נגד המדינה, לגבי נזק שארע בעת המלחמה. מדובר בהגנה כללית, החלה הן נתינים וחיילים בריטיים, והן לגבי נתינים זרים.
128. עד לסוף שנות הארבעים של המאה הקודמת, נהנה הכתר מפטור מוחלט מתביעות נזיקין. מצב זה השתנה עם חקיקת ה-Crown Proceeding Act 1947. החוק קבע כלל רחב ולפיו ניתן לתבוע את המדינה בנזיקין כאילו היתה אדם פרטי. עם זאת, לכלל הרחב נקבעו מספר סייגים.
- אחד הסייגים, שנקבע בסעיף 10 לחוק, נגע לתביעות נזיקין של חיילים לגבי פציעה או מוות במהלך השירות וכתוצאה מן השירות. הסעיף העניק פטור למדינה בתנאים מסוימים, על בסיס ההנחה כי החיילים יזכו לסיוע במסגרת הסדרי תגמולים צבאיים. מדובר בהסדר דומה מאוד להסדר הקבוע בחוק הישראלי.
- סעיף 10 לחוק בוטל ב-Crown Proceeding Act (Armed forces) Act 1987. זאת ככל הנראה בעקבות ההנחה כי בתקופת שלום אין מקום לפטור גורף. יחד עם זאת, התיקון משנת 1987 הסמיך את מזכיר המדינה להחיל את החוק במקרים בהם נשקפת סכנה למדינה, במצב חירום, או כשנדרשת פעילות מעין מלחמתית בכל מקום בעולם, פרט לאנגליה (סעיף 2)2 לחוק).
129. לצד הסדר חקיקתי זה קיימת למדינה חסינות מפני תביעות נזיקין לגבי נזקים שנגרמו במהלך הלחימה. מדובר בחריג פסיקתי, על פי המשפט המקובל. ראו לעניין זה:

Mulcahy v. Ministry of Defence [1996] QB 732, [1996] 2 All ER 758.

ההלכה בעניין זה מתבססת אף על הדין באוסטרליה, כפי שפורש ב-High Court of Australia:

Shaw Savill and Albion Co Ltd v The Commonwealth (1940) 66 C.L.R. 344.

לעניין היקף חסינות המדינה בתביעה לגבי פעילות מלחמתית נפסק כי:

"The principle must extend to all active operations against the enemy. It must cover attack and resistance, advance and retreat, pursuit and avoidance, reconnaissance and engagement. But a real distinction does exist between actual operations against the enemy

and other activities of the combatant services in time of war. For instance, a warship proceeding to her anchorage or manoeuvring among other ships in harbour, or acting as a patrol or even as a convoy must be navigated with due regard to the safety of other shipping and no reason is apparent for treating her officers as under no civil duty of care, remembering always that the standard of care is that which is reasonable in the circumstances."

על פי הדין האוסטרלי לעניין חסינות הריבון, עצם קיומה של מלחמה אינו מספק, ויש לבחון את הפעולה המלחמתית שגרמה את הנזק. רק פעולה הקשורה באופן ישיר ללחימה היא שתזכה בחסינות.

ראו לעניין זה גם :

Groves v Commonwealth of Australia (1982) 150 C.L.R. 113.

.130 ההלכה הבריטית מבוססת אף על הערות בית הלורדים בעניין :

Burmah Oil Company v. Lord Advocate [1964] 2 All ER 348 (H.L.).

בפסק הדין נדונה החלטת מפקד הכוחות הבריטים בבורמה בשנת 1942 להרוס את מתקני התובעת, **חברה בריטית**, בבורמה, על-מנת למנוע נפילתם לידי הכוחות היפנים המתקרבים. בית הלורדים קבע, שיש לשלם פיצויים לחברה. בפסיקתו הבחין בית הלורדים בין נזקים שנגרמו במהלך הקרב, בין אם מדובר בנזקים מכוונים ובין כאלה שאירעו באופן לא מתוכנן, לבין נזקים שלא במסגרת פעולה מלחמתית, כמו הריסת רכוש על מנת למנוע את נפילתו בידי האויב. נקבע כי רק בגין נזקים שנגרמו במהלך הקרב פטור השלטון מתשלום פיצויים.

.131 בעקבות פסק דין זה נחקק - War Damage Act, 1965. בסעיף 1(1) לחוק נקבע כי :

"No person shall be entitled at common law to receive from the Crown compensation in respect of damage to, or destruction of, property caused (whether before or after the passing of this Act, within or outside the United Kingdom) by acts lawfully done by, or on the authority of, the Crown during, or in contemplation of the outbreak of, a war in which the Sovereign was, or is engaged."

החוק קובע פטור מפיצוי על נזקי רכוש, שאירעו במהלך המלחמה, ולא דווקא בעת הלחימה. סעיף 1(2) לחוק, שבוטל בשנת 1995, קבע כי הוא יחול באופן רטרואקטיבי גם על אותם מקרים בהם כבר הוגשו הליכים לבתי המשפט.

.132 עד כה עסקנו בתביעות נזיקין של אזרחים בריטים – חיילים ואזרחים, שנפגעו במהלך המלחמה. לאחרונה ניתן פסק דין, המיישם את ההלכה גם לגבי פגיעה באזרחים זרים, מחוץ לגבולות בריטניה. מדובר בפסק הדין שניתן בבית הדין הגבוה :

Bici v. The Ministry Of Defence [2004] EWHC 786 (QB).

פסק דין זה עוסק בתביעה נזיקית של אלבנים תושבי קוסובו, שנפגעו מירי של חיילים בריטיים, ששהו בקוסובו **במסגרת כוח או"ם שמטרתו שמירה על השלום**. החיילים הבריטיים ירו בתושבים, מכיוון שחשבו, שהם נמצאים בסכנת חיים.

מטעמיה שלה, ממשלת בריטניה ויתרה על הגנת מעשה מדינה, וכך עשו גם החיילים שירו בתושבים. יתר על כן, לא הועלתה הטענה כי מדובר בנתיני אויב. אי לכך נפתח הפתח לבירור התביעה לגופה, בהתאם לדין הפנימי באנגליה. ראו לעניין זה פסקאות 88,89 לפסק הדין.

מכיוון שלא הועלתה טענת "מעשה מדינה" נדרש בית הדין לטענת ההגנה המרכזית של המדינה, לפיה הנתבעים נהנים מחסינות בגין "פעולה מלחמתית" (combat immunity).

לאחר סקירת הפסיקה שהבאנו לעיל, סבר בית המשפט, כי את הכלל בדבר פעולה מלחמתית יש לפרש בצמצום. במקרה דנן סבר בית המשפט כי אין לפטור את המדינה והחיילים מאחריות. **בית המשפט ייחס משקל לכך, שהחיילים ביצעו משימה שיטורית של שמירת שלום**, וכן לכך שהירי בוצע כאשר לא נשקפה לחיילים כל סכנה. בית המשפט מדמה את האירוע לטיפול ב"הפרת סדר ברחוב" (פסקה 102 לפסק הדין).

עיון בפסק הדין מצביע על כך שאין בו סטייה מהפסיקה בנושא. יש להבינו על רקע הויתור על טענת ההגנה של "מעשה מדינה", ועל רקע העובדות המיוחדות של המקרה. מדובר במקרה שבו האירוע התרחש על ידי חיילים בכח לשמירה על השלום, ולא במהלך עימות מזוין. אין ללמוד ממנו, כפי שמנסים לעשות העותרים, על נכונות של בתי המשפט באנגליה לדון בפיצויים על נזקי מלחמה, שנגרמו לאזרחים זרים.

133. לאחרונה דן בית המשפט לערעורים בסוגיה קרובה, והיא תחולתו האקסטרה – טריטוריאלית של ה- Human Rights Act, 1998, לגבי פעילותם של החיילים הבריטיים בעיראק. חוק זה קלט אל המשפט האנגלי את האמנה האירופית בדבר זכויות האדם.

מדובר בפסק הדין בעניין :

R (on the application of al-Skeini and others) v. Secretary of State for Defence
[2005] EWCA civ 1609.

134. פסק הדין עסק בתביעתם של ששה קרובי משפחה של עיראקים שנהרגו, לטענתם, בעקבות פעילות של כוחות בריטיים בעיראק. חמישה מבין המקרים היו מקרים של מוות כתוצאה מירי של חיילים בריטיים בבצרה. המקרה השישי נגע למוות של אזרח עיראקי בכלא בריטי בעיראק.

135. התובעים ביקשו, כי יוכרז שממשלת בריטניה הפרה כלפיהם את הוראות סעיפים 2 ו-3 לאמנה האירופאית, העוסקים בזכות לחיים, ובאיסור על עינויים. עיקר הדיון עסק בהפרה של כללי הפרוצדורה, שנגעו לחקירת המוות של ששת העיראקים.

אין מדובר בתביעת נזיקין, אלא בבקשה לסעד הצהרתי, אם כי נראה כי אחת התכליות של התביעה היא קבלת פיצויים, על הפרת הפרוצדורה הראויה בחקירת סיבות המוות.

136. בית המשפט לערעורים פסק כי האמנה ועמה החוק יכולים להיות בעלי תחולה אקסטרה טריטוריאלית, אף מחוץ לשטחן של המדינות, החתומות על האמנה. אולם זאת רק במקרים בהם יש למדינה שליטה אפקטיבית בשטח.

בית המשפט הבחין בין שליטה לצורך החלת דיני הכיבוש, לבין שליטה אפקטיבית לצורך החלת החוק והאמנה האירופית. ראו פסקאות 112 ואילך לפסק הדין, בעיקר פסקה 124.

על בסיס הבחנה זו נפסק, כי בעיר בצרה לא היתה לכוחות הבריטיים שליטה אפקטיבית לצורך החלת החוק והאמנה, וזאת למרות שהיו הכובש בשטח. אי לכך, הוחלט כי החוק הבריטי אינה מקנה כל זכויות בנוגע לחמשת המקרים, בהם נהרגו אזרחים עיראקים מירי של חיילים בריטיים.

- שונה המצב לגבי המקרה השישי, שבו נהרג אזרח עיראקי בבית סוהר בריטי בעיראק. במקרה זה הוחלט כי התקיים התנאי של שליטה אפקטיבית. לכן במקרה זו הוצהר כי החוק והאמנה מקנים הגנה גם לאזרח העיראקי.
- נעיר, כי מפסק הדין עולה כי נושא זה יוכרע בבית הלורדים, וכך אף ממליצים השופטים.
137. לסיכום, באנגליה חל כלל, המונע הגשה של תביעות על ידי נתיני אויב. כמו כן קיימת למדינה טענת הגנה כלפי אזרחים זרים, בכל האמור ל"מעשה מדינה". כללים אלה חוסמים את מרבית התביעות הנזיקיות נגד המדינה, לגבי מעשים שאירעו מחוץ לשטחה, כולל בעת מלחמה.
- בנוסף קיים כלל של משפט המקובל, הדומה להוראת סעיף 5 להוראות החוק הישראלי, המעניק חסינות מפני תביעות נזיקין, לגבי מעשים שאירעו בזמן לחימה. כלל זה פורש בצמצום, בדומה להלכה בישראל.
- בתקופה האחרונה ניתנו שני פסקי דין, שלכאורה צמצמו את גבולות החרג, בעיקר לגבי מעשה מדינה. אולם מקריאת פסקי הדין עולה שאין הדבר כך. במקרה אחד ויתרה המדינה מיוזמתה על ההגנה של מעשה מדינה, ואילו המקרה השני עוסק בנושא, שאינו רלוונטי לתחום דיני הנזיקין.
138. מן האמור עולה כי הדין הישראלי, גם לאחר חקיקת התיקון, אינו שונה מהדין האנגלי.

ה.3. ארצות הברית

139. בארצות הברית אין לאזרח מדינת אויב זכות עמידה בבית משפט אמריקאי כל עוד נמשכת המלחמה בין המדינות. זכויות תביעה של נתיני אויב מושעות למשך תקופת המלחמה. הכלל מתייחס לאזרחי מדינות אויב, המתגוררים במדינת האויב בלבד.
- Ex parte Kumezo Kawato** 317 US 69 (1942).
- ראו לעניין זה דחיית עתירה של שבויים גרמניים לצו הביאס קורפוס על פי הדין הפדרלי, בשל היעדר זכות עמידה. נפסק כי:

"The ancient rule against suits by resident alien enemies has survived only so far as necessary to prevent use of the courts to accomplish a purpose which might hamper our own war efforts or give aid to the enemy. This may be taken as the sound principle of the common law today." *Ex parte Kawato*, [317 U.S. 69, 75](#)

But the nonresident enemy alien, especially one who has remained in the service of the enemy, does not have even this qualified access to our courts, for he neither has comparable claims upon our institutions nor could his use of them fail to be helpful to the enemy."

Johnson v. Eisentrager 339 US 763 (1949) 776.

140. פסק הדין אובחן באחרונה בעניין:

Rasul v. Bush 542 US 466 (2004).

בפסק דין זה קבע בית המשפט העליון, כי לבתי המשפט בארצות הברית קיימת סמכות לדון בעתירות של עצורים זרים במחנה המעצר גוואנטנמו, אשר בקובה. בית המשפט הדגיש כי אין מדובר בשינוי הלכה, אלא בהתאמתה לעובדות המקרה. בין היתר, ניתן משקל לכך שהעותרים לא היו אזרחים של מדינות אויב, וכן למעמדו המיוחד של הבסיס, המצוי בשטח שבשליטת ארצות הברית, על פי חוזה חכירה עם ממשלת קובה, שאינו תחום בזמן.

יודגש כי אין מדובר בתביעת נזיקין אלא בזכות להגיש עתירה לגבי תנאי המעצר. יש להדגיש כי מדובר בעתירה המוגשת על ידי מי שמוחזק על ידי ממשלת ארצות הברית במשמורת. לכן, ככל שקיים שינוי בהלכה הוא אמור להשפיע על עניינן של העתירות, שכן גם הוראות התיקון מחריגות תביעה לגבי נזק שארע לגבי מי שמצוי במשמורת.

141. מעבר לכלל המונע מנתין אויב להגיש תביעה כלשהי נגד ממשלת ארצות הברית, ובודאי תביעת נזיקין, קיימים בארצות הברית הסדרים בכל האמור לשאלת אחריות המדינה בנזיקין.

הדין בארצות הברית התפתח מעקרון המשפט המקובל, ולפיו המדינה חסינה בנזיקין.

בדומה לאנגליה וישראל, המשפט המקובל שונה באמצעות חוק, המאפשר הגשת תביעות נגד המדינה, בכפוף לשורה של חריגים. מדובר חוק משנת 1946:

Federal Tort Claims Act 28 U.S.C 1346 ("FTCA")

בסעיף 2680 לחוק נקבעה שורה של חריגים, שבהתקיימם תקום למדינה חסינות ריבון. לענייננו רלוונטיים שני חריגים:

"The provisions of this chapter [28 USCS § § 2671 et seq.] and section 1346(b) of this title shall not apply to:

...

- (j) Any claim arising out of the **combatant activities** of the military or naval forces, or the Coast Guard, **during time of war**;
- (k) **Any claim arising in a foreign country**".

142. נבקש לנתח תחילה את חריג "המדינה הזרה". זהו חריג המותיר את חסינות המדינה על תביעות שעילתן נוצרה במדינה זרה. חריג זה רחב ביותר. הוא משאיר על כנה את חסינות הריבון לגבי תביעות, שעילתן במעשים או במחדלים שאירעו מחוץ לשטח ארצות הברית. הוא אינו מוגבל מבחינה פרסונלית, ולכן הוא חל הן על אזרחים של ארה"ב והן על אזרחים זרים. הוא אף אינו מוגבל מבחינה עניינית, וחל על כל הנושאים. ראו לעניין זה:

K.A Kemper "What Constitutes 'Claim Arising in a Foreign Country' Under 28 U.S.C.A. § 2680(k), Excluding Such Claims from Federal Tort Claims Act" 158 A.L.R. Fed. 137 (1999).

המונח "foreign country" אינו מוגבל למדינות ריבוניות זרות, אלא מתייחס לכל שטח מחוץ לתחומי ארה"ב, גם אם אינו מדינה, כגון שטח אנטרקטיקה, ולרבות שטח שבשליטה אפקטיבית של ארצות הברית, אך מחוץ לשטחה הריבוני. ראו לעניין זה, בין היתר:

Smith v. U.S 507 U.S. 197 (1993).

United States v. Spelar 338 U.S. 217 (1949).

עוד נפסק כי שטח כבוש על ידי ארצות הברית או שטח שנמצא תחת נאמנותה נחשב למדינה זרה, ואינו חלק מארצות הברית לצורך תחולת הכלל האמור. ראו:

Brunell v. United States, 77 F. Supp. 68 (1948).

Callas v. United States, 253 F. 2d 838 (1958).

143. לאחרונה פסק בית המשפט העליון של ארצות הברית, כי חריג זה חל לגבי כל נזק שארע מחוץ לגבולות ארצות הברית, וזאת מבלי להתחשב בשאלה היכן ארע המעשה שגרם לנזק. דהיינו, הכלל חל גם במקום שבו תכנון מעשה הנזק ארע בארצות הברית, אך הנזק עצמו חל מחוץ לשטח הריבוני של ארצות הברית. נפסק כי:

“We therefore hold that the FTCA’s foreign country exception bars all claims based on any injury suffered in a foreign country, regardless of where the tortious act or omission occurred.”

Sosa v. Alvarez-Machain 542 US 692 (2004).

144. חריג נוסף, שקבע החוק בארצות הברית, עוסק, בדומה לכלל במשפט המקובל, בפעילות לוחמתית - "combatant activities". על פי לשונו, החריג מתייחס רק לפעילות לוחמתית בתקופת מלחמה - "during time of war".

עם זאת, בפסיקה האמריקאית נקבע, כי "מצב מלחמה" מתקיים גם בתקופה של עימותים עוינים משמעותיים בין הצבא האמריקאי לבין כוחות צבאיים אחרים. לכן אין צורך בהכרזת מלחמה רשמית, לצורך החלת החריג. ראו לעניין זה:

Koohi v. U.S. 976 F. 2d 1328 (9th Cir. 1992) 1334.

פסק דין זה עוסק בתביעה שעסקה בהפלת מטוס אזרחי איראני על ידי טיל שנורה מאוניית מלחמה של ארצות הברית במפרץ הפרסי. הירי נעשה במהלך "מלחמת המיכליות" בין איראן לארה"ב. כתוצאה מהירי נהרגו 270 אזרחים. בפסק הדין מובא ניתוח של הרציונאלים לחריג הפעילות המלחמתית, וכך נאמר בו:

"We perceive three principal reasons for the combatant activities exception. First, tort law is based in part on the theory that the prospect of liability makes the actor more careful. *See, e.g., O.W. Holmes, Jr., The Common Law* 31-33 (M.D. Howe ed. 1963); G. Calabresi, *The Costs of Accidents* (1970). Here, **Congress certainly did not want our military personnel to exercise great caution at a time when bold and imaginative measures might be necessary to overcome enemy forces**; nor did it want our soldiers, sailors, or airmen to be concerned about the possibility of tort liability when making life or death decisions in the midst of combat. Second, tort law is based in part on a desire to secure justice - to provide a remedy for the innocent victim of wrongful conduct. **War produces innumerable innocent victims of harmful conduct - on all sides. It would make**

little sense to single out for special compensation a few of these persons - usually enemy citizens - on the basis that they have suffered from the negligence of our military forces rather than from the overwhelming and pervasive violence which each side intentionally inflicts on the other.

Third, there is a punitive aspect to tort law. *See id.* Society believes tortfeasors should suffer for their sins. **It is unlikely that there are many Americans who would favor punishing our servicemen for injuring members of the enemy military or civilian population as a result of actions taken in order to preserve their own lives and limbs.** For these and other reasons, tort law, in toto, is an inappropriate subject for injection into the area of military engagements. The FTCA clearly recognizes this principle, and we see no reason why Congress would want to differentiate in this respect between declared and undeclared wars". (הדגשות הוספו)

145. על בסיס ניתוח משפטי זה נפסק כי ארה"ב פטורה מאחריות נזיקית בגין הירי, למרות התוצאה הקשה שלו.

146. יש להדגיש כי הפעולה המלחמתית, לצורך סעיף זה, הוגדרה במשפט האמריקאי ככוללת הן את פעולות הלחימה עצמן, והן את הפעולות, הקשורות במישרין לביצוע הלחימה. לעניין זה נפסק כי החריג כולל:

"Both the physical violence and activities necessary to and in direct connection with actual hostilities."

Brooks v. U.S. 337 U.S. 49 (1949).

בהתאם לכך, הפרשנות שניתנה לחריג קובעת, כי הוא יחול גם ביחס לפעולות שאינן כרוכות באופן ישיר בשימוש בכוח, אך הן נלוות למעשי המלחמה. דוגמא להרחבת משמעות המונח "פעילות מלחמתית" על-ידי הפסיקה האמריקאית, ניתן למצוא בפסק הדין בו נדחתה תביעה נגד ארה"ב, המבוססת על טענת רשלנות בזיהוי גופות חללים אמריקאים שנהרגו בויטנאם. גם אקט זה נכלל בגדר החריג. ראו לעניין זה:

Vogelaar v. U.S. 665 F. Supp. 1295 (E.D. Mich. 1987).

147. חריג זה חל לא רק לגבי אזרחים זרים או חיילים. על פי פסיקתו של בית המשפט העליון, הוא חל גם לגבי תביעות של חיילים של צבא ארצות הברית:

Feres v. United States 340 US 135 (1950).

148. לצד הסדרים חוקיים אלה, קיים מנגנון שנועד לצורך תשלום פיצויים מינהליים, לפני משורת הדין, לתושבים זרים, שנפגעו בשל פעולות הצבא. מדובר בהסדר הקבוע ב:

Foreign Claims Act 10 U.S.C 2734

החוק קובע כי:

"To promote and to maintain friendly relations through the prompt settlement of meritorious claims, the Secretary concerned, or an officer or employee designated by the Secretary, may appoint, under such regulations as the Secretary may prescribe, one or more **claims commissions**, each composed of one or more officers or employees or combination of officers or employees of the armed forces, **to settle and pay in an amount not more than \$100,000, a claim against the United States for —**

- (1) damage to, or loss of, real property of any foreign country or of any political subdivision or inhabitant of a foreign country, including damage or loss incident to use and occupancy;
- (2) damage to, or loss of, personal property of any foreign country or of any political subdivision or inhabitant of a foreign country, including property bailed to the United States; or
- (3) personal injury to, or death of, any inhabitant of a foreign country;

החוק קובע כי, ככלל, לא ישולמו פיצויים לנתיני מדינת אויב, או למי שנפגעו במהלך הקרב.

149. בהתאם להוראות חוק זה, פועלות כיום בעיראק ועדות, הבוחנות בקשות לפיצוי בגין נזקים, שנגרמו מפעילות כוחות הצבא האמריקאי, שאינו לחימתית. ראו לעניין זה:

Capt. K. Tackaberry, "Judge Advocates Play a Major Role in Rebuilding Iraq", 2004 **Army Law** 39.

150. בנוסף, לצד הוראות אלה קיימת דרך נוספת לאשר לתשלום פיצויים בגין נזקי, שגרמה המדינה, וזאת מחוץ לדיני הנזיקין. מדובר על חקיקה נקודתית של אחד מבתי הקונגרס, המורה על פיצוי של אזרח מסוים בשל נזק שגרמה לו המדינה.

הקונגרס יכול להעביר את התביעה לבירור עובדתי ומשפטי בפני בית המשפט הפדראלי לתביעות, אשר מעביר את המלצתו לקונגרס. ראו לעניין זה: 28 U.S.C 1492, 2509.

151. בהקשר זה ראוי להזכיר חוק פדראלי נוסף, העוסק בתביעות נזיקין. מדובר ב:

Alien Tort Statute 28 U.S.C 1350.

זהו חוק שחוקק הקונגרס הראשון של ארה"ב בשנת 1789, הכולל סעיף אחד, הקובע, כיום, כי:

"The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States."

מדובר בחוק בעל תחולה אוניברסאלית, המאפשר הגשת תביעה של כל אדם, על בסיס הפרה של "משפט העמים". בית המשפט האמריקאי פירש חוק זה בצמצום רב. ראו לעניין זה:

Sosa v. Alvarez-Machain 542 US 692 (2004).

נבקש לציין כי חוק זה אינו מאפשר הגשת תביעות נגד ממשלת ארצות הברית. ראו סקירה מפורטת של פסקי הדין, שניתנו בסוגיה זו ב:

R.G. Donaldson "Construction and Application of Alien Tort Statute (28 U.S.C.A S 1350), Providing For Federal Jurisdiction Over Alien's Action For Tort Committed in Violation of Law of Nation or Treaty of The United States" 116 **A.L.R** Fed 387.

לגבי חסינות ממשלת ארצות הברית ראו עמודים 42 ואילך.

152. **לסיכום חלק זה, המשפט בארצות הברית מונע כמעט לחלוטין הגשת תביעות נזיקין נגד המדינה על ידי אזרחי מדינות אויב.**

כמו כן, לא ניתן לתבוע את ממשלת ארצות הברית לגבי נזקים שנגרמו מחוץ לשטח ארצות הברית, אף אם מגיש התביעה אינו אזרח מדינת אויב.

בנוסף, קיימת למדינה חסינות מפני תביעות, העוסקות בנזקים שנגרמו במהלך פעולה מלחמתית. חריג זה פורש בצורה רחבה יחסית.

לצד הסדרים אלה קיימים הסדרים חוקיים אחרים, המאפשרים תשלום על נזקים, שגרמה ממשלת ארצות הברית. מדובר בתשלומים מינהליים לפני משורת הדין, או בתשלומים המאושרים על פי חקיקה נקודתית של הקונגרס לגבי נזק נתון.

153. **מדובר בהסדר חסינות רחב, שתחולתו משתרעת אף מעבר להסדר שנקבע בתיקון בו עוסקות העתירות.**

ה.4. קנדה

154. בהתבסס על המשפט המקובל, אף בקנדה קיימת הגנה של "מעשה מדינה", הדומה בהיקפה להגנה הקיימת במשפט המקובל באנגליה. ראו לעניין זה:

Hogg & Monahan **Liability of the crown** (3rd ed, 2000) 189.

155. בכל האמור לפעולה של כוחות הצבא, החסינות המוענקת מפני תביעה נזיקית היא רחבה ביותר. לעניין זה ראו סעיף 8 ל-Crown Liability and Proceedings Act, הקובע כי:

"... nothing in those sections makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority exercisable by the Crown, whether in time of peace or of war, for the purpose of the defence of Canada or of training, or maintaining the efficiency of, the Canadian Forces."

החוק הקנדי מעניק למדינה חסינות מפני תביעת נזיקין, לגבי לכל מעשה של המדינה שנועד להגנה של קנדה, בין בתקופת שלום ובין בתקופת מלחמה. כמו כן מוענקת חסינות למעשה, שנעשה במסגרת אימונים או פעילות אחרת של כוחות הבטחון הקנדיים.

הסעיף אינו מבחין בין עת מלחמה לעת שלום. הוא אינו מבחין בין פעילות לחימה לבין פעילות אימונים או כל פעילות אחרת, ואף אינו מבחין בין נפגעים שהם אנשי צבא לנפגעים שהם אזרחים. ראו לעניין זה הוג ומונהג הנ"ל בעמוד 181.

156. לעניינו רלוונטית אף הוראת סעיף 9 לחוק, השוללת כל אפשרות להגשת תביעה נזיקית נגד המדינה, אם משולמת לתובע קצבה, או שולמו לו פיצויים מקרן ממשלתית כלשהי. הסעיף קובע כי:

"No proceedings lie against the Crown or a servant of the Crown in respect of a claim if a pension or compensation has been paid or is payable out of the Consolidated Revenue Fund or out of any funds administered by an agency of the Crown in respect of the death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made."

157. בהקשר זה נבקש להזכיר פסק דין של בית המשפט באונטריו, שדחה תביעה נזיקית וחוקתית של אזרחים קנדיים ואזרחים זרים בנוגע לנזק שנגרם בתקיפת כוחות נאט"ו ביוגוסלביה. למרות שנקבע שסעיף 8 לחוק הנ"ל אינו חל במקרה דנן, מכיוון שההתקפה לא נועדה להגן על קנדה, התביעה נדחתה.

בכל האמור לעילה מתחום דיני הנזיקין, נפסק כי התביעה אינה שפיטה, בשל מהות הנושא. לחלופין נקבע כי, המעשה נהנה מחסינות על פי הכלל מן משפט המקובל האנגלי של "פעילות לוחמתית".

בנוגע לתביעה החוקתית, בהתאם לצ'רטר הקנדי, נפסק כי התביעה שפיטה לגבי התביעה של האזרחים הקנדיים בלבד, וכי לאזרחים הזרים אין זכות תביעה חוקתית.

לגופם של דברים נקבע כי לא הופרה אף זכות חוקתית של האזרחים הקנדיים. ראו לעניין זה:

Aleksic v. Canada (Attorney General) 215 D.L.R. (4th) 720; 2002 D.L.R. LEXIS 222 - Ontario Superior Court of Justice, Divisional Court.

158. מן האמור עולה כי חסינות הריבון בקנדה בנוגע לתביעות בגין נזקי מלחמה, היא הרחבה מבין כל מדינות המשפט המקובל שסקרנו לעיל.

בקנדה חל הכלל בדבר "מעשה מדינה", החוסם תביעות של נתינים זרים לגבי נזק שגרמה המדינה מחוץ לגבולות קנדה. בנוסף, קיימת חסינות גורפת מפני נזק שנגרם בשל פעילות צבאית – הן מכח החוק, והן מכח המשפט המקובל.

159. ניתן לומר, אפוא, כי ההסדר הקנדי אינו שונה מהותית מההסדר בישראל, בעקבות התיקון, ונדמה שהוא אף רחב ממנו.

ה.5. גרמניה

160. כללים דומים לאלה החלים במשפט המקובל חלים בשינויים מסוימים גם במשפט הקונטיננטלי.

161. לגבי הנדבך הראשון, של תביעת נתיני אויב ואזרחים זרים בכלל, קבע החוק הגרמני בעבר, כי נתין זר יוכל לתבוע את המדינה בגין מעשה נזיקין כלפיו, רק אם מובטחת הדדיות לגבי אזרחים גרמניים בתביעות דומות כלפי מדינתו של הזר.

בעקבות ביקורת שנמתחה על ההסדר, נחקק חוק חדש בשנת 1993:

Gesetz über dienstrechtliche Regelungen für besondere Verwendungen im Ausland vom 28. Juli 1993 - Auslandsverwendungsgesetz

גם בהסדר החדש נשמר עיקרון ההדדיות, אולם החזקה שעמדה בבסיס ההסדר הישן, התהפכה. בהסדר החדש אחריות המדינה כלפי זרים זהה לאחריות כלפי תושבי גרמניה, אלא אם ניתנה הודעה מיוחדת של הקנצלר בדבר העדר הדדיות. עד כה לא מוכר אף מקרה בו ניתנה הכרזה כזו. עם זאת, גרמניה לא היתה מעורבת בסכסוכים בין-לאומיים, מאז מלחמת העולם השנייה.

162. בכל האמור לנזקי מלחמה, הכלל במשפט הגרמני קובע פטור מאחריות בגין נזקי מלחמה במובן הרחב. אין מדובר בפעולה מלחמתית דווקא, אלא במכלול הנזקים הקשורים במישרין לאירועי מלחמה.

על בסיס כלל זה נדחתה תביעה של תושבי יוגוסלביה, אשר נפגעו בעת הפצצת גשר על ידי כוחות נאט"ו. התובעים טענו, כי הם זכאים לפיצוי בגין הנזקים שנגרמו להם, הן על פי כללי המשפט הבין לאומי, והן על פי דיני הנזיקין הגרמנים הרגילים.

163. בית המשפט הגרמני – בית המשפט האזורי בבון - דחה את התביעה על שני ראשיה. לגבי שאלת האחריות בנזיקין נפסק, כי בזמן עימות מזוין מושעים דיני הנזיקין הרגילים, ולכן יש לפנות לעקרונות הפיצוי הקבועים במשפט הבין לאומי ההומניטארי. דינים אלה אינם מקימים זכות תביעה ליחידים, אלא למדינות בלבד.

ראו לעניין זה עניין **Malenkovic** - Az: 1 - Beschluss 10 Oktober 2003 (LG Bonn), O 361/02

לתיאור הפסיקה ראו:

Eric A. Engle "Alien Torts in Europe? Human Rights and Tort in European Law"

המאמר מופיע באתר האינטרנט, שכתובתו:

www.zerp.uni-bremen.de/english/pdf/dp1_2005.pdf

164. עוד נבקש להעיר כי בית המשפט הפדראלי העליון בגרמניה סרב לאכוף בגרמניה פסק דין של בית המשפט העליון ביוון. פסק הדין היווני הטיל אחריות על גרמניה בשל הפרת המשפט ההומניטארי על ידי חיילי גרמניה במלחמת העולם השנייה.

נפסק כי לא ניתן לאכוף את פסק הדין משורה של טעמים ביניהם חסינות הריבון. בית המשפט העליון הפדראלי הוסיף וקבע, כי לתובעים היווניים אין זכות תביעה עצמאית, לא מכח המשפט הבין לאומי ההומניטארי, שחל בין מדינות, ולא מכח דיני הנזיקין הגרמניים, שאינם חלים במלחמה. ראו לעניין זה:

Distomo Massacre Case, German Federal Supreme Court BGH - III ZR 245/98 (June 26, 2003).

לתיאור פסק הדין ראו Engle הנ"ל.

מתיאור הדברים נראה כי גם ההסדר בגרמניה דומה להסדר בישראל, בעקבות התיקון, וייתכן כי הוא אף רחב ממנו.

ה.6. איטליה

165. אף באיטליה קיימת הדוקטרינה של "מעשה מדינה", המונעת הגשת תביעות על נזקי מלחמה. בהתבסס על דוקטרינה זו דחה בית המשפט העליון האיטלקי תביעה של אזרחים זרים שנפגעו מהפצצה של נאט"ו. נקבע כי אמצעי הלחימה ושיטות הלחימה בהם בוחרת המדינה מצויים בתחום מעשי המדינה, ולכן אינם שפיטים.

עוד נפסק, כי המשפט האיטלקי אינו מעניק לפרט זכות תביעה בבתי המשפט האיטלקיים בטענה של הפרת כללי המשפט ההומניטארי. כללים אלה נמצאים במישור הבין מדינתי בלבד.

ראו לעניין זה את עניינו של **Markovic** ב :

Ordinanza della corte di Cassazione, Sezioni Unite civili (8.2.02)

לניתוח פסק הדין ראו :

Micaela Frulli "When Are States Liable Towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The Markovic Case" 1 **Journal of International Criminal Justice** (2003) 406, 409.

גם במקרה זה נראה כי ההסדר באיטליה אינו שונה מההסדר בישראל.

ה.7. יפן

166. בתי המשפט ביפן סרבו לאשר תביעות פיצויים לגבי מעשיה של יפן במלחמת העולם השנייה, הן מצדם של אזרחים יפניים, והן מצדם של אזרחים זרים, שנפגעו ממעשיה של יפן במלחמה.

הבסיס לפסיקה היה היעדר עילה בדין המקומי היפני, שאינו מכיר בהפרת המשפט ההומניטארי כעילה בדין היפני המקומי. נפסק שהמשפט ההומניטארי מקים זכויות רק במישור הבין מדינתי, ואינו מקנה זכות תביעה לפרט.

לסקירת הפסיקה בבתי המשפט היפניים ראו :

Micaela Frulli "When Are States Liable Towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The Markovic Case" 1 **Journal of International Criminal Justice** (2003) 406, 420.

167. לסיכום, בחנו את משפטן הפנימי של מספר מדינות, והראינו כי קיים בסיס משותף לדין הפנימי באותן מדינות. רובן המכריע מטילות מגבלות על הגשת תביעות של נתיני אויב, או אזרחים זרים. כלל זה חל ביתר תוקף בעת מלחמה.

לצד עקרון זה, קיים עקרון נוסף, המוציא מתחולת דיני הנזיקין, תביעות הנוגעות לנזקי מלחמה.

168. בחינת ההסדר הישראלי מראה כי הוא מבוסס על אותם עקרונות, ואין הוא חריג כלל ועיקר. עוד הראינו כי ישנן מדינות בהם הוראות הפטור רחבות בהרבה מאלה שנקבעו בתיקון החוק בישראל.

ה. 8. המשפט הבין לאומיה.8.א. כללי

169. עד כה עסקנו בדרך, שבה התייחסו מדינות העולם לתביעות נזיקין בנוגע לנזקי מלחמה ונזקים שנגרמו מפעילות לוחמתית. עיקר הדיון נסב על דיני הנזיקין המהותיים, בהם עוסק גם התיקון.
170. עתה נבקש לבחון את עמדת המשפט הבין לאומי בסוגיות דומות. נבקש להראות כי מעשה החקיקה אינו סותר את המשפט הבין לאומי.
- יש להדגיש כבר עתה, כי המשפט הבין לאומי מובא כמערכת משפטית נוספת, המדגימה את הטיפול בסוגיות שמעוררת התיקון, ולא כמקור משפטי מחייב.
171. ההלכה בישראל היא, שהמשפט הבינלאומי המינהגי מהווה חלק ממשפט הארץ. אולם זאת רק בהעדרו של חוק מקומי סותר. המשפט הבין לאומי ההסכמי מהווה חלק מהמשפט הפנימי רק לאחר הליך קליטה מתאים.
- ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט"ז 2033, 2040.
 בג"צ 102/82 צמל ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לז (3) 365.
 בג"צ 606/78 אויב ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לג (2) 113, 120א, 132.
 בג"צ 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד מב (2) 4, 35-36.
 רע"א 7092/94 Her Majesty the Queen in Right of Canada נ' אדלסון, פ"ד נא (1) 625.

172. עוד קובעת ההלכה, כי מעשה חקיקה צריך שיתפרש, במידת האפשר, באופן שימנע התנגשות בין המשפט הישראלי למשפט הבין לאומי. ראו לעניין זה:

א' ברק פרשנות החקיקה (1993) בעמוד 575 ואילך.

עם זאת, כאשר קיימת חקיקה ראשית ברורה וחד משמעית, היא גוברת על המשפט הבין לאומי, אף אם הוא מהווה חלק מן המשפט הישראלי. לעניין זה נפסק כי:

"המשפט הפנימי בסוגיה הנדונה ברור וחד משמעי והוא גובר על המשפט הבינלאומי, ככל שאינו עולה בקנה אחד עמו."

בג"צ 256/01 רבאח נ' בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים פ"ד נו (2), 930, 935.

לאחרונה נפסק בעניין דומה כי:

"אינני מוצא לנכון לדון בזכויותיו של בן הזוג הלא-ישראלי (הזר), אם מכוח המשפט הבינלאומי על דבר זכויות האדם (כגון האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966), האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות, ותרבותיות (1966), והאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית, (1965)) ואם מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטרי החל עליו ככל שהוא מתגורר ביהודה ושומרון הנתונים לתפיסה לוחמתית (לעניין זה, ראו פרשת מרעאבה, וכן רובינשטיין ואורגד, "זכויות אדם, בטחון המדינה ורוב יהודי: המקרה של הגירה לצורכי נישואין", הפרקליט מח 315 (תשס"ו)). אכן, אפילו נפגעו זכויותיו של הזר על פי דיני זכויות האדם הבינלאומי ודיני זכויות האדם ההומניטאריים – ואפילו נפגעו זכויותיו של הישראלי עד כמה שהן מעוגנות רק בדינים אלה – ואיננו נוקטים בשאלות אלה כל עמדה – פגיעה זו נעשתה מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל. חקיקה מקומית מפורשת יש בכוחה, מנקודת המבט הישראלית הפנימית, לפגוע

בזכויות המוענקות בדין הבינלאומי. עד כמה שדין אחרון זה מהווה משפט בינלאומי מינהגי, אין בכוחו להתגבר על דבר חקיקה ישראלי הפוגע בו במפורש." (הדגשה הוספה)

עניין **עדאלה** בפסקה 17 לפסק דינו של הנשיא א' ברק.

במקרה דנן, כפי שנוכח, החוק הישראלי אינו סותר את המשפט הבין לאומי. אולם גם אילו הייתה סתירה ביניהם, היה החוק הישראלי גובר, בהיותו חד משמעי וברור.

173. הדיון במשפט הבין לאומי יתחלק לשני חלקים נפרדים.

חלקו הראשון של הדיון הוא המשך לדיון בנוגע למשפט הפנימי במדינות. הוא יעסוק בשאלה, האם קיימת עילת תביעה לפיצויים מכח המשפט הבין לאומי בדין המקומי של מדינות העולם. לעניינו נתמקד בשאלה האם אזרח או תושב זר יכול לתבוע מדינה מסוימת בבתי המשפט המקומיים שלה, על נזקים, שנגרמו לו כתוצאה מהפרת המשפט הבין לאומי בעת עימות מזוין. זאת להבדיל מתביעה על פי דיני הנזיקין המקומיים של אותה מדינה.

בעניין זה קיים דיון רחב בפסיקה של בתי המשפט ברחבי העולם. דיון זה אינו עומד במוקד העתירות. זאת מכיוון שבמשפט הישראלי לא הוכר סעד של פיצויים על הפרת המשפט הבין לאומי, ככל שהוא מהווה חלק מן המשפט הפנימי, לא בישראל ולא באזור.

אף התובענות בהן עוסקות העתירות, מתייחסות לדיני הנזיקין ולא להפרת הדין הבין לאומי. יחד עם זאת, הדיון בסוגיה זו מעלה טיעוני ושיקולי מדיניות, הרלוונטיים אף לענייננו.

חלקו השני של הדיון במשפט הבין לאומי יעסוק בשאלה מובחנת, וחלופית, והיא האם הוראות התיקון סותרות את הוראות המשפט הבין לאומי. דהיינו, האם קיים כלל במשפט הבין לאומי, המונע ממדינה לתחום ולסייג את דיני הנזיקין שלה, כפי שעשתה ישראל, וזאת כלפי תושבים של שטח מוחזק.

ה.8.ב. עילת תביעה מכח המשפט הבין לאומי במשפט הפנימי

ה.8.ב.1. המשפט הבין לאומי ההומניטארי

174. דיני המשפט ההומניטארי מכונים גם "דיני המלחמה" ו"דיני הסכסוך המזוין". ההוראה המרכזית בדינים אלה העוסקת בפיצויים בגין נזקי מלחמה, היא סעיף 3 לאמנת האג בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה, משנת 1907. הסעיף קובע כי:

"3. 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".

175. הוראה דומה מצויה אף בסעיף 91 לפרוטוקול הראשון של אמנות ז'נבה. בשל הדמיון הרב בין הוראותיו של סעיף 91 לפרוטוקול הראשון לאמנות ז'נבה להוראותיו של סעיף 3 לאמנת האג, לא נידרש לתחולתו של הפרוטוקול בעניין שלפנינו.

176. ההוראה בסעיפים האמורים קובעת כי צד לאמנה, שהפר את התקנות חייב בפיצויים. אולם שאלה היא האם סעיף 3 וסעיף 91 לפרוטוקול מקימים עילת תביעה נפרדת **ליחיד** במדינה, שהפרה לכאורה את כללי המשפט ההומניטארי.

כפי שנבהיר להלן, עמדת המשפט ההומניטארי, ככל שניתן לקבוע כללים ברורים בתחום זה, היא שהפרת המשפט ההומניטארי אינה מקימה זכות תביעה ליחיד.

177. אמנות האג ואמנות ז'נבה, המשתייכות למשפט הבין לאומי ההומניטארי, עוסקות במהותן בסכסוכים בין מדינות. לעניין זה נאמר כי:

"The humanitarian law norms were generally understood to be applicable to states vis - à - vis each other, and are commonly worded in terms of prohibitions applicable to the parties to a conflict."

L.Zegveld, "Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law", *International Review of the Red Cross* 2003, Vol. 85, P. 503 (להלן – זגוולד)

178. האמנות מגנות על זכויותיהם של יחידים, כגון הזכות לחיים, הזכות לרכוש וזכויות נוספות. אולם מערכת הזכויות והחובות באמנה נוגעת למישור היחסים בין המדינות.

את הוראות הפיצוי יש לקרוא על רקע זה. הזכות לפיצוי היא זכות מסדר שני. היא נגזרת מההוראות המהותיות של הדין. כפי שהסעיפים הקובעים את כללי העשה ואל תעשה חלים במישור שבין מדינה לרעותה, כך נכון הדבר גם ביחס לסעיפים באמנות המתייחסים לחובת הפיצוי.

אכן, הפיצויים מיועדים, בסופו של דבר, להיטיב את נזקי הפרט. אולם הזכות לדרוש פיצויים אלה מוקנית למדינה ולא ליחיד.

לעניין זה נאמר כי:

"While this liability to pay compensation is, at least in part, aimed at ultimately benefiting the victims of the unlawful conduct, the provision does not seek to empower individuals to claim this compensation by themselves.

Article 2 stipulates that the Convention applies between "Contracting Parties"; nowhere in the Convention are individuals named as direct beneficiaries or claimants of the said compensation

Compensation for violations of the Convention is available only to states.

Article 3 of the Hague Convention therefore did not constitute a departure from the traditional principle according to which only states can claim compensation from one another for violations of international law, the fact that an individual was harmed being only the basis for the claim ("mediatization" of the individual)"

Rainer Hofmann and Frank Riemann "International Law Association Committee on Compensation for Victims of War Compensation for victims of war - Background Report" (17 March 2004).

מדובר בסקירה מקיפה ביותר של המצב הנוהג כיום, בכל האמור לפיצויים של נפגעי מלחמה בהתאם למשפט הבין לאומי - להלן **ריינר והופמן**. ניתן למצוא מאמר זה באתר האינטרנט, שכתובתו:

<http://www.ila-hq.org/pdf/Compensation%20for%20Victims%20of%20War/Background%20ReportAugust2004.pdf>.

למסקנה דומה ראו גם :

E.C. Gillard, "Reparations for violations of international humanitarian law, 85 **International Review of the Red Cross** (2003), 529.

179. הסדרת מערך הפיצויים, אם בכלל, הוא תוצאה של הסכמים בין מדינות בתום המלחמה. קיימות מספר דרכים להסדרת עניין הפיצוי לאחר מלחמה: קביעת פרוצדורה מיוחדת (כגון בוררות) באמנת שלום לשם בירור תביעות כספיות העולות מן המלחמה; קביעה של הטלת סכום פיצויים גלובאלי; קביעת הוראה באמנת השלום בדבר ויתור הדדי על תביעות בגין הפרות דיני המלחמה, וכו'.

דרכים אלה מצביעות כולן על כך, שתביעות מסוג זה מוסדרות בין מדינה לרעותה, ולא בין יחידים למדינת הצד השני.

ראו לעניין זה: י. דינשטיין **דיני מלחמה** (תל אביב, 1983) 268.

180. קיים מספר רב של דוגמאות להסדרים מעין אלה. כך, אמנת ורסאי, שנחתמה בתום מלחמת העולם הראשונה, חייבה את המדינות המפסידות בתשלום פיצויים לצד המנצח. ההסדר היה בין המדינות בלבד. עם זאת, במסגרת אמנת ורסאי, הוקם מנגנון לבירור תביעות פרטניות, במסגרת ועדת תביעות אמריקאית – גרמנית.

בתום מלחמת העולם השנייה נחתמו הסכמים בין מדינותיים לשם פיצוי כוחות הברית. הפיצוי ניתן למדינות ולא לפרטים, שנפגעו במלחמה. במהלך השנים חתמה גרמניה על שורה של אמנות עם מדינות שונות לגבי העברת סכום פיצויים למדינות אלה, בין היתר עם ישראל. בנוסף יצר המחוקק הגרמני מערכת ענפה של חוקים לשם תשלום פיצויים לנפגעי המשטר הנאצי.

בכל האמור ליפן, בשנת 1951 חתמה יפאן על אמנת סן פרנסיסקו, שבו התחייבה לפצות מדינות אליהן פלשה במהלך המלחמה. ארצות הברית וסין ויתרו על זכותן לפיצויים, ואילו יתר המדינות חתמו על הסכמים בילטרליים עם יפאן, שהסדירו העברת תשלום חד פעמי להסדרה סופית של סוגיית הפיצויים.

ראו לעניין זה **ריינר והופמן** בעמוד 9 ואילך.

181. דגם נוסף של בירור תביעות הוא הקמת מנגנון של ועדת תביעות משותפת. בין היתר הוקמו ועדת כאלה להסדרת תביעות של אזרחי ארצות הברית ואיראן, בשנת 1981. במסגרת זו התחייבה ארצות הברית להפסיק את כל ההליכים של אזרחי ארצות הברית נגד איראן בבתי המשפט בארצות הברית.

מנגנון נוסף הוקם במסגרת "הסכם דייטון", אשר עסק בהסדר תביעות רכושיות של פליטים מבוסניה והרצגובינה.

במסגרת הסכם השלום בין אתיופיה ואריתריאה הוקמה ועדת תביעות לשם בירור הדדי של תביעות של אזרחים לגבי הפרות של המשפט ההומניטארי. במסגרת זו הוגשו למעלה מ-400,000 תביעות מצד אזרחי שתי המדינות.

182. דוגמא נוספת היא ועדת התביעות של האו"ם (UNCC) שהוקמה על ידי מועצת הביטחון בשנת 1991. ועדה זו דנה בתביעות נגד עיראק בעקבות מלחמת המפרץ הראשונה. להבדיל מבעבר, הסדרת הפיצויים נעשתה על ידי האו"ם ולא באמצעות הסדרים בין המדינות. למעלה מ-2.6 מליון תביעות של אזרחים הוגשו לוועדה, באמצעות מדינות וגופים אחרים שמונו לכך. מכיוון שהסכום לחלוקה היה נמוך מהיקף התביעות, התובעים לא קיבלו פיצוי מלא על תביעותיהם.

ראו לעניין זה **ריינר והופמן** בעמוד 11 ואילך.

183. הפרקטיקה בעולם מראה, כי הסדרי הפיצויים בעקבות מלחמות הם תוצאה של הסדרים בין מדינתיים, ולאחרונה אף הסדר בחסות האו"ם. הסדרים אלה מאפשרים לכל מדינה ומדינה לבחון את סוגיית הפיצויים בראיה כוללת, בהתחשב בהיקף הנזקים, היקף התובעים, והמקורות העומדים לרשות הצד השני. הם מאפשרים, לעיתים, לוותר על פיצויים, על מנת להשיג יעדים מדיניים אחרים, כמו רצון לבסס קשרי שלום וידידות בתום המלחמה.

שיקולים אלה תומכים באי הכרה במנגנון של תביעות פרטניות, מכח המשפט ההומניטארי. זאת מכיוון שהצפת מדינת האויב בתביעות פרטניות תימנע מהמדינה את היכולת לשקול את עניין הפיצויים בראייה כוללת.

184. נדגיש כי הוראות המשפט ההומניטארי לא רק שאינן מקימות זכות תביעה עצמאית מכוחן, הן אף אינן מחייבות את המדינות השונות לקבוע בדין הפנימי הוראות המאפשרות לתבוע מכוחן בבתי המשפט של המדינות.

זאת, בניגוד להוראה מפורשת בסעיף 146 לאמנת ז'נבה הרביעית, המחייבת את המדינות לקבוע הוראות עונשיות בדין הפנימי שלהן על הפרות חמורות של האמנה. לעניין זה נאמר כי:

"Neither humanitarian law as a whole, nor any specific article imposes an obligation on states to give direct effect in their national legal systems to the provisions of IHL, in that IHL norms could be invoked by individuals before national courts in the same way as national norms".

ראו לעניין זה **זגולד** בעמוד 507.

גם עובדה זו מצביעה על כך שנושא הפיצויים נתפס כעניין בין מדינתי בלבד.

ה.8.ב.2. יישום הכללים בבתי המשפט המקומיים

185. בהתבסס על עמדה עקרונית זו דחו בתי משפט במדינות השונות ניסיונות להגשת תביעות פרטניות על בסיס עילות מהמשפט ההומניטארי.

כך, כפי שהראינו לעיל דחו בתי המשפט בגרמניה ויפאן תביעות שהתבססו על הפרת המשפט ההומניטארי. נפסק כי המשפט ההומניטארי אינו מעניק זכות תביעה ליחיד, והוא נועד להסדרי פיצוי בין מדינות.

להרחבה ראו **ריינר והופמן** עמוד 19 ואילך.

186. לתוצאה דומה הגיעו אף בתי המשפט בארצות הברית. נפסק כי:

"It is clear that neither the 1929 Geneva Convention nor the Hague Convention was intended to establish judicially enforceable obligations... As a result, the Geneva Convention does not offer plaintiffs a private right of action... the treaty [Hague convention. - הערה שלנו] is not a source of rights enforceable by an individual litigant in a domestic court."

Handel v. Artkuovic 601 F. supp. 1421 (1985), 1425

בית המשפט הסביר, כי אי ההכרה בזכות התביעה הפרטנית, מוצדקת בשל קיומם של שיקולי מדיניות ראויים כגון פגיעה ביחסי החוץ, הפרעה ליכולת להגיע להסכמי שלום, שיקולי הוגנות, ואף שיקולים פרקטיים כמו חוסר יכולת להתמודד עם כמות גדולה של תביעות. נפסק כי:

"Recognition of a private remedy under the Convention would create insurmountable problems for the legal system that attempted it; would potentially interfere with foreign relations; and would pose serious problems of fairness in enforcement. As pointed out by Judge Bork in his opinion in Tel-Oren:
The code of behavior the Conventions set out could create perhaps hundreds of thousands or millions of lawsuits by the many individuals, including prisoners of war, who might think their rights under the Hague Convention violated in the course of any large-scale war. Those lawsuits might be far beyond the capacity of any legal system to resolve at all, much less accurately and fairly; and the courts of a victorious nation might well be less hospitable to such suits against that nation or the members of its armed forces than the courts of a defeated nation might, perforce, have to be. Finally, the prospect of innumerable private suits at the end of a war might be an obstacle to the negotiation of peace and the resumption of normal relations between nations."

ראו לעניין זה גם **ריינר והופמן** בעמוד 33.

187. נבקש לציין כי, כפי שצינו לעיל, בארצות הברית קיים הסדר מיוחד, המאפשר הגשת תביעות נזיקין על הפרת המשפט הבין לאומי בסיטואציות מסוימות – Alien Tort Statute.
- הסדר זה אינו רלוונטי לעניין של העתירות, מכיוון שמדובר בהסדר המקנה סמכות מפורשת לדון בתביעה, המבוססת על הפרת הדין לאומי. אנו עוסקים במקרה, שבו לא קיים דין מקומי, המקנה סמכות כאמור.
- בכל מקרה, חוק זה אינו מאפשר הגשת תביעות נגד ממשלת ארצות הברית או כל מדינה אחרת, ולכן הוא אינו רלוונטי לעניינו של התיקון, העוסק בתביעות של תושבים זרים נגד מדינת ישראל, בבתי המשפט הישראליים.
188. למען השלמת התמונה נציין כי עד כה תיארו את הדין המצוי ואת הדין הראוי, לטעמנו. יחד עם זאת, יש לציין כי קיימת כתיבה אקדמית, המבקשת לשנות את הפרשנות הקיימת, וליצור זכות תביעה עצמאית בכל מדינה ומדינה מכח המשפט ההומניטארי.
- חלק מכתביה זו ציטטנו לעיל, ומאמר בעניין אף מופיע בנספחי העתירה. עם זאת, גם בכתביה זו ברור כי מדובר ברעיונות תקדימיים לגבי שינוי הפרשנות והפרקטיקה הקיימות, ולא בדיווחים על המשפט המצוי.
189. עוד נבקש לציין, כי לצד סעיף 3 לאמנת האג וסעיף 91 לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה הרביעית, קיימים הסדרים ספציפיים בדין ההומניטארי, העוסקים בתשלום דמי

שימוש. מדובר בהסדרים הנוגעים לתפיסת מקרקעין, והריסת רכוש בשטח כבוש, בהתאם לסעיף 52 לתקנות האג.

הסדרים אלה אינם נוגעים לענייננו. הם עוסקים בדמי שימוש, כתנאי מובנה לתפיסת רכוש – נושא שתיקון 7 אינו עוסק בו. הם אינם רלוונטיים להסדרים של תביעות נזיקין על הפרת המשפט ההומניטארי.

190. **לסיכום חלק זה, עולה, כי הפרת הדין הבין לאומי עצמו אינה מקימה עילה עצמאית לתביעה פרטנית בבתי המשפט של המדינה המפרה כביכול.** עמדת המשפט הבין לאומי בסוגיה זו משקפת את שיקולי המדיניות, בהם פתחנו את התגובה, אשר לפיהם אין מקום לתביעות פרטניות לגבי נזקי המלחמה, מכיוון שנושא של נזקי המלחמה מקומו במישור הבין מדינתי והבין לאומי.

מכאן, שתיקון מספר 7 כלל אינו פוגע בכללי המשפט הבין לאומי ההומניטארי. זאת מכיוון שזכות תביעה פרטנית כלל אינה קיימת בדין הבין לאומי ההומניטארי.

ה.8.ג. הגבלת זכות התביעה של תושבי שטח מוחזק

ה.1.ג.8. כללי

191. נושא זכויות התביעה והגישה לערכאות שיפוטיות של תושבי שטח מוחזק, כמעט ואינו מוזכר בהוראות המשפט ההומניטארי. זאת, פרט להוראת תקנה (h) 23 לתקנות האג, אליה גם מפנים העותרים בעתירתם. תקנה (h) 23 קובעת כי:

“In addition to the prohibitions provided by special Conventions, it is especially **forbidden**:

...

(h) To declare abolished, suspended, or inadmissible in a court of law the rights and actions of the nationals of the hostile party.”

מיקומה של התקנה נקבע בחלק העוסק ב – Hostilities, בפרק שנקרא Means of injuring the Enemy, Sieges, and Bombardments. חלק זה עוסק בדיני הלחימה ממש.

התקנה קובעת כי אסור לצד לוחם להכריז על זכויות ותביעות של אזרחי אויב כבטלות, מושעות או בלתי קבילות.

192. תקנה 23 כולה אומצה לתוך סעיף (XIV)(b)(2) 8 לאמנת רומא, 1998. הסעיף מונה את אותם פשעי מלחמה, שבגינם ניתן לעמוד לדין בבית הדין הפלילי הבין-לאומי בהאג.

לגבי אמנת רומא ראו:

Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (Baden-Baden, O. Triffterer, ed., 1999) § 156

193. בפרשנות זו של הוראות האמנה נאמר (בעמוד 232), כי אימוץ תקנה (h) 23 לתקנות האג לאמנת רומא נעשה ללא דיון מעמיק. התקנה עצמה אף לא זכתה להתייחסות רבה בפסיקה ובכתיבה האקדמית. כפי שנראה, פרשנותה של התקנה נתונה במחלוקת, ולכן ספק אם התגבש בעניינה כלל מנהגי ברור של המשפט הבין לאומי.

לתהליך אישור הוספת התקנה לתקנות האג ראו:

T.E. Holland “Article 23(h)” 28 **L.Q. Rev.** (1912) 94, 95.

194. קיימות שתי גישות מרכזיות לגבי פרשנותה של האמנה. האחת, בה דוגלות מדינות המשפט המקובל, רואה בתקנה כמתייחסת להטלת מגבלות בשטח הכבוש עצמו בלבד. לעומתה, קיימת גישה הרואה בתקנה כבעלת תחולה כללית, המתייחסת גם להטלת מגבלות על זכות הגישה לאזרחי אויב ממדינה א' במדינה ב'.

ראו לעניין זה יי דינשטיין **דיני מלחמה** (תשמ"ג) 203.

ה.2.ג.8. המשפט הבין לאומי ההומניטרי - הפרשנויות השונות לתקנה 23(h)

195. הגישה האנגלו-אמריקאית לגבי תקנה 23(h) היא, כי מטרת התקנה היא לאסור על המפקדים הצבאיים והכפופים להם בשטח מלנקוט פעולות המשהות או המתלות את זכויותיהם המשפטיות של התושבים בשטח המוחזק.

בהתאם לגישה זו, לא הייתה כל כוונה להגביל את יכולתה של מדינה למנוע, באמצעים מנהליים, חקיקתיים או שיפוטיים, אזרחי אויב מלהגיש תביעות לבית המשפט שלה.

התקנה באה להגביל את כוחו של המפקד הצבאי, ולמנוע ממנו לפגוע בזכויותיהם המשפטיות של התושבים בתוך השטח בו מתקיימות פעולות איבה. היא אינה נוגעת כלל לכל המתרחש מחוץ לשטח זה:

“... the purpose of the article in question was merely to prohibit commanding generals and their subordinates in the field from suspending or extinguishing the legal rights of the inhabitants and did not contemplate a restriction on the rights of the state through its legislative, executive or judicial organs to exclude generally enemy subjects from bringing action in its courts”.

J. W. Garner “Treatment of Enemy Aliens” 13 *Am. J. Int'l L.* (1919) 22, 25.

196. מול גישה זו ניצבת הגישה, שבה דוגלים מלומדים ממדינות היבשת, בעיקר צרפת וגרמניה. על פי פרשנות זו התקנה נועדה לבטל את הנוהג האנגלו-אמריקאי לפיו זכויות של אזרחי מדינות אויב מושעות בזמן מלחמה. לפיכך, תחולתה אינה מוגבלת לשטח הכבוש בלבד, כי אם גם לבתי המשפט של מדינתו של צד לוחם או כובש. לתיאור העמדה ראו **גיימר** הנ"ל בעמוד 27 ואילך.

197. הפרשנות המרחיבה שמקורה במדינות היבשת זכתה לביקורת מצד המלומדים. Von Glahn סבר, כי הפרשנות הראויה לתקנה 23(h) מתיישבת יותר עם הגישה האנגלו-אמריקאית.

G. Von Glahn, *Law Among Nations* (New York 4th ed., 1981), 61.

198. פרופ' Holland, סבר, כי קיימת סתירה בין לשונה הרחבה של התקנה, אשר עליה מתבססת הפרשנות הרחבה של התקנה, לעומת מיקומה של התקנה בפרק העוסק בחובותיו של המפקד הצבאי בשדה הלחימה. מסקנתו היא כי יש לנהוג בתקנה כ-“כלל לא מובן שאין לו תוקף” (unintelligible nullity) ולהכריז עליה כבטלה בשל חוסר בהירותה (עמוד 98 לעיל).

אף פרופ' Stone מבקר את הפרשנות הקונטיננטלית המרחיבה ותומך בעמדה של Holland. לדבריו:

“No one has since seriously suggested such an application. It is impossible, indeed, not to agree

with Holland that whatever be the true purpose of Art. 23(h), its drafting is inapt to express it."

J. Stone "**Legal Controls of International Conflicts**" (Sydney, 2nd ed., 1959) 441-443, note 162.

199. יתר על כן, הפרקטיקה בחקיקה ובפסיקה, כולל במדינות היבשת, סמוך בשנים שאחר כניסתן לתוקף של תקנות האג, ואף כיום, מצביעה על פעולה בהתאם לפרשנות האנגלו-האמריקאית לתקנה.

במאמרו של **גיימר** מובאות מספר דוגמאות להגבלות שהטילו גרמניה וצרפת על זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב, במלחמת העולם הראשונה.

200. בהקשר זה נבקש לציין כי קיים קושי להציג את הגישה הקונטיננטלית כמקשה אחת. כך, יש הסוברים כי יש לפרש את תקנה 23(h), כאוסרת על הגבלת חיובים מתחום המשפט הפרטי בין אדם לחברו, שהתגבשו לפני פרוץ המלחמה, וחיובים אלה בלבד. על כן, לפי אותה דעה, התקנה אינה עוסקת ביחסים בין נתיני אויב למדינה עמה מדינתו מצויה בעימות. לעניין זה מצטט **גיימר** את הפסקה הבאה:

"M. Politis... likewise expressed the view that the effect of article 23(h) is to prohibit from interfering with the execution of contracts made before the outbreak of war, and to condemn the old rule in respect to the incapacity of enemy aliens to sue in the courts of the adversary. It forbids, he says, all legislative or other measures tending to invalidate or to prevent the execution of private obligations" (p – 28).

בדרך דומה נקט אף בית המשפט ההולנדי, שפרש את התקנה כחלה על יחסים מתחום המשפט האזרחי בלבד. ראו לעניין זה:

M. Greenspan, **The Modern Law Of Land Warfare**, (Los Angeles, 1959), 48.

עם זאת Triffterer לעיל, סבור שלא ברור האם אכן ניתן לומר שהתקנה מתייחסת לעניינים אזרחיים בלבד. נעיר כי עמדה זו מחדדת את אי הבהירות סביר פרשנות התקנה.

201. מן האמור עולה, כי הפרשנות הראויה לעניין היקף תחולה של התקנה היא, כי התקנה מתייחסת לניהול שטח בתקופת לחימה. לכן תקנה זו אינה נוגעת כלל להגבלת זכויות של נתיני אויב או של תושבי שטח כבוש בשטח המדינה עצמה.

בכל מקרה גם אם נקבל כי קיימת פרשנות אחרת של התקנה, הרי שלא ניתן לומר שהתגבש כלל מנהגי מחייב בסוגיה זו, בעיקר לאור הפרקטיקה הקיימת במדינות העולם, המגבילה תביעות ממדינות אויב. פרקטיקה זו עולה בבירור מניתוח המשפט המשווה, שערכנו לעיל.

202. המסקנה מדברים אלה היא, כי תיקון מספר 7 אינו מפר את הוראות התקנה האמורה. התיקון עוסק בחוק, המתייחס למערכת המשפט הישראלית, ולא בהגבלה על הגישה של תושבי איו"ש לבתי משפט שבאזור.

אף אם נקבל כי קיימת פרשנות רחבה להוראות התקנה, אזי אין מדובר בכלל מנהגי מחייב. אף מדינות היבשת, שהן המקור לפרשנות זו, לא נהגו על פיו.

נזכיר כי התיקון מתייחס לתביעות נזיקין נגד המדינה בלבד. התיקון אינו מונע גישה לבית המשפט הגבוה לצדק, אינו עוסק בתביעות נגד המדינה שאינן תביעות נזיקין, ואף אינו מגביל תביעות אזרחיות, ובכלל זה תביעות נזיקין, בין פרטים.

203. **לסיכום, המשפט ההומניטארי קובע חובת פיצוי על הפרת כללי המשפט ההומניטארי. עם זאת חובה זו אינה מהווה עילה לתביעה פרטית. זכותו של היחיד מוגשמת באמצעות מדינתו שלו, או באמצעות הסדרים בין לאומיים אחרים.**

כללי המשפט ההומניטארי אינם אוסרים הגבלת זכויות של נתיני אויב במהלך העימות. הגבלות מעין אלה הן פרקטיקה מקובלת בעולם.

204. **אי לכך, התיקון אינו סותר את המשפט הבין לאומי ההומניטארי.**

ה.3.ג.8. דיני זכויות האדם

205. מקור נוסף, עליו מבססים העותרים את טענתם לפיה עומדת למדינה חובה לאפשר לניזוקים תביעת פיצוי בשל נזקים שנגרמו להם הוא משפט זכויות האדם הבין-לאומי.

206. נבקש לציין, כי תחולת אמנות זכויות האדם על תושבים זרים ותושבי האזור נדונה בפני בית משפט נכבד זה, בעיקר בהקשר לתחולת אמנות זכויות האדם באזור. שאלה זו לא הוכרעה עד כה. ראו לאחרונה- **עניין אלפי מנשה** (טרם פורסם) בפסקה 27 לפסק דינו של הנשיא ברק.

לטעמנו אין צורך להכריע בשאלה זו גם במקרה דנן, וניתן להשאירה בצריך עיון. זאת מכיוון שבכל מקרה, לטעמנו, גם אם נאמר כי קיימת תחולה אקסטרה טריטוריאלית לאמנות, אזי הדין הרלוונטי במקרה שלפנינו הוא המשפט ההומניטארי ולא אמנות זכויות האדם, כפי שנסביר להלן.

207. לטעמנו, השאלה המרכזית, העולה בעניינו של התיקון, נוגעת לתחולת דיני זכויות האדם בזמן מלחמה ועימות מזוין. דהיינו, היחס בין דיני זכויות האדם למשפט ההומניטארי. שאלה זו היא שאלה נפרדת מהשאלת התחולה האקסטרה טריטוריאלית של אמנות זכויות האדם.

208. עמדתה של מדינת ישראל, בכל הנוגע לתחולת אמנות זכויות האדם, כפי שהוצגה בפני הגופים האמונים על בחינת יישום אמנות אלו, היא, כי הדין הרלוונטי לבחינת הצעדים שנוקטת ישראל במסגרת הסכסוך המזוין הוא המשפט הבין-לאומי ההומניטארי. המשפט ההומניטארי הוא העוסק בדיני מלחמה, ולא דיני זכויות האדם. דיני זכויות האדם נועדו לחול בעיקר בעת שלום, ואינם מתאימים כלל לסיטואציות שמעוררת המלחמה.

שאלה זו לא הוכרעה בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, והושארה בצריך עיון בעניין **מראעבה הנ"ל**, בפסקה 27 לפסק הדין.

209. מכיוון, שממילא הדין במשפט הבין לאומי נעשה למעלה מן הצורך, אנו סבורים, שאין מקום להרחיב בסוגיה.

עם זאת, וכאמור, למעלה מן הצורך, בחרנו להתייחס להלן גם לסוגיה זו. הרעיון אותו נבקש להציג הוא, שגם אם נקבל שקיימת תחולה לאמנות זכויות האדם במקרה שלפנינו, עדיין יש לדבוק בהסדר, שמקורו במשפט ההומניטארי, המהווה דין מיוחד בעת עימות מזוין.

ה.3.ג.8.א. היחס בין המשפט ההומניטארי לאמנות זכויות האדם

210. היחס בין המשפט הבין-לאומי ההומניטארי למשפט זכויות האדם, הנובע מההבחנה בין שני ענפי משפט אלה, מעורר שאלות קשות, שלרבות מהן אין תשובה ברורה, אפילו לגרסת אלה התומכים בתחולה הדדית של שתי מערכות הדינים. הדבר נובע, בין היתר, מכך שמדינות העולם לא ראו באמנות זכויות האדם, עליהן חתומה ישראל, כמקור משפטי מחייב, המגביל את פעילותן בעת עימות מזוין.

211. בעבר, העמדה המקובלת הייתה כי המשפט ההומניטארי ודיני זכויות האדם עוסקים בשני תחומים נפרדים ומובדלים – הראשון חל בתקופות של עימות מזוין והשני בתקופות של שלום.

ראו לעניין זה:

Michael J. Dennis "Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation" 99 *AJIL* (2005) 119, 119.

212. כיום הולכת ומתפתחת גישה נוספת, ולפיה דיני זכויות האדם חלים גם בתקופה של עימות מזוין. ראו **דניס** הנ"ל בעמוד 120. גם אם תפיסה זו קונה לה אחיזה בכתבי מלומדים, ובהחלטות של גופי או"ם שונים, הרי, שלטעמנו, אין היא נתפסת ככלל מחייב של המשפט הבין לאומי.

כך, לדוגמא, ממשלת ארצות הברית סבורה עדיין שבתקופה של עימות מזוין אין תחולה לאמנות זכויות האדם (**דניס** עמוד 136).

חשוב לציין כי היעדר תחולה לאמנות זכויות האדם, אין משמעה היעדר דין השולט על המלחמה. לצורך כך קיימים כללי המשפט הבין לאומי ההומניטארי, הקובעים מערך איזונים והגנה על הזכויות המתאימים לתקופה של עימות מזוין.

213. גם אלה הדוגלים בתחולה מקבילה של דיני זכויות האדם והמשפט ההומניטארי, מכירים בכך שהוראות המשפט ההומניטארי מהוות דין מיוחד (*lex specialis*) לעומת דיני זכויות האדם. לכן במקרה של סתירה גובר המשפט ההומניטארי על דיני זכויות האדם.

גישה זו מבטאת את ההבדלים המהותיים בין תקופת שלום לתקופת מלחמה, ואת ההבדלים המשפטיים הנגזרים מכך. את עמדה זו הסביר פרופסור ת' מרון:

"Not surprisingly, it has become common in some quarters to conflate human rights and the law of war/international humanitarian law. Nevertheless, despite the growing convergence of various protective trends, significant differences remain. **Unlike human rights law, the law of war allows, or at least tolerates, the killing and wounding of innocent human beings not directly participating in an armed conflict, such as civilian victims of lawful collateral damage. It also permits certain deprivations of personal freedom without convictions in a court of law.**"

Theodore Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, 94 *A.J.I.L.* 239, 240 (2002)

214. גישה זו התקבלה על ידי בית הדין הבין-לאומי בהאג בחוות דעתו בעניין חוקיות השימוש בנשק גרעיני. נקבע כי במקרה של תחולה הדדית של דיני זכויות האדם והמשפט ההומניטארי, יחולו הוראות המשפט ההומניטארי כ"דין מיוחד". בסעיף 25 לחוות הדעת בעניין חוקיות השימוש בנשק גרעיני נאמר כי:

"The protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency.

Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities."

Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports, 1996.

פסקה זו מתייחסת לסעיף 6(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, העוסק בזכות לחיים. הסעיף קובע כי:

"Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be **arbitrarily** deprived of his life." (הדגשה)
הוספה).

215. מדבריו של בית הדין עולה, כי המסקנה שהמשפט ההומניטארי הוא "דין מיוחד", אינה מייתרת את ניתוח ההוראות הרלוונטיות באמנות זכויות האדם. עם זאת, הזכויות באמנות אלה הן זכויות יחסיות. לכן במסגרת ניתוח פסקאות ההגבלה של ההוראות באמנות זכויות האדם, ינתחו ההצדקה לפגיעה, ומערכת האיזונים בין האינטרסים הנוגדים, על פי עקרונות המשפט ההומניטארי.

כך, לדוגמה, סעיף 6 לאמנה הנ"ל אוסר על שלילה "שרירותית" של הזכות לחיים. בעת עימות מזוין, שאלת השרירותיות של נטילת החיים תבחן על פי עקרונות המשפט ההומניטארי, המאפשר נטילת חיים בתנאים מסוימים, כולל חיים של חפים מפשע.

216. בית הדין חזר על עמדה זו אף בעניין חוות הדעת בנושא גדר הביטחון. בחוות הדעת נאמר כי:

"106. More generally, the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights. As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law. In order to answer the question put to it, the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, as *lex specialis*, international humanitarian law."

Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (2004).

ראו עמדה דומה גם בפסק דין שניתן לאחרונה בבית הדין בעניין :

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) (2005).

כפי שניתן לראות מפסקה זו, בית הדין אינו מסביר בצורה מדויקת את מהות הקשר בין האמנות לזכויות האדם לבין המשפט ההומניטארי. עם זאת, ניתן להבין מחוות הדעת, כי במקרים של תחולה הדדית של שני הענפים הללו, יחולו הסדרי המשפט ההומניטארי. זאת מכיוון שהמשפט ההומניטארי מהווה *lex specialis*.

217. קביעות אלה של בית הדין נותרו בשלב זה ללא יישום פרקטי ברור, ואף בכתיבה האקדמית קיימת מבוכה מסוימת לגבי הדרך בה יש להחיל את כללי הדין המיוחד.

ה.3.ג.8.ב. הזכות לסעד בגין הפרת זכות המוגנות באמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, משנת 1966

218. ישראל היא צד למספר אמנות שעניינן הגנה על זכויות האדם, וביניהן האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, משנת 1966 (להלן – **האמנה**). העותרים מבססים את טענותיהם על סעיף 2(3)(a) לאמנה, הקובע כי :

"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".

219. הטענה היא כי התיקון עומד בסתירה להוראה זו, מכיוון שהוא מונע מנתיני אויב ותושבי אזור עימות מלקבל "תרופה אפקטיבית" על הפרת זכויותיהם על פי האמנה.

220. בניגוד לטענת העותרים, הסעיף לעיל אינו מקנה, כשלעצמו, זכות להגשת תביעה נזיקת של נתיני אויב או תושבי שטח מוחזק במדינת האויב.

הסעיף קובע כי על כל מדינה להבטיח את הזכות לתרופה אפקטיבית על הפרת הזכויות, הקבועות באמנה.

אין מדובר בזכות להגיש תביעת נזיקין, דווקא. אין כל הוראה, המונעת מן המדינה לתחום את דין הנזיקין המהותי שלה, ולקבוע סייגים לאחריותה הנזיקית.

221. לכן, מלכתחילה, ספק את הוראת הסעיף באמנה רלוונטית לענייננו.

222. אולם, גם אם נקבל שהאמנה חלה גם בתקופה של עימות מזוין, וגם אם נקבל שקיימת רלוונטיות לסעיף האמור באמנה, נדמה כי אין בכך כדי לסייע לעותרים.

כאמור, בעת עימות מזוין, היקפן של זכויות האדם, ומערך האיזונים, הקבועים באמנה ייקבעו על פי המשפט הבין לאומי ההומניטארי, שהוא הדין המיוחד לעניין זה.

מטבע הדברים, כתוצאה מן העימות היקף הזכויות מצטמצם. ניתן לראות זאת הן כצמצום הזכות עצמה, והן כמתן משקל גדול יותר לשיקולים אחרים, במסגרת האיזונים

של זכויות האדם מול זכויות ואינטרסים אחרים. כפי שנאמר לאחרונה בהקשר שונה במעט:

"בשיח המשפטי בנושא זה, ובעתירות שהוגשו לבג"צ נגד חוקתיות החוק, הוזכרו מסמכים בין לאומיים שונים בנוגע למעמד ולחשיבות הזכות להגר לצורכי נישואין... אין חולק על כך שמסמכים בין לאומיים אלה הם בעלי תחולה בעתות שלום. ברי הדבר שהם אינם רלוונטיים, ולמצער באותו היקף ועצמה, בעתות חירום ובעת עימות מזוין בין מדינות. והרי דיני המלחמה הם ודאי דין מיוחד (lex specialis) הגורע מזכויות – גם בהנחה שהן קיימות – בימים כתיקונם. אמנם הללו עלולים לפגוע בזכויות נתיני מדינת האויב באורח אינדיווידואלי, אך זה טיבם של דיני המלחמה, שהם כמו המלחמה, אכזריים וקשים ופוגעים לא רק בזכויות אדם אלא גם בחיי אדם."

א' רובינשטיין ו' אורגד "זכויות המדינה, בטחון המדינה ורוב יהודי - המקרה של הגירה לצורכי נישואין" הפרקליט מח(2) 315, 321.

223. מן האמור עולה כי יש לקרוא את הזכויות המנויות באמנה, על רקע הוראות המשפט ההומניטארי. לכן, מלכתחילה, גם אם קמה זכות לפיצויים, אזי מדובר בזכות בעל היקף מצומצם מהיקף הזכות בתקופת שלום. זאת מכיוון שהקביעה כי הופרו הזכויות על פי האמנה נבחנת בראי המשפט ההומניטארי.

224. על כן, אין לומר כי עצם ההוראה באמנה, היא היוצרת זכות לפיצויים. יש לבחון ראשית את הוראות הדין המהותי באמנה. אולם ענייננו שלנו אינו בהגדרת הזכויות המהותיות על פי האמנה, אלא בעיקר בזכות לסעד נזיקי. לטעמנו זכות כזו אינה קיימת, ממספר טעמים:

ראשית, מול ההסדר הקבוע באמנה, עומד ההסדר בדין ההומניטארי הקובע, כי הזכות לפיצויים של נתיני אויב בגין הפרת זכויות, אינה מעניקה עילת תביעה ליחיד, וודאי שלא במהלך תקופת העימות. כפי שהראינו, המדינה היא המאמצת את זכותו של היחיד, וזאת במסגרת הסכמים בתום העימות.

הקביעה, כי האמנה מעניקה זכות לנתיני אויב, ואף לנתיני בשטח כבוש, במהלך עימות מזוין, לתבוע את מדינת האויב, שומטת את הקרקע מתחת להסדר הקבוע בדין ההומניטארי. אם תוענק זכות לכל נתיני אויב לתבוע את נזקי המלחמה, לא תיוותר כל משמעות לדין ההומניטארי, המבקש לבחון את סוגיית הפיצויים בראיה מדינית.

כך נוצר היפוך תפקידים. אמנות זכויות האדם הופכות לדין המיוחד, הדוחה את ההסדר במשפט ההומניטארי. אין לקבל פרשנות זו, הסותרת אף את גישתם של אלה, התומכים בהחלטת אמנות זכויות האדם בעימות מזוין.

שנית, פרשנות זו סותרת את הפרקטיקה ברבות ממדינות העולם. כפי שהראינו מדינות רבות מקנות חסינות למדינה מפני תביעות אויב בעת עימות מזוין, וחלקן חוסמות לחלוטין את הגישה של נתיני אויב לבתי המשפט של המדינה.

להבדיל מכתובה אקדמית, הדיון בבתי המשפט הפנימיים עוסק, אם בכלל, במשפט ההומניטארי בלבד, ולא בהוראות האמנה. לא ניתן לקבל כי מדינות אלה פועלות בניגוד להוראות האמנה. לחלופין, פרקטיקה זו מצביעה על כך שהוראה זו באמנה אינה נתפסת כמשפט מנהגי מחייב, ואין מדינה המפרשת את הוראות האמנה כפי שמפרשים אותה העותרים.

225. על כן, מובן מדוע אין בעתירה כולה ולו פסק דין אחד, שקבע כי למדינה חובה לפצות נתיני מדינת אויב או נתיני בשטח כבוש במהלך עימות, על נזקי העימות, מכח האמנה.

226. לגבי תחולת האמנות בעימות מזוין, בכל האמור לתביעות בגין נזקי המלחמה נאמר כי:

"From a perspective of pure legal logic, it is possible to consider the extension of the concept of human rights to the area of claims settlement in the sense of replacing the rules of diplomatic protection by granting direct standing to an individual to raise a claim against a foreign government. In practice, however, the international community has refrained from drawing such a conclusion, as is evident in every textbook of international law. **As far as the specific rules of humanitarian law are concerned, no changes have been introduced in the post-war period which would indicate the will of the international community to alter the general lack of standing of individuals to raise a claim, even though this body of law was revisited by the states on several occasions...**

While it is thus clear that human rights are distinct from humanitarian law, it is also beyond doubt that the process of enforcement of human rights on the international level has been negotiated and laid down by the international community in specific terms within the framework of a clearly defined international procedure, a procedure that includes no room for national decision-making. Thus, **the evolution of universal human rights in their internationally accepted setting does not support an argument to the effect that universal human rights applicable in peacetime should be applied by domestic courts for purposes of enforcing the laws of armed international conflict**

V. Conclusion

In general, the rules of international law reflect experiences and policies which have been considered valuable and worth preserving. The practice of subsuming war-related claims within the process of reparation, and thus not allowing the individual resolution of such claims by national courts, had a twofold-basis. First, it was consistent with the broader classical rules of international law under which aliens must have their claims, whether arising from wartime or peacetime events, protected by their home countries. Second, it reflected the practical necessities of peacemaking, as the presence of claims controlled by individuals would further

complicate the always difficult process of international peace negotiations."

Rudolf Dolzer "STEFAN A. RIESENFELD SYMPOSIUM 2001: The Settlement of War-Related Claims: Does International Law Recognize a Victim's Private Right of Action? Lessons after 1945" 20 *Berkeley J. Int'l L* 296 (2002), 337-338.

227. לכן, לטעמנו, האמנה אינה מקנה זכות תביעה פרטנית לנתין אויב או לתושב שטח כבוש במהלך עימות מזוין, לגבי נזקי המלחמה. לטעמנו יש לראות בהסדר של המשפט ההומניטארי, שאינה מקנה זכות תביעה כאמור, כדין מיוחד, הדוחה את הוראות האמנה בהקשר זה. לחלופין ניתן לטעון כי את ההוראה בדבר הצורך להבטיח "סעד אפקטיבי", יש לקרוא על פי הוראות המשפט ההומניטארי והמגבלות שהוא יוצר על זכות תביעה זו.

228. בעניינו, התיקון מתייחס למצב של עימות מזוין. הוא קובע כלל בדין המהותי, על פי המדינה תהיה פטורה מאחריות בנזיקין בשל נזקים, שנגרמו על ידי כוחות הביטחון באזור שבו התרחש עימות מזוין.

להוראה זו ישנן חריגים, הן מכוח הדין, והן לפני משורת הדין. לצד אלה זוכים נתיני מדינות האויב וכן נתיני הרשות הפלסטינית לסיוע מממשלותיהם. נתיני האויב יוכלו להעלות טענותיהם במסגרת הסכמי השלום, ככל שיהיו הסכמים כאלה, ואם תקבענה בהם הוראות בעניין זה.

לכן, לא ניתן לומר כי, בנסיבות העימות, נשלל מן התובעים "סעד אפקטיבי".

229. לסיכום, חלק המשפט המשווה הראה כי הוראות התיקון אינן סותרות את הוראות המשפט הבין לאומי, והן דומות, במהותן, לכללים שנקבעו במדינות אחרות.

אכן, העימות בין ישראל לפלסטינים הוא עימות ייחודי. ההסדר החקיקתי מותאם למאפיינים המיוחדים של העימות, ולכן לא ניתן למצוא הסדר זהה להסדר הישראלי. עם זאת, הטעמים העומדים ביסודו של ההסדר, דומים לאלה ששימשו בסיס לקביעת ההסדרים הנורמטיביים במדינות האחרות.

230. על בסיס האמור נבקש עתה לבחון את חוקתיותו של ההסדר על פי המשפט הישראלי הפנימי, שהוא המשפט הקובע לצורך הכרעה בעתירות.

ו.1. כללי – שיטת הניתוח

231. עניינן של העתירות בחוקתיות של התיקון. ניתוח החוקתיות של חקיקה ראשית נעשה בשלושה שלבים –

”השלב הראשון בוחן אם החוק פוגע בזכויות אדם המעוגנות בחוק-יסוד. אם התשובה היא בשלילה, מסתיימת הבחינה החוקתית לענין חוקי היסוד... בשלב השני נבחנת השאלה אם הפגיעה בזכויות האדם היא כדין. בשלב זה נבחנת השאלה אם החוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אכן, לא כל פגיעה בזכות אדם היא פגיעה שלא כדין. לא פעם פוגע חוק בזכות אדם חוקתית, אך חוקתיותו של החוק עומדת בעינה, שכן הפגיעה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה... אם הפגיעה בהסדר החוקתי היא כדין, מסתיימת הבחינה החוקתית. אם הפגיעה אינה כדין, עובר הניתוח לשלב הבא. שלב שלישי זה בוחן את תוצאות אי החוקתיות. זהו שלב הסעד.”

עניין התנועה לאיכות השלטון בפסקה 20 לפסק דינו של הנשיא אי ברק.

נקדים ונאמר, כי עיקר הניתוח החוקתי יתבסס בעיקר על פסקי הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון ועניין עדאלה. בשני פסקי הדין האלה קיים ניתוח חוקתי מפורט, המסכם את דרך הניתוח החוקתי, שהתווה בית המשפט הנכבד, מאז נחקקו חוקי היסוד.

232. בחלק זה של התגובה נבקש לנתח את הוראות התיקון בהתאם לשלבים האמורים. עיקר הניתוח יהיה במסגרת השלב השני של ניתוח פסקת ההגבלה.

בהקשר זה נבקש לטעון כי ספק אם החוק פוגע בזכות חוקתית מוגנת, אולם אין צורך לדון בכך, שכן גם אם נפגעת זכות חוקתית כלשהי, אזי עומדת הפגיעה בתנאי פסקת ההגבלה.

אי לכך, לא נידרש בהרחבה לשלב הראשון בניתוח החוקתי, העוסקת בפגיעה בזכות החוקתית, ולא נעסוק בשלב השלישי של הניתוח החוקתי, העוסק בתוצאות אי החוקיות.

2.1. שלב א' – הפגיעה הנטענת בזכות החוקתית**2.1.א. כללי**

233. העותרים טוענים כי התיקון פוגע בזכות החוקתית לגישה לערכאות וכן בזכויותיהם החוקתיות של נתיני האויב, ובכלל זה תושבי הרשות הפלסטינית, לכבוד, לשוויון, לחיים, לשלמות הגוף, ולקניין. זאת, בשל חוסר היכולת, כביכול, לתבוע את המדינה בנוזיקין.
234. שלב המשנה הראשון בקביעת הפגיעה בזכות הוא קביעת היקף הזכות החוקתית המוגנת. לעניין זה נפסק כי:

”24. התשובה לשאלה האם חוק פוגע בזכות אדם המוגנת בחוק-יסוד, מחייבת מטבעה קביעת היקפה של הזכות החוקתית מזה וקביעת היקפה של ההוראה בחוק הפוגעת בה, לפי הטענה, מזה. קביעת היקפם של ההסדרים הרלבנטיים היא תהליך פרשני. אכן, בשלב הראשון של הבחינה יש לפרש את הוראות חוק היסוד בדבר הזכות מזה ואת הוראותיו של החוק הפוגע מזה.”

התנועה לאיכות השלטון פסקה 24 לפסק דינו של הנשיא א' ברק.

235. העותרים מבקשים כי ייקבע כי חוקי היסוד חלים בתחולה אקסטרה - טריטוריאלית אף בשטחי הרשות הפלסטינית, וכן מבקשים הם כי ייקבע, שמבחינה פרסונאלית, חלים חוקי היסוד אף על נתיני אויב ואף על מי שאינם אזרחים ישראלים, שנפגעו באזורי עימות ברשות הפלסטינית.
236. שאלות אלה טרם הוכרעו על ידי בית המשפט הנכבד והושארו בצריך עיון. בעניין זה נקבע כי:

”80. לדעתנו, מעניקים חוקי-היסוד זכויות לכל מתיישב ישראלי בשטח המפונה. תחולה זו היא אישית. היא נגזרת משליטתה של מדינת ישראל על השטח המפונה. היא פרי התפיסה כי על ישראלים המצויים מחוץ למדינה אך באזור הנתון לשליטתה בדרך של תפיסה לוחמתית חלים חוקי-היסוד של המדינה באשר לזכויות האדם. לאור מסקנתנו זו, אין לנו צורך לנקוט עמדה בשאלת התחולה המקומית (הטריטוריאלית) של חוקי היסוד, ואין לנו צורך לבחון השאלה אם חוקי-היסוד מעניקים זכויות גם למי שאינם ישראלים והמצויים באזורים הנתונים לתפיסה לוחמתית, או לישראלים שאינם מצויים בשטח שבשליטת ישראל. שאלה זו מעוררת בעיות שאין לנו צורך לדון בהן, ונשאיר אותן בצריך עיון.”

בג"צ 1661/05 **מועצה אזורית חוף עזה נ' ראש ממשלת ישראל** פ"ד נט(2) 481, בפסקה 80 לדעת הרוב. להלן - עניין **מועצה אזורית חוף עזה**.

237. בעניין **עדאלה**, שעסק בכניסת תושבי הרשות לישראל לצורך מגורים בישראל, התמקד בית המשפט הנכבד בזכותם של האזרחים הישראלים לחיי משפחה, ולא בזכותם של תושבי הרשות.
238. עם זאת, במשתמע, נראה כי ניתן לטעון, כי בית המשפט הנכבד סבר, כי לתושבי האזור אין זכויות חוקתיות על פי חוקי היסוד, ולכן התמקד בזכויותיהם של האזרחים הישראלים.

לעניין זה נאמר כי:

”אכן, אפילו נפגעו זכויותיו של הזר על פי דיני זכויות האדם הבינלאומי ודיני זכויות האדם ההומניטריים – ואפילו נפגעו זכויותיו של הישראלי עד כמה שהן מעוגנות

רק בדינים אלה – ואיננו נוקטים בשאלות אלה כל עמדה – פגיעה זו נעשתה מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל. חקיקה מקומית מפורשת יש בכוחה, מנקודת המבט הישראלית הפנימית, לפגוע בזכויות המוענקות בדין הבינלאומי. עד כמה שדין אחרון זה מהווה משפט בינלאומי מינהגי, אין בכוחו להתגבר על דבר חקיקה ישראלית הפוגע בו במפורש. לא כן לעניין זכותו של בן הזוג הישראלי על פי חוקי היסוד. עד כמה שעומדות לו זכויות על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין חוק רגיל (כגון חוק האזרחות והכניסה לישראל) יכול לפגוע בו כדין, אלא אם כן הוא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה... על פי אותה מערכת נורמטיבית עלינו לבחון את זכויותיהם החוקתיות של בני הזוג הישראליים, עד כמה שחוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בהן. כמובן, אין להתעלם מבן הזוג הזר. יש להכיר בזכויותיו שלו, ובהשפעתן על חייו שלו ועל חיי בן זוגו הישראלי. עם זאת, מהבחינה המשפטית האנאליטית נתרכז בן הזוג הישראלי, שכן הוא נושא באמתחתו את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. (הדגשות הוספו).

ראו פסקה 17 לפסק דינו של הנשיא א' ברק.

בפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין בענין **עדאלה** נאמרו בהקשר זה הדברים הבאים:

"חוקה נוצרה, בראש ובראשונה, לבני הארץ ולהסדר חיים לתושבי הארץ ולאזרחיה, ביניהם לבין-עצמם. חוקת אמריקה היא לאמריקאים, חוקת גרמניה היא לגרמנים וחוק-היסוד בישראל הוא לישראלים ולוויסות היחסים ביניהם לבין המדינה וביניהם לבין עצמם. ואולם משבא יסוד זר במערכת - בענייננו: בן-זוג זר - ספק אם חוקי היסוד, מעיקרם, נועדו להקנות זכויות יסוד ליחיד תוך השפעת-מישרין על היחידים האחרים במדינה ועל דמותה של החברה. ספק גדול בעיניי." (פסקה 62).

239. טעמנו, הכרעה בשאלה זו אינה נדרשת כלל לצורך הכרעה בעתירות. זאת מכיוון שכפי שנראה להלן, גם אם נקבל שקיימת תחולה אקסטרה טריטוריאלית של חוקי היסוד, וגם אם נקבל שחוקי היסוד מקנים לנתיני אויב ולתושבים שנפגעו באזור עימות זכויות יסוד חוקתיות, וגם אם נקבל שזכויות אלה כוללות את הזכות החוקתית לתבוע את מדינת ישראל על נזקים שנגרמו במהלך העימות, כפי שטוענים העותרים, הרי שהפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

עם זאת, עוד לפני שנגיע לשלב השני בניתוח החוקתי, נבקש להתייחס בקצרה לטענה מסוימת הנוגעת לשאלת עצם הפגיעה בזכות. מדובר בטענה כי התיקון פוגע בזכות הגישה לערכאות. לטעמנו אין לקבל טענה זו, כפי שנסביר עתה.

2.1.2. התיקון אינו פוגע בזכות הגישה לערכאות

240. זכות הגישה לערכאות אינה מנויה כזכות חוקתית מוגנת בחוקי היסוד, למרות שהיא נכללה במספר הצעות חוק שקדמו לחקיקת חוקי יסוד. עם זאת, בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, קיימים אזכורים רבים להיותה של זכות הגישה לערכאות זכות יסוד וזכות חוקתית מוגנת. ראו לעניין זה:

ע"א 3833/93 לוינ' לוינ' פ"ד מח(2) 874, 862 (להלן – עניין לוינ')
 ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח פ"ד נ(4) 549 (להלן – עניין יעקב).
 ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ פ"ד נא(3) 577, 590, 628 (להלן – עניין ארפל).
 רע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרויקטים נ' מצפה כנרת 1995 פ"ד נו(5), 156, 163 (להלן – עניין - לוקי)

ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי נ' הועדה המחוזית פ"ד נז(5) 433 (להלן – עניין תלמוד תורה).
 רע"א 8292/00 יוספי נ' לוינסון, תק-על 1120 (1) 2001, פיסקה 5 להחלטה (להלן – עניין יוספי).
 רע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' עזבון המנוח באסל נעים אברהים פ"ד נח(5) 865 (להלן – עניין באסל).

ראו גם :

א' ברק פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית (1994) 363 (להלן – ברק).
 ש' לוינ "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב 451 (להלן ש' לוינ).
 י' רבין זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית (תשנ"ח-1998).
 י' רבין "זכות הגישה לערכאות מזכות רגילה לזכות חוקתית המשפט ה' (התש"ס) 217 (להלן – רבין).
 י' רבין "זכויות חברתיות מהספירה הדיונית" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (התשס"ה – 2004) 765.

241. עד כה, נמנע בית המשפט הנכבד מלקבוע באופן ברור את המקור החוקתי לעיגונה של הזכות בחוקי היסוד, וכן את היקפה של הזכות.

ראו לאחרונה עניין מועצה אזורית חוף עזה בפסקה 174 לפסק הדין.

242. לעניין המקור החוקתי של הזכות כזכות חוקתית קיימות מספר גישות. יש הרואים בה חלק מכל זכות המעוגנת בחוקי היסוד, ולא כזכות עצמאית, העומדת על רגליה היא. על פי גישה זו כל זכות חוקתית מכילה את הזכות לפנות לערכאות בעת הפרתה (ברק בעמוד 363); יש הרואים בה זכות הנגזרת מהזכות לכבוד ומהזכות לחירות (רבין בעמוד 229), ויש הרואים בה חלק מהזכות החוקתית להגנה על הקנין (ש' לוינ בעמוד 455).

243. לעניין היקף הזכות, הן בפסיקתו של בית המשפט הנכבד והן בכתבי המלומדים, הדיון בזכות החוקתית התמקד בכללים דיוניים, שהגבילו את הגישה לבתי המשפט. הדיון בנושא הגבלת הגישה לערכאות התמקד בנושאים כמו מתן ערבות כתנאי להגשת תביעה או השגה (עניין יעקב ועניין באסל לעיל); החלת הסדרי התיישנות והעלאת טענת שיהוי (עניין תלמוד תורה); ופרשנות סמכותו של בית המשפט לדון בסוג תביעה מסוים, למרות שהנושא אינו מוסדר באופן מפורש (ארפל). פסקי דין אחרים עסקו בפרשנות של הסדרים חוזיים, שהגבילו את עצם הגשת ההליך לערכאה שיפוטית (עניין לוינ ולוקי).

בכתיבה המשפטית ניתנו דוגמאות נוספות להסדרים המגבילים את זכות הגישה לערכאות כמו הטלת אגרות משפט, פסיקת הוצאות, מינוי סניגור ועורך דין אזרחי למיעוטי יכולת, גישה פיזית לבתי המשפט, מתן סעד זמני במעמד צד אחד וכו' – ראו לוינ ורבין לעיל. לגישה שונה וחריגה, הרואה בהגבלת זכות מהותית, כיכולה לפגוע גם בזכות הגישה לערכאות, ראו רבין בספרו לעיל, בעמוד 228.

244. נקודת המוצא המשותפת כמעט לכל הדוגמאות לעיל, היא הנחת המוצא בדבר קיומה של עילה בדין המהותי, המוגבלת באמצעות הוראות דיוניות או הסכמות חוזיות. כלומר, **זכות הגישה לבתי המשפט אינה עוסקת בתיחום הדין המהותי, אלא בהגבלות דיוניות על בירורה של העילה בדין המהותי**. כפי שהסבירה כבוד השופטת א' פרוקצ'יה:

"12. מוסד ההתיישנות והיקף פרישתו קשורים קשר אמיץ בערך משפטי - חברתי נוסף והוא - זכות הגישה של האזרח לערכאות המשפט. ההלכה הפסוקה הכירה בזכות זו כזכות יסוד אף שאינה כתובה עלי חוק יסוד. **טעמה של הזכות בהבטחת יכולתו של הפרט שבידו עילת תביעה להיזקק לערכאות המשפט ולברר במסגרתן את עניינו....** עקרון זה עולה מן התפיסה כי במשטר דמוקרטי הפונקציה הבסיסית המוטלת על הרשות השופטת היא הכרעה בסכסוך, בין אם סכסוך בין פרטים ובין אם מחלוקת בין פרט לבין רשות שלטונית. תפיסה זו הולידה את הכלל כי **שערי בית המשפט לא יינעלו בפני מי**

שמבקש סעד מרשות שיפוטית אלא מטעמים כבדי משקל...

כך הוא גם בפרשנות וביישום הוראות ההתיישנות בדין האזרחי, אשר אינן מביאות לביטולה של הזכות המהותית נוכח מעבר הזמן אלא מבקשות לחסום את הגשתה בחסימה פרוצדוראלית כדי להשיג תכליות שונות שפורטו לעיל. חסימה פרוצדוראלית זו מצביעה על גישה מצרה להחלת ההתיישנות ומתלווים להצרה זו סימני היכר נוספים, ובהם הכלל כי מי שלא טען להתיישנות בהזדמנות הראשונה ייחשב כמוותר עליה (סעיף 3 לחוק ההתיישנות).

עניין תלמוד תורה בעמוד 444.

245. גישה זו, הממקדת את זכות הגישה בהגבלת זכויות דיוניות ולא בתיחום זכות מהותית, היא אף הגישה המקובלת באנגליה.

ראו לעניין זה פסק דינו של בית הלורדים ב:

Matthews v. Ministry of Defence [2003] UKHL 4, [2003] 1 AC 1163, [2003] 1 All ER 689

בפסק דין זה נקבע, כי הוראה בחוק הבריטי, ששללה את אחריות הכתר לנזקים, שנגרמו לחיילים במהלך שירותם, אינה סותרת את הוראת סעיף 1(6) לאמנה האירופית לזכויות האדם. סעיף זה באמנה הוא הסעיף, אשר לדעת בית הדין האירופי לזכויות האדם, עיגן את זכות הגישה לערכאות.

עוד נקבע בפסק הדין כי סעיף 1(6) לאמנה עניינו במגבלות פרוצדוראליות ולא בתוכן המהותי של הדין, ולכן תיחום הזכות הנזיקית, אינו פוגע בזכות הגישה לערכאות.

נעיר כי בפסק הדין נמתחה ביקורת על פסיקה לא עקבית של בית הדין האירופי לזכויות האדם, אשר במקרים אחרים קבע כי חסינות מעין זו, אכן פוגעת בזכות הגישה לערכאות. נדמה כי הביקורת הזו תואמת אף את עמדתו של המשפט הישראלי, כפי שהראינו לעיל.

246. על כן, ככל שזכות הגישה לערכאות היא אכן זכות חוקתית, אין למתוח אותה בצורה רחבה, כפי שדורשים העותרים. יש לפרש את הזכות כעוסקת במניעת מגבלות דיוניות או פיסיות על הנגישות לערכאות לשם בירור עילה בדין המהותי. עניינה של הזכות אינו במניעת הגבלות בדין המהותי.

247. מן האמור עולה כי זכות הגישה לערכאות אינה רלוונטית להוראות התיקון. זאת, מכיוון תיקון מספר 7 אינו מטיל מגבלות דיוניות על הגישה לבתי המשפט. נתיני האויב, ומי שנפגע באזורי העימות, יוכלו להמשיך ולהגיש תביעות נזיקיות שלא נגד המדינה, ואף תביעות נזיקיות נגד המדינה. במקרים הנופלים בחריגי התיקון תביעה זו אף תתברר לגופה. לתושבי הרשות ולנתיני האויב אף ניתנת זכות גישה לערכאות בעילות מתחומי משפט אחרים, כמו בתחום המשפט המינהלי והחוקתי. ממילא, זכות חוקתית זו אינה נפגעת.

248. לעומת זאת, החוק דן עוסק בדין המהותי. עניינו של התיקון בתיחום האחריות בנזיקין מבחינה מהותית. מכיוון שעניינה של זכות הגישה לערכאות בהסדרים דיוניים, הרי שהתיקון אינו פוגע בזכות הגישה לערכאות, ככל שמדובר בזכות חוקתית.

מטעם זה טענות העותרים, לעניין זה, להדחות.

3.1. שלב ב' - הפגיעה הנטענת בזכות החוקתית הינה כדין ועומדת בתנאי פסקת ההגבלה

3.1.א. כללי

249. כאמור, לטענתנו, גם אם נניח כי בעקבות התיקון נפגעה זכות חוקתית כלשהי של נתיני האויב או מי שנגרם לו נזק באזורי העימות, הרי שפגיעה זו עומדת במבחני חוק היסוד.
- כדי להוכיח זאת נבחן את השלב השני של הניתוח החוקתי, המבקש לבדוק האם הפגיעה בזכות החוקתית נעשתה כדין. עניינו של שלב זה בפסקת ההגבלה, שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת כי:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

250. פסקת ההגבלה משקפת את העיקרון החוקתי, לפיו זכויות האדם אינן זכויות מוחלטות, אלא זכויות יחסיות. לעניין פסקת ההגבלה נפסק כי:

"הוראה זו היא בעלת תפקיד מרכזי במבנה החוקתי שלנו. היא נקודת האחיזה עליה מונח האיזון החוקתי בין הפרט לכלל, בין היחיד לחברה. היא משקפת את התפיסה כי בצד זכויות אדם קיימות גם חובות אדם (ראו D. Hodgson, Individual Duty Within a Human Rights Discourse (2003)). היא משקפת את התפיסה כי זכויות האדם הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינן מוחלטות אלא יחסיות. הן אינן מוגנות כדי כל היקפן. פסקת ההגבלה מדגישה את התפיסה כי הפרט חי בגדריה של חברה, וכי קיומה של החברה, צרכיה ומסורתה, עשויה להצדיק פגיעה בזכויות האדם"

התנועה לאיכות השלטון בפסקה 45 לפסק דינו של הנשיא א' ברק.

251. פסקת ההגבלה מעמידה ארבעה תנאים, אשר קיומם המצטבר הופך את הפגיעה בזכויות האדם, הקבועות בחוק היסוד, לפגיעה מותרת. ארבעת התנאים הם: הפגיעה בזכות האדם חייבת להיעשות בחוק או לפי חוק ומכוח הסמכה מפורשת בו; החוק הפוגע חייב להלוט את ערכיה של מדינת ישראל; החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה; החוק פוגע בזכות האדם במידה שאינה עולה על הנדרש.

252. העותרים טוענים כי הפגיעה בזכות האדם לא נעשתה בחוק, מכיוון שהחוק עמום, ותחולתו רטרואקטיבית. עוד טוענים העותרים, כי התיקון אינו עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדונה דמוקרטית, וכי תכליתו אינן ראויות. העותרים נמנעים, במכוון, מלנתח את המרכיב המרכזי בפסקת ההגבלה - מבחן המידתיות.

המשיבים סבורים כי כל ארבעת תנאי פסקת ההגבלה מתקיימים בענייננו, ולהלן נתייחס לכל תנאי ותנאי.

3.1.3. הפגיעה הינה בחוק או לפי חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו

253. התיקון הוא יצירתו של המחוקק הראשי. בתיקון נקבעים עקרונות מפורטים לשם יישום תכליותיו של התיקון. התיקון מסמיך את שר הביטחון להגדיר אזורי עימות מחוץ לשטחה של מדינת ישראל, בהתאם לתנאים המנויים בו. מדובר בהסדר ברור ומפורט.

מכוח סמכות המפורשת בתיקון קבע שר הביטחון את אזורי העימות, והותקנו התקנות הרלוונטיות. עוד נבקש לציין כי המחוקק טרח וקבע בתיקון עצמו לא רק את הכלל בדבר סייג האחריות, אלא אף את החריגים לכלל, המנויים בתוספת הראשונה והשניה.

בכך מתקיים התנאי הראשון בפסקת ההגבלה.

254. העותרים טוענים תחילה כי מדובר בחוק עמום ולא ברור, ועל כן לא ניתן לומר כי הפגיעה הינה "בחוק". מבלי לקבוע עמדה בשאלה האם חוק עמום אינו מקיים את מבחן המשנה הראשון, עמדתנו היא, כי מדובר בחוק ברור ומפורט.

הטכניקה החקיקתית של קביעת עקרונות ברורים בחקיקה ראשית, והעברת הסמכות ליישום העקרונות בחקיקת משנה, היא טכניקה מקובלת. אין לומר עליה כי היא בלתי חוקתית.

כך, אין לצפות מן המחוקק הראשי, כי יבחן כל תקרית ותקרית, וכל אזור ואזור במהלך שנות העימות, במטרה לקבוע האם ניתן להכריז על האזור כאזור עימות. זהו תפקידה של הרשות המינהלית, אשר עשתה זאת על פי עקרונות שנקבעו בחקיקה הראשית.

ככל שיש לעותרים טענות נגד יישום החוק, מקומן של הטענות בתקיפת שיקול הדעת של הרשות המינהלית, ולא בתקיפה חוקתית של התיקון כולו.

255. טענתם השנייה של העותרים היא, כי מדובר בחוק הקובע הסדר רטרואקטיבי, וכי חוק מעין זה הוא פסול, על פניו. על כן, לשיטת העותרים, אין צורך לבחון את עמידת התיקון בשאר תנאי פיסקת ההגבלה.

256. לטעמנו, גם דין טענה זו להדחות. אין כל איסור בחוקי היסוד על חקיקה רטרואקטיבית. אי לכך, עצם חקיקת חוק רטרואקטיבי אינה פוסלת את החוק. לעניין זה נפסק כי:

”8. כל נורמה משפטית חלה במקום ובזמן. כאשר הנורמה המשפטית היא חוק, עשוי החוק לקבוע במפורש את חלותו בזמן. בהעדר נורמה חוקתית המסדירה זאת (כפי שהיא קיימת למשל בחוקה האמריקנית והגרמנית השוללת חקיקה פלילית רטרואקטיבית), חופשי המחוקק הרגיל לקבוע במפורש כי חלותו בזמן של החוק היא רטרואקטיבית או רטרואקטיבית.”

עע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל פ"ד מו(2) 775, 765 (להלן – ארביב).

לכן, הכלל הוא ש:

”חקיקה אזרחית רטרואקטיבית, כלשעצמה, אינה נוגדת את ערכיה של מדינת ישראל, הכל תלוי בתוכן החקיקה.”

בג"צ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור פ"ד נ(2) 817, 793.

257. ראו לעניין זה אף בג"צ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241. פסק דין זה עסק בתחולה רטרואקטיבית של חקיקה ראשית, ששללה מענק שהעניקה המדינה בחוק קודם. כל השופטים סברו כי הפגיעה של החקיקה אינה חוקתית. המחלוקת בין דעת הרוב למיעוט היתה בשאלה האם יש לבטל את החוק, כפי שסברה דעת המיעוט, או שיש לפרש את הוראותיו, כך שלא יפגעו באינטרסים של מי שהסתמך על החוק, כפי שסברה דעת הרוב.

אולם, איש מן השופטים לא סבר כי יש לבטל את החוק אך בשל היותו רטרואקטיבי. דבר החקיקה באותו עניין נבחן לגופו.

258. על כן, יש לבחון את הפגיעה החוקתית, שיוצרת ההוראה הרטרואקטיבית, בחינה חוקתית רגילה, על פי שיטת הניתוח שהתוונו לעיל. אין לומר שחקיקה רטרואקטיבית פסולה על פניה, ומכל מקום, ודאי שחקיקה מעין זו עומדת בתנאי הראשון של פסקת ההגבלה.

לעניין הרטרואקטיביות של החקיקה נבקש לייחד פרק מיוחד, בהמשך התגובה, ולכן נבקש שלא להרחיב את הניתוח החוקתי בסוגיית הרטרואקטיביות, בשלב זה.

3.1.3. החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל

259. חוק היסוד קובע כי אין פוגעים בזכויות שלפי חוק היסוד אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל. ערכיה של מדינת ישראל הם ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית.

ראו לענין זה: **בנק מזרחי** בעמוד 337 (דברי הנשיא (בדימוס) מ' שמגר) ובעמוד 434 (דברי הנשיא א' ברק).

260. הפסיקה לא ייחדה מקום נרחב לדיון בהתקיימותו של תנאי זה. ייתכן שהדבר נובע מכפילות מסוימת בינו לבין שאר התנאים של פסקת ההגבלה. ההנחה היא, שחוק שתכליתו ראויה, ופגיעתו מידתית, הוא חוק, העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לכן, לכאורה, אין מקום לניתוח נפרד של מרכיב זה בפסקת ההגבלה.
261. עם זאת, העותרים ביקשו לפצל את הניתוח. טענתם העיקרית לגבי חלק זה בניתוח החוקתי היא, כי תיחום האחריות הנזיקית של המדינה פוגע בעצמאות הרשות השופטת, בעקרון הפרדת הרשויות, ביציבות המשפט ובעקרונות המשפט הבין לאומי.
- מכיוון שהעותרים ויתרו על ניתוח המידתיות של החוק, הועברו חלק מהטיעונים לשלב זה בניתוח החוקתי. אנו נבקש להרחיב בבחינת מידתיותו של החוק, ולכן על מנת למנוע טיעון כפול, נתייחס עתה בקצרה לטיעוני העותרים, ונרחיב בסוגיות אלה בהמשך הטיעון.
262. לטענות העותרים אין בסיס. החוק אינו מונע ביקורת שיפוטית על מעשי הרשות. הוא אינו חוסם הליכים פליליים, או הליכים מנהליים. כל עניינו בתיחום אחריות נזיקית של המדינה לגבי נזקים במהלך עימות מזוין.
263. בניגוד לטענת העותרים, דיני הנזיקין אינם באים לפצות על כל נזק שנגרם בתחומי חברה נתונה, אלא רק על נזק שנגרם לאינטרס מוגן.
- י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין **דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית** (ירושלים תש"ל, בעריכת ג' טדסקי) 25.
- אינטרס מוגן מוגדר על פי שיקולי מדיניות שונים. שיקולים אלה מוליכים במקרים מסוימים אך לתיחום האחריות הנזיקית, ולקביעת פטור מאחריות נזיקית במקרים רבים.
- כפי שהסביר בית המשפט הנכבד:
- "לכל נזק יש שם ברפואה, אך לא לכל נזק יש שם של אחראי במשפט." (פסקה 7 לפסק הדין).
- ע"א 371/90 **סובחי נ' רכבת בישראל** פ"ד מז(3) 345.
264. תיחום אחריותה הנזיקית של המדינה הוא מהלך מקובל, בעיקר בארצות המשפט המקובל.
- בישראל קובע חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 מספר הסדרים מיוחדים, הנוגעים לאחריות המדינה.
- ראו לענין זה, למשל, סעיף 3, העוסק בפטור בנזיקין, בתנאים מסוימים, לגבי מעשה שנעשה בהרשאה חוקית; סעיפים 6 ו-7 המסייגים את אחריותה של המדינה בנזיקין לגבי חבלה ומוות שנגרמו במהלך השירות הצבאי ועקב השירות הצבאי. אכן, לחיילים קיים מנגנון נפרד של חוקי תגמולים, אולם ענייננו כאן בעצם הפטור הנזיקי.
- בחקיקה הישראלית קיימים מספר הסדרים, הקובעים סייגים לאחריות בנזיקין, שרק אחדים מהם פוטרים את המדינה דווקא.
- כך, לדוגמא, סעיפים 40 ו-41 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 מעניקים פטור מאחריות בנזיקין, לבעל רשיון, שהוענק על פי החוק, בתנאים הנקובים בסעיפים אלה. הוראות דומות קיימות אף בסעיפים 77 ואילך לחוק הדואר, התשמ"ו-1986.
265. לעניינו רלוונטיות אף הוראות סעיפים 7 ו-8 לחוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה) תשנ"ו-1996.

הסעיפים קובעים כי :

”7. תובענות לפי סעיף XX להסכם

(א) בית משפט לא ידון בתובענה נגד המדינה של מי שאינו ישראלי או תייר לישראל שעילתה מעשה או מחדל, חבות או התחייבות, שנעשו או שיסודן במסגרת תחומי האחריות או הכוחות שהועברו למועצה כמפורט בנספח III להסכם.

(ב) הוראת סעיף קטן (א) תחול גם על תובענה נגד מי שפעל מטעמה של המדינה, למעט בנסיבות שבהן לא היתה המדינה חבה כלפי התובע גם אלמלא הוראת סעיף קטן (א).

8. תחולת פרק ד'

האמור בסעיף 7 יחול גם על תובענה התלויה ועומדת בפני בית משפט ביום כניסתו לתוקף של חוק זה אלא אם כן הוחל בשמיעת ראיות בתובענה; הופסק הדיון בתובענה לפי סעיף זה רשאי בית המשפט להורות על החזרת כספי האגרה לתובע, כולם או מקצתם.”

סעיפים אלה נועדו למנוע הגשת תביעות נגד המדינה לגבי מעשים של המפקד הצבאי שבוצעו בתחומי אחריות, שהוקנו לו בעבר, ושהועברו לרשות הפלסטינית, במסגרת הסכם הביניים.

עתירות שהוגשו נגד חוקתיות סעיפים אלה נדחו את ידי בית המשפט הנכבד, מכיוון שהעותרים לא הוכיחו כי אינן יכולים לקבל סעד מבתי המשפט הפלסטיניים באזור. ראו לעניין זה :

בג”ץ 8787/96 עזבון המנוחה סמיח נאהד נ’ מדינת ישראל פ”ד נג(5) 577.

266. כל אחד מהסדרים אלה בא להתאים את כללי האחריות של דיני הנזיקין למעוולים מיוחדים, או לסיטואציות מיוחדות. התוצאה של הסדרים אלה היא צמצום האחריות הנזיקית, שלילתה, או תיעול חלק מהתביעות למסלולים אחרים של הטבת הנזק.
267. לפיכך, אין לומר שעצם תיחום האחריות הנזיקית הוא מעשה פסול מבחינה חוקתית, גם אם המשמעות היא שזק מסוים לא יזכה לפיצוי, או שמעשה מסוים לא יקים אחריות בנזיקין, או שיוקם עבורם מנגנון פיצוי חלופי, שלא דרך דיני הנזיקין. תיחום שכזה אינו פוגע בשלטון החוק או בעקרון הפרדת הרשויות.
- ככל עקרון, אף העקרונות עליהם מדברים העותרים הם עקרונות יחסיים. אף אותם ניתן להגביל לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, ואין לפסול אותם ללא בחינה חוקתית שלמה.
268. מטעם דומה, יש לדחות את הטענות בדבר פגיעה בעצמאות הרשות השופטת ובביקורת על מעשי המינהל. הביקורת על מעשי המינהל נותרת על מכונה, באמצעות שימוש בכללי המשפט המנהלי. הכוונת פעילותם של החיילים נעשית בעיקרה על ידי שימוש בכלים פליליים ומשמעתיים, שהינם יעילים יותר. לעניין זה נפסק כי :

”יש, כמובן, אינטרס ציבורי בקביעת סייגים על התנהגותו של החייל ובכפייתה עליו של דרך-פעולה מוגדרת שאיננה רשלנית, אולם דווקא לגבי חייל אין כל צורך בהרתעה הטמונה בדיני הנזיקין, כי לגבי מי שנתון למרותו של חוק השיפוט הצבאי, תשט”ו-1955, הונהגה מערכת כללים מפורטת ומסועפת, פלילית ומשמעית, בחוק ובפקודות הצבא, וזו מגדירה את המותר והאסור וקובעת סנקציות

להפרות. לא האיום בפיצויי נזיקין הוא המכשיר
האפקטיבי לכפיית התנהגות מוגדרת, אלא הסנקציה
הפלילית או המשמעתית, הפוגעת במי שמתחייב
במעשה האסור ואשר היא גם מיידית יותר וממילא גם
יעילה יותר."

ע"א 507/79 מוריס ראונדנאף (קורן) נ' אילנה חכים פ"ד לו(2), 757, 779.

מטעם זה אף אין לומר כי סייג לאחריות הנזיקית יביא להיעדר תמריץ להתנהגות ראויה מצדם של החיילים ורשויות המדינה. זאת בשל הכלים המשפטיים האחרים - הפליליים, המשמעתיים, והמינהליים, המונעים התנהגות זו, ומטילים סנקציות שונות על מי שאינם עומדים בתנאיהם.

269. אין לקבל גם את הטענה המונחת ביסוד טענות העותרים, כאילו המחוקק "אינו סומך" על בתי המשפט, ואינו מאפשר להם לפרש את הדין הקיים. תפקידו של המחוקק הוא לקבוע את ההסדרים המהותיים. תפקידם של בתי המשפט הוא לפסוק על פי הדין, שקבע המחוקק.

לכן, קביעת הסדר מהותי על ידי המחוקק, אינה חותרת תחת עקרון הפרדת הרשויות, אלא מגשימה אותו.

270. לסיכום, העותרים טוענים כי הוראות התיקון אינן עולות בקנה אחד עם עקרונות המדינה כמדינה דמוקרטית. בטענה זו אין ממש. יתירה מזו, כפי שהראינו, במתוקנות שבדמוקרטיה קיימות הוראות דומות. לכן, אף מטעם זה, לא ניתן לומר כי התיקון סותר ערכים דמוקרטיים.

על כן, התיקון עומד גם במבחן השני של פסקת ההגבלה.

4.3.1. תכליות התיקון הן תכליות ראויות

271. לעניין פרשנות הביטוי "תכלית ראויה", נפסק בעניין התנועה לאיכות השלטון כי:

50. היקף פריסתו של הדיבור "תכלית ראויה" נקבע על פי פרשנותו החוקתית. פרשנות זו מתמקדת בפגיעה בזכות האדם המוגנת. היא מבקשת ליתן תשובה לשאלה אם תכליתה של החקיקה מעניקה צידוק מספיק לפגיעה בזכות האדם. בחינה זו מתמודדת, בין השאר, עם שתי שאלות משנה: האחת, מהם מאפייניה של התכלית, המצדיקים פגיעה בזכות האדם; השנייה, מה מידת הצורך בהגשמתה, והאם יש בה כדי להצדיק פגיעה בזכות האדם.

ראו לעניין זה גם בג"ץ 6893/05 ח"כ לוי נ' ממשלת ישראל פ"ד נט(2) 876 בפסקה 15 לפסק הדין (להלן - עניין לוי).

272. לגבי מאפייניה של התכלית הראויה קבע הנשיא א' ברק, בעניין בנק מזרחי, כי:

"תכלית היא ראויה אם היא משרתת מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות אדם. על כן, חקיקה שנועדה להגן על זכויות אדם היא בוודאי תכלית ראויה. גם חקיקה שנועדה להשיג תכליות חברתיות כלליות, כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור, היא לתכלית ראויה."

בנק מזרחי הנ"ל בעמוד 434. ראו לאחרונה גם התנועה לאיכות השלטון, בפסקה 52 לפסק דינו של הנשיא א' ברק.

273. תכלית ראויה, לענייננו, היא תכלית המבקשת לקדם את אינטרס הציבור או לקדם תכלית חברתית אחרת. אולם בכך לא די. יש לבחון אף את הצורך בהגשמת אותה תכלית. ככל שהפגיעה בזכות החוקתית קשה יותר, כך יש להראות כי הצורך בהגשמת התכלית חזק יותר.

כך, במקרה של פגיעה קשה בזכות החוקתית, יש להראות כי התכלית משרתת "מטרה חברתית מהותית (substantial) או צורך חברתי לוחץ" (התנועה לאיכות השלטון בפסקה 53 לפסק דינו של הנשיא א' ברק).

ראו לעניין זה גם:

בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון פ"ד נג(5) 241, 273.
בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 258.
לוי הנ"ל, בפסקה 15 לפסק הדין.

274. לגבי התיקון, עמדתנו היא כי ספק הוא אם התיקון פוגע בכל זכות חוקתית, שאם כך הדבר, מובן כי אין מדובר בפגיעה קשה בזכות חוקתית, המחייבת תכלית המגשימה צורך חברתי מהותי.

מכל מקום בשאלה זו, אין צורך להכריע, שכל בכל מקרה, בפועל, התיקון אכן מגשים מטרה חברתית מהותית, ולכן עומד גם במבחן המחמיר ביותר, שנקבע לעמידה בתנאי של התכלית הראויה, כפי שנסביר עתה.

275. תכליתו העיקרית של התיקון, המצדיקה הגבלת תביעות המוגשות בגין נזקים הנגרמים באזור עימות, היא להתאים את דיני הנזיקין למאפיינים המיוחדים של המלחמה עם הפלסטינים. במסגרת זו מבקש התיקון גם למנוע תוצאה בלתי ראויה ובלתי צודקת, שלפיה תישא ישראל גם בנזקיהם של תושבים פלסטינים, מעבר לנשיאה בנזקים העצומים שנגרמו לצד הישראלי.

בנוסף, בכל האמור לנתיני אויב וחברי ארגון מחבלים, מבקש התיקון להגביל תביעותיהם כדי להכביד על האויב במלחמתו בישראל.

להלן, נבקש לנתח כל תכלית בנפרד.

1.1.3.1. תכלית התיקון הנוגעת לתיחום האחריות בגין נזק שנגרם באזור עימות

276. דיני הנזיקין בישראל, ובמרבית מדינות העולם, מבוססים על ההנחה שפיצוי על נזק שנגרם בעקבות פעולות לחימה מצוי מחוץ לתחומם של דיני הנזיקין הרגילים. לכן מוענק למדינה פטור בגין "פעולה מלחמתית". על הטעמים לכך הרחבנו בתחילת התגובה. לעניין זה נפסק כי:

9. "מהי התכלית המונחת ביסוד הפטור המוענק למדינה מאחריות בנזיקין בגין "פעולה מלחמתית" של הצבא? דומה שהגישה הינה, כי פעולות מלחמתיות הגורמות נזק לפרט, אינן צריכות להיות מוכרעות על ידי דיני הנזיקין הרגילים. הטעם לכך הוא כי פעולות מלחמתיות יוצרות סיכונים מיוחדים אשר הטיפול בהם צריך להיות מחוץ לגדריה של האחריות הנזיקית הרגילה. הסיכון הוא מיוחד מבחינת יוצר הסיכון (איש הצבא המבצע פעולה מלחמתית, המתכנן אותה והמדינה השולחת אותו למשימותיו); הסיכון הוא מיוחד מבחינת הניזוק (בין אם הוא "אוהב" ובין אם הוא "אויב"), והסיכון הוא מיוחד מבחינת היקף הנזק. התפישה הינה כי דיני הנזיקין הרגילים אינם מתאימים להסדרתו של סיכון מיוחד זה. חוסר התאמה זה נובע מעצם מהותם של דיני הנזיקין העוסקים בחלוקת סיכונים בגין פעולות מזיקות בחיי היומיום של אדם במדינתו. אין הם מתאימים כאשר

הסיכון בפניו ניצבים הפרט והכלל הוא חריג ויוצא דופן. פעולות מלחמתיות יוצרות, מעצם טיבן וטבען סיכונים, אשר מערכת הדינים ה"שיגרתיים" לא נועדה להתמודד עמם. המטרות המונחות ביסוד דיני הנזיקין הרגילים, אינן חלות כאשר הנזק נובע מפעולה מלחמתית שהמדינה מנהלת כנגד אויביה (ראו דברי השופט ריינהארט *Koochi v. U.S.*, 976 F. 2d 1328, בפרשת Reinhardt) 1334 הדרך הראויה לפתור את בעיית הפיצוי בגין הנזק שפעולות לחימה גורמת הינה הסדר מיוחד - מחוץ לגדר דיני הנזיקין הרגילים - אשר יוכל להשקיף על התמונה הכוללת, ואשר יוכל לפזר את הסיכון בהתחשב באופיה המיוחד של הפעילות, ותוך התחשבות בהסכמים הבינלאומיים אשר המדינה כרתה (אם ישנם כאלה). ודוק: הגישה אינה כי "פעולה מלחמתית" היא מחוץ לתחומי המשפט. הגישה הינה כי בעיית האחריות האזרחית בגין פעולות מלחמתיות צריכה להיקבע מחוץ לדיני הנזיקין הקלאסיים."

ע"א 5964/92 ג'מאל קאסם בני עודה ו-3 אח' נ' מדינת ישראל פ"ד נו(4) 1, 6.

277. הכלל המוציא את נזקי המלחמה מתחום דיני הנזיקין הוא הסדר כללי. הוא חל הן לגבי אזרחי המדינה, הן לגבי אויביה, והן לגבי מי שמצויים תחת תפיסה לוחמתית של המדינה.
278. לצד הסדר זה קיים הסדר אחר, המעוגן במשפט הפנימי של מדינות רבות, ולפיו נתיני אויב אינם יכולים לתבוע את מדינת האויב במהלך המלחמה.
- במלחמה כל צד נושא בנזקיו, ובתום המלחמה מוסדר עניין הפיצויים במסגרת הסדר בין המדינות. פיצוי נזיקי במהלך המלחמה נתפס אף כסיוע לכלכלת האויב. הסדר זה נהג גם בישראל.
279. ההסדרים לגבי תביעות אויב לא חלו על הפלסטינים, המתגוררים בשטחים המוחזקים. אלה תבעו את המדינה על נזקיהם, בהתאם לדין הישראלי.
280. אולם, פרוץ העימות המזוין המחיש באופן חד וברור כי דיני הנזיקין במתכונתם הנוכחית אינם מתאימים לטיפול בנזקים הנגרמים במהלך סוג זה של עימות. מאפייני עימות זה הם ייחודיים ולכן דרשו התייחסות חקיקתית מיוחדת. בעניין זה הרחבנו לעיל בפרק א', ואנו מפנים לכל האמור שם. נבקש לחזור רק על עיקרי הדברים, ולהוסיף כמה התייחסויות:
- ראשית**, העימות הנוכחי הוא מלחמת טרור. זו מתבצעת מתוך שטחים אזרחיים, בחסות האוכלוסייה המקומית, ובמקרים רבים בתמיכתה של האוכלוסייה המקומית. אין מדובר במלחמה ממוקדת בין שני צבאות עם קו חזית ברור. היא מורכבת מרצף של אירועים מלחמתיים. חיבור האירועים מצביע על מלחמה כוללת. המחוקק ביקש אפוא להחיל על אירועים אלה דינים של מלחמה כוללת, ללא בחינה של אירוע בודד כזה או אחר, בהתאם לדיני הנזיקין.
- שנית**, המלחמה מתנהלת, בעיקרה, מתוך שטחים, הנמצאים בשליטתה החלקית או המלאה של הרשות הפלסטינית. לו היתה הרשות מדינה, ניתן להניח כי היתה, על פי מהלך הדברים הרגיל, מדינת אויב. לו ניתן היה לראות ברשות מדינת אויב, ניתן היה להחיל עליה את הכללים הרגילים, החלים על תביעות מצד נתיני אויב. אולם מכיוון שאין הדבר כך, היה צורך במציאת הסדר חקיקתי ייחודי. הסדר זה צריך להביא בחשבון את מערכת היחסים הייחודית עם תושבי הרשות.
281. החלת דיני הנזיקין, ללא התחשבות במאפיינים הייחודיים של הלחימה בשטחים, יצרה תוצאות, שאינן ראויות, וזאת במספר היבטים:
- ראשית**, מדינת ישראל, הצד המתגונן מול מתקפת הטרור, נאלצה לשאת במימון הוצאות המלחמה, וכן במימון כלל הפיצויים הנזיקיים; הן פיצויים לעוולות שנגרמו לאזרחיה

וחייליה, והן נזקים כתוצאה מעוולות, שביצעו רשויות המדינה וחייליה כלפי תושבי הרשות. זאת מכיוון שהרשות מתנערת מכל אחריות לטרור היוצא משטחה, ולתושבי ישראל אין כל אפשרות לתבוע בבתי המשפט של הרשות הפלסטינית. תוצאה זו אינה ראויה.

העותרים מדברים רבות על כך שכל מטרתה של הוראה זו היא כלכלית, דהיינו חסכון בכסף. אכן, אין לזלזל בעלות הכספית של המלחמה. אולם אין מדובר בשיקול כלכלי בלבד, אלא בראש ובראשונה בשיקול ערכי. **אין זה ראוי שהצד המותקף יאלץ לשאת בכל ההיבטים הנזיקיים של המלחמה.**

ראוי כי הרשות, ככל ישות מדינית בעלת סמכויות, תתכבד ותדאג לתושביה, כפי כעושה ישראל. זוהי חובתה של הרשות כלפי תושביה, וכן חובתה על פי ההסכמים עם ישראל. הסדר הדדי של התביעות, מקומו בהסדר הקבע של הסכסוך, כפי שנהוג במשפט הבינלאומי.

ואכן, כפי שהראינו לעיל, במובנים רבים הרשות הפלסטינית אכן עושה זאת. היא מפצה תושבים שלה שנפגעו במהלך העימות. כך ראוי. לא ניתן להתעלם מכך ולדרוש כי ישראל דווקא תפצה אותם בנוזיקין.

שנית, מכיוון שדיני הנזיקין כלל אינם מתאימים להחלה בזמן עימות מזוין, ניהול התביעות מצדה של המדינה קשה ביותר. על פי הדין שהיה קיים עד לתיקון, העלאת טענת הסייג לאחריות מפני נזק שנגרם ב"פעולה מלחמתית" היא טענת הגנה מצדה של המדינה.

אלא שבנסיבות העניין, הוכחת טענה זו מעלה קושי רב, אף לאחר ההסדרים שבתיקון 4 לחוק. במקרים רבים לא ניתן לאתר את החיילים שפעלו בשטח, בשל ריבוי הכוחות והאירועים; השטח בו מתבצעת הלחימה הוא שטח עוין, ולכן לא ניתן להגיע אליו, לשם בירור העניין וביצוע בדיקות בשטח; העדים לאירוע אף הם תושבי השטח העוין, ולכן לא ניתן להגיע לעדים, או לברר מהימנות של רישומים רפואיים; החיילים שפעלו בשטח אינם יכולים לזכור אירוע נתון בתוך רצף לחימה כולל; תביעות מסוימות מתייחסות לאירועים בהם פעל צה"ל על בסיס מידע מודיעיני, לכן לא ניתן לחשוף מידע זה, על מנת להוכיח את טענת המדינה; וכו'.

מלבד הגדלת הסיכון לתביעות כזב, כחלק מהלחימה בישראל, מדגימים קשיים אלה את חוסר ההתאמה של הדינים לסיטואציה שבה נתונה מדינת ישראל. גם מטעמים אלה נחוץ היה התיקון כדי ליצור תוצאה הוגנת והולמת יותר.

שלישית, העימות המזוין מחייב את צה"ל לנקוט באמצעים רבים, שלא ניתן לקשור אותם לאירוע לחימתי כזה או אחר. אולם בראייה רחבה מדובר במהלכים שהם חלק אינטגרלי מפעולות הלחימה. מדובר על פעולות כמו חישוף שטחים, במטרה למנוע ירי משטחים נסתרים, הריסת מבנים מטעמים דומים, פעולות מודיעיניות שונות וכו'.

בחינה נקודתית של אירועים אלה, על פי הדין, שקדם לתיקון, אינה מאפשרת לבחון את המלחמה בהיבט הרחב שלה.

282. התאמת הדין נעשתה באמצעות קביעת הסדר לגבי תביעות שמקורן באזור עימות. הסדר זה קבע היעדר אחריות בנוזיקין, ולצדו חריגים, כפי שהסברנו לעיל.

283. לטעמנו, התכלית של התאמת דיני הנזיקין למציאות הנוכחית, ומניעת כל העיוותים שפורטו לעיל, היא תכלית ראויה, המשרתת אינטרס ציבור מהותי.

2.1.3.1. תכלית התיקון הנוגעת לתיחום האחריות כלפי נתיני אויב וחברי ארגון מחבלים

284. הטעמים שהבאנו לגבי תכליות התיקון לגבי אזורי העימות, נכונים אף לגבי תביעות של נתיני אויב וחברי ארגון מחבלים, שנפגעו במהלך העימות. הדברים נכונים הן לגבי אי התאמת דיני הנזיקין למציאות של עימות מזוין, והן לגבי העיקרון של כל צד נושא בנוזיקין.

אולם לצד אלה קיימת תכלית נוספת, והיא מניעת סיוע לאויב במלחמה. כפי שהראינו, במשפט המקובל קיים כלל עתיק יומין, המונע הגשת תביעות מצדם של נתיני אויב. זהו

צעד שהוא אחד מהצעדים בהם נוקטת המדינה, במטרה למנוע העברת כספים מהמדינה לאויביה, שעלולים לסייע לאויב במלחמה.

ההסדר שנקבע בתיקון לגבי נתיני אויב וחברי ארגון מחבלים מאמץ את הכלל בחקיקה ראשית. הוא מהווה הסדר משלים לאיסור על סחר עם האויב, הקבוע כבר כיום בחקיקה הישראלית, האוסר על העברת כספים לאויב, מתוך חשש כי כספים אלה ישמשו את מכונת המלחמה של מדינת האויב. טעמים אלה נכונים אף כלפי חברים בארגון מחבלים, שאף הם יכולים להסתייע בכספי הפיצויים לשם פגיעה חוזרת בתושבי ישראל.

לטעמנו, תיחום האחריות הנזיקית גם לגבי נתיני אויב וחברים בארגון מחבלים משרת תכלית ראויה.

למעשה, טעם זה רלוונטי גם לגבי הגבלת תביעות המוגשות בגין נזק שנגרם באזור עימות על ידי הישות העוינת. ביתר שאת נכון הוא לגבי תביעות המוגשות על ידי נתיני אויב וחברי ארגון מחבלים.

285. לסיכום, התיקון על שני חלקיו, עומד אף בתנאי זה של פסקת ההגבלה, מכיוון שהוא משרת תכליות ראויות.

3.1. ההסדרים בתיקון הם הסדרים מידתיים

3.1.1. כללי

286. התנאי האחרון בפסקת ההגבלה דורש, כי הפגיעה בזכות תהיה "במידה שאינה עולה על הנדרש". זהו תנאי של מידתיות. אין די בכך, שהתכלית היא ראויה. יש להגשימה באמצעים ראויים.

287. הפסיקה בישראל אימצה שלושה מבחני משנה לבחינת עמידת החוק בתנאי זה. לעניין מבחנים אלה נפסק **בעניין התנועה לאיכות השלטון** כי:

"58. מבחן המשנה הראשון למידתיות הפגיעה הוא "מבחן ההתאמה" או מבחן "הקשר הרציונלי". על פי מבחן זה נדרש קשר של התאמה בין המטרה לאמצעי. האמצעי צריך להיות גזור להשגת המטרה... אין הכרח כי יהא אמצעי אחד בלבד המגשים את התכלית הראויה. יתכנו לעתים מספר אמצעים שיש ביניהם ובין המטרה קשר רציונלי. זאת ועוד: לא נדרש כי האמצעי שנבחר יגשים באופן מוחלט וודאי את המטרה. "די במידה נאותה של הסתברות כי הפעולה הפוגעת בזכות או באינטרס המוגן תתרום במידה סבירה להשגת התכלית" (דורנר, מידתיות, עמ' 289)..."

59. מבחן המשנה השני למידתיות הפגיעה הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. זהו מבחן של צורך. "האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה..." "על המחוקק להתחיל ב'מדרגה' הפוגעת פחות, ולעלות אט אט בגרם המדרגות עד שהוא מגיע לאותה מדרגה אשר במסגרתה התכלית הראויה מושגת בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכות האדם..." אכן, ביסוד מבחן משנה זה עומדת התפיסה כי החוק הפוגע לא יפגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש להשגתה של התכלית הראויה..."

60. מבחן המשנה השלישי למידתיות הפגיעה הוא מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות "במובן הצר"). הוא בוחן את היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת

התכלית הראויה לבין היקף הפגיעה בזכות החוקתית.

זהו מבחן הבוחן את תוצאותיה של החקיקה. הוא מתמקד באפקט שיש לה על זכות האדם החוקתית... בחינה זו היא בעלת אופי ערכי. היא מבוססת על עקרונות של איזון. היא מבטאת תפיסה של סבירות... היא בוחנת את היחס שבין התועלת (בהגשמת התכלית הראויה) לבין הנזק (הפגיעה בזכויות האדם)..

61. שלושת מבחני המשנה של המידתיות אינם מובילים תמיד לפתרון אחד ויחיד. לעתים ישנן מספר דרכים שבהן ניתן לצאת ידי חובת המידתיות. נוצר מעין "מיתחם הגבלה" הדומה למיתחם הסבירות. ההכרעה בין האפשרויות בתוככי המיתחם נתונה למחוקק. עומד לרשותו "מיתחם של התחשבות" (הדגשות הוספו)

288. נבחן עתה את עמידת התיקון בכל אחד ממבחני המשנה.

ו.3.ה.2. התיקון עומד במבחן המשנה הראשון – התאמה בין מטרה לאמצעי

289. מבחן המשנה הראשון דורש התאמה בין המטרה לאמצעי. זיהינו, התאמה בין התכלית הראויה, לבין האמצעי שנבחר להגשמתה.

290. עיקר הטענות בעתירה מופנה כלפי ההסדר הנוגעת לאזורי העימות, ולכן בהסדר זה נפתח. לאחר מכן נתייחס אף להסדר של נתיני אויב וחברים בארגון מחבלים.

291. התכלית העיקרית של התיקון היא להתאים את דיני הנזיקין למצב של עימות מזוין, ולהוציא מתחום דיני הנזיקין נזקים, שנגרמו במהלך המלחמה, שאינם מתאימים לביורר נזיקי. התיקון אף מבקש להגשים את העיקרון, על פיו במהלך העימות כל צד נושא בנזקיו.

תיחום העימות "לאיזורי עימות" וסיוג האחריות בנזיקין באזורים אלה, משיגים מטרה זו.

ההסדר החקיקתי מאפשר לבודד אותם מקרים קשורים לאירועי העימות, הנבחנים בראייה כוללת, ומותיר מחוץ לתחומו את אותם מקרים שאינם קשורים לעימות.

התיקון מאפשר להתגבר על הקשיים הערכיים והמעשיים, שנבעו משימוש בדיני הנזיקין למצבי לחימה:

ראשית, הוא מגשים את העיקרון, על פיו כל צד למלחמה נושא בנזקיו, ומעביר את האחריות לטיפול בתושבי הרשות לרשות עצמה.

שנית, מגשים התיקון את העיקרון לפיו נזקים שאירעו במהלך העימות ייבחנו שלא על פי דיני הנזיקין.

שלישית, התיקון מאפשר להתגבר על הקושי האינהרנטי לבסס, מבחינה ראייתית, טענת הגנה של פעולה מלחמתית.

292. כאמור, לצד ההסדר לעיל, קובע התיקון גם הסדר לגבי תביעות של נתיני מדינת אויב וחברי ארגון מחבלים.

לצד התכליות הכלליות של התיקון, מבקש ההסדר האמור למנוע סיוע כלכלי לאויב, אשר יופנה כלפי המאמץ המלחמתי כלפי ישראל.

ההסדר הקיים מגשים תכליות אלה, בכך שהוא מונע את נתיני האויב וחברי ארגוני הטרור מלתבוע בישראל בנזיקין. בכך נמנע הסיוע לאויב ונשמר גם העיקרון לפיו כל צד נושא בנזקיו.

הוראה זו מגשימה בנוסף גם את העיקרון הכללי של התיקון, בדבר אי ההתאמה של דיני הניזקין לטיפול בנזקי המלחמה..

293. בכך, מגשים התיקון את מבחן המשנה הראשון של עקרון המידתיות.

1.3.ה.3. התיקון עומד במבחן המשנה השני – האמצעי שפגיעתו פחותה

1.3.ה.3.א. כללי

294. מבחן המשנה השני דורש, כי החוק הפוגע לא יפגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש להשגתה של התכלית הראויה.

השימוש במבחן זה יכול להביא לעיתים לפסילת כלל המגביל בצורה גורפת זכות יסוד, ולהעדיף על פניו הסדר, המבוסס על בחינה אינדיבידואלית של מקרים פרטניים. עם זאת, מבחן משנה זה אינו פוסל, קטגורית, הסדר גורף. יש לבחון את ההסדר לגופו, על מנת להראות אם רק הסדר גורף יכול להגשים את התכלית הראויה, אם לאו.

ראו לעניין זה עניין **עדאלה** בפסקה 69 ואילך לפסק דינו של הנשיא א' ברק.

295. ההלכה מוסיפה וקובעת, כי גם הסדר רחב, המגביל זכות יסוד אינו מיתר את הצורך בקביעת מנגנון של חריגים. לעניין זה נפסק כי:

"אף במקרים בהם לא יהיה אמצעי אלטרנטיבי להגבלה גורפת של זכויות, הרי שהצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה עשוי לחייב קביעת מנגנון אשר יאפשר חריגים להסדר הגורף, כגון חריגים הומניטריים. הטעם לכך הוא שגם כאשר אין מנוס, לצורך השגת התכלית הראויה, מהגבלה גורפת של זכויות, תיתכנה נסיבות בהן, מחד גיסא, הפגיעה בזכות תהיה קשה במיוחד, ומאידך גיסא, לא יהיה בהגנה חריגה על הזכות כדי לפגוע בהגשמתה של התכלית הראויה. יצירתו של מנגנון חריגים נועד ליתן מענה לנסיבות אשר כאלה. מנגנון החריגים עשוי לצמצם את פגיעתו של החוק בזכויות, וזאת מבלי לפגוע בהגשמתה של התכלית הראויה. לפיכך, יצירתו של מנגנון כזה מתבקשת ממבחן המשנה השני שעניינו הבחירה באמצעי שפגיעתו פחותה."

עניין **עדאלה**, בפסקה 72 לפסק דינו של הנשיא א' ברק

296. לטעמנו, לא ניתן לראות בתיקון כקובע כלל גורף. זאת מכיוון שלצד הכלל קבע התיקון מספר חריגים, המביאים את ההסדר לעמידה גם במבחן המשנה השני, כפי שנסביר להלן.

1.3.ה.3.ב. תביעות לגבי נזק שנגרם באזור עימות

297. בכל האמור לנזקים שנגרמו באזור עימות קובע החוק מספר הקלות לכלל הרחב בדבר אי אחריות בנזיקין. תכליתן של הקלות אלה משולשת – ראשית, להוציא מתחולת התיקון מקרים פרטניים, שבירורם אינו פוגע בתכלית הראויה של התיקון; שנית, להוציא מתחולת התיקון מקרים חמורים, אשר אין זה ראוי שלא לפצות עבורם. שלישית, לאפשר מתן מענה לסוגיות הומניטאריות.

298. **ההקלה הראשונה**, לעקרון הקבוע בתיקון, היא בכך שתחולתו מותנית בקיומו של "עימות", ובכך שכוחות צה"ל פעלו באזור במסגרת העימות. מעצם טבעה של ההגדרה, היא קובעת תחולה ארעית של התיקון, ולא תחולה קבועה. בהיעדר עימות, אין תחולה לתיקון. לעניין ההשפעה של זמניות הנורמה על חוקתיותה, ראו:

בג"צ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת** פ"ד נ(3) 485, 494.

בג"צ 726/94 **כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר** פ"ד מח(5) 441, 486.

בג"ץ 24/01 **רסלר נ' כנסת ישראל** פ"ד נו(2) 699.

299. **ההקלה השנייה** לעיקרון הקבוע בתיקון מצויה בכך שהמחוקק דרש כי ייקבע מנגנון של הגדרת אזורי העימות, ולא החיל את התיקון על כלל האזור בכל עת.

סעיף 5(ג) לחוק קובע, כי הכרזה על אזור עימות חייבת להיות תחומה **בזמן ובמקום**. לא ניתן, אפוא, לקבוע אזור עימות באופן גורף ורחב, ללא תשתית עובדתית תומכת.

כפי שהסברנו בפרק על יישום החוק, להכרזה על אזורי עימות קדמה עבודת מטה ממושכת ויסודית, שתכליתה למפות את כל האזורים ואת כל המועדים בהם פעלו או שהו כוחות הביטחון באזורים מסוימים במהלך העימות, ואשר בהם התקיים עימות בפועל.

המודל על פיו נקבעו אזורי העימות, נבנה על בסיס הנחות יסוד מצמצמות, הן לגבי החלוקה הגיאוגרפית, והן לגבי אופי הפעילות באזור נתון. כך, לא כל פעילות מבצעית של צה"ל הובאה בחשבון בעת קביעת האזורים, ואף הגדרת הפעילות העוינת הרלוונטית נקבעה בצמצום.

אכן, בשל ההיקף הנרחב של המלחמה, חלקים נרחבים מאיו"ש ואזח"ע הוכרזו כאזורי עימות לפרקי זמן ארוכים יחסית. אולם אין מדובר בקביעה גורפת וכללית, אלא בהכרזה על בסיס ניתוח פרטני ומדוקדק.

300. **ההקלה השלישית** עולה מהטכניקה החקיקתית של התיקון. כאמור, לצד העיקרון הרחב של היעדר אחריות נזיקית, קבע התיקון מספר חריגים לכלל הרחב, הקבועים בתוספת השנייה לחוק.

מדובר בתוספת "נושמת", אשר מאפשרת להוסיף קטגוריות נוספות של חריגים לכלל הרחב. שינוי התוספת יכול להיעשות בהחלטה של שר הביטחון, בהתייעצות עם שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת. ראו לעניין זה סעיף 5ד' לחוק.

החריג הראשון בתוספת עוסק בתביעה, שעילתה במעשה, שבגיני הורשע איש כוחות הביטחון בעבירה בפסק דין חלוט. חריג זה נובע מחומרת המעשה שהביא לנזק. במקרים מעין אלה מבקש המחוקק להותיר את הסעד הנזיקי על כנו. בכך מבקש המחוקק להדגיש כי פעולות הלחימה אינן יכולות לשמש מסווה לפעולות אסורות על פי הדין הישראלי. יתר על כן, ההנחה היא כי מעשה הכרוך בעבירה פלילית, לא נדרש לפעולות הלחימה, ואינו מהווה חלק ממנה.

בנוסף, משעה שאדם הורשע בגין אירוע מסוים, ידוע מה היה הרקע למקרה, ומה היו הראיות לגביו. לפיכך, ככלל, אין קושי מעשי באיסוף המידע לגבי אירוע זה.

החריג השני נוגע לנזק שנגרם במשמורת, לגבי מי שלא חזר להיות מעורב בפעילות טרור, לאחר שחרורו. גם במקרה זה הנזק לא ארע אגב העימות, ובמקום שאינו נמצא בשליטה אפקטיבית של ישראל. חריג זה אינו חל על מי שחזר לפעילות טרור לאחר שחרורו, שכן אין להעניק סעד כספי, למי שמבקש לערער על זכות קיומה של המדינה, ולמי שיש חשש כי יעשה שימוש בפיצוי לשם פגיעה בתושבי ישראל.

החריג השלישי נוגע לפיצוי בשל נזק, שגרם המינהל האזרחי. גם כאן מדובר בנזק שאינו קשור באופן ישיר לעימות, מכיוון שהמינהל האזרחי אינו פועל, ככלל, במסגרת העימות, אלא בעיקר בהיבטים האזרחיים של ניהול השטח.

החריג הרביעי והחמישי עוסקים בנזקים שנגרמו אגב תאונת דרכים בה היה מעורב רכב של כוחות הביטחון. ככלל, תאונת דרכים, אשר גרמה לנזק לגוף או לרכוש, איננה אירוע, הקשור לעימות. לפיכך אין לסייג את אחריות המדינה בנזיקין לגביה. לעומת זאת, אם התאונה ארעה במהלך פעילות מבצעית או במהלך פעילות עוינת של הנפגע, חריג זה לא יחול.

עם זאת, מחובתו של התובע לספק מידע לגבי הרכב הפוגע. בשל אופי העימות ומספרם הרב של כלי הרכב הצבאיים הנעים באזור, לא ניתן, בדרך כלל, לברר את זהות הרכב הפוגע, בשלב הגשת התביעה או מתן ההודעה. אי לכך, לרוב, לא יכולה המדינה לברר האם מדובר בנזק, שנגרם על ידי כלי רכב צבאי, ואם כן, האם מדובר ברכב שהיה במהלך

פעילות מבצעית, שאז ראוי להחיל לגביו את החרג. לכן, על התובע להצביע על מספר הרישוי של כלי הרכב או על זהות הפוגע, על מנת שניתן יהיה לנסות ולברר את נסיבות המקרה.

301. נשוב ונדגיש כי מדובר ברשימה פתוחה. לכן, אם יתברר כי קיימות קטגוריות נוספות של מקרים, שאינם קשורים באופן ישיר ללחימה, או כי אין זה ראוי שיוצאו מתחולת דיני הניזקין, ניתן יהיה להרחיב את התוספת.

302. **ההקלה הרביעית לעקרון שבחוק**, היא המנגנון המנהלי לתשלום, על פי החלטת ועדה, הפועלת לפני משורת הדין, בהתאם להסדר הקבוע בסעיף 5(ג) לחוק.

נעיר, כי ההסדר של תיחום האחריות הניזקית, והקמת מנגנון מינהלי של תשלום לפני משורת הדין, נוהג גם בארצות הברית. בשיטת המשפט הישראלית מדובר בהסדר חריג.

על פי התקנות, הועדה, הקבועה בחוק, מוסמכת להעניק תשלומים לפני משורת הדין, בנסיבות הקבועות בתקנות, במקרים בהם נהרג תושב אזור עימות או נפגע פגיעה גופנית קשה. זהו החרג ההומניטארי.

בנוסף, במקרים אחרים, כולל לגבי נזקי רכוש שאינם קלי ערך, הוסמכה הועדה להעניק תשלומים כאמור, אם הפגיעה נגרמה כתוצאה מעבירה משמעתית, או בנסיבות בהן קיימות ראיות מינהליות לקיומה של עבירה, אך לא הושגה לגביה הרשעה פלילית.

303. אלו הן ארבע ההקלות שקבע התיקון עצמו לצורך ריכוך הכלל הרחב שנקבע בו. הקלות אלה יוצרות איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים, ובחינתן המצטברת מובילה בבירור למסקנה שהפגיעה שפוגע התיקון עומדת במבחן המשנה השני של המידתיות.

304. עד כה סקרנו את ההקלות בדין הישראלי, אולם יש לזכור כי מעבר לכך, לצד הדין הישראלי, קיימים ההסדרים הפלסטיניים, המפצים, לעיתים קרובות, את נפגעי המלחמה. על הסדרים אלה עמדנו לעיל, ולסקירתם בהרחבה אנו מפנים לחוות הדעת שצורפה כנספח מ/ש6 לתגובה.

אכן, ייתכן כי הפיצוי לו זוכים הנפגעים מן הרשות הפלסטינית אינו שווה לתשלומים שמקבלים הישראלים, או לפיצויים שיתקבלו בעקבות התביעה הניזקית. אולם בעניין זה אין להלן על ישראל. מדינת ישראל לא התערבה בקביעת ההסדרים החוקיים ברשות, ואין לה קשר אליהם. לכן אם הרשות מעדיפה לקבוע סדר עדיפויות מעוות, ולהעביר כספיה לטובת ארגון החמאס או לסיוע לאסירים, היושבים בכלא הישראלי, ולבני משפחותיהם, על חשבון נפגעי המלחמה, אין לנפגעים להלן אלא על ממשלתם.

ו.3.ה.ג. תביעת נתיני אויב וחברים בארגון מחבלים

305. לצד ההסדר בדבר נזק שנגרם באזור עימות קיים ההסדר לגבי נתיני אויב וחברים בארגון מחבלים. מדובר בהסדר רחב מזה שנקבע לגבי אזורי העימות. זאת בשל ההבחנה בין התכליות של הסדרים אלה. בכל האמור לנתיני אויב וחברים בארגון מחבלים קיים החשש הנוסף כי אלה יעשו שימוש בכסף הישראלי לשם פגיעה בתושבי ישראל, וכי כסף זה יקל על האויב במלחמתו בישראל.

306. למרות האמור, קיימות גם לגבי הסדר זה הקלות:

ההקלה הראשונה היא אי תחולת התיקון לגבי נתיני אויב, השוהים בישראל כדין, כקבוע בסעיף 5'ב לחוק.

ההקלה השנייה נקובה בתוספת הראשונה. תפקידה של תוספת זו לכלול חריגים לכלל הקבוע בסעיף 5'ב(א) לחוק, הקובע כי המדינה אינה אחראית בניזקין לנזק שנגרם לנתיני אויב, או לחבר בארגון מחבלים.

כיום מונה התוספת חריג אחד, הנוגע לנזק שנגרם במהלך שהות במשמורת ישראלית, ובתנאי שהנפגע לא חזר לפעילות נגד מדינת ישראל במסגרת ארגון מחבלים. אף במקרה זה, מבקש החרג להותיר על כנה את אחריות המדינה בניזקין על מעשים במתקני משמורת, בשל האחריות המוגברת המוטלת על המדינה במצבים אלה. עם זאת, המחוקק

סבר, כי אין מקום לפצות את מי שבעת ניהול התביעה אינו במשמורת, אם הוא שב לסורו, ומבקש אף לפגוע בקיומה של מדינת ישראל. במקרה זה שב ומתעורר הרציונל של התיקון, המבקש למנוע סיוע לאויב במלחמתו בישראל.

1.3.ה.3.1. סיכום מבחן המשנה השני של המידתיות

307. לסיכום, הראינו כי לסייגים לאחריות בנוזיקין שקבע התיקון קיימים מספר חריגים. חלק מן החריגים וההקלות מבוססים על הסדרים גמישים, המאפשרים להתאים את ההסדר, כך שפגיעתו, אם בכלל, לא תהא מעבר לנדרש.
308. יחד עם זאת, גם אם נקבל כי מדובר בהסדר רחב כולל, מדובר בהסדר מחויב המציאות. זאת מכיוון שבירור פרטני של תביעות על נזקי מלחמה אינו מתאים לדיני הנוזיקין, כפי שהסברנו בתחילת התגובה בפרק התיאורטי, וכן בנייתו תכלית החקיקה.
- על כן, רק הסדר כולל יכול להגשים את התכלית הראויה. כפי שהסביר הנשיא א' ברק בעניין בני עודה:

הדרך הראויה לפתור את בעיית הפיצוי בגין הנזק שפעולות לחימה גורמת הינה הסדר מיוחד - מחוץ לגדר דיני הנוזיקין הרגילים - אשר יוכל להשקיף על התמונה הכוללת, ואשר יוכל לפזר את הסיכון בהתחשב באופיה המיוחד של הפעילות, ותוך התחשבות בהסכמים הבינלאומיים אשר המדינה כרתה (אם ישנם כאלה). ודוק: הגישה אינה כי "פעולה מלחמתית" היא מחוץ לתחומי המשפט. הגישה הינה כי בעיית האחריות האזרחית בגין פעולות מלחמתיות צריכה להיקבע מחוץ לדיני הנוזיקין הקלאסיים." (עמוד 7). (הדגשה הוספה).

309. בהקשר זה נטען בעתירות גם כי, לכאורה, אין בתיקון זה כל צורך מכיוון שניתן להגשים את תכלית החקיקה במלואה, באמצעות תיקון מס' 4, שקדם לתיקון מס' 7 לחוק. לטעמנו, אין לקבל טענה זו:

ראשית, תיקון מס' 4 הוא תיקון שהוכן על רקע האינתיפדה, שפרצה בשנת 1987. הצעת החוק של תיקון מס' 4 הוגשה עוד לפני פרוץ העימות המזוין בשנת 2000, והיא כלל לא נועדה לתת מענה לייחודיות של העימות המזוין עם הפלסטינים.

ואכן, גם בפועל, תיקון מס' 4 אינו נותן מענה לעימות המזוין. הדבר בא לידי ביטוי בכך שתיקון מס' 4 הוא תיקון מצומצם. הוא מטפל בעיקר בהיבט ה**טכני-פרוצדוראלי** של תביעות, שנגרמו באזור. תיקון זה מביט על הנזקים מתוך דיני הנוזיקין. לעומת זאת תיקון מס' 7 הוא תיקון מהותי.

תכליתו של תיקון מס' 7 שונה מתכליתו של תיקון מס' 4. התיקון מבקש להוציא את נזקי המלחמה מתחום דיני הנוזיקין, ולא להתאים את דיני הנוזיקין לנזקי מלחמה. תכליתו של התיקון היא בעיקרה ערכית. היא שונה לחלוטין מתכליתו של תיקון מס' 4. לכן לא ניתן להסתפק בתיקון 4 בלבד.

שנית, תיקון מס' 4 אינו עוסק כלל בתביעות של נתיני אויב ובתביעות של חברי ארגון מחבלים, ולכן אף מטעם זה לא ניתן להסתפק בתיקון מס' 4.

310. על כן, הוראות התיקון עומדות גם בתנאי המשנה השני של עקרון המידתיות.

1.3.ה.4. התיקון עומד במבחן המשנה השלישי – קיום יחס ראוי בין התועלת לבין הפגיעה החוקתית

311. מבחן המשנה השלישי למידתיות הפגיעה הוא "מבחן האמצעי המידתי" או "מבחן המידתיות במובן הצר". מבחן זה בוחן את היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכליות הראויה לבין הפגיעה בזכות החוקתית. זהו מבחן של איזון ושל סבירות.

312. במקרה שלפנינו התועלת שבתיקון היא תועלת משמעותית ביותר. התיקון מחזיר את האיזון לדיני הנזיקין, ומתאים אותם לנסיבות החדשות של המלחמה. הוא מעגן קביעות ערכיות ופותר קשיים מעשיים ביישום הדין הקיים. הוא מעגן את העיקרון לפיו בעת עימות כל צד נושא בנזקיו, ומונע את התוצאה, הקיימת כיום, שבה ישראל נאלצת לשאת בנטל כפול של תביעות בגין נזקי המלחמה, הן של תושביה והן של תושבי הרשות הפלסטינית.

התיקון אף מונע את ניצול הדין הישראלי לצורך קבלת כספים, שעלולים לשמש במלחמה נגד ישראל.

313. מנגד, הנזק שייגרם כתוצאה מתיקון זה אינו רחב היקף, כפי שמנסים העותרים לטעון. יש לזכור כי גם על פי הדין הקיים, קיימים תנאים התוחמים את הסעד הנזיקי של תושבי מדינות אויב ותושבי אזור עימות, וממילא תחימות אלה מצמצמות את הנזק שיגרם להם התיקון.

ראשית, לגבי תביעות של נתיני אויב, וחברי ארגון מחבלים שהם נתיני מדינות אויב, גם על פי הדין הקיים כיום, הם מנועים מלהגיש תביעות. בכל מקרה, המקרים בהם הוגשו תביעות על ידי נתיני אויב בתקופה הרלוונטית זניחים. העתירות אינן מעלות כל מקרה שכזה, ומתמקדות בתושבי אזור העימות.

שנית, לגבי תביעות נזיקין שאירעו באזור עימות, יש לזכור כי גם על פי הדין הקיים קיימת למדינה חסינות מפני תביעה בגין "פעולה מלחמתית". דינן של תביעות רבות, העוסקות באירועים שאירעו בשטחים מאז ספטמבר 2000, להדחות מטעם זה כשלעצמו. ההבדל בהקשר זה שיוצר התיקון עיקרו בכך שעל פי הדין החדש לא יהיה צורך להוכיח בכל מקרה נתון כי הנזק נגרם כתוצאה מ"פעולה מלחמתית", אלא די יהיה להוכיח כי נגרם באזור עימות.

שלישית, לגבי תושבי אזור העימות, חלק מן התביעות ימשיך להתברר בשל קיומם של החריגים עליהם הרחבנו. חלק אחר ייטיב את חלק מנזקיו, באמצעות התשלומים שיתקבלו מן הועדה, לפני משורת הדין. לגבי יתר המקרים, האחריות לגביהם מוטלת על הרשות הפלסטינית, ובחלק מן המקרים רשות זו אכן מממשת אחריותה זו, כבר כיום. לכן אין לומר, כי הניזוקים נותרו ללא סעד.

314. בהקשר זה נבקש לציין כי קיומו של סעד חלופי לעותרים בדמות פנייה לרשות הפלסטינית בתביעה לקבלת סעד כספי היווה נימוק לדחיית העתירות בהקשר דומה אחר. מדובר היה בעתירות נגד הוראות בחוק היישום של הסכם הביניים, שחסמו הגשת תביעות נגד מדינת ישראל בשל אחריות לנזקים שונים שנגרמו בשטחים, בתחומי אחריות שהועברו לרשות הפלסטינית. ראו הרחבה בעניין זה בסעיף 265 לתגובה.

בעתירות נטען כי לעותרים לא יהיה סעד חלופי בדמות תביעה לבית משפט פלסטיני נגד הרשות הפלסטינית. הטענה נדחתה. נפסק כי:

"גם אם הטענות הנ"ל רציניות הן וראויות לדיון, לא השכילו העותרים להניח תשתית עובדתית לבסס עליה אותן טענות. כל שעשו, היה להביא בפנינו השערות בין מתוך ידיעה אישית ובין על פי השמועה, על מצב המשפט ברשות הפלסטינית ועל סמך הערות אלו מצדם, מבקשים הם שבית משפט זה יכריז על בטלות חוק או הוראה מהוראותיו. מי אשר מצפה שבית משפט זה יעשה כן, חייב לטרוח ולהביא בפניו תשתית עובדתית מוכחת ולא ספקולציות על אפשרויות שיתכן ותתממשנה ויתכן שלא. על העותרים להגיש תביעות בבית המשפט המוסמך ברשות הפלסטינית ולפעול - ככל שהדבר בידם - לבירור התביעות שם. אם אכן יתברר כי "כצעקתם" ומציאות העובדות בשטח תוכיח זאת, יוכלו הם לחזור לבתי המשפט בארץ להביא בפניהם עובדות אלו ולבקש שיחדשו את הדיון בתיק בו הדיון הותלה ולהגיש תביעה חדשה בתיק בו נמחקה התביעה בהסכמה. עד שלא יעשו

כן אין להם לצפות לקבלת עתירתם ולביטול חוק היישום."

בג"ץ 8787/96 עזבון המנוחה סמיח נאהד נ' מדינת ישראל ואח' פ"ד נג(5), 577.

על כן, לטעמנו התיקון עומד גם בתנאי המבחן המשנה השלישי של המידתיות.

315. מבחן המידתיות הוא מבחן היורד לקרביו של החוק. אלא שמלאכת החקיקה אינה מדע מדויק. הדבר נכון גם לגבי הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. לעיתים ניתן לחשוב על פתרונות אחרים להגשמת התכלית, אלא שאין בכך כדי להביא לפסילת החוק. למחוקק מוענק מרחב תמרון, לשם מציאת ההסדר המידתי. לעניין זה נפסק כי:

"77. מבחן המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלו, אינו מבחן מדויק. בין מבחני המשנה יש לעתים חפיפה ניכרת. בתוך כל אחד מהם יש מקום לשיקול דעת. לא תמיד מובילים מבחני המשנה למסקנה אחת ויחידה (ראו פרשת מנחם, עמ' 280). אין בהם הדיוק המאפשר חד-משמעויות זו. ניתן לעתים לנקוט במספר פתרונות שיש בהם כדי לצאת ידי חובת המידתיות. לעתים המקרה הוא גבולי (ראו פרשת בן עטייה, עמ' 13). נוצר מיתחם של מידתיות (בדומה למיתחם הסבירות). כל בחירה של אמצעי או מיזוג של אמצעים בתוך המיתחם מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. למחוקק יש מרחב תימרון בתוך המיתחם. הבחירה נתונה לשיקול דעתו."

עניין עזאלה, בפסקה 77 לפסק דינו של הנשיא א' ברק.

לטעמנו, ההסדר הקבוע בתיקון מצוי בלב ליבו של מתחם המידתיות, ולכן התיקון עומד בכלל תנאי פסקת ההגבלה.

4.1. אין פגם בהחלה הרטרואקטיבית של הוראות התיקון

316. סעיף 3(א) לתיקון קובע, כי הוא יחול על מעשה, שאירע ביום כ"ט באלול התש"ס (29 בספטמבר 2000) ואחרי. זאת, למעט מעשה, שבשלו הוגשה תובענה, והוחל בשמיעת הראיות בה לפני מועד פרסומו של התיקון, קרי ה- 10.8.05.

בכך הוחלו ההוראות המהותיות של החוק למפרע עד למועד שבו פרץ העימות המזוין.

317. העותרים טוענים, כי הוראה זו בתיקון פוגעת בזכותם החוקתית. כפי שהראינו בניתוח המרכיב הראשון של פסקת ההגבלה, חקיקה רטרואקטיבית, כשלעצמה, אינה פסולה. יש לבחון אותה לגופה.

לצורך כך נבקש לשאול מהם הקשיים, שמעוררת חקיקה רטרואקטיבית. בעניין ארביב נפסק כי:

"עקרון שלטון החוק דורש ודאות ובטחון ביחסים הבינאישיים. חקיקה למפרע פוגמת בשני אלה. היא "מבלבלת" "סדרי בראשית" ... היא אינה מאפשרת תכנון מראש של ההתנהגות, ולפיכך פוגעת גם ביציבות של המשפט ...

אכן, מטרתו של חוק היא לכוון התנהגות אנושית. החוק נועד לקבוע מותר ואסור. החוק, מעצם מהותו, מכוון לפעולות עתידיות. אין כל משמעות לכוון היום פעולה שנעשתה אתמול. חקיקה למפרע פוגעת בתפיסות-יסוד חוקתיות. היא פוגעת בעקרון שלטון החוק, בודאות ובבטחון הציבור במשפט. היא פוגעת בעקרונות-היסוד של צדק ושל הגינות, ובאמון הציבור במוסדות השלטון." (עמודים 776-777)

בעניין גניס נאמרו דברים דומים :

"...החלתו של חוק מלמפרע עלולה לגרום לאי-צדק, פוגעת היא בזכויות מוקנות, בביטחון ובוודאות ביחסי בני-אדם ביניהם-לבין-עצמם, ופוגמת היא בציפיות ראויות." (פסקה 16 לפסק דינו של השופט מ' חשין).

318. חקיקה רטרואקטיבית פוגעת באינטרס ההסתמכות של הפרט, הן במערכת היחסים בינו לבין השלטון, והן במערכת היחסים בינו לבין פרטים אחרים בחברה. היא פוגעת במי שהסתמך על החקיקה ושינה מצבו לרעה. ראו לעניין זה :

בג"צ 1149/95 ארקו נ' ראש עיריית ראשון לציון פ"ד נד(5) 547, 574. גניס הנ"ל, בפסקה 22 לפסק דינו של השופט מ' חשין.

319. על כן, חוק המשנה מצב משפטי למפרע, אך אינו פוגע באינטרס ההסתמכות, אינו פוגע בכל זכות חוקתית מוגנת.

320. במקרה שלפנינו, מדובר בחוק המשנה את הדין המהותי בתחום דיני הנזיקין, אשר מרחיב את החסינות המוקנית למדינה בעת סכסוך מזוין.

על פי ההלכה, אין מקום רב לטענת ההסתמכות בדיני הנזיקין. לעניין זה נפסק לאחרונה כי :

"23. מה משקל יש ליתן לאינטרס ההסתמכות בשינוי הלכתי בתחום דיני הנזיקין? כדי להשיב על שאלה זו יש לבחון כל סוגיה לגופה. יש לבדוק עד כמה סמכו עצמם הצדדים על ההלכה הישנה, ועד כמה נפגמת הסתמכות זו בשינויה של אותה הלכה. הדעה המקובלת בספרות הינה כי ככלל הסתמכות בתחום דיני הנזיקין היא מועטה. עמד על כך השופט טריינור (Traynor) בציינו :

"[N]either the tortfeasor nor the victim nurses any reasonable expectations about injury that has yet to occur. When everyone's daily life is prone to risk, **it is hardly realistic to suppose that people are assiduously studying current rules of liability so that they may set out to hit or be hit advantageously**" (Traynor, "The Limits of Judicial Creativity" 29 Hastings L.J. 1025, 1036 (1978)...

עם זאת, גם בתחום דיני הנזיקין, יש מקום להתחשב באינטרס ההסתמכות. בעיקר כך לענין הטלת חובות חדשות שלא היו מוכרות בעבר. היה זה דווקא בתחום דיני הנזיקין בו הכירו בתי משפט באמריקה לראשונה באפשרות של ביטול פרוספקטיבי בלבד של הלכה קודמת. הם עשו כן בעבר באותם המקרים בהם ההלכה הישנה לא הכירה באחריות בנזיקין (כגון ההלכה שקבעה כי בתי חולים חסינים מאחריות בנזיקין), ואילו ההלכה החדשה הכירה באחריות (תוך ביטול החסינות). בתי המשפט קבעו תחילה פרוספקטיבית בלבד להלכה החדשה, שכן בתי החולים לא ביטחו עצמם בסמכם על הדין הישן... כמובן, שיקולים אלה אינם חלים במקום שקיים ביטוח.

בדרך כלל אין לתת משקל ניכר לטיעון כי היקפה של ההלכה הישנה קבע את שיעור דמי הביטוח השיקולים על פיהם נקבעים דמי הביטוח הם רבים ומגוונים, והיקפה של החבות מכח ההלכה השיפוטית הוא רק אחד מהם. על כל פנים, כוחן של חברות הביטוח "לפזר את הנזק" על כל המבוטחים מקטין את משקלו של אינטרס ההסתמכות שלהן. יכולים להיות, כמובן, מצבים יוצאי דופן, בהם לשיעור הפיצויים השפעה מכרעת על הביטוח, אך זה אינו המקרה הרגיל."

רע"א 8925/04 סולל בונה נ' עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל (טרם פורסם), בפסקה 23 לפסק דינו של הנשיא א' ברק.

321. על כן, מלכתחילה, מקומה של טענת ההסתמכות בדיני הנזיקין אינו ברור כלל ועיקר. ספק רב, אם אנשים מתבססים על הדין הנזיקי הקיים, בעת שהם מבצעים פעילות מסוכנת.
- אם בכלל יש מקום להכיר בטענת ההסתמכות, אזי יש להכיר בה בעת שמטילים חובה, למפרע, על מזיקים פוטנציאליים, או ניזוקים פוטנציאליים.
- מטבע הדברים הוראה זו רלוונטית יותר כלפי מזיקים פוטנציאליים. אזי יכולה להיטען הטענה, כי החלה למפרע של חובות חדשות מונעת יכולת לבטח את יצירת הסיכון, קודם ליצירתו, או להימנע כליל מן מהפעולה המסוכנת.
322. אלא שטענה זו כלל אינה רלוונטית במקרה שלפנינו:
- במקרה שלפנינו לא הטיל המחוקק כל חובה חדשה, שחייבה נקיטה בצעדים מונעים כלשהם.
- כמו כן, לא ניתן לטעון, כי הניזוקים יכולים היו לשנות את התנהגותם לפני הפגיעה, לו היו יודעים, מבעוד מועד על הוראות התיקון. יש לזכור כי מדובר בפגיעות הנלוות למלחמה, שככלל אינן ניתנות לחיזוי או מניעה.
323. **על כן, הוראת התחולה של התיקון אינה פוגעת בכל זכות חוקתית מוגנת.**
324. לחלופין, גם ייקבע כי הוראה זו אכן פוגעת בזכות כלשהי, הרי שמדובר בפגיעה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה.
325. הפגיעה נעשתה בחקיקה ראשית, והיא אף עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, מהטעמים שפרטנו לעיל, בעת הניתוח הכללי של פסקת ההגבלה.
326. אף תכלית ההחלה הרטרואקטיבית היא תכלית ראויה. מועד התחולה של החוק נקבע ליום פתיחת העימות המזוין
- להבדיל ממלחמה "רגילה", שלה התחלה ברורה, והגדרות ברורות, מלחמת הטרור אינה כזאת. ההבנה כי מדובר במלחמה ייחודית, הדורשת הסדר חקיקתי ייחודי התגבשה רק לאחר שהובררה מהותה של המלחמה. מטבע הדברים הבנת המהות של המלחמה התגבשה זמן רב לאחר פרוץ העימות.
- ההכרה כי ה- 29.9.00 הוא היום בו נפתח העימות המזוין, אף היא הכרה, שבאה בדיעבד, בעת שהעימות התנהל במלוא עוזו.
- מכיוון שמוקד הלחימה היה בשנים שלאחר פרוץ העימות, אף עיקר הנזקים לצד הפלסטיני נגרמו בתקופה זו. אי החלה רטרואקטיבית של התיקון תביא לפגיעה קשה בתכלית הראויה של החקיקה, ולמניעת הגשמתה. זאת מכיוון שתחולה פרוספקטיבית של התיקון תחייב המשך דיונים במאות תביעות, המגבשות את עיקר הנזק לצד הפלסטיני במהלך העימות.
327. הוראת התחולה היא אף הוראה מיידתית, המקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה:

ראשית, היא מקיימת קשר ראוי בין התכלית לאמצעי שנבחר לה. זאת מכיוון שהוראות התחולה מביאה את תחולת החוק למועד בו פרצה המלחמה, ויוצרת הסדר אחיד לגבי כלל נזקי המלחמה. יתר על כן, כאמור, תחולה פרוספקטיבית של החוק עלולה להביא לנטרול חלק מתכליתו של התיקון.

שנית, היא מקיימת אף את התנאי של הפגיעה שמידתה פחותה. אין מדובר בהסדר גורף. הוא חל רק לגבי נזקים, שטרם גובשו לתביעה משפטית, או שהתביעה בעניינם נמצאת בשלבים ראשוניים בלבד. לגבי תביעות שנמצאות בהליכים מתקדמים, דהיינו, שהוחל בשמיעת הראיות בהן לפני כניסת התיקון לתוקף, לא יחולו הוראות התיקון.

שלישית, היא מקיימת יחס ראוי בין התועלת לנזק שנגרם לתובעים. כפי שהסברנו, ללא הוראת התחולה, יעוקר חלק מרכזי מתכלית החקיקה. מנגד כאמור, לא ניתן לבסס טענת הסתמכות על הדין שקדם לתיקון.

328. לסיום חלק זה נבקש להתייחס לטענות, שנשמעו מפי תובעים שונים, לפיהן אם היו יודעים על הוראות התיקון, היו מזרזים את ההליכים המשפטיים, במטרה להימנע מהחלת הוראותיו לגביהם, או היו מתנגדים לבקשות להארכת מועד שהגישה המדינה.

אין לקבל טענה זו. ההליכים לחקיקת התיקון החלו כבר בשנת 2002, עת פורסמה הצעת החוק.

329. הצעת החוק פורסמה ברשומות. דיוני ועדת הכנסת, לקראת הכנת החוק לקריאה שניה ושלישית, נמשכו קרוב לשלושה חדשים, ולוו בדיון ציבורי נרחב. קשה לקבל את הטענה, כי התובעים ובאי כוחם לא ידעו על הליכי החקיקה. לכן, גם מבחינה זו לא ניתן לומר כי התובעים הסתמכו על מצב חוקי קיים, בעת שניהלו את ההליכים המשפטיים. מטעם זה אין בסיס אף לטענה זו.

5.1. מידת ההתערבות של בית המשפט הנכבד בחקיקה ראשית של הכנסת

330. העותרים מבקשים כי בית המשפט הנכבד יבטל חקיקה ראשית של הכנסת. אלא שבניגוד למשתמע מן העתירה, אין מדובר במעשה של מה בכך. תיקון מס' 7 עבר הליך חקיקה ארוך ויסודי. בסופו של ההליך נבנה הסדר המשקלל את האינטרסים העומדים על הכף בצורה קפדנית ונקודתית. ביטול מעשה חקיקה שכזה הינו מעשה דרמטי, שיעשה רק במקרים נדירים. לעניין זה נפסק כי:

"זהיר-זהיר נהלך עד שנורה על פסלותה של הוראה שבחוק הכנסת ולו במקום שהדברים אמורים בזכויות-יסוד של היחיד. זהירות-יתר זו עטפה עצמה בדוקטרינה, ואותה דוקטרינה מזהירה אותנו באורח מפורש ומפורט מפני התערבות במעשי חקיקה של הכנסת, שמא יעבור בית המשפט ויחרוש שלא בהיתר בשדה של הרשות המחוקקת: ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 349 ואילך; בג"צ 5503/94 **לילי סגל נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד נא(4) 524, 547 ואילך. לענייננו שלנו ייאמר, כי הפגיעה בזכותו של היחיד חייבת שתהא פגיעה מהותית, פגיעה יסודית ועמוקה, פגיעה שיש בה עוצמה שלילית בכמות, במישקל ובמידה כדי כך שמכריעה היא הוראת-חוק מפורשת.

בסוף כל הסופות - ובעצם: בתחילת כל התחילות - לא הרי ביטולו של חוק הכנסת, כולו או מיקצתו, כהרי ביטול רשיון דיג או רשיון לניהולה של חנות מכולת, גם לא כביטול תקנות שהותקנו בידי רשות מוסמכת ולו בידי שר או בידי הממשלה בכבודה ובעצמה. דרך הכרעתנו תתלה עצמה גם בטיבה של הזכות, במקומה של הזכות במערכת הכוללת של זכויות האדם ועוד. אשר לכבוד האדם - והוא לענייננו עתה - נזכור שמבקשים אנו למצות ממנו זכות שמחוקק חוק היסוד לא דיבר בה

מפורשות. עקרון-היסוד שעליו מושתתת הדמוקרטיה בישראל - עקרון ביזור הסמכויות והפרדת הרשויות - מעניק לרשות המחוקקת, היא בית הנבחרים של המדינה, מרחב מחיה שבו רשאית היא לנוע באורח חופשי, ומרחב זה מרחב רחב-ידיים הוא. הפגיעה בזכותו של היחיד חייבת שתהא כה-קשה, עד שהמחזיק באיזמל המשפטי יתיר לעצמו לחדור אל מעבה החקיקה ולחתוך מתוכה את חלקה הפסול."

בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר ואח' (טרם פורסם) בפסקה 5 בפסקה דינו של המשנה לנשיא מ' חשין.

ראו לעניין זה גם :

בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496.
בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת פ"ד נ(3) 57, 67-68.
עניין התנועה לאיכות השלטון בפסקה 48 לפסק דינו של הנשיא א' ברק, והמקורות הרבים המובאים שם.

331. במקרה דנן מדובר בחוק המסדיר בבסיסו ובעיקרו את יחסיה הבין לאומיים של ישראל עם הרשות הפלסטינית ותושביה ועם מדינות האויב ונתיניהן. מעשה החקיקה מותיר את סוגיית הפיצויים להסכמים מדיניים עתידיים, ככל שיהיו כאלה.

בעניינים כגון אלה, של ניהול מדיניות החוץ והביטחון של המדינה, ממילא נוטה בית המשפט הנכבד שלא להתערב, וזאת אף אם מדובר "רק" בהחלטות של רשויות מנהליות. לעניין זה נפסק לאחרונה כי :

"בית משפט זה כבר הבהיר לאורך שנים כי הוא אינו נוהג להתערב בשיקול דעתה של הרשות השלטונית בעניינים הקשורים במדיניות הממשלה, ובכלל זה ביחסי החוץ של המדינה. התייחס לכך בית המשפט בפרשת פולארד הראשונה, באומרו (שם, עמ' 248, מפי השופט זמיר) :

"בית המשפט אינו חלק מן המינהל הציבורי ואין הוא נוהג לנהל את ענייני המדינה. התפקיד של בית המשפט מוגבל לביקורת החוקיות של החלטות ומעשים של רשויות המינהל, לרבות הממשלה. אך הסעד המבוקש על ידי העותר מערב את בית המשפט במינהל השוטף. הוא חורג מן התפקיד של בית המשפט, ומן הסעד שבית המשפט נוהג לתת. במיוחד כך בענין הנדון, בגלל מהות הענין. הענין הנדון מצוי בכל הנוגע לפעילות הממשלה המכוונת לשחרור העותר, בתחום מדיניות החוץ של ישראל. הוא מחייב מגעים עם ממשלת ארצות הברית ברמות שונות, לרבות הרמה של ראשי המדינות. בתחום זה, כידוע, שיקול הדעת של הממשלה רחב מאד, ובהתאם לכך הביקורת של בית המשפט מצומצמת מאד".

(ראו בענין זה גם בג"צ 8666/99 תנועת נאמני הר הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י נ(1) 199; בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פד"י נ(2) 481 בפסקה 73 ואילך לפסק דינו של הנשיא).

9. אין הכרח בענייננו לנקוט עמדה באשר לגישות השיפוטיות השונות העוסקות בתחום התערבותו של בית משפט זה בעניינים מדיניים שבתחום פעולתה של הממשלה. על פי גישה אחת, תחום זה גורר אי שפוטיות מוסדית, המוציאה מלכתחילה ענין מדיני מתחומיה של הרשות השיפוטית (בג"צ 8666/99 תנועת נאמני הר הבית

נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י נד(1) 199; בג"צ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פד"י מז(4) 210).
 הגישה האחרת, שאני שותפה לה, גורסת כי בית המשפט אינו משולל סמכות להתערב גם בענין בעל אופי מדיני המובא בפניו, אלא שסמכות זו טעונה שיקול דעת שיפוטי, ומכח שיקול דעת זה, בית המשפט יימנע דרך כלל מלהתערב בעניינים בעלי אופי מדיני מובהק, אלא בנסיבות חריגות ביותר. ענייניה המדיניים ויחסי החוץ של המדינה מופקדים על פי מהותם בידי הממשלה, והיא הגוף המוסמך והראוי לעסוק בהם ולנהלם. בידיה מצויים מלוא המידע והמומחיות הנדרשים לקביעת המדיניות ודרכי הפעולה בתחום המדיני. בתנאים אלה, לא בנקל יחליט בית המשפט לבחון את פעולת השלטון בענין מדיני מובהק, ומכל מקום, התערבותו בדרכי פעולתה של הרשות המבצעת בעניינים אלה הינה מצומצמת ביותר (בג"צ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פד"י נה(2) 481, 455 (2) נה(2) 481, 455 (פסק דינו של השופט זמיר)). ואמנם, בית המשפט נמנע לאורך השנים באופן עיקבי מהתערבות בעניינים מדיניים מובהקים, ובהם הסכמי אוסלו, פיטורי שרים, ניהול משא ומתן מדיני על ידי ממשלת מעבר, ושחרור אסירים (בג"צ 5261/04 פוקס נ' ראש הממשלה; בג"צ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פד"י נז(6), 817, 842; דנג"צ 8115/05 הרב ישי בר-חן נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2005(3) 3140). " (הדגשה הוספה).

בג"צ 7712/05 יהונתן פולארד נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 8.6.06)

332. אנו עוסקים בחקיקה ראשית שיצאה מלפני המחוקק הראשי, שביטולה ייעשה ממילא רק בנדיר ובנסיבות יוצאות דופן. לכן, לטעמנו, הכלל האמור, בדבר ההתערבות המצומצמת בית המשפט הנכבד, חל, וביתר שאת. על כן, אף מטעם זה אין מקום לביטול התיקון.

333. העותרים מבקשים כי יינתן צו ביניים, המעכב את כניסתו לתוקף של התיקון. לחלופין מבקשים העותרים, כי המשיבים יימנעו מלהגיש "תעודת אזור עימות" בתביעות תלויות ועומדות. עוד מבקשים העותרים כי המשיבים יימנעו מלטעון טענת התיישנות לתקופה, שמיום כניסת החוק לתוקף ועד מתן פסק דין סופי בעתירות.

334. המשיבים מתנגדים לבקשה. התיקון הוא דבר חקיקה ראשי, אשר כל עוד לא הוכרז אחרת, נהנה "מחזקת חוקתיות". לעניין זה נפסק כי:

"בית המשפט חייב כבוד לחוק כביטוי של רצון העם. עד שבית המשפט פוסל חוק, הוא חייב לשבת שבעה נקיים: לבדוק היטב את לשון החוק ואת תכלית החוק ולהקפיד מאוד עם עצמו, עד שיהיה משוכנע לחלוטין כי תקלה היא שאין לה תקנה... כבר בעניין ברגמן [2], בעמ' 699, אמר השופט לנדוי:

"...יש להעמיד את חוק הכנסת בחזקת כשרות, כפי שנתקבל. נטייתו הראשונית של בית-המשפט חייבת איפוא להיות לצד קיום החוק ולא לפסילתו..."

כך צריכה להיות המדיניות של בית המשפט גם כיום, כשחזית הביקורת השיפוטית התרחבה מאוד בעקבות חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו....

10. לפיכך, נקודת המוצא בדרכו של בית המשפט לבדוק את חוקיות החוק היא חזקת החוקיות. והדבר ברור מאלי, שהרי חזקת החוקיות חלה על כל מעשה שלטוני. חזקה היא שכל החלטה מינהלית, כגון רישיון או צו, התקבלה כחוק."

בג"צ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת פ"ד נ(3) 57, 67.

ראו לעניין חזקת החוקתיות גם:

בג"צ 4513/97 אבו ערער נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נב(4) 26
בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241.

335. מחזקת חוקתיות זו והתכליות שבסיסה יש לגזור כלל, ולפיו בית המשפט הנכבד לא יתלה את תוקפה של חקיקה ראשית. הדבר נכון בעיקר במקרה שלפנינו, שבו צו ביניים, עלול לסכל את תכליתה של החקיקה הראשית.

כפי שהסברנו, התיקון מבקש למנוע דיון פרטני בתביעות. התליית תוקפה של החקיקה תביא להמשך בירור של מאות תביעות ואף לסיכול כוונת המחוקק, אם תידחה העתירה.

336. המשך בירור התביעות עלול אף להביא לבזבוז משאבים רחב היקף מצד בתי המשפט, וכן מצידם של המשיבים, בניהול סרק של מאות תביעות.

337. לכן, לטעמנו, אין מקום להתליית התיקון, ואין מקום להמשך ניהול התביעות בהתאם לדין שקדם לו.

עם זאת, המשיבים לא יתנגדו לבקשות שיוגשו להתליית הדיונים בתביעות, התלויות ועומדות, עד להכרעה בעתירות, אף שהדבר עלול לגרום למשיבים נזק ראייתי.

לחלופין, המשיבים לא יתנגדו כי התביעות, הנעדרות עילה לאור הוראות התיקון, יימחקו ולא יידחו. אם תתקבל העתירה, ניתן יהיה להגיש תביעות אלה בשנית. המשיבים אף לא יעלו טענת התיישנות לגבי התקופה שבין מועד הגשת התביעה שנמחקה למועד מתן פסק הדין בעתירות.

ראו לעניין זה פסק הדין בבש"א 1224/06 (ת"א 5065/03, 5080/03) **שרקת אלאטסלאת אלפלסטיניה נ' שר הבטחון מדינת ישראל** (טרם פורסם. ניתן ביום 15.5.06). בפסק הדין נמחקה תביעה על בסיס על בסיס ההתחייבות לעיל.

338. על כן, בכפוף להתחייבות המשיבים דלעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את הבקשה לצו ביניים.

סיכום

339. התיקון עומד במבחני פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת מכיוון שהוראות התיקון עומדות בכל תנאי פסקת ההגבלה. הוראות התיקון דומות במהותן להסדרים שנקבעו בסוגיה זו במדינות אחרות, ואין הן סותרות את המשפט הבין לאומי.

די בכך לדחיית העתירה, וזאת אף מבלי שיהא צורך לדון בשאלה אם זכויות היסוד החוקתיות מוקנות לנתיני אויב ולמי שאינם אזרחים ישראלים שנגרמו להם נזקים באזור עימות.

על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירות.

היום: 06 יולי 2006
י' תמוז תשס"ו

אבי ליכט
סגן בכיר לפרקליט המדינה

שי ניצן
המשנה לפרקליט המדינה
(תפקידים מיוחדים)

עודכן: 1355 6.7.05