

בעניין:

1. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל
4. אל-חאק - החוק בשרות האדם - הגדה המערבית
5. המרכז הפלסטיני לזכויות האדם - 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

באמצעות עוה"ד חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן ואח'
מעדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, ת"ד
510, שפרעם 20200, טל': 9501610-04; פקס: 9503140-04

וכן:

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

וכן:

באמצעות עוה"ד יוסי וולפסון ו/או גיל גן-מור ואח'
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים 97200
טל': 6283555-02; פקס: 6276317-02

העותרים

- נגד -

1. שר הביטחון
2. מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

המשיבים

השלמת טיעון מטעם העותרים

העותרים מתכבדים בזה להגיש את השלמת הטיעון מטעמם וזאת בהתאם להחלטת בית משפט נכבד
זה מיום 14.9.06 כדלקמן:

1. הטיעונים שיועלו להלן אינם בבחינת סיכום לטיעוני העותרים אלא הם באו להוסיף על טיעוניהם
שהועלו הן בכתב העתירה והן בעיקרי הטיעון מטעמם. לכן, השלמת הטיעון כאן יחד עם כתב העתירה

על כל נספחיה בצירוף עיקרי הטיעון מטעם העותרים, מהווים יחדיו את מכלול טיעוניהם של העותרים.

2. השלמת הטיעון כאן תתמקד בעיקר בסוגיית תחולת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בהקשר לתיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים נשוא העתירה, וכן תוסיף על סוגיית האחריות שבנזיקין לפי המשפט המשווה.

מהי נקודת המוצא התיאורטית המחייבת הגנה שווה על חירויות חוקתיות קלאסיות בגין הפרות אשר אירעו מחוץ לטריטוריה הלאומית ופגעו בזכויותיהם של מי שאינם אזרחים או תושבים?

3. כלל הוא כי, חוקת זכויות האדם מבקשת להטיל חובות על רשויות המדינה על מנת לכבד ולקיים את זכויות האדם המעוגנות בחוקה. חובות אלו מקימות שני סוגי זכויות: זכויות שליליות (במובן חירויות – negative rights) וזכויות חיוביות positive rights. הסוג הראשון של חובות תובע יחס של ניטרליות ואי התערבות מצד המדינה על מנת לאפשר לבני האדם לממש או ליהנות מחירויות מסוימות. כך למשל, החובה האוסרת פגיעה בחיי בני אדם יוצרת הזכות לחיים; החובה האוסרת פגיעה באוטונומיה האישית של האדם יוצרת את הזכויות של חופש קנין, חופש ביטוי והזכות לכבוד (במבנו הצר). הזכויות החיוביות, לעומת זאת, הן הזכויות שמטילות על המדינה חובה לפעול באורח אקטיבי על מנת לסייע לבני-האדם לממש את הפוטנציאל הגלום בהם ולזכות לחיים בכבוד ובשוויון. הזכויות הכלכליות, החברתיות והתרבותיות הן דוגמאות בולטות לזכויות החיוביות.

4. מקובל להתייחס בספרות ובמשפט הבינלאומי להצהרה האוניברסאלית לכל באי העולם משנת 1948 כהצהרה המתייחסת לחירויותיו של האדם, היינו לזכויות מסוג הראשון. הצהרה זו מטילה חובות על כל המדינות ואומות העולם לכבד את חירויותיו של האדם באשר הוא. חובות אלו אינן מחייבות את המדינה כלפי אזרחיה או תושביה בלבד אלא הן מחייבות אותה כלפי כל אדם שחירותו עלולה או עשויה להיפגע מטעמה או מטעם סוכניה ללא קשר למקום הפגיעה או למעמדו האזרחי של הנפגע. כך מורה לשונו הברורה של סעיף 2 של הצהרה זו:

"Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty." (ההדגשה הוספה)

5. נקודת המוצא ההיסטורית והפילוסופית לתחולת חובות מסוג זה על המדינות או אומות העולם היא *בהכרה שהשוונות* בין בני האדם המתבססת על לאומיותם, דתם, אזרחותם או כל מוצא אחר, אינן

רלבנטיות לצורך ההגנה על ערך חייהם וכבודם. זוועות מלחמת העולם השנייה שהיוו את הרקע ההיסטורי שעמד מאחורי ההצהרה העולמית חיזקו את התפיסה הזו ולמעשה הן היו בבחינת הרקע ההיסטורי-החקיקתי של ההצהרה. כך צוין בדברי הפתיחה של preamble של הצהרה זו:

"Whereas disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind, and the advent of a world in which human beings shall enjoy freedom of speech and belief and freedom from fear and want has been proclaimed as the highest aspiration of the common people,"

6. ייתכן, שיהיה יסוד לאבחנה בין סוגי הזכויות השונים לעניין תחולתן האקסטרטריטוריאלי. כך, למשל, קשה להעלות על הדעת שמדינה תהיה זכאית להרוג, להפקיע רכוש או לענות בני אדם מחוץ לשטחה. לעומת זאת, מקובל שמערכות של ביטחון סוציאלי, המשקפות את הסולידאריות של חברה מסוימת, מוגבלות לציבור בני האדם שהם חלק מאותה חברה. נחוצים טעמים משמעותיים כדי לחייב מדינה לפעול מחוץ לטריטוריה שלה כדי לקדם זכויות של בני-אדם המצויים שם (למשל, לפרק שדות מוקשים באפריקה). הדבר עשוי להתחייב בהתקיים יחסי קרבה מיוחדים (למשל: אם אותה מדינה נושאת באחריות להנחת המוקשים ומחזיקה בידע בלעדי בלעדיו פירוק המוקשים אינו אפשרי).

7. עם זאת, בני אדם זכאים ללא ספק לתבוע מכל מדינה שבעולם שלא תפגע בחירויותיהם הקלאסיות (כגון הזכות לחיים, לחופש הקניין והזכות לכבוד (במובן הצר)) וכי היא תשא באחריות בגין הפרות אלו גם אם הן היו מחוץ לשטחה הלאומי של המדינה. בני אדם אלה זכאים לתבוע מכל מדינה שתנהג **בשווייניות** בינם ולבין אזרחיה בכל הקשור לאחריותה בגין הפרות זכויות האדם מסוג זה. קביעה זו מתבססת על ההנחה המובנת מאליה כי ההבחנה בין ערך חייהם וכבודם של אזרחיה/תושביה ולבין חייהם וכבודם של שאר בני האדם הינה הבחנה לא רלבנטית לעניין ערכים אלה.

8. על בסיס זה, המדינות חייבות ליתן הגנה חוקתית ללא הפליה על רקע אזרחות, תושבות או מוצא מכל סוג שהוא, לכל מי שחירויותיו עלולות להיפגע מצדה או מצד סוכניה גם אם ההפרה אירעה מחוץ לשטחה הטריטוריאלי. לכן, חקיקה של מדינה אשר מתירה לסוכניה או שלוחיה לפגוע, בניגוד לחוקיה החלים על אזרחיה ותושביה, בחייהם או בקניינם של בני אדם הנמצאים מחוץ לטריטוריה הלאומית שלה, הינה חקיקה בלתי חוקתית. העובדה שפגיעה בזכויות בני האדם היתה מחוץ לטריטוריה של המדינה והנפגעים אינם תושביה או אזרחיה של המדינה אינה, כשלעצמה, פוטרת את אחריותה של המדינה מחובתה להגן על זכויותיהם ללא הפליה.

באיזה מידה, אפוא, חלות ההגנות החוקתיות שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על הפרות אשר אירעו מחוץ לשטחי מדינת ישראל ופגעו בחירויותיהם של מי שאינם אזרחיה או תושביה של מדינת ישראל?

9. הסעיף הראשון של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שכותרתו "עקרונות היסוד" מציין, כי זכויות היסוד של האדם במדינת ישראל מושתתות על "ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין..." קביעה זו מתבססת על עקרונות היסוד האוניברסאליים המופיעים בדברי הפתיחה ה-preamble של ההצהרה האוניברסאלית לכל באי העולם משנת 1948 המתייחסת אל ערך חייהם וכבודם של כל באי העולם באשר הם ללא הפליה על רקע מוצאם או סוג מעמדם האזרחי (אזרחים, תושבים או זרים).

10. בנוסף, שאר סעיפיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו המגנים על חירויותיו הקלאסיות של האדם גם הם מתייחסים לזכויותיו של האדם באשר הוא אדם. למשל, סעיף 2 של חוק יסוד זה קובע "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". כך היא לשונם של הסעיפים המתייחסים לשמירה על הקניין (סעיף 3) וההגנה על החיים, הגוף והכבוד (סעיף 4). כאשר המחוקק ביקש לעשות הבחנה בין זכויותיו של "האדם באשר הוא אדם" לבין זכויותיו של האדם על בסיס מעמדו האזרחי הוא עשה זאת מפורשות. כך למשל, סעיף 6 של חוק היסוד שכותרתו "יציאה מישראל וכניסה אליה" עושה הבחנה זו בתוך הסעיף גופו לאמור:

"א) כל אדם חופשי לצאת מישראל.
ב) כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל." (ההדגשה לא במקור)

11. לא זו בלבד. חוק יסוד: חופש העיסוק קובע מפורשות כי, הוא לא חל על "כל אדם באשר הוא" אלא על בסיס המעמד האזרחי של האדם. סעיף 3 הינו הסעיף המרכזי והיחיד אשר קובע את הזכויות על פי חוק יסוד:

"כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד". (ההדגשה לא במקור).

12. הנה כי כן, חוקי היסוד הנ"ל עושים הבחנה ברורה בעניין תחולתם: חירויות יסוד negative rights חלות על כל אדם באשר הוא אדם, וכשהדבר נחוץ מוגבלות הזכויות הפוזיטיביות במפורש לאזרחים ולתושבים.

13. ודוק, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא קבע כי, החירויות על פיו הינן חלות על "בני אדם בישראל" אלא על כל "אדם באשר הוא אדם". לכן, תחולתן של חירויות יסוד אלה הינה אוניברסאלית בכך שהן מתייחסות לזכויותיהם של בני האדם ללא קשר למקום הימצאותם, מחד; והן גם ישראליות בכך שהן מתייחסות לאחירותן של הרשויות של מדינת ישראל כאשר רשויות אלו הן מקור ההפרה או הפגיעה, מאידך.

14. ועוד. החלת זכויות היסוד שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו גם מחוץ לישראל, על-בסיס הגישה לפיה הרשויות הישראליות נושאות בתרמילן את המחויבות לזכויות אלו, מעוגנת גם בסעיף 11 לחוק היסוד: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה."

15. סעיף זה, לפי כותרתו, הוא סעיף התחולה של חוק היסוד. הוא קובע באופן ברור שתחולת חוק היסוד איננה על-בסיס טריטוריאלי אלא על בסיס פרסונאלי – דהיינו החוק חל על רשויות השלטון בכל פעולותיהן.

16. על בסיס זה, חירויות היסוד הקלאסיות – negative rights – (ולצורך עתירה זו: כבוד האדם, זכות לחיים ולחופש קניין) שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חלות על כל בני האדם גם כאשר ההפרה מצד רשויותיה או שלוחיה של מדינת ישראל אירעה מחוץ לשטחיה של מדינת ישראל.

האם הפסיקה העליונה הישראלית הכירה בתחולתן השווה של חירויות היסוד הקלאסיות על כל בני האדם גם כאשר ההפרה אירעה מחוץ לשטחי מדינת ישראל?

17. לא רק שהפסיקה העליונה לא קבעה מעולם כי, אין תחולה אקסטרא – טריטוריאלי של חירויות היסוד הקלאסיות, אלא היא קבעה באופן פוזיטיבי את תחולתן על שטחים לא ישראלים ועל בני אדם שאינם אזרחיה או תושביה של מדינת ישראל. למעשה, בית משפט נכבד זה החל בביסוסה של הלכה זו אף לפני חקיקת חוקי היסוד, וזאת כשנקבע מפורשות ע"י בית משפט נכבד זה כי:

"כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי, שענינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי."

בג"צ 82/393 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4) 785, פסקה 33.

18. בהתאם לכך, החיל בית-המשפט את העקרונות בדבר זכויות האדם גם בשטחים. תחילה על-בסיס מגילת זכויות האדם הפסוקה, ולאחר כינון חוקי היסוד – גם על-בסיס הזכויות המעוגנות בהם.

19. כללים אלו מתיישבים עם המשפט המשווה, כפי שיוסבר בהמשך, שלפיו ההגנות החוקתיות בדבר חירויות היסוד הולכות עם הדגל – "following the flag".

20. אחד מפסקי-הדין המובילים בעניין הגנת זכויות האדם הינו פסק-הדין בעניין בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל (פ"ד נג(4) 817) שניתן על ידי הרכב מורחב של תשעה שופטים. העותרים בפסק-דין זה היו עותרים ציבוריים (ארגוני זכויות אדם ישראליים) ועותרים אשר נחקרו על ידי השב"כ באמצעים פסולים. בית המשפט אישר בפסק-דין זה כי אחד

מהעותרים הורשע בגין פעילות בזרוע הצבאית של חמאס וכי לטענת המדינה, המידע שהתקבל ממנו הוביל לסיכול תכנית ממשית לביצוע פיגועים חמוריים. העותר השני הורשע בגין מעורבות בפיגוע ההמוני בקפה "אפרופו" בתל-אביב ושותפות בחטיפתו ורציחתו של חייל. ביחס לעותר השלישי לא צוין בפסק-הדין טיב מעורבותו בפעילות בלתי חוקית. לגבי העותר הרביעי נטען בפסק-הדין, כי הוגש נגדו כתב-אישום בגין פעילות ביטחונית עוינת. העותרים האלה טענו כי, השב"כ עושה שימוש באמצעי חקירה הכוללים הפעלת לחץ פיזי עליהם.

21. בית המשפט העליון קבע כי, שיטות החקירה של השב"כ, נשוא העתירות, פגעו בחירויות יסוד חוקתיות של הנחקרים בניגוד לאמור בסעיף 8 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כדברי הנשיא ברק (כתוארו אז) :

"החוק וחקיקת המשנה צריכים לקיים את הדרישות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא הדין בחקירה...חירותו של הפרט, לא להיות אובייקט לחקירה, היא חירות יסוד במשטרנו החוקתי" עמ' 831-833 לפסק-הדין.

22. פסק הדין הזה לא נתן משקל כלשהו, ובצדק, לזהותם הלאומית של הנחקרים, ובית המשפט הנכבד לא התעניין ואף לא בדק, ובצדק, את המיקום הטריטוריאלי של מתקני החקירה. כמו כן, בית המשפט לא נתן משקל כלשהו, ובצדק, לסוג העבירות שנעברו על ידי העותרים. קביעתו של בית המשפט הנכבד בפסק-דין זה התייחסה להגנה האוניברסאלית על חירויותיו של האדם באשר הוא אדם. החובה לכבד את החירויות האלה הוטלה על שלוחי המדינה בכל מקום שיימצאו בו.

23. לכל הדעות, קביעותיו של פסק-דין זה יחולו על חוקרי השב"כ הישראלי גם אם החקירות יבוצעו בכל מקום אחר בעולם. לכל הדעות, הכנסת לא תוכל לשחרר את חוקרי השב"כ מקביעות פסק-הדין לגבי חקירות שיתנהלו מחוץ לשטח השיפוט של המדינה. איש לא יטען שחוק של הכנסת, שיתיר עינויים, ויימצא בלתי-חוקתי, יהיה מחוץ להישג ידה של הביקורת השיפוטית אם העינויים יתבצעו במחנה עופר ולא בירושלים!

24. מהותה של ההלכה הפסוקה שנקבעה בפסק-דין זה אינה פונקציה לזמן או מקום אלא היא פונקציה לזהותו של מפר החירות.

25. בנוסף, הפסיקה העליונה לא התייחסה לאבחנה בין אזרחי מדינת ישראל ולבין מי שאינם אזרחיה או תושביה של מדינת ישראל, כהבחנה רלבנטית לעניין התחולה השווה של חירויות היסוד הקלאסיות כשהפרה אירעה מחוץ לשטחי מדינת ישראל. בהקשר זה, קבעה הפסיקה העליונה, כי ההגנות על חירויות אלו יחולו באופן שווה. בעניין **מורכוס** נדונה סוגיית חלוקת ערכות מגן שווה בשטחים הכבושים בין הישראלים ולבין התושבים הפלסטינים עקב החשש להתקפות טילים על ישראל מצד עיראק. בית המשפט קיבל את העתירה והשופט ברק (כתוארו אז) קבע כי,

"המפקד הצבאי צריך לנהוג בשוויון באזור; אסור לו להפלות בין תושבים לתושבים. משהגיע למסקנה, כי יש לחלק ערכות מגן לתושביו היהודים של האזור, מן הראוי הוא שיחולקו גם ערכות מגן לתושביו הערבים... חובתו של מפקד צבאי לנהוג בשוויון בין כל תושבי האזור אינה פגה כשהמתח הביטחוני עולה; זו חובה נמשכת, המוטלת כל העת... טענת הפליה היא תמיד שפיטה; חוסר שוויון הוא תמיד שפיטה. אין צורך בכל מומחיות מיוחדת כדי לדעת כי הכול שווים בפני החוק."

בג"צ 168/91 מורכוס נגד שר הביטחון, פ"ד מה (1) 467, 470-471.

26. פסק-הדין בענין **מורכוס** מתבסס בעיקרו על מימוש עקרון השוויון המלא בין כלל התושבים המתגוררים בשטחים הכבושים. **פרשנות מצמצמת ביותר של פסק-דין זה תקבע, כי אזרחותם של הישראלים המתגוררים בשטחים הכבושים אינה מרכיב רלבנטי להבחנה בין היקף ההגנה על זכות החיים שלהם לבין ההגנה על זכותם לחיים של הפלסטינים שם, כי ערך החיים של שתי הקבוצות הינו ערך שווה.**

27. לאחרונה קבע בית משפט נכבד זה בענין **חוף עזה** ובהרכב מורחב כי, חוקי היסוד חלים על הישראלים המתגוררים בשטחים הכבושים. היינו, לפי פסק-דין זה, החירויות החוקתיות הקלאסיות כגון הזכות לחיים, חופש הקניין והזכות לכבוד (במובן הצר) חלות אף הן על שטחים לא ישראלים. וכפי שהוסבר בהרחבה לעיל, אזרחותם של הישראלים הנמצאים מחוץ לישראל אינה מצדיקה את ההבחנה בינם ולבין מי שאינו ישראלי בכל הקשור להגנות החוקתיות על החירויות היסוד. עם זאת, היא עשויה להצדיק את ההבחנה בינם ולבין האחרים בכל הקשור להיקף ההגנות על זכויות פוזיטיביות כגון הזכות לבחור, להיבחר, זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.

28. בכתב העתירה ובעיקרי הטיעון טענו בהרחבה כי, ההפליה בתחולת ההגנות החוקתיות (כגון הזכות לכבוד, הזכות לחיים ולחופש קניין) בין הישראלים הנמצאים בשטחים הכבושים והפלסטינים תוביל **לאפרטהייד חוקתי**. התסריטים המשפטיים של אפרטהייד מסוג זה הינם רבים. כך למשל, ניתן לקבוע כי, תיקון מס' 7 של החקיקה נשוא עתירה זו הינו בלתי חוקתי ככל שהוא נוגע לזכויותיהם של הישראלים המתגוררים בשטחים הכבושים וזאת לאור ההלכה של פסק-דין **חוף עזה**, אך הוא כשר וחוקתי ככל שהם נוגעים לפלסטינים, אף אם מדובר באותו איזור עימות! ואם דמיוננו ירחיק לכת, אזי חוק חדש של הכנסת המתיר, למשל, הטלת מסים לא שוויונית ביישובי הישראלים בשטחים הכבושים עשוי שיהיה בלתי חוקתי, אך חוק שיתיר הריגת פלסטינים בשטחים הכבושים יהיה חוקתי!

29. המסקנה העולה מהאמור לעיל היא, החירויות החוקתיות כגון הזכות לחיים, הזכות לכבוד (במובן הצר) וחופש הקניין שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הינן חלות על כל בני האדם גם אם ההפרה הינה מחוץ לשטחים של מדינת ישראל. קביעה זו הינה נכונה מקל וחומר כאשר מדובר בתחולתן השווה של חירויות אלו על כלל התושבים של השטחים הכבושים: ישראלים, פלסטינים ואחרים.

משפט משווה

30. הפרק הזה יתייחס לתחולתן האקסטרא-טריטוריאלית של חירויות היסוד של הפרט במשפט המשווה וכן לקביעת אחריות המדינה בגין הפגיעה בחירויות אלו. כאמור, הפרק הזה רק יוסיף על החלקים שהועלו בכתב העתירה ובעיקרי הטיעון מטעם העותרים.

ארה"ב

31. הפסיקה שהתייחסנו אליה בעיקרי הטיעון הינה הפסיקה שניתנה לאחרונה ובשנתיים האחרונות. פסיקה זו סוקרת את ההלכה האמריקאית לפיה, fundamental Constitutional rights הינם חלים הן על אמריקאים והן על לא אמריקאים בטריטוריות לא אמריקאיות אך תחת שליטה אמריקאית.

32. עם זאת, נוסף כאן התייחסות לפסיקה שלא הוזכרה בפסקי-דין שהעלינו אך גם היא רלבנטית לענייננו. בפרשה משנת 1922 נקבע שהחוקה האמריקאית חלה במקרים

"wherever and whenever the sovereign power of (the U.S) government is exerted...the guaranties fundamental rights declared in the Constitution, as for instance, that no person could be deprived of *life, liberty, or property* without due process of law."

Balzac v. Porto Rico, 256 U.S. 298, 312-313 (1922).

ראו גם :

Territory of Hawaii v. Osaki Mankichi, 190 U.S. 197, 221 (1903);

Dorr v. United States, 195 U.S. 138 (1904)

Governmental of the Canal Zone v. Scott, 502 F.2d 566, 568 (5th Cir. 1974)

אנגליה :

33. הפסיקה הבריטית המתייחסת לתביעות הנזיקין של תושבי הקולוניות שהיו תחת השליטה הבריטית הינה מאוד רלבנטית לענייננו. לפי פסיקה זו, אנגליה אחראית על הנזיקין שנגרמו בניגוד לדין לתושבי הקולוניות שלה. כך למשל, חלק מתושבי ה-Chagos Islands שהיו תחת השליטה הבריטית עד 1965 תבעו את הרשויות הבריטיות בגין הנזיקין שנגרמו להם בשנות ה-1960 עקב פינויים בכוח. בית המשפט הבריטי קבע:

Para. 8—"The state is not at liberty to act arbitrarily or unjustly: it is the task of the courts, which are part of the state, to see that it does not. It cannot lie in the mouth of the

UK government, having enacted powers for the governance of the islands, to contend that its officials can ignore the limits on those powers and act outwith them.”

Para. 20—“It was to change this anomalous situation that the Crown Proceedings Act 1947 was passed. But the 1947 Act does not work by making the state a potential tortfeasor: it works by making the Crown vicariously liable for the torts of its servants. It has only been with the enactment of the Human Rights Act 1998 that the Crown, in the form of a 'public authority', has acquired a primary liability for violating certain rights.”

Chagos Islanders v Attorney General & Anor [2004] EWCA Civ 997 (22 July 2004)

34. ובעניין אחר מנובמבר 2000 התייחס בית המשפט הבריטי להלכה הקבועה בעניין תחולת המגנה – קרטא על הנתונים בקולוניות בבחינת **following the flag**. ראו לעניין זה:

Bancourt, R (on the application of) v Secretary of State for Foreign & Commonwealth Office [2000] EWHC Admin 413 (3 November 2000) Para 33.

בעניין דומה לגבי תחולת הלכת **following the flag** ראו גם דבריו של הלורד דיננינג:
MR in R v FCO ex p. Indian Association of Alberta [1982] QB 892, 912.

35. בעניין *Bici* שנפסק בשנת 2004 נדונה סוגיית אחריותם של חיילים אנגלים שהיו חלק מכוח האו"ם בקוסובו אשר, לפי הטענה, פתחו באש לעבר רכב שנסעו בו אלבנים, וכתוצאה מהירי נהרגו שניים ונפצעו שניים אחרים. החיילים טענו כי, הם נהגו כך מכוח הגנה עצמית מכיוון שחששו על חייהם. בית המשפט קבע כי, החיילים אחראים על הנוזיקין שגרמו בגין עוולות הרשלנות והשגת גבול וכי סכום הפיצויים יוערך וייקבע בנפרד. בפסק-דין זה נקבע כי,

“But soldiers are human; from time to time mistakes are inevitable, and even the most rigorous discipline will crack. In this case, the fall from the Army’s usual high standards led to tragic consequences for the victims and their families. **The Queen’s uniform is not a licence to commit wrongdoing, and it has never been suggested that it should be.** The Army should be held accountable for such shortcomings, even where the victims are from the very community which has benefited so much from the Army’s assistance. A proper system of justice requires no less.”

Bici v MOD (Ministry of Defence) [2004] EWHC 786 (QB) para 113.

36. בעניין Al-Skeini נדונה תביעתם של עיראקים אשר ששה מקורביהם נהרגו על ידי חיילים בריטים בשנת 2003 בבצרה, היינו מייד לאחר נפילת משטרו של סדאם חוסין. בית המשפט קיבל את התביעה המתייחסת לאלה שהיו במשמורת בריטית, ולגבי האחרים נקבע כי, האמנה האירופאית לזכויות אדם אינה חלה מחוץ למדינות שהן צד לה. עם זאת, בית המשפט בפסק-דין זה קבע כי, החיילים הבריטים הינם אחראים על מעשיהם בעיראק שנעשו בניגוד לדין הבריטי הפנימי ו/או בניגוד למשפט הבינלאומי ההומניטארי. השופט הלורד סידלי קובע בפסק-דין זה לאמור:

Para 181: "It is accepted, moreover, that our troops are both answerable to the criminal law of the United Kingdom and amenable to its civil law of tort in relation to anything they do in Iraq." **Para. 195:** "What seems to me more material is the fact that ... the United Kingdom was an occupying power within the meaning of Article 42 of the Hague Regulations because the Basra region was under the authority of its armed forces. Article 43 then made it incumbent upon the UK "to take all the measures in [its] power to restore, and ensure, *as far as possible*, public order and safety, while respecting, *unless absolutely prevented*, the laws in force in the country"... These obligations are predicated not on effective control but on "the authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant". Geneva IV, Article 27, adds to them an obligation to respect "in all circumstances" the persons of civilians and to protect them from acts of violence."

Para. 197: "My own answer would be that the one thing British troops did have control over, even in the labile situation described in the evidence, was their own use of lethal force. **Para 205:** "I also see good grounds of principle and of substantive law for holding that, at least where the right to life is involved, these parts extend beyond the walls of the British military prison and include the streets patrolled by British troops."

Al-Skeini v. Secretary of State for Defence, [2005] EWCA Civ 1609 (judgment delivered by the Court of Appeal on 21.21.05)

37. חשוב לציין בהקשר זה, כי בית הלורדים הסכים לשמוע את הערעור על פסק-דין זה, ולכן, פסק-דין זה אינו מהווה הכרעה משפטית סופית; שנית, וכפי שיוסבר בהמשך, בית הדין האירופאי לזכויות אדם קבע לאחרונה כי האמנה חלה על שטחים אקסטרא-טריטוריאליים.

קנדה

38. בעיקרי הטיעון התייחסנו לפסיקה הקנדית אשר קבעה כי, הסמכות השיורית של הממשל בענייני שלום ומלחמה אינה כוללת ביצוע פעולות בניגוד למשפט הבינלאומי. כאן נתייחס לעמדת הפסיקה הקנדית בסוגיית תחולת הזכויות החוקתיות לפי הלכת **following the flag** שחלה על האמפריה ולפיה נקבע:

“(Magna Carta) had always been considered to be law throughout the Empire. It was a law which followed the flag as England assumed jurisdiction over newly discovered or acquired lands or territories.”

Calder v AG of British Columbia (1973) 34 DLR (3rd) 145, where at 203

בית הדין האירופאי לזכויות אדם:

39. בנוסף לפסיקתו של בית הדין האירופאי לזכויות אדם שהעלנו בעיקרי הטיעון, נתייחס כאן לפסק-דין אחר המחיל את עקרונות האמנה האירופאית על שטחים אקסטרטריטוריאליים. באחת הפרשות החשובות, כורדים – עיראקים טענו כי, בעת פלישת תורכיה לצפון עיראק בשנת 1995 נהרגו ועונו ששה מקרוביהם. בית-הדין האירופאי דחה את התביעה על בסיס ראייתי- עובדתי. אולם לעניין תחולת האמנה האירופאית וחובת המדינות הוא קבע:

“Moreover, a state may also be held accountable for violation of the convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another state but who are found to be under the former state’s authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter state (see, mutatis mutandis, *M v Denmark* (1992) 15 EHRR CD 28; *Illich Sanchez Ramirez v France* (1996) 86 DR 155; *Coard v US* (1999) 9 BHRC 150 at paras 37, 39, 41 and 43; and the views adopted by the Human Rights Committee on 29 July 1981 in the cases of *Lopez Burgos v Uruguay* (no 52/1979) (29 July 1981) at para 12.3 and *Celiberti de Casariego v Uruguay* (no 56/1979) (29 July 1981) at para 10.3 respectively). Accountability in such situations stems from the fact that art 1 of the convention cannot be interpreted so as to allow a state party to perpetrate violations of the convention on the territory of another state, which it could not perpetrate on its own territory ([1996] ECHR 15318/89).”

Issa v. Turkey [2004] ECHR 31831/96 (delivered 14 November 2004) Para 71.

Inter-American Commission of Human Rights

40. ההלכה בפני ה-IACHR הינה כי המדינות מחויבות להגן על החירויות החוקתיות של בני האדם גם אם ההפרה הינה מחוץ לשטחן הלאומי. באחת הפרשות, 17 עותרים טענו כי ארה"ב הפרה את זכויותיהם בניגוד למשפט הבינלאומי כאשר ארה"ב פלשה בשנת 1983 לגרנדה. ה-IACR קיבל את התביעות וקבע:

“Given that individual rights inhere simply by virtue of a person’s humanity, each

American State is obliged to uphold the protected rights of any person subject to its jurisdiction. Whilst this most commonly refers to persons within a state's territory, it may, under given circumstances, refer to conduct with an extraterritorial locus where the person concerned is present in the territory of one state, but subject to the control of another state – usually through the acts of the latter's agents abroad. In principle, the inquiry turns not on the presumed victim's nationality or presence within a particular geographic area, but on whether, under the specific circumstances, the State observed the rights of a person subject to its authority and control.”

Coard v. United States, Inter-American Commission on Human Rights, Case 10.951, Report No. 109/99, 29 September 1999, Para 37

Available at: <http://www.cidh.org/annualrep/99eng/Merits/UnitedStates10.951.htm>

41. ובפרשה אחרת שעסקה באחריותה של קובה לנויקין שנגרמו בעקבות פעולה צבאית נגד מתנגדי קסטרו נקבע:

Para. 23. “Since individual rights are inherent to the human person, all the American States are obliged to respect the protected rights of any person subject to their jurisdiction. Although this ordinarily refers to persons who are within the territory of a State, in certain circumstances it can refer to behavior having an extraterritorial locus, where a person is present on the territory of one State, but is subject to the control of another State, generally through the acts of the agents abroad of the latter State. In principle, the investigation has no reference to the nationality of the alleged victim or his presence in a given geographical zone, but rather to whether in those specific circumstances the State observed the rights of a person subject to its authority and control.”

The Commission found and concluded that:

Para. 25. In analyzing the facts, the Commission finds that the victims died as a consequence of direct actions of agents of the Cuban State in international air space. The circumstance that the facts occurred outside the Cuban jurisdiction does not restrict nor limit the Commission's competent authority *ratione loci*, for, as has already been indicated, when agents of a State, whether they be military or civil, exercise power and authority over persons located outside the national territory, its obligation to respect human rights, in this case the rights recognized in the American Declaration, continues. In the opinion of the Commission, there is sufficient evidence to show that the agents of the Cuban State, despite being outside its territory, subjected to their authority the civil pilots of the "Hermanos al Rescate" [Brothers to the Rescue] organization. Consequently, the Commission has competent authority *ratione loci* to apply extraterritorially the American Declaration to the Cuban State for the events which occurred on February 24, 1996, in international air space.

Alejandro v. Cuba, Inter-American Commission on Human Rights, Case 11.589, Report No. 86/99, 29 September 1999

Available at: <http://www.fiu.edu/~fcf/oasfeb24rep.html>

42. לפסיקה הרבה בעניין תחולת החירויות החוקתיות מעבר לטריטוריה הלאומית והצורך בהגנתן על חירויות הפרט כאשר ה-IACHR מאמץ את עקרונות בית הדין האירופאי לזכויות אדם (התייחסו אליהם בעיקרי הטיעון מטעם העותרים). כך למשל נקבע בפרשת Saldano:

that "jurisdiction" under the ACHR was not "limited to or merely coextensive with national territory", but that a state party "may be responsible under certain circumstances for the acts and omissions of its agents which produce effects or are undertaken outside that state's own territory".

Saldano v Argentina 11.3.99 (Report No. 38/99) (at 7)

43. המעניין הוא שה-IACHR ראה לנכון בפסיקה רבה להתייחס לתחולת האמנה האירופאית לזכויות האדם על שטחים חוץ טריטוריאליים והוא החיל את העקרונות שנקבעו בפסיקה של בית הדין האירופאי לזכויות אדם בעניין זה (חלק מפסיקה זו הועלתה גם בעיקרי הטיעון מטעם העותרים).

סיכום המשפט המשווה: מהי הסוגיה הרלבנטית ביותר שהמשיבים לא ענו עליה למרות סקירתם הרחבה למשפט המשווה?

44. תיקון מס' 7 נשוא העתירה קובע, למעשה, כי מדינת ישראל אינה אחראית בנזיקין גם אם הפגיעה הינה מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטארי. לכן, השאלה העיקרית היא: האם המשיבים הצליחו להביא ולו פסק-דין אחד הקובע כי, מדינה אינה אחראית בנזיקין כלפי מי שפגעה בחירויותיהם גם כאשר הפגיעה הינה מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטארי?

45. התשובה היא: על אף הסקירה הרחבה למשפט המשווה, המשיבים נכשלו לענות על שאלה זו. לפי סקירת המשיבים, אין מדינה הטוענת כי, אינה אחראית בגין הנזיקין שנגרמו כתוצאה מפגיעה בחירויות היסוד של פרטים בניגוד למשפט הבינלאומי ההומניטארי.

46. אכן, לצד הגישה שהוצגה בספרות שהביאו המשיבים, ישנה הגישה לפיה הפיצויים מועברים בין מדינות או באמצעות מנגנון מיוחד (כפי שהיה בעניין עיראק). אולם לא זה הרציונאל של תיקון 7, דהיינו ש"כל צד לעימות נושא בנזיקיו" – גם אם נגרמו ע"י הצד השני שלא כדין. לגישה זו אין כל

סימוכין במשפט המשווה. אדרבא, המדינות הכירו באחריותן והביעו נכונות לשלם פיצויים בגין הנזיקין שגרמו. בהקשר של ישראל והשטחים, האחוזים זה בזה כמעט כדי היותם יחידה טריטוריאלית אחת, שהחברה, הכלכלה והמשטר בהם מתואמים תחת השליטה האפקטיבית של מדינת ישראל, המנגנון הטבעי למימוש הזכות המהותית לפיצויים הוא בית-המשפט המוסמך בישראל.

47. כך, שלפי סקירתם של המשיבים למשפט המשווה, ובהנחה שהם והעותרים הצליחו להביא בפני בית משפט נכבד זה פסיקה רחבה ומקיפה מהמשפט המשווה, ניתן לקבוע בוודאות: **אין במשפט המשווה תיקון הדומה לתיקון מס' 7 נשוא העתירה. נהפוך הוא, תיקון זה הינו מנוגד לכלל הסקירה המשפטית שנעשתה הן על ידי המשיבים והן על ידי העותרים.**

48. נשוב ונביא לעניין זה את דבריו של פרופ' אריאל פורת בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (שהובאו בסעיף 4 לעתירה):

"שלא יספרו לכם שיש עוד חוק מהסוג הזה במקום כלשהו בעולם. אין חוק כזה בשום מקום בעולם. אנחנו כאזרחי ישראל - אני לא יכול כאזרח להשלים עם זה שיהיה חוק שיאפשר לחיילים שלנו, לילדים שלי, לעשות כאוות נפשם בלי שמישהו משלם על זה מחיר. זה מה שיקרה".

החלק השני: יישומו ותחולתו של תיקון מס' 7 הלכה למעשה על חיי הישראלים

49. מטרתו של חלק זה מהשלמת הטיעון היא, להמחיש את יישומו היומיומי של תיקון מס' 7 נשוא העתירה על האזרחים הישראלים על מנת לקדם הן את הטיעון כי החוק הינו בלתי חוקתי גם מבלי להתייחס לתחולתו האקסטרא טריטוריאלית והן לראות מקרוב את יישומם של חריגים של התיקון בחיי היומיום הישראליים. לצורך כך נביא להלן תסריטים משפטיים אפשריים המתייחסים לסיפור האישי של העורך-דין החיפאי מר אמיר יוסף.

הסיפור של עו"ד אמיר יוסף החיפאי

עו"ד אמיר יוסף הינו אזרח ישראלי, מתגורר בחיפה. הוא כיהן שנים ארוכות כחבר בוועדת האתיקה המקצועית של לשכת עורכי-הדין. עו"ד יוסף ידוע כאחד מעורכי-הדין המובילים בישראל במשפט הבינלאומי. הרשות הפלסטינית ואש"ף שכרו את שירותיו המקצועיים בשנת 2000 כדי ליתן להם יעוץ משפטי ולהכין חוות דעת מקצועיות בעניין מעמדה של ירושלים המזרחית לפי המשפט הבינלאומי ומעמדם המשפטי של הפליטים הפלסטינים, וזאת לקראת ניהול משא ומתן בקמפ-דיוויד עם ממשלת אהוד ברק. על מנת שיתאפשר לו להשתתף בדיונים הפנימיים של אש"ף לצורך משימה מקצועית זו, הוא היה חייב על פי תקנון אש"ף להצטרף פורמאלית לאש"ף ולשלם דמי חברות סמליים. הוא עשה

כן. אך למעשה, הוא לא הצליח לסיים את עבודתו מאחר ומצבו הבריאותי החל להתדרדר ולהחמיר וזאת בגלל פציעתו הקשה מירי אש חיה של שוטרים בנצרת במהלך אירועי אוקטובר 2000. פציעתו הקשה ברגל הפכה אותו למוגבל פיזית והוא החל להשתמש בכסא גלגלים. לאחר פרסום מסקנות ועדת אור, ועדת החקירה הממלכתית שחקרה את התנהגות המשטרה באירועי אוקטובר 2000 ואשר קבעה כי השימוש באש חיה היה בניגוד להוראות הפתיחה באש, עו"ד אמיר יוסף הגיש בספטמבר 2005 תביעת נזיקין נגד כוחות הביטחון בבית המשפט המחוזי בנצרת. בישיבת קדם המשפט ביקשה פרקליטות המדינה לסלק את תביעתו על הסף של עו"ד יוסף לפי סעיף 5ב (א) (3) של תיקון מס' 7 הקובע כי "מי שניזוק בעת שפעל בשליחותו או מטעמו של נתין מדינת אויב, חבר או פעיל בארגון מחבלים" אשר חל באופן רטרואקטיבי. השופט ניסה לשכנע את הפרקליטות לחזור בה מבקשתה זו מהטעם שחברותו של עו"ד יוסף באש"ף הינה פורמאלית ביותר וכל מי שמכיר את עו"ד יוסף יודע שהוא מעולם לא ביצע דבר בניגוד לחוק. דבריו של השופט לא סייעו לו בפני הפרקליטה שטענה שאין בידה לעשות כן מכיוון שבג"צ אישר לאחרונה את חוקתיותו של תיקון מס' 7. לכן, לא היתה ברירה לשופט אלא להיעתר לבקשת הפרקליטות ולדחות את תביעתו של עו"ד אמיר יוסף.

בדצמבר 2005 החליט עו"ד אמיר יוסף לנסוע לגינן כדי להשתתף בהלוויית חבר. בעמידתו במחסום שהיה עמוס בבני אדם הוא הבחין באחד החיילים שמסרב לאפשר לאישה זקנה לעבור לצד השני של המחסום. עו"ד יוסף התקרב עם כסא הגלגלים שלו לעברו של החייל וצעק וצרח על החייל משום שהאחרון לא מאפשר לזקנה לעבור את המחסום. החייל העצבני דחף ברגלו בעוצמה את כסא הגלגלים של עו"ד אמיר יוסף. הכסא התדרדר ועו"ד יוסף נפצע קשות בכתפו. עורך-דין יוסף רצה להגיש תביעת נזיקין בגין ארוע זה, אך מייד ידע כי שר הביטחון הכריז ימים קודם לכן על כל צפון הגדה כאיזור עימות לפי סעיף 5ג לתיקון מס' 7. אך התמזל מזלו שאחד מהעיתונאים הזרים צילם את הארוע. עו"ד יוסף פנה לבג"צ כדי לחייב את הפצ"ר להגיש כתב-אישום נגד החייל. בג"צ נענה לעתירתו במיוחד לאחר שצפה בקלטת של העיתונאי. עו"ד יוסף סבר כי, אם יורשע החייל אז הוא יכול להסתמך על החריג הראשון הקבוע בסעיף 1 לתוספת השנייה של תיקון מס' 7 ולהגיש לאחר מכן תביעת נזיקין. לאחר פתיחת המשפט נגד החייל התברר כי אין אפשרות להשיג את העיתונאי הזר על מנת להגיש את הקלטת באמצעותו. הקלטת היתה אמורה להיות מלכת הראיות במיוחד בהעדר הודאה מטעם החייל. לכן, בהעדר ראיות מצד התביעה, בית הדין הצבאי זיכה את החייל. עו"ד יוסף שראה את החייל חוגג וצוהל מרוב שמחה באולם בית הדין הצבאי, לקח צלחת גדולה שהיתה ליד כסא הגלגלים שלו וזרק אותה לעברו של החייל. הצלחת פצעה את פניו של החייל.

לאחר האירוע שהיה באולם בית הדין הצבאי, הוגש מיידית כתב-אישום נגד עו"ד יוסף בגין גרימת חבלה חמורה לאדם. בית המשפט הרשיע את עו"ד יוסף אך לא רצה להטיל עליו עונש מאסר בפועל והוא הציע לו להמיר את המאסר בפועל לשה חודשים בעבודת שירות המתאימה למגבלותיו הפיזיות. עו"ד יוסף סירב להצעת בית המשפט והוא דווקא סבר שריצוי מאסר בפועל יגרום להתקוממות נגד תיקון מס' 7 של החוק ויעורר מודעות ציבורית ובינלאומית בעניין. עו"ד יוסף ריצה את תקופת מאסרו בכלא ושם שהה עם אסירים המסווגים כאסירים ביטחוניים מטעם פתח. בתקופת

מאסרו הוא סבל רבות מיחסם של הסוהרים כלפיו. שכן, במקרים רבים שהיו אמורים להעבירו לבית חולים לצורך טיפול ועל אף המלצות רבות מרופא הכלא, הם התעכבו או גרמו לדחיית הביקור בבית חולים. עיכובים ודחיות אלה גרמו להתדרדרות נוספת במצבו הבריאותי של עו"ד יוסף. לאחר תום תקופת המאסר ושחרורו מהכלא, הוא החליט להגיש תביעת נזיקין נגד שירות בתי הסוהר. אולם, מייד נודע לו מעורכת-הדין שעובדת בפרקליטות המדינה ואשר היתה מתמחה שלו בעבר, כי הוא לא יכול להגיש תביעה כזו, כי הוא לא רק שלא ביטל את חברותו הפורמאלית באש"ף אלא מייד עם שחרורו התראיין ע"י עיתון פלסטיני שתיאר אותו כאחד מבכירי פתח שהיו בכלא, ולכן הוא למעשה לא יכול אפילו להסתמך על **החריג שבסעיף 2 לתוספת השנייה של תיקון מס' 7**.

כך נותר עו"ד יוסף עם נכות פיזית צמיתה ללא פיצוי כלשהו. סיפורו הדמיוני של עו"ד יוסף הישראלי מציג תסריטים משפטיים אפשריים לפי תיקון מס' 7 נשוא העתירה.

על יסוד כל האמור בכתב העתירה, בעיקרי הטענות ובהשלמת הטענות מטעם העותרים, מתבקש בית המשפט הנכבד להפוך את הצו על תנאי לצו מוחלט ולחייב את המשיבים בהוצאות משפט.

-----	-----	-----	-----
יוסי וולפסון, עו"ד	דן יקיר, עו"ד	ארנה כהן, עו"ד	חסן ג'בארין, עו"ד

ב"כ העותרים

היום : 5/10/2006