



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

לפני כבוד השופט שלמה פרידלנדר

תובע ע' נ'

ע"י עו"ד מוחמד ג'בארין  
וכן עוה"ד נדים שחאדה מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות  
המיעוט הערבי בישראל

נגד

נתבעת מדינת ישראל – משרד הביטחון  
ע"י עו"ד עופר שובל מפמת"א (אזרחי)

מגישת עמדה הכנסת

ע"י עו"ד אביטל סומפולינסקי

### פסק דין

#### מבוא וטענות הצדדים

- 1
- 2 1. לפניי בקשה לדחייה על הסף של תביעת נזיקין בגין נזק גוף שנגרם לתובע, תושב רצועת עזה, מיירי צה"ל.
- 3
- 4 2. התובע, תושב רצועת עזה – אלבורייג', טוען כי ביום 16.11.2014, בהיות בן 15, נפצע מיירי צה"ל (שמו המלא ופרטי פציעתו הושמטו לשמירה על פרטיותו). התובע טוען כי לא היה לכך צידוק מבצעי; למרות שהוא מודה כי "לא הייתה לו ידיעה ו/או היכולת לדעת מהן למעשה הנסיבות שגרמו לירי" [כתב התביעה, סעיף 4].
- 5
- 6
- 7
- 8 3. לטענתו, הייתה בכך הפרה של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, דבר המקנה לו זכות תביעה אישית לפיצויי נזיקין.
- 9
- 10 4. הנתבעת (להלן: "המדינה") טוענת כי דין התביעה לדחייה על הסף; משום ש"על אף האמור



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

- 1 בכל דין, אין המדינה אחראית בנזיקים לנזק שנגרם ל... נתין של מדינה שהיא אויב או מי שאינו
- 2 אזרח ישראלי, שהוא תושב שטח מחוץ לישראל שהממשלה הכריזה עליו, בצו, כשטח אויב..."
- 3 [חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 (להלן: "חוק הנזיקים"), סעיף 5ב].
- 4 המדינה מציינת כי מקום מגוריו של התובע הוכרז על ידי הממשלה כ"שטח אויב" בצו מיום
- 5 7.10.14; קרי: לפני האירוע הנדון [צו הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (הכרזה על שטח אויב
- 6 – רצועת עזה), התשע"ה-2014 (להלן: "הכרזת הממשלה" או "הצו")].
- 7 5. התובע השיב לבקשה בטענה כי אין לסלק את התביעה על הסף, בהסתמך על הוראת החוק
- 8 האמורה, משום שהוראת החוק האמורה אינה חוקתית ודינה בטלות. עיקרו של הטעון נסמך על
- 9 בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון
- 10 (12.12.2006) (להלן: "עדאלה"); שם נפסל כבלתי-חוקתית סעיף 5 בחוק הנזיקים, שקבע כי "אין
- 11 המדינה אחראית בנזיקים לנזק שנגרם באזור עימות...". לטענת התובע, קביעה זו הולמת גם את
- 12 סעיף 5 בחוק הנזיקים, שעליו מסתמכת המדינה בבקשתה; משום שגם הוא, כסעיף 5 בשעתו,
- 13 שולל באופן גורף את ההגנה המשפטית על הזכות לחיים ולשלמות הגוף באמצעות פיצויי נזיקין בגין
- 14 הפגיעה בהם; את זכות הקניין להיפרע פיצויים כאמור; ואת זכות הגישה לערכאות, שהיא תנאי
- 15 למימוש הזכויות כולן.
- 16 6. לטענת התובע, התכלית של החרגת פעולות מלחמתיות מדיני הנזיקין, שאינם מתאימים להן,
- 17 מושגת על ידי הסעיפים 5 ו-5א בחוק הנזיקים, שיחד עם ההגדרה של 'פעולה מלחמתית' בסעיף 1
- 18 בחוק – מבטיחים את ההחרגה האמורה, ואת התכליות החקיקתיות של חוק הנזיקים, הן ברובד
- 19 המהותי והן ברובד הדיוני. משכך, נפקותו של סעיף 5 היא ביחס לנזקים עקב פעולות שאינן
- 20 מלחמתיות. לגבי כאלה, אין לו הצדקה. לפיכך השלילה הגורפת שהוא יוצר אינה מידתית ואינה
- 21 חוקתית.
- 22 7. עוד טוען התובע כי מגמת פניו של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי הנה להעניק זכות תביעה
- 23 אישית לכל נפגע מהפרות של דיני המלחמה; ואל למדינה להתיימר לסכל זאת בחוק פנימי.
- 24 8. התובע מוסיף וטוען טענה קנטרנית ומבישה כי הוראת החוק הנדונה חלה למעשה רק על
- 25 פלסטינים, ולפיכך הנה גזענית [תשובת התובע, סעיף 18]. אומר כבר כאן ועכשיו כי הוראת החוק
- 26 הנדונה [סעיף 5 בחוק הנזיקים; להלן גם: "הסייג לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב"], לפי לשונה,
- 27 רוחה ותכליתה, מתייחסת בעליל לכל נתין אויב ותושב שטח אויב, בסייגים הנקובים בחוק, ללא
- 28 הבדל לאום, דת וגזע; ממש כאחיה הבכור, הכלל במשפט המקובל שלפיו "אין מבררים תביעת נתין
- 29 אויב בעת מלחמה" (להלן, בקיצור: "כלל אי-הבירור של תביעת אויב"), אשר מקובל במדינות
- 30 מתוקנות [דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' זיראני (15.1.2015) (להלן: "דנ"א זיראני"), פסק דין



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

- 1 הרוב מאת כב' הנשיא (דאז) א' גרוניס, פסקאות 15-29; ליאב אורגד ויורם רבין, "זכות הגישה
- 2 לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)", **מחקרי משפט** כט 469
- 3 (2014) (להלן: "אורגד ורבין"), עמ' 477-478 וההפניות שם]. אין שחר, אפוא, לטענה זו, ומוטב שלא
- 4 הייתה נטענת.
- 5 9. המדינה, בתגובתה לתשובת התובע, טוענת לחוקתיותו של הסייג **לאחריות בנוזיקין כלפי נתין**
- 6 **אויב**. המדינה מתבססת בעיקר על ההלכה שנקבעה ב-דנ"א **דיראני**, שלפיה **כלל אי-הבירור של**
- 7 **תביעת אויב**, המקובל במדינות מתוקנות, נקלט במשפט הישראלי והוא חוקתי. המדינה טוענת כי
- 8 השלילה של תביעות נתיני אויב אינה גורפת, משום שהיא אינה חלה על הליכים מינהליים, בין-
- 9 לאומיים, פליליים ומשמעתיים אשר מפקחים על ההתנהלות הצבאית ומעניקים סעדים שונים.
- 10 המדינה גם מסתמכת על ההסכמה הרחבה במשפט המשווה והבין-לאומי כי המשפט הבין-לאומי
- 11 ההומניטרי אינו מקנה לפרטים, להבדיל ממדינות, עילת תביעה אישית בגין הפרות נטענות של דיני
- 12 המלחמה.
- 13 10. המדינה מסתמכת על הקביעות ב-דנ"א **דיראני** כי בעוד שעל תביעות אויב מלפני כניסתו
- 14 לתוקף של סעיף 5 **בחוק הנוזיקים** יחול כלל אי-הבירור של המשפט המקובל – הרי שעל תביעות של
- 15 נתיני אויב אחרי מועד זה יחול הסייג לאחריות לפי סעיף 5ב האמור. דברים אלו נאמרו ללא כל
- 16 הסתייגות או ספק באשר לחוקתיותו של סעיף 5ב [המדינה הפנתה לדבריהם של כב' הנשיא (דאז) א'
- 17 דרוניס, פסקה 91 בפסק דינו; כב' השופט (כתוארו אז) ס' גיבוראן, פסקה 4 בפסק דינו; כב' השופט
- 18 נ' הנדל, פסקה 16 בפסק דינו וכב' השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין, פסקאות ב' ו-י"ט בפסק דינו].
- 19 11. המדינה מטעימה כי רצועת עזה, מאז שהיא נשלטת על ידי חמאס, שהוא ארגון טרור – הוכרה
- 20 כשטח אויב בפסיקת בית המשפט העליון, עוד לפני הצו הנזכר [פסקאות 27, 28 ו-41 בתגובה; בג"ץ
- 21 9132/07 **אלבסיוני נ' ראש הממשלה** (30.1.2008) (להלן: "**אלבסיוני**)]. בכך יש גם משום מענה
- 22 לטענת הרטרואקטיביות שהעלה התובע נגד החלת הצו.
- 23 12. המדינה טוענת להבחנה בין סעיף 5ג, **סייג לאחריות בנוזיקין באזור עימות**, שנדון בעניין
- 24 **עדאלה** על רקע התפיסה הלוחמתית ששררה באזורים הנדונים, לבין סעיף 5ב דנן, **סייג לאחריות**
- 25 **בנוזיקין כלפי נתין אויב**, המתייחס לשטח אויב שישראל אינה מחזיקה בו. הבחנה זו נוגעת
- 26 לזכויותיהם של תושבי המקום כלפי המדינה המפעילה בו כוח צבאי; משום שאין דין "אזרחים
- 27 מוגנים", לאחר התבססות השליטה בשטח המוחזק, כדן "נתיני אויב" בעת מלחמה. הבחנה זו
- 28 נוגעת גם לאופי הפעולות של המדינה; משום שבתפיסה לוחמתית המדינה מבצעת הן פעולות
- 29 צבאיות הן פעולות אזרחיות, בעוד שבשטח אויב המדינה מבצעת רק פעולות צבאיות. לבסוף,
- 30 ההבחנה נוגעת למידת הנגישות של המדינה לראיות בשטח הנדון, ולמידת הסכנה האורבת לכוחות



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

- 1 הצבא הנכנסים לשם, שכמובן אינה דומה בשני ההקשרים. לפיכך טוענת המדינה כי אין להקיש  
2 מביטולו של סעיף 5 בעניין **עדאלה** על סעיף 5 הנדון כאן.
- 3 13. המדינה הרבתה לציין בטיעוניה את אי-התאמתם של דיני הנזיקין לפעולות מלחמתיות, ואת  
4 העיקרון כי במלחמה כל צד נושא בנזקיו הוא. לטענת המדינה אין די בסייג **לאחריות בגין פעולה**  
5 **מלחמתית**; משום שעצם ההתמודדות עם טענה שהנזק נגרם בפעולה בלתי-מלחמתית, בנסיבות  
6 שבהן הנזק נגרם לנתין אויב בשטח אויב – עלולה להיות מסוכלת בגלל קשיים ראייתיים מובנים;  
7 לרבות תביעות כוזבות המוגשות כחלק מן המאבק בישראל ועל רקע האיבה כלפיה.
- 8 14. במצוות סעיף 17(ג) **בחוק הכנסת, התשנ"ד-1994** – הזמנתי את הכנסת להתייצב ולהשמיע  
9 טענות בהליך זה, לעניין חוקתיותו של סעיף 5 **בחוק הנזיקים**. הכנסת התייצבה, והשמיעה עמדה  
10 דומה לעמדת המדינה בדבר חוקתיותו של סעיף 5 הנדון. גם הכנסת הסתמכה על דנ"א **דיראני**,  
11 ואבחנה את עניין **עדאלה**, בטענות דומות לטענות המדינה שנסקרו לעיל.
- 12
- 13 **חוקתיותו של הסייג לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב, לפי סעיף 5 בחוק הנזיקים**
- 14 15. לצורך בחינת חוקתיותו של הסייג **לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב**, לפי סעיף 5 **בחוק**  
15 **הנזיקים**, יש לבחון אם הוראת החוק הנבחנת פוגעת בזכות אדם, אם לזכות הנפגעת מעמד חוקתי,  
16 אם הפגיעה הייתה בחוק, אם החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית  
17 דמוקרטית ואם הפגיעה הייתה לתכלית ראויה. לבסוף יש לבחון אם הפגיעה מיידית; קרי: אם יש  
18 קשר רציונלי בין הפגיעה לתכלית, אם לא ניתן להגשים את התכלית באמצעות פגיעה פחותה, ואם  
19 התועלת הצפויה לצמוח מהגשמת התכלית פרופורציונאלית לנזק הגלום בפגיעה **[עדאלה]**, פסקה 20;  
20 ברק מדינה, **דיני זכויות האדם בישראל** (2016) (להלן: "מדינה"), פסקאות 1.15-1.16 (עמ' 36-38).
- 21 16. מכיוון שבחינה חוקתית בהקשר דומה כבר נעשתה על ידי בית המשפט העליון בעניין **עדאלה**  
22 ובדנ"א **דיראני** – והצדדים תומכים את יתדותיהם בשני פסקי הדין הללו, זה בכה וזה בכה – אלך  
23 אף אני בעקבי בית המשפט העליון, בעניין **עדאלה** וב-דנ"א **דיראני**, וארעה את הניתוח החוקתי של  
24 **הסייג לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב**, הנדון כאן, לפי המתכונת שם בדבר הסייג **לאחריות**  
25 **בנזיקין באזור עימות ובדבר כלל אי-הבירור של תביעת אויב**, בהתאמה.
- 26 17. אעיר כי בעניין **עדאלה** נדון סייג לאחריות, כבענייננו, ומבחינה זו הוא רלבנטי יותר לדיון כאן  
27 מעניין **דיראני**, שבו נדון מחסום דיוני זמני בפני התביעה. כלומר, בחינת חוקתיותו של הסייג  
28 **לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב** צריכה להתבסס בעיקר על היקש או אבחון להלכת **עדאלה**.



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 מאישורו החוקתי של מחסום דיוני זמני לתביעת אויב ממש במשך המלחמה המוכרזת, כב-דנ"א  
2 **דיראני**, לא ניתן לגזור אישור חוקתי לסייג לאחריות המפקיע לצמיתות את עילת התביעה גם מנתין  
3 **אויב שאינו אויב ממש** [המונח "סייג לאחריות", בהתייחס לשלילה מהותית של אחריות; להבדיל  
4 מ"חסינות", המבטאת מחסום דיוני מפני תביעה – הוא בהשראת הצעת חוק דיני ממונות,  
5 התשע"א-2011, (ה"ח 595 תשע"א, עמ' 699, מיום 15.6.11), דברי הסבר לחלק שלישי: חיובים, חלק  
6 משנה רביעי: חיובים בלתי רצוניים, פרק ראשון: נזיקין, סימן ג': סייגים לאחריות (ליד סעיף 372)].

7

8 **האם הסייג לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב פוגע בזכויות אדם בעלות מעמד חוקתי?**

9 18. בעניין **עדאלה** נקבע כי מה שמעניק את המעמד החוקתי העל-חוקי לזכויות האדם, שנטען כי  
10 הסייג הנדון פוגע בהן, הוא עיגונן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "חוק היסוד"). בקביעה  
11 כי זכויות אדם אלה מעוגנות במשפט המקובל הישראלי, או במשפט הבין-לאומי – אין די לצורך  
12 ביקורת שיפוטית חוקתית [שם, פסקה 20 בפסק הדין העיקרי, מאת כב' הנשיא (בדימ') א' ברק. כל  
13 ההפניות לעניין **עדאלה** להלן יהיו לפסק דינו של כב' הנשיא (בדימ') ברק, אלא אם יצוין אחרת].  
14 כלומר, הגם שזכויות אדם הוכרו וכובדו במשפט הישראלי לפני כינונו של חוק היסוד – הרי  
15 שסמכות הביטול של הוראת חוק, מחמת פגיעתה בזכויות אדם, מותנית בהיותה של הזכות הנפגעת  
16 מעוגנת בחוק היסוד.

17 19. לכאורה, קביעה זו מעוררת קושי; משום ש"הכרה משפטית בזכויות האדם אינה תנאי  
18 לקיומה של חובה מוסרית של רשויות השלטון לכבד זכויות אדם. זכויות אדם הן קדם-משפטיות  
19 (או קדם-פוליטיות) במובן זה שתוקפן אינו מותנה בהכרה בהן – לא מצד המערכת המשפטית  
20 ואפילו לא מכוח התפיסות הנוהגות בחברה במועד נתון כלשהו. המדינה אינה 'מעניקה' זכויות  
21 אדם אלא מכבדת (או מפרה) אותן" [מדינה, עמ' 16].

22 20. אולם, התכנים והגבולות של זכויות אדם אינם אקסיומטיים. בני אדם בריאים בנפשם  
23 מאוחדים בשאיפתם לעשות הטוב והישר; אולם תכופות הם חלוקים בדעתם מהו הדבר הנכון  
24 לעשותו; בין משום שהם אווזים באמונות עובדתיות שונות לגבי הנסיבות הנדונות, בין משום שהם  
25 מעריכים אחרת את ההשלכות הצפויות, ובין משום שקיימים הבדלים בין תפיסותיהם הערכיות  
26 בכלל, ובדבר זכויות האדם בפרט. בחברה מאורגנת, תפיסת הטוב המחייבת היא זו שעוגנה בדן.  
27 בענייננו, השאלה אינה כיצד ראוי להתנהג כלפי תביעת נזיקין של נתין אויב בגין פעולה צבאית;  
28 שאלה שמן הסתם קיימות לה תשובות שונות. השאלה בענייננו היא אם הרשות השופטת מוסמכת  
29 לבטל הוראת חוק שקבעה הרשות המחוקקת, שלפיה נכון לשלול תביעות כאלה. הן הרשות



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

- 1 המחוקקת הן הרשות השופטת כפופות לחוקה, שהיא מקור הסמכות של האחת לבטל, במקרים  
2 חריגים, את דבר רעותה. לפיכך, כדי להצדיק ביטול של הוראת חוק בטענה שהיא פוגעת בזכות אדם  
3 – יש להראות שהזכות הנפגעת מעוגנת בחוקה; ובענייננו – בחוק היסוד שכוננה הכנסת בכושרה  
4 כרשות המכוננת. כאמור, כך קבע הנשיא בדימ' ברק בעניין **עדאלה**.
- 5 21. מכאן עבר בית המשפט העליון, בעניין **עדאלה**, לדון בשאלת התחולה של חוק היסוד על תביעת  
6 נזיקין שהוגשה בגין מעשה שנעשה, כנטען, מחוץ לישראל [שאלת-המשנה הראשונה]; פסקאות 23-  
7 22]. נאמר שם כי לשאלה זו "אין תשובה פשוטה כלל ועיקר" [פסקה 22; וראו גם הערותיו של כב'  
8 השופט (כתוארו אז) א' גרוניס, בפסק דינו שם]. דברים אלו נאמרו בהתייחס לפגיעה ב"אזרחים  
9 מוגנים" אגב תפיסה לוחמתית. קל וחומר לענייננו, שבו מדובר על פגיעה נטענת אגב עימות בין-  
10 לאומי, בנתין אויב, בשטח אויב שאינו נתון לתפיסה לוחמתית מאז ספטמבר 2005 [בג"ץ 201/09  
11 **רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה** (19.1.2009), פסקה 14 בפסק דינה של כב' הנשיאה (דאז) ד'  
12 בייניש]. הנשיא (בדימ') ברק סבור כי כללי ברירת הדין, בשילוב עם העובדה שהמזיק הנתען הוא  
13 חייל ישראלי, מקנים לניזוק זכות תביעה בישראל. לפיכך, זכויות האדם הנדונות מוקנות לתובע הזר  
14 בישראל, ושאלת תחולתו האקסטרה-טריטוריאלית של חוק היסוד אינה מתעוררת [עדאלה, פסקה  
15 23]. כב' הנשיאה (דאז) בייניש, כב' השופטים א' פרוקצ'יה ו-א' א' לוי, כב' השופטת (כתוארה אז) מי'  
16 נאור, כב' השופט (כתוארו אז) ג'ובראן, כב' השופטת (כתוארה אז) א' חיות וכב' השופט דוד חשין  
17 הסכימו לפסק דינו. לעומתם, נראה שכב' השופט (כתוארו אז) גרוניס נוטה לדעה כי לפי כללי ברירת  
18 הדין, בשילוב עם העובדה שמקום ביצוע העוולה הנתענת הוא מחוץ לישראל, היה מקום לקבוע כי  
19 הדין החל (בהקשר שנדון שם) הוא הדין הירדני. לפיכך, ראוי היה שלישומו של חוק היסוד תקדם  
20 הכרעה בשאלת תחולתו האקסטרה-טריטוריאלית. כב' השופט (כתוארו אז) גרוניס אינו מכריע  
21 בשאלה זו, בהיעדר טיעון כאמור מצד המדינה, ונוכח היעדר נפקות לתוצאה. כלומר, שאלת תחולתו  
22 האקסטרה-טריטוריאלית של חוק היסוד לא הוכרעה בעניין **עדאלה**, בין מחמת היעדר צורך ובין  
23 מחמת היעדר טיעון.
- 24 22. שאלת התחולה של חוק היסוד על פגיעה נטענת בזכות אדם מחוץ לישראל לא הוכרעה גם ב-  
25 **דניא דיראני**. כב' הנשיא (דאז) גרוניס, שכתב את פסק הדין העיקרי של הרוב, הניח לטובתו של  
26 דיראני כי מדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות, ועבר ישירות לבחינת מידתיותו של כלל אי-הבירור של  
27 תביעת אויב [דניא דיראני, פסקה 69 בפסק דינו. ההפניות להלן ל-דניא דיראני יהיו לפסק דינו של  
28 כב' הנשיא (דאז) גרוניס, אלא אם יצוין אחרת].
- 29 23. מדינה מרָאָה כי נטיית בתי המשפט בישראל הייתה לשקול שיקולי זכויות אדם גם בהקשרים  
30 החורגים מגבולות ישראל [מדינה, פסקאות 1.52-1.50]. אולם, נטייה זו אינה נובעת בהכרח מהנחת  
31 תחולתו של חוק היסוד; משום שחובה זו מעוגנת ממילא במשפט המינהלי ובמשפט הבין-לאומי



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 ההומניטרי: "כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי,  
2 שענינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי" [בג"ץ 393/82 ג'מעית  
3 אסכאן אלמעלמון אלמעאווניה אלמחדודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת  
4 אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון (28.12.1983) (להלן:  
5 "ג'מעית"), פסקה 33; בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל  
6 (14.12.2006), פסקאות 18-20 בפסק דינו של כב' הנשיא (בדימ') ברק]. אין להתעלם גם מן המשפט  
7 המשווה המצדד בתחולה חוקתית טריטוריאלית, בוודאי לגבי הזכות לפיצוי כספי [ליאב אורגד,  
8 "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי-היסוד", משפט וממשל יב (2010) 145, עמ'  
9 157-149; מדינה, עמ' 72].

10 24. אני סבור כי הלכת **עדאלה**, שלפיה **חוק היסוד** חל גם על תביעות נתיני אויב ותושבי שטח  
11 אויב, מעוררת קושי. כמובן, הלכה זו מחייבת בית משפט זה [**חוק יסוד: השפיטה**, סעיף 20(ב)];  
12 ולאורה אמשיך לבחון את חוקתיותו של **הסייג לאחריות כלפי נתין אויב**. אולם, אבקש להציע  
13 תפיסה אחרת, שלפיה **חוק היסוד** אינו חל בשטח אויב.

14 25. הסעד הולך אחרי הזכות. מעמדה החוקתי של הזכות המשנית לסעד נגזר מן המעמד החוקתי  
15 של הזכות הראשונית הנפגעת, בענייננו – הזכות לחיים ולשלמות הגוף. גם זכויות האדם הנוספות  
16 שנזכרו, לקניין ולגישה לערכאות – מתפקדות כזכויות משניות לצורך הגנה על הזכות הראשונית  
17 האמורה. תביעת הנזיקין בישראל, והטענה לאי-חוקתיותו של **הסייג לאחריות בנזיקין כלפי נתין**  
18 **אויב**, מתיימרות להגשים את זכותו החוקתית הנטענת של התובע שחייו ושלמות גופו לא ייפגעו שלא  
19 כדין מידיהם של חיילי צה"ל **בשטח האויב של חבל עזה**. אם אין לתובע זכות חוקתית ראשונית  
20 כאמור בשטח האויב של חבל עזה – הכיצד נפגעת זכות זו, שאינה קיימת, על ידי **הסייג לאחריות**  
21 **בנזיקין כלפי נתין אויב**, גם אם הוא פוגע בזכויות המשניות הטפלות לה? [דומני שכב' הנשיא (בדימ')  
22 גרוניס היה עשוי להצטרף לשאלה זו, כלעיל בפסקה **מכאן עבר בית המשפט העליון, בעניין עדאלה**,  
23 **לדון בשאלת התחולה של חוק היסוד על תביעת נזיקין שהוגשה בגין מעשה שנעשה, כנטען, מחוץ**  
24 **לישראל**] [שאלת-המשנה הראשונה]; פסקאות 22-23]. נאמר שם כי לשאלה זו "אין תשובה פשוטה  
25 **כלל ועיקר**" [פסקה 22; וראו גם הערותיו של כב' השופט (כתוארו אז) א' גרוניס, בפסק דינו שם].  
26 דברים אלו נאמרו בהתייחס לפגיעה ב"אזרחים מוגנים" אגב תפיסה לוחמתית. קל וחומר לענייננו,  
27 שבו מדובר על פגיעה נטענת אגב עימות בין-לאומי, בנתין אויב, בשטח אויב שאינו נתון לתפיסה  
28 לוחמתית מאז ספטמבר 2005 [בג"ץ 201/09 **רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה** (19.1.2009),  
29 פסקה 14 בפסק דינה של כב' הנשיאה (דאז) ד' ביניש]. הנשיא (בדימ') ברק סבור כי כללי ברירת  
30 הדין, בשילוב עם העובדה שהמזיק הנטען הוא חייל ישראלי, מקנים לניזוק זכות תביעה בישראל.  
31 לפיכך, זכויות האדם הנדונות מוקנות לתובע הזר בישראל, ושאלת תחולתו האקסטרנה-  
32 טריטוריאלית של **חוק היסוד** אינה מתעוררת [**עדאלה**, פסקה 23]. כב' הנשיאה (דאז) ביניש, כב'



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 השופטים א' פרוקציה ו-א' א' לוי, כב' השופטת (כתוארה אז) מ' נאור, כב' השופט (כתוארו אז) גיבראן, כב' השופטת (כתוארה אז) א' חיות וכב' השופט דוד חשין הסכימו לפסק דינו. לעומתם, נראה שכב' השופט (כתוארו אז) גרוניס נוטה לדעה כי לפי כללי ברירת הדין, בשילוב עם העובדה שמקום ביצוע העוולה הנטענת הוא מחוץ לישראל, היה מקום לקבוע כי הדין החל (בהקשר שנדון שם) הוא הדין הירדני. לפיכך, ראוי היה שלישישמו של חוק היסוד תקדם הכרעה בשאלת תחולתו האקסטרטריטוריאלית. כב' השופט (כתוארו אז) גרוניס אינו מכריע בשאלה זו, בהיעדר טיעון כאמור מצד המדינה, ונוכח היעדר נפקות לתוצאה. כלומר, שאלת תחולתו האקסטרטריטוריאלית של חוק היסוד לא הוכרעה בעניין עדאלה, בין מחמת היעדר צורך ובין מחמת היעדר טיעון].

26. כפי שכבר צוין [לעיל בפסקה בעניין עדאלה נקבע כי מה שמעניק את המעמד החוקתי העל-חוקי לזכויות האדם, שנטען כי הסייג הנדון פוגע בהן, הוא עיגונן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "חוק היסוד"). בקביעה כי זכויות אדם אלה מעוגנות במשפט המקובל הישראלי, או במשפט הבין-לאומי – אין די לצורך ביקורת שיפוטית חוקתית [שם, פסקה 20 בפסק הדין העיקרי, מאת כב' הנשיא (בדימ') א' ברק. כל ההפניות לעניין עדאלה להלן יהיו לפסק דינו של כב' הנשיא (בדימ') ברק, אלא אם יצוין אחרת]. כלומר, הגם שזכויות אדם הוכרו וכובדו במשפט הישראלי לפני כינונו של חוק היסוד – הרי שסמכות הביטול של הוראת חוק, מחמת פגיעתה בזכויות אדם, מותנית בהיותה של הזכות הנפגעת מעוגנת בחוק היסוד.], מזכות התובע שלא להיפגע בחייו ובשלמות גופו שלא כדין – לפי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, או לפי דיני הנזיקין – לא נובע שזוהי זכות חוקתית לפי חוק היסוד. כדי להצדיק ביטולה של הוראת חוק, אין די בקביעה שהיא פוגעת בזכות אדם. חזקת התקינות המינהלית חלה בוודאי גם על המחוקק, ובכללה החזקה שהוא מכבד זכויות אדם. לפיכך, חזקה על החוק הנדון שהוא מאזן כנדרש בין זכויות אדם לזכויות ואינטרסים אחרים, לדעתנו של המחוקק. כדי להפעיל את סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית, יש להראות כי הוראת החוק סותרת את החוקה. כלומר, כדי להעמיד את הכרתו של השופט, שלפיה הוראת החוק פוגעת בזכויות אדם שלא כדין, מעל הכרתו של המחוקק, שלפיה הוראת החוק אינה פוגעת בזכויות אדם שלא כדין – יש להראות שהוראת החוק הנבחנת פוגעת שלא כדין בזכות אדם המעוגנת בחוק היסוד [עדאלה, פסקה 20]. לצורך כך יש לקבוע כי חוק היסוד חל בחבל עזה; ולא סתם בחבל עזה כשהוא נתון בתפיסה לוחמתית, כלפי אזרחים מוגנים – אלא בחבל עזה כשהוא מהווה שטח אויב, כלפי נתיני אויב.

27. לעניות דעתי, אין זה מובן מאליו כי חוק היסוד חל בשטח אויב. הטעם לכך הוא שחוק היסוד לא נועד לחדש את ערך חייו ושלמות גופו של כל אדם, ונתיני אויב בכלל זה. ערך זה הוא קדם-חוקתי [כלעיל בפסקה לכאורה, קביעה זו מעוררת קושי; משום ש"הכרה משפטית בזכויות האדם אינה תנאי לקיומה של חובה מוסרית של רשויות השלטון לכבד זכויות אדם. זכויות אדם הן קדם-





## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 משפטיות (או קדם-פוליטיות) במובן זה שתוקפן אינו מותנה בהכרה בהן – לא מצד המערכת  
2 המשפטית ואפילו לא מכוח התפיסות הנוהגות בחברה במועד נתון כלשהו. המדינה אינה 'מעניקה'  
3 זכויות אדם אלא מכבדת (או מפרה) אותן" [מדינה, עמ' 16]. הוא נובע מן המוסר והתרבות  
4 האנושיים, וזה מכבר עוגן בחוקיהן של כל מדינות התרבות. חוק היסוד נועד לחדש את מעמדן העל-  
5 חוקי של הזכויות המנויות בו, לרבות הסמכות הנגזרת מכך של הביקורת השיפוטית החוקתית.  
6 כלומר, חוק היסוד נועד לשנות את האיזון בין הזכויות והאינטרסים הנבחנים לטובת זכויות האדם  
7 החוקתיות, על חשבון הזכויות והאינטרסים האחרים [ע"א 3535/04 דינר נ' מדינת ישראל  
8 (27.4.2006), פסקה 7]. במילים אחרות, חוק היסוד נועד לקדם ויתור חברתי על אינטרסים ציבוריים  
9 לטובת ההגנה על חייו, שלמות גופו, כבודו, קניינו, חירותו ופרטיותו של הפרט. מויתור חברתי  
10 כאמור לטובת פרט מתוך הקהילה לא נובעת נכונות לויתור כאמור לטובת פרט מחוץ לקהילה;  
11 ומויתור חברתי כאמור לטובת פרט מחוץ לקהילה, כגון מתוך אחוות עמים כללית או הסכמי  
12 הדדיות – לא נובעת נכונות לויתור כאמור לטובת נתיני האויב.

13 28. לדוגמא, האזנת סתר לצורכי מאבק בפשיעה פוגעת בזכות החשוד לפרטיות. לפיכך מתירים  
14 האזנות סתר כאלה אך במשורה ובהליך מיוחד [חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979]. בהקשרים  
15 אחרים אין מתירים אותן, חרף הסיכון הנובע מכך להישגים פחותים במאבק בפשיעה ולפגיעה  
16 בשלום הציבור. כלומר, הציבור מסכים ליטול על עצמו סיכון של פשיעה, כדי שלא לפגוע בזכות  
17 לפרטיות של אזרחי המדינה, לרבות אלו מהם החשודים בעבירות. האם מובן מאליו כי אותו איזון  
18 צריך לנהוג שעה שגורם צבאי שוקל האזנת סתר לאויב, במסגרת המאבק בו למען ביטחון המדינה?  
19 דומני שתשובה שלילית לשאלה זו מובנת מאליה; לא רק בשל משקלו היחסי של ביטחון המדינה –  
20 אלא גם בשל רמת המחויבות הפחותה כלפי נתיני אויב.

21 29. המוסר האנושי חל בשווה כלפי כל בני אנוש, ומחייב אמפתיה כלפי כל אדם. אולם רמת  
22 המחויבות כלפי קרוביו של אדם אינה זהה לרמת המחויבות כלפי זרים, ובוודאי שאינה זהה לרמת  
23 המחויבות כלפי נתיני אויב. המחויבות המוסרית נובעת גם מתוך מערכת יחסים בין-אישיים  
24 וקהילתיים של סולידאריות וערבות הדדית; ולא ראי המחויבות בתוך אותה מערכת יחסים כראי  
25 המחויבות מחוצה לה. לצד המסורת של מוסר בלתי מבחין כלפי כל אדם באשר הוא אדם, מבית  
26 מדרשם של בנתם וקאנט – נדרשת גם רגישות ליסוד הקהילתי בקיום ובוהות האנושיים, ולמקומם  
27 של יחסים בין-אישיים ומחויבות בין-אישית המבחינה בין קרוב לרחוק [George P. Fletcher,  
28 *Loyalty: An Essay on the Morality of Relationships*, Oxford University Press, 1933, "the  
29 *Loyal and the Liberal*", pp. 11-15]. כדברי פרופ' פלטשר: "זהותנו נושאת את התחייבויותינו"  
30 ("Our identity bears upon our obligations") [שם, "Obligations of the Historical Self", עמ'  
31 16]. "סוגיה סבוכה, שאין לה הכרעה חד-משמעית בפסיקה, היא באיזו מידה יש להעניק משקל



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

- 1 נורמטיבי גדול יותר לאינטרסים של אזרחי ישראל לעומת אלה של נתיני אויב או אזרחים זרים...  
2 אף שהמדינה רשאית להעדיף את האינטרסים של אזרחיה... ההערכה הנחוצה היא לא רק של  
3 חשיבות האינטרסים שמשני צדי המתרס אלא גם של אופן הפגיעה בהם" [מדינה, עמ' 219].
- 4 30. כשם שמחוק היסוד בוודאי לא נגזרת חובה של מדינת ישראל ליתן גמלאות ביטוח לאומי  
5 לעניי חבל עזה – כך אין זה מובן מאליו כי חוק היסוד מזכה נתיני אויב בחבל עזה, שנפגעו מידי  
6 חיילי צה"ל, בזכות חוקתית לעילת תביעה בנוזקין דווקא, מלבד זכויות התביעה האחרות המוקנות  
7 להם במשפט המינהלי והבין-לאומי, ומלבד זכותם לתגמולים במסגרת קהילתם.
- 8 31. לאור המקובץ אני סבור כי החלת חוק היסוד בשטח אויב טעונה עיגון במקרא או בסברה.  
9 בהיעדר הוראה מפורשת בחוק היסוד, ובהיעדר נימוק הגיוני לכך בנסיבות הנדונות – הייתי נוטה  
10 לקבוע כי חוק היסוד אינו חל בשטח אויב, ואינו מקנה לנתיני אויב זכויות חוקתיות, שמכוחן ניתן  
11 לבטל את הסייג לאחריות בנוזקין כלפי נתיני אויב. לו כך נפסק, היה ניתן לסיים בכך את הבחינה  
12 החוקתית, ולדחות את הטענה לאי-חוקתיותו של סעיף 5 בחוק הנזיקים. מכיוון שלא כך נפסק  
13 להלכה בעניין עדאלה – אמשיד בבחינה החוקתית.
- 14 32. אסכס, אפוא, את הדיון בשאלת-המשנה הראשונה של השאלה שבכותרת, אם הסייג לאחריות  
15 בנוזקין כלפי נתיני אויב פוגע בזכות אדם חוקתית, שעניינה תחולתו של חוק היסוד, כלהלן: לפי  
16 הלכת עדאלה, הזכויות הנדונות נתונות לתובע בישראל. לפיכך חוק היסוד חל, גם אם תחולתו  
17 טריטוריאלית בלבד. עתה יש לדון בשאלת-המשנה השנייה של השאלה שבכותרת, והיא אם הזכויות  
18 שנטען כי הסייג לאחריות בנוזקין כלפי נתיני אויב פוגע בהן – קרי: הזכות לחיים ולשלמות הגוף,  
19 זכות הקניין וזכות הגישה לערכאות – מוגנות בחוק היסוד.
- 20 33. הלכת עדאלה משיבה בחיוב על שאלה זו. חוק היסוד נוקב במפורש בזכויות לחיים ולשלמות  
21 הגוף [בסעיפים 2 ו-4], ובזכות הקניין [סעיף 3]. אמנם, הסייג לאחריות בנוזקין כלפי נתיני אויב אינו  
22 פוגע ישירות בזכויות אלה, אלא בזכות המשנית לפיצוי (שאינה מפורשת בחוק היסוד) בגין פגיעה  
23 בזכות הראשית (המפורשת) לחיים ולשלמות הגוף; וכן בזכות לשימורה של עילת תביעה לפיצוי  
24 (שאינה מפורשת בחוק היסוד), אשר הוכרה ככלולה בזכות הקניין (המפורשת). שלילת זכות תביעה  
25 בנוזקין בגין פגיעה בחיים ובשלמות הגוף הוכרה, אפוא, כפוגעת בזכויות חוקתיות אלה [עדאלה,  
26 פסקאות 24-25].
- 27 34. מורכבת יותר שאלת מעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות. זכות זו אינה נזכרת בחוק  
28 היסוד. אמנם, כתרם רבים נקשרו לזכות זו, שבה תלוי מימושן של כל הזכויות כולן, ובראשם –  
29 כתר המעמד החוקתי [דנ"א דיראני, פסקה 60; וכן פסקה 3 בפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז)



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

- 1 גיבוראן ; והאסמכתאות המצוינות בשתייהן]. אולם, עסקינן לא בשאלת חשיבותה של זכות הגישה  
2 לערכאות, אלא בשאלה אם ניתן לבסס עליה ביקורת שיפוטית חוקתית. שנינו [לעיל בפסקה בעניין  
3 **עדאלה** נקבע כי מה שמעניק את המעמד החוקתי העל-חוקי לזכויות האדם, שנטען כי הסייג הנדון  
4 פוגע בהן, הוא עיגוןן **בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** (להלן: "**חוק היסוד**"). בקביעה כי זכויות  
5 אדם אלה מעוגנות במשפט המקובל הישראלי, או במשפט הבין-לאומי – אין די לצורך ביקורת  
6 שיפוטית חוקתית [שם], פסקה 20 בפסק הדין העיקרי, מאת כב' הנשיא (בדימ') א' ברק. כל ההפניות  
7 לעניין **עדאלה** להלן יהיו לפסק דינו של כב' הנשיא (בדימ') ברק, אלא אם יצוין אחרת]. כלומר, הגם  
8 שזכויות אדם הוכרו וכובדו במשפט הישראלי לפני כינונו של **חוק היסוד** – הרי שסמכות הביטול של  
9 הוראת חוק, מחמת פגיעתה בזכויות אדם, מותנית בהיותה של הזכות הנפגעת מעוגנת **בחוק היסוד**.  
10 כי לשם כך נחוץ עיגוןן **בחוק היסוד**, ואין.
- 11 35. מצד שני, כך פעל למעשה בית המשפט העליון, במקרים שבהם ביטל הוראות חוק, שהוא ראה  
12 אותן כפוגעות בזכויות, שהוא ראה אותן כבעלות מעמד חוקתי – על אף שלא נכללו במפורש בחוקי  
13 היסוד [מדינה, עמ' 137-141; אהרן ברק, **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובונויה** (2014)].
- 14 36. פעולה זו של בית המשפט העליון מעוררת קושי, ואמנם חייבה עצמה בביקורת ציבורית. כאשר  
15 המחוקק חוקק הוראת חוק לקידום האינטרס הציבורי, לדעת השלטון הנבחר; ובית המשפט ביטל  
16 אותה, בגלל שהיא סותרת זכות אדם חוקתית, ללא עיגון חוקתי מפורש – האזרח עלול לתמוה כיצד  
17 בית המשפט "מרים עצמו בציציות ראשו", ומכוח חקיקה שיפוטית – ליתר דיוק: כינון-חוקה  
18 שיפוטי, בדרך של פרשנות משלימת-חסר בטקסט החוקתי – מכריז הוא בעצמו על סמכותו שלו  
19 לבטל הוראת חוק, בגלל שהיא סותרת זכות אדם חוקתית, שגם עליה הכריז בעצמו. כינון-חוקה  
20 שיפוטי כזה עשוי לאתגר את עצם המבנה החוקתי שמכוחו שואב בית המשפט את סמכות הביקורת  
21 השיפוטית החוקתית שלו, ולפגוע קשות באמון הציבור ברשות השופטת.
- 22 37. מצד שני, המהלך החוקתי הזה מיוסד על אדנים מוצקים של היגיון ותועלת, והוא מקובל  
23 במדינות מתוקנות. הפקעת זכות התביעה בניזקין בהקשרים מסוימים באמת מצמצמת את היקפה  
24 של זכות הגישה לערכאות. זכות הגישה לערכאות היא באמת זכות-על שבה תלוי מימוש הזכויות  
25 כולן. לפי טיבה היא בגדר זכות אדם, ולגבי מעמדה זה קיימת הסכמה אוניברסלית רחבה, המעוגנת  
26 באמנות, במסמכים בין-לאומיים ובחוקות רבות [אהרן ברק, "זכות הגישה למערכת השיפוטית",  
27 **ספר שלמה לוי**ן בעריכת אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני (2003) 31 (להלן: "ברק, זכות  
28 הגישה"), עמ' 41-43]. זכויות אדם הוכרו וכובדו גם לפני **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** ו**חוק**  
29 **יסוד: חופש העיסוק** [דוד קרצמר, "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית-המשפט העליון – זכויות  
30 אדם", **משפט וממשל** ה (תש"ס) 297-337]. הן הוכרו כנגזרות טבעיות של הדמוקרטיה הישראלית  
31 ושל ה"אני מאמין" הישראלי הקיבוצי הגלום במגילת העצמאות. זכויות אדם מטבען תוחמות את



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

- 1 הסמכויות שבני האדם, בחברה המאורגנת, מסרו לידי השלטון. השלטון פועל תכופות באמצעות  
2 כוחו החקיקתי. לפיכך, היעדר ביקורת שיפוטית חוקתית, לרבות על החקיקה, עלול לרוקן מתוכן  
3 את זכויות האדם ולסכל את תכליתן.
- 4 38. הניסיון ההיסטורי וההשוואתי מלמד שהרבה יותר בטוח ונעים לחיות במדינות שבהן קיימת  
5 הגנה אפקטיבית על זכויות אדם (לראיה, יותר אנשים מנסים להגר מהמדינות האחרות אליהן  
6 מאשר מהן אל המדינות האחרות). מדינות שיש בהן הגנה אפקטיבית על זכויות אדם נעשות יותר  
7 חזקות ויותר עשירות מאלה המקפחות זכויות אדם. הניסיון ההיסטורי וההשוואתי גם מלמד  
8 שהגנה כזו מושגת טוב יותר עם ביקורת שיפוטית חוקתית מאשר בלעדיה. באותן מדינות שבטוח  
9 ונעים לחיות בהן, רווחת גם ההגנה על זכויות אדם שהוכרו בפרשנות שיפוטית, ולא דווקא בחוקה  
10 כתובה. לדוגמא, בארה"ב – זכות הגישה לערכאות לא פורשה בחוקה, אך הוכרה כזכות-בת של  
11 הזכות החוקתית המפורשת להליך הוגן, ושל הזכות החוקתית המפורשת להגנה שווה של החוקים  
12 [ברק, "זכות הגישה", עמ' 42-43]. יתר על כן: את סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית עצמה לא  
13 קיבל בית המשפט העליון של ארה"ב מן החוקה הכתובה, אלא נטל אותה לעצמו, כביכול, בדרך  
14 הפרשנות החוקתית היוצרת [עניין *Marbury v. Madison*]. סמכות זו התקבלה על ידי רשויות  
15 השלטון האחרות והציבור; למרות שניתן היה לטעון נגדה כי מדובר ב"הפיכה חוקתית" בלתי  
16 דמוקרטית [כלעיל בפסקה פעולה זו של בית המשפט העליון מעוררת קושי, ואמנם חייבה עצמה  
17 בביקורת ציבורית. כאשר המחוקק חוקק הוראת חוק לקידום האינטרס הציבורי, לדעת השלטון  
18 הנבחר; ובית המשפט ביטל אותה, בגלל שהיא סותרת זכות אדם חוקתית, ללא עיגון חוקתי מפורש  
19 – האזרח עלול לתמוה כיצד בית המשפט "מרים עצמו בציציות ראשו", ומכוח חקיקה שיפוטית –  
20 ליתר דיוק: כינון-חוקה שיפוטי, בדרך של פרשנות משלימת-חסר בטקסט החוקתי – מכריז הוא  
21 בעצמו על סמכותו שלו לבטל הוראת חוק, בגלל שהיא סותרת זכות אדם חוקתית, שגם עליה הכריז  
22 בעצמו. כינון-חוקה שיפוטי כזה עשוי לאתגר את עצם המבנה החוקתי שמכוחו שואב בית המשפט  
23 את סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית שלו, ולפגוע קשות באמון הציבור ברשות השופטת].
- 24 39. מתברר שאזרחים זקוקים למשענת שיפוטית אל מול כוחו של השלטון, למרות שהם עצמם  
25 בחרו באותו שלטון; והם מוקירים בתי משפט אשר מגבים את זכויותיהם מול השלטון, תחת גיבוי  
26 הסמכות השלטונית מול האזרחים [נתן ברון, "משפט, יצרים ופוליטיקה: שופטים ומשפטנים  
27 בסוף המנדט ובראשית המדינה (2014), פרק 16: "הנס הגדול" – כיצד זכתה מערכת השיפוט לאמון  
28 הציבור בעשורים הראשונים למדינה", עמ' 501-507, בעיקר בעמ' 506].
- 29 40. קיומן ותוקפן החוקתי של זכויות האדם בכללן, וקיומה של סמכות ביקורת שיפוטית חוקתית  
30 לגבי כולן, לרבות בדרך הפרשנות השיפוטית – אינה, אפוא, פריצת גדר מצד שופט מסוים או  
31 "אגינדה" שיפוטית מסוימת. זוהי תופעה משפטית מקובלת, וחשוב יותר – מועילה. ההגנה



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 האפקטיבית על זכויות אדם, לרבות בדרך של הכרה בסמכותו של בית המשפט להכיר בזכויות אדם  
2 ולהפעיל ביקורת שיפוטית חוקתית על דרך הפרשנות – אינה בגדר מותרות דקדנטיים, אלא בגדר  
3 השקעה מיטבית בחוסן ובשגשוג הלאומיים. לפיכך, השאלה הנכונה אינה אם ביקורת שיפוטית  
4 חוקתית, המתגברת על כוחו החקיקתי של הרוב, הופכת את המדינה ליותר דמוקרטית או לפחות  
5 דמוקרטית. השאלה הנכונה היא אם ביקורת שיפוטית חוקתית כאמור הופכת את המדינה לכזו  
6 שיותר בטוח ונעים לחיות בה או לכזו שפחות בטוח ונעים לחיות בה. תשובת הניסיון ההיסטורי  
7 וההשוואתי היא חד-משמעית לטובת היקף מלא של זכויות אדם ופריסה מלאה של ביקורת  
8 שיפוטית חוקתית עליהן.

9 41. המנגנון הזה "עובד" לא משום ששופטים יותר חכמים ממחוקקים. אגב, זה גם לא קשור  
10 לשאלה אם השופטים נוטים להשקפה ליברלית והמחוקקים נוטים להשקפה שמרנית או להפך  
11 (לעתים זה כך, ולעתים – אחרת). זה קשור לתכונות מוסדיות שונות, מוכוונות מקצועית שונה  
12 ותמריצים פנימיים שונים, המאפיינים שופטים ומחוקקים. טבעי ונכון שמחוקקים יהיו ממוקדים  
13 בקידום האינטרס הציבורי, וטבעי ונכון ששופטים יהיו ממוקדים בעשיית צדק עם בעל הדין  
14 שלפניהם. דווקא המתח המפרה בין אלה לאלה יוצר איכות סינרגטית, המתכרסמת כאשר קבוצה  
15 אחת זוכה בכוח שאינו כפוף לאיזונים ובלמים מול האחרת. אכן, זכויות אדם מסוימות עוגנו  
16 במפורש בחוקי היסוד, ואחרות – טרם. אולם, ההיגיון, התועלת והמבט ההשוואתי מורים כי אין  
17 מדובר בהסדר שלילי, אלא בחסר. אין זה הגיוני כי תחילת המפעל ההדרגתי של הרשות המכוננת  
18 לשדרוג החוקתי של זכויות אדם תגרור "שְׁנַמּוּד" של אלה שתורן טרם הגיע.

19 42. רעיון הביקורת השיפוטית החוקתית מהווה גם יסוד מוסד במסורת היהודית. ככזה, שמור לו  
20 מקום של כבוד הן בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, הן בערכיה כמדינה דמוקרטית.

21 43. בספר בראשית מסופר כי אברהם אבינו לא השלים עם התכנית האלוהית להחריב את סדום  
22 עד שנחה דעתו כי "הנזק הנלווה" לצדיקים לא יחרוג ממידתיות: "וַיִּגַּשׁ אַבְרָהָם וַיֹּאמֶר הָאֵף תִּסְפָּה  
23 צְדִיק עִם רָשָׁע. אוֹלֵי יֵשׁ חַמְשִׁים צְדִיקִים בְּתוֹךְ הָעִיר הָאֵף תִּסְפָּה וְלֹא תִשָּׂא לְמָקוֹם לְמַעַן חַמְשִׁים  
24 הַצְּדִיקִים אֲשֶׁר בְּקִרְבָּהּ. חֲלָלָה לָךְ מַעֲשֵׂת כְּדָבָר הַזֶּה לְהַמִּית צְדִיק עִם רָשָׁע וְהִיא כְּצְדִיק כְּרָשָׁע חֲלָלָה  
25 לָךְ הַשֵּׁפֶט כָּל הָאָרֶץ לֹא יַעֲשֶׂה מִשְׁפָּט" [בראשית יח, כג-כה] כזכור, האל הבטיח כי אפילו ימצאו  
26 בסדום עשרה צדיקים – יימנע מהחרבתה. פחות מזה ייחשב לנזק נלווה מידתי. טענותיו של אברהם  
27 הסתתמו בזאת, ורק אז פנה האל להגשמת תכניתו.

28 44. בתלמוד מסופר על מחלוקת הלכתית בין רבי אליעזר לבין רבי יהושע וחבריו, בדין טהרתו של  
29 "תנורו של עכנאי". רבי אליעזר הביא אסמכתאות על-טבעיות, לרבות בת-קול משמים, שנועדו  
30 לשקף כי המחוקק העליון בכבודו ובעצמו מסכים עמו. רבי יהושע וחבריו ראו בכך פגיעה חמורה



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 בסמכות הדיינים לפרש את הדין לפי מיטב הבנתם שלהם. כמה שנאמר: "אמר להם: אם הלכה  
2 כמותי – מן השמים יוכיחו. יצאתה בת קול ואמרה 'מה לכם אצל רבי אליעזר שהלכה כמותו בכל  
3 מקום!' עמד רבי יהושע על רגליו ואמר: 'לא בשמים הוא' (דברים ל, יב). מהו 'לא בשמים היא'?  
4 אמר רבי ירמיה: שכבר נתנה תורה מהר סיני, אין אנו משגיחין בבת קול, שכבר כתבת בהר סיני  
5 בתורה 'אֶחָדֵי רַבִּים לְהִטֹּת' (שמות כג, ב). מִצְאוּ רַבִּי נֹתֵן לְאֵלֵיהֶוּ. אמר לו: מה עשה הקב"ה באותה  
6 השעה? אמר לו: חיך ואמר: 'נצחוני בניי, נצחוני בניי!' [בבלי בבא מציעא נט, ב; פיתוח ראשי  
7 התיבות ותרגום המילים הארמיות – שלי; ש"פ]. כלומר: הסמכות לפרש את הדין אינה מסורה  
8 למחוקק, לרבות המחוקק העליון האלוהי, אלא לדיינים; וקביעתם מחייבת אפילו אותו בכבודו  
9 ובעצמו.

10 45. אסכם: מבחינה ציבורית, יש בעייתיות רבה בכך שזכויות אדם חוקתיות וביקורת שיפוטית  
11 חוקתית אינם מעוגנים במפורש בחוקה, אלא הם כהררים תלויים בשערה של פרשנות שיפוטית.  
12 עדיף לה לסוכה החוקתית שתהיה בנויה מארבע דפנות שלמות. אם נסתמך על הפרשנות שלפיה דופן  
13 חסרה וצורת הפתח כפתח, ומקצת הדופן ככולה, ורווח של פחות משלושה טפחים כרצף, ודופן  
14 בגובה עשרה טפחים כדופן שלמה [משה בן מימון (רמב"ם), יד החזקה, זמנים, הלכות סוכה ד, ב-ד]  
15 – הסוכה תהיה כשרה, אבל חשופה. מכל מקום, בית המשפט אינו מוסמך לכוון חוקה. הוא רק  
16 מוסמך לבחור בין שתי חלופות לא-אופטימליות: זו של פרשנות חוקתית שיפוטית יוצרת, וזו של  
17 הימנעות מהגנה אפקטיבית על זכויות אדם. בנסיבות אלה, ולאור המקובץ – אני בוחר בחלופה  
18 הראשונה; מה גם שזו הלכתו המחייבת של בית המשפט העליון [חוק יסוד: השפיטה, סעיף 20(ב)].

19 46. מסקנתי, אפוא, כי משנקבע שחוק היסוד חל בענייננו – יש לקבוע כי הסייג לאחריות בניזקין  
20 כלפי נתין אויב פוגע בזכויות אדם חוקתיות, משום שהוא פוגע בזכויות לחיים ולשלמות הגוף,  
21 לקניין ולגישה לערכאות. לפיכך, התשובה לשאלה הראשונה בבחינה החוקתית, אם הוראת החוק  
22 הנדונה פוגעת בזכות אדם חוקתית – היא בחיוב [עדאלה, פסקאות 24-25].

23

24 האם הפגיעה בזכויות החוקתיות היא כדין?

25 47. בהמשך למתווה הבחינה החוקתית בעניין עדאלה, נעבור עתה לשאלה אם פגיעתו של הסייג  
26 לאחריות בניזקין כלפי נתין אויב בזכויות חוקתיות, כאמור לעיל, עומדת בתנאיה של "פסקת  
27 ההגבלה" שבחוק היסוד, לאמור: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את  
28 ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק  
29 כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" [סעיף 8 ("פגיעה בזכויות") בחוק היסוד]. פסקה זו ממלאת



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

- 1 תפקיד חיוני – "כי האדם הוא חלק מהחברה; כי האינטרסים של החברה עשויים להצדיק פגיעה  
2 בזכויות האדם; כי זכויות האדם אינן מוחלטות אלא יחסיות" [עדאלה, פסקה 26].
- 3 48. מובן כי הפגיעה הנדונה היא בחוק. ב-דנ"א זיראני דנו השופטים השונים ארוכות בשאלה אם  
4 כלל אי-הבירור של תביעת אויב עולה כדי "חוק", או שהוא "לפי חוק כאמור מכוח הסמכה  
5 מפורשת בו"; משום שכלל זה נקלט מן המשפט המקובל ומעולם לא עוגן במפורש בדבר חקיקה  
6 ישראלית. אולם בענייננו מדובר בסייג לאחריות בנוזיקין כלפי נתין אויב, לפי הסעיף המפורש ב5  
7 בחוק הנוזיקים.
- 8 49. הכרזת הממשלה על חבל עזה כעל 'שטח אויב' אינה מכרסמת במעמדו של הסייג לאחריות  
9 בנוזיקין כלפי נתין אויב כדבר חקיקה ראשית. כל חוק מחיל נורמה על מצב-דברים עובדתי מסוים.  
10 הנורמה צריכה להיקבע על ידי המחוקק. מצב-הדברים העובדתי קיים במציאות, מתברר, במידת  
11 הצורך, בראיות, ונקבע על ידי בית המשפט. בהקשרים שבהם מדובר במציאות פוליטית שנקבעת על  
12 ידי הממשלה מתוקף סמכותה, נקבע לעתים בחוק כי תעודה חתומה על ידי שר, או הכרזה  
13 ממשלתית, תהווה ראיה ניצחת לאותו מצב-דברים. כך קובע חוק הנוזיקים את הנורמה כי המדינה  
14 לא תהא אחראית בנוזיקין בגין תביעת נתין אויב, ומוסיף וקובע כי אם הכריזה הממשלה בצו על  
15 שטח מסוים כעל שטח אויב – יהיה דינו של תושב אותו שטח כדין נתין אויב. בענייננו, הממשלה רק  
16 הכריזה על מצב-דברים עובדתי שהיה מן המפורסמות עוד קודם לכן, מאז השתלטות חמאס על חבל  
17 עזה, בהתאם להגדרה הסטטוטורית בסעיף 91 בחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק  
18 העונשין"), שאליה מפנה סעיף 5 בחוק הנוזיקים. מצב-דברים זה הוכר, עוד לפני ההכרזה  
19 הממשלתית, על ידי בית המשפט העליון [עניין אלבסינוני, פסקאות 12 ו-22 בחוות דעתה של כב'  
20 הנשיאה (דאז) בייניש]. תחולתו של סעיף 5 על חבל עזה שבשליטת חמאס נובעת גם מפרשנות  
21 תכליתית של הרישה, "נתין של מדינה שהיא אויב" [יורם דינשטיין, דיני מלחמה (1983) עמ' 209-  
22 208]. לאור האמור, הוספת החלופה "או מי שאינו אזרח ישראלי, שהוא תושב שטח מחוץ לישראל  
23 שהממשלה הכריזה עליו, בצו, כשטח אויב" – לא שינתה מהותית את המצב המשפטי, ונראה  
24 שנועדה רק להבהיר כי דין שטח אויב, אפילו אינו בגדר מדינה, כדין מדינת אויב [ה"ח התשס"ח 598  
25 (מס' 387 מיום 28.5.2008), דברי הסבר לסעיף 3]. לחלופין, המדובר בענייננו בפגיעה "לפי חוק  
26 כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" [חוק היסוד, סעיף 8 סיפה]. אין כל פגם, אפוא, במעמד  
27 הנורמטיבי של הוראת החוק הנבחנת, ואין כאן גם תחיקה פגומה למפרע. אין צריך להזכיר כי  
28 האירוע מושא התביעה התרחש, כנטען, לאחר שזירתו הפכה, עובדתית, לשטח אויב; לאחר שבית  
29 המשפט העליון קבע כך; ולאחר שהממשלה הכריזה כאמור, בהתאם לחוק הנוזיקים.
- 30 50. לפיכך מתקיימת בענייננו, במובהק, הדרישה הראשונה של פסקת ההגבלה, שלפיה הפגיעה  
31 בזכויות אדם חוקתיות תהיה "בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

51. נראה שבית המשפט העליון, בעניין **עדאלה**, מיזג את שאלת התאמת החוק לערכיה של מדינת ישראל [שלפי סעיף 1א בחוק **היסוד** היא, כזכור, "**מדינה יהודית ודמוקרטית**"], עם שאלת היותה של תכלית החוק "**ראויה**". מן הסתם, חוק לתכלית ראויה מתאים לערכי המדינה, וחוק המתאים לערכי המדינה הוא לתכלית ראויה. בית המשפט העליון השיב בחיוב על שאלות אלה, בהתייחס לסייג **לאחריות בנזיקין באזור עימות** [לפי סעיף 5ג בחוק **הנזיקים**], באומרו: "**אכן, דיני הנזיקין הרגילים לא נועדו להתמודד עם מעשי נזק אשר נגרמו במהלך פעולות מלחמתיות של כוחות הביטחון מחוץ לישראל במסגרתו של עימות מזוין. שלילת האחריות בנזיקין במצבים של פעולה מלחמתית מקובלת גם בשיטות משפט אחרות (...). הסדר שמטרתו להתאים את דיני הנזיקין לתנאים המיוחדים השוררים בעת פעילות מלחמתית של כוחות הביטחון הינו הסדר שנועד לתכלית ראויה**" [עניין **עדאלה**, פסקה 33]. תשובה זו רלבנטית ותקפה לחלוטין גם ביחס לסייג **לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב**, לפי סעיף 5ב בחוק **הנזיקים**, שהרי מדובר באמצעי נוסף להשגת אותה תכלית.

52. **הסייג לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב** אינו מנוגד לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כפי שעוד יבואר להלן בהרחבה, הוא לא בא אלא לייעל את התכלית של העתקת ההתדיינות המשפטית בגין עוולות מלחמתיות מתחום המשפט הפרטי, שאינו מתאים להן, לתחום המשפט הציבורי. כך עושות המדינות המתוקנות כולן. אין בכך שום דבר הנוגד ערכים יהודיים ודמוקרטיים. תכליתו של הסייג האמור נועדה לתכלית הראויה של מניעת ניצול לרעה של הליכים משפטיים על ידי נתני אויב, מבלי לשלול מנפגעי עוולות מלחמתיות מובהקות פיצוי ראוי במסגרת המשפט המינהלי והבין-לאומי, וכמובן מבלי לשלול מהם זכות לתגמולים בקהילתם.

53. המבחן החוקתי האחרון המנוי בפסקת ההגבלה, שלפיו הפגיעה בזכות החוקתית צריכה להיות "**במידה שאינה עולה על הנדרש**" – הוא מבחן המידתיות, הכולל 3 מבחני-משנה. נדרש "קשר רציונלי", או "התאמה", בין האמצעי הפוגע לבין התכלית הראויה; נדרש שימוש ב"אמצעי שפגיעתו פחותה" (או: "מבחן הצורך"), כלומר: אסור להשתמש באמצעי מתאים, אם קיים אמצעי אחר, מתאים גם הוא, שפגיעתו בזכות החוקתית פחותה, שאזי אין "צורך" באמצעי שפגיעתו גדולה יותר; ולבסוף – נדרשת "תוצאה מידתית" (או: "מידתיות במובן הצר"), קרי: יחס ראוי בין התועלת שבתרומה לתכלית הראויה לבין הנזק שבפגיעה בזכות החוקתית [ע"ד **עדאלה**, פסקה 29].

54. בית המשפט העליון קבע, בעניין **עדאלה**, כי מבחן ההתאמה מתקיים לגבי הסייג **לאחריות בנזיקין באזור עימות**; משום ש"שלילת האחריות בנזיקין הקבועה בסעיף 5ג לתיקון מס' 7 (לחוק **הנזיקים**, שבו הוספו לו הסעיפים 5ב ו-5ג – ש"פ) מוציאה את הנזקים שכוחות הביטחון גורמים באזור עימות מתחום דיני הנזיקין הרגילים. בכך מושגת התכלית הראויה שתיקון מס' 7 ביקש להגשים" [ע"ד **עדאלה**, פסקה 34]. ברור, אפוא, כי לדעת בית המשפט העליון – מבחן ההתאמה





## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 מתקיים, באותה מידה, לגבי הסייג לאחריות בנוזיקין כלפי נתין אויב, לפי סעיף 5 בחוק הנוזיקים,  
2 שהרי גם הוא מוציא את הנוזקים שכוחות הביטחון גורמים לנתיני אויב מתחום דיני הנוזיקין  
3 הרגילים, וגם בכך מושגת התכלית הראויה שתיקון מס' 7, הכולל את שני הסעיפים הללו, ביקש  
4 להגשים.

5 55. נקודת המפנה בבחינה החוקתית של הסייג לאחריות בנוזיקין באזור עימות הייתה בשלב  
6 יישומו של מבחן המידתיות השני, מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה" או "מבחן הצורך". בית  
7 המשפט העליון קבע בעניין עדאלה כי כדי להגשים את התכלית הראויה של החרגת דיני הנוזיקין  
8 ממצבים שאינם מתאימים להחלתם – די בסייג לאחריות בנוזיקין בגין פעולה מלחמתית, לפי סעיף  
9 5 בחוק הנוזיקים והתוספות ההגדרתיות והדיוניות שהוספו לו [בתיקון מס 4] עוד לפני הוספת  
10 הסעיפים 5 ו-5ג [בתיקון מס' 7]; משום שההוויה שאכן אינה מתאימה לדיני הנוזיקין היא ההוויה  
11 המלחמתית. הפגיעה הנוספת, שלמעלה מן הצורך, הגלומה בסייג לאחריות באזור עימות היא בכך  
12 שבאזור עימות מתרחשות גם פעולות צבאיות שאינן מלחמתיות אלא בעלות אופי לוגיסטי ואזרחי,  
13 לרבות כלפי "אזרחים מוגנים" החיים תחת התפיסה הלוחמתית. לפעולות כאלה – דיני הנוזיקין  
14 דווקא מתאימים. לפיכך אין צידוק לשלול גם לגביהן את זכות התביעה בנוזיקין, באופן גורף, ובכך  
15 לפגוע מעבר לנדרש בזכויות אדם חוקתיות. נקבע בעניין עדאלה כי הפגיעה המזערית מחייבת בחינה  
16 פרטנית של כל מקרה ומקרה, אם ראוי להחיל עליו את הסייג לאחריות בנוזיקין בגין פעולה  
17 מלחמתית אם לאו. הפגיעה המזערית שוללת הפקעה גורפת של האחריות בנוזיקין, ללא תלות  
18 באופיה המלחמתית של הפעולה; דבר שאף מנוגד למשפט הבין-לאומי ההומניטארי [עדאלה, פסקאות  
19 36-35].

20 56. לכאורה, כוחם של דברים אלה יפה גם לגבי הסייג לאחריות בנוזיקין כלפי נתין אויב,  
21 כבענייננו; שהרי גם סייג זה הוא גורף, ושולל אחריות בנוזיקין גם מנתין אויב שנפגע שלא בפעולה  
22 מלחמתית. ולא היא. להלן אראה כי אין מקום להיקש בין שלילה גורפת של אחריות בנוזיקין באזור  
23 עימות לבין שלילה גורפת של אחריות בנוזיקין כלפי נתין אויב; וכי, לגבי נתין אויב, יש הצדקה  
24 לדחיית תביעה אישית על הסף, בלא ליפול למלכודת הצפויה של בחינה פרטנית של נסיבות הפעולה  
25 הצבאית שגרמה לנזק. לפיכך יש לקבוע כי הסייג לאחריות בנוזיקין כלפי נתין אויב עומד בדרישת  
26 הפגיעה המזערית ובדרישת התוצאה המידתית, ועל כן הוא חוקתי.

27

28 שלילת תביעות נזיקין של נתיני אויב לעומת שלילתן באזור עימות: אבחון הלכת עדאלה

29 57. בית המשפט העליון העיר בעניין עדאלה, לאחר שביאר את הרציונל של פסילתו החוקתית של



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 הסייג לאחריות בניזיקין באזור עימות, כלהלן: "כמובן איננו קובעים דבר באשר למעמד המשפטי  
2 של חבל עזה לאחר ההתנתקות. גם אם התפיסה הלוחמתית של ישראל בו נסתיימה כטענת  
3 המדינה, אין צידוק לשחרור גורף מאחריותה בניזיקין" [עניין עדאלה, פסקה 36]. אולם, נאמר קודם  
4 לכן כי חדילת התפיסה הלוחמתית מהווה שינוי מהותי של מצב הדברים, שלאורו אין קביעתו של  
5 בית המשפט העליון לגבי הסייג לאחריות באזור עימות תקפה בהכרח לגבי הסייג לאחריות כלפי  
6 נתין אויב. כלומר, הערת בית המשפט העליון לגבי חבל עזה לאחר ההתנתקות הייתה בגדר הערת  
7 אגב.

8 58. לגבי שטח האויב של חבל עזה, לאחר ההתנתקות ולאחר השתלטות ארגון הטרור חמאס על  
9 חבל עזה, ביוני 2007, כחצי שנה לאחר פסק הדין בעניין עדאלה – חלה חזקת פעולה מלחמתית על  
10 פעולות צבאיות שם, בניגוד לאזור עימות הנתון לתפיסה לוחמתית [לסקירת המצב החדש שנוצר  
11 בחבל עזה בשנת 2007 ראו עניין אלבסינוני, כלעיל בפסקה המדינה מטעימה כי רצועת עזה, מאז  
12 שהיא נשלטת על ידי חמאס, שהוא ארגון טרור – הוכרה כשטח אויב בפסיקת בית המשפט העליון,  
13 עוד לפני הצו הנזכר [פסקאות 27, 28 ו-41 בתגובה; בג"ץ 9132/07 אלבסינוני נ' ראש הממשלה  
14 (30.1.2008) (להלן: "אלבסינוני")]. בכך יש גם משום מענה לטענת הרטרואקטיביות שהעלה התובע  
15 נגד החלת הצו]. בנסיבות השוררות בחבל עזה מאז – לא ניתן להגשים את התכלית הראויה של אי-  
16 יישומן של דיני הנזיקין לפעולות מלחמתיות אלא בדחייתן על הסף של תביעות אישיות של נתין  
17 אויב, ללא בחינה פרטנית של נסיבות הפעולה, לפי הסייג לאחריות בניזיקין כלפי נתין אויב.

18 59. בעניין עדאלה הוטעם כי הליקוי העיקרי של הסייג לאחריות בניזיקין באזור עימות הוא  
19 פעולתו הגורפת של הסייג, והיומרה לייתר בחינה פרטנית של נסיבות הפעולה הצבאית שגרמה לנזק.  
20 בית המשפט העליון הפנה שם [בפסקה 37] לעניין אחר הנושא את השם עדאלה, בג"ץ 7052/03  
21 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (14.5.2006), שעסק  
22 בביקורת שיפוטית חוקתית של סעיף 2 בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-  
23 2003 (להלן: "עדאלה (איחוד משפחות)"). הצדדים – וחברי המותב – חלקו בשאלת הלגיטימיות של  
24 פסילה גורפת של פלסטינים, הנשואים לאזרחים ישראלים, מלזכות בהיתר שהייה בישראל, מחמת  
25 הסיכון הביטחוני הגלום בכך. כבי הנשיא (בדימוי) ברק ציטט בעניין עדאלה [בפסקה 37] את דבריו  
26 בעניין עדאלה (איחוד משפחות) [בפסקאות 69-70] כלהלן: "הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו  
27 פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים  
28 מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש  
29 באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עיקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון...  
30 הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר  
31 מידתיות. כך הדבר במשפטנו-שלנו. כך הדבר במשפט המשווה".



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

60. בשל מרכזיותה של שאלת הפגיעה הגורפת, או הבחינה הפרטנית, לענייננו – אבקש לעיין בעניין **עדאלה** (איחוד משפחות), שממנו דלה כב' הנשיא (בדימ') ברק בעניין **עדאלה** את הסתייגותו הנוקבת מן הסייג הגורף לאחריות בנזיקין באזור עימות, אשר בשלה נפסל סעיף 5ג **בחוק הנזיקים**. אבקש גם לאבחן הסתייגות זו מענייננו.
61. בעניין **עדאלה** (איחוד משפחות) דובר על הקשר אזרחי מובהק של כניסה לישראל לצורך איחוד משפחות; קרי: על הליך ביורוקרטי, שבמסגרתו יש לרשויות כל הזמן שבעולם לבחון בבחינה פרטנית את מידת הסיכון הביטחוני הגלומה במבקש הכניסה. במקרה של השגה של המבקש על דחיית בקשתו, תוך הכחשה של הסיכון הביטחוני המיוחס לו – ההשגה תידון בהליך של עתירה מינהלית, שבמסגרתה לא תיבחן אלא סבירותה של ההחלטה. כלומר, בית המשפט לא יבחן את העניין בבחינה ראשונית, אלא יבקר את ההחלטה המינהלית בבחינה שניונית, בהסתמך על ראיות מינהליות, לרבות כאלה שאינן קבילות בהליך משפטי רגיל. בהליך כזה, מן הסתם, יוגש מידע סודי מרשויות הביטחון אודות הסיכון הביטחוני שבעטיו סורבה הבקשה, לעיונו של בית המשפט בלבד, ובכך יסתיים "הברור הפרטני" הנדרש. אין לפעולה המינהלית הזו כל דמיון לפעולות צבאיות בשטח אויב; ולביקורת השיפוטית הפרטנית הזו על סבירותו של שיקול הדעת המינהלי אין כל דמיון לבחינה פרטנית ראשונית של נסיבות הפעולה הצבאית בהליך אזרחי, לפי דיני הראיות הרגילים. בהמשך אבחן את התאמתו האפשרית של הליך מינהלי לבחינה של תביעת פיצוי בגין פעולה צבאית עוולתית. אולם, בשלב זה אני דן באי-התאמתה של תביעת נזיקין אישית, ושל בחינה פרטנית במסגרת תביעת נזיקין אישית, לתביעת אויב.
62. גם כב' הנשיא (דאז) ברק הסכים שהרתיעה מהגבלה גורפת של זכות אינה גורפת. ייתכנו מקרים שגם היא תיחשב למידתית, בכפוף לקיומו של מנגנון חריגים הומניטריים, שיקהה את עוקצה של הוראת החוק הגורפת **[עדאלה (איחוד משפחות), פסקאות 69 ו-72]**. כב' הנשיא (דאז) ברק המשיך והטעים (שם, פסקה 88): "**השאלה אינה אם הבדיקה האינדיבידואלית פוגעת בזכויותיו של בן הזוג הישראלי פחות מהאיסור הגורף. השאלה הינה, אם ניתן להשיג את תכליתו של החוק על ידי שימוש באמצעי הפוגע פחות? אם האמצעי שפוגע פחות מגשים פחות מהתכלית הראויה, אין הוא אמצעי שהמחוקק חייב לנקוט בו. הדרישה באשר לאמצעי שפגיעתו פחותה היא מתוך האמצעים המשיגים את תכליתו של החוק**". ביישום לענייננו, בדיקה פרטנית של השאלה אם הפעולה הצבאית הייתה בגדר "פעולה מלחמתית" אינה מתחייבת מעקרון הפגיעה המזערית בזכות אם היא צפויה להכשיל את התכלית הראויה של טיפול בנזקים צבאיים בכלים משפטיים המתאימים לכך.
63. גישתו האמורה של כב' הנשיא (דאז) ברק לא הייתה מקובלת על כל חברי המותב בעניין **עדאלה** (איחוד משפחות). כב' המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין ראה אותה כמתאימה לאוטופיה, ולא



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 למדינה הנלחמת באויביה [פסקה 1 בפסק דינו]. הוא הדגיש כי "תושבי האזור הפלסטינים הם  
2 בבחינת נתיני אויב, ובתורת שכאלה מהווים הם קבוצת סיכון לאזרחיה ולתושביה של ישראל"  
3 [שם, פסקה 2]. על כן "פועלו של האיסור שבחוק צומצם אפוא לאותן אוכלוסיות המהוות, על פי  
4 הערכת גורמי הביטחון, פוטנציאל גבוה יחסית לסיכוני ביטחון. בתוך אותן אוכלוסיות בעלות  
5 פוטנציאל סיכון גבוה אין ניתן לַפְּוֹת מראש מי יהווה ומי לא יהווה סיכון לביטחון, ומטעם זה  
6 הוחל איסור גורף על כלל בני אותן קבוצות גיל שנימנו בחוק" [שם, פסקה 117]. בהוראת החוק  
7 הגורפת הנבחנת, שבה כב' הנשיא (דאז) ברק ראה הגבלה גורפת על זכות – כב' המשנה לנשיא  
8 (בדימ') חשין ראה "כלי יעיל וראוי" [שם, פסקה 2]. בהמשך הדברים הובאה עמדתם של גורמי  
9 הביטחון כי בדיקה פרטנית לא תועיל לצמצם את הסיכון, ועל כן אין בה משום פתרון מידתי והולם  
10 יותר לבעיה [שם, פסקה 24].

11 64. אף כב' השופט (כתוארו אז) גרוניס סבור "שתוספת הביטחון הכרוכה באיסור גורף מצדיקה  
12 את הפגיעה הנוספת בחיי המשפחה" [פסקה 6 בפסק דינו], לאחר שמצא כי מבחינה סטטיסטית –  
13 בחינה פרטנית תוביל בוודאות לתוצאות שגויות בחלק לא זניח מן המספר הרב של המקרים שייבחנו  
14 [שם, פסקה 5]. בהתייחס לפסק דינו של כב' הנשיא (דאז) ברק כתב כב' השופט (כתוארו אז) גרוניס:  
15 "חוות דעתו של חברי הנשיא, כדרכו, עשירה באסמכתאות מכל קצווי תבל ומלאה בהפניות להוגים  
16 ומלומדים רבים. עם זאת, לא הצביע חברי הנשיא ולו על דוגמה אחת של מדינה שהתירה כניסה  
17 של אלפי נתיני אויב לשטחה למטרה כלשהי בשעת מלחמה או בזמן מאבק מזוין. על אחת כמה  
18 וכמה שלא נמצאה דוגמה לפיה בית משפט מדינתי חייב מדינה להתיר כניסה של אלפי נתיני אויב  
19 לשטחה שלה" [שם, פסקה 11; וראו גם: א' רובינשטיין ולי' אורגד, "זכויות אדם, ביטחון המדינה  
20 ורוב יהודי – המקרה של הגירה לצורכי נישואין", הפרקליט מח(2) (תשס"ו) 315, בעמ' 316 ו-320,  
21 הקובעים באופן פוזיטיבי את היעדרה של תופעה כזו במשפט המשווה]. בהיקש לדברים אלו אומר כי  
22 לא נמצא לי ולו מקרה אחד של מדינה ששילמה פיצויי נזיקין לנתין אויב בגין פעולה צבאית בשעת  
23 מאבק מזוין (למעט מדינת ישראל).

24 65. גם כב' השופטת (כתוארה אז) נאור קבעה כי אין מנוס מפגיעה גורפת, משום שהבדיקה  
25 הפרטנית לא תגשים את התכלית הראויה במידה מספקת, או משום שהיא תהיה כרוכה בעלויות  
26 בלתי מידתיות [פסקה 20 בפסק דינה]. גם כב' השופט י' עדיאל, וכב' השופט (כתוארו אז) א' ריבלין,  
27 הצטרפו לעמדה המקבלת, בנסיבות העניין, את הפגיעה הגורפת, מבלי לחייב בדיקה פרטנית. כב'  
28 השופט (כתוארו אז) ריבלין הוסיף: "אין לעצום עינינו מראות מי הוא הזר, לאיזו ישות מדינית הוא  
29 משתייך, מי הם מנהיגיו הנבחרים ומהן הנסיבות בהן מתברר עניינו. המציאות הזו אותה מתאר  
30 חברי המשנה לנשיא (בפסקאות 7-12 בפסק דינו; ש"פ) – היא מציאות האמת. היא משפיעה על  
31 התוצאה המשפטית" [פסקה 8 בפסק דינו; ההדגשה הוספה].



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

66. לא אוכל שלא להזהיר עצמי, לאור הדיון בעניין **עדאלה** (איחוד משפחות), באזהרתה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה מפגיעה גורפת בזכות לפי סיווג קיבוצי, בהשראת ההסגר הגורף של אזרחים ותושבים אמריקאים ממוצא יפני בעת מלחמת העולם השנייה, לאמור: **"נימנע מפגיעה גורפת בציבור שלם החי בתוכנו הראוי להגנה חוקתית על זכויותיו"** [שם, פסקה 21 בפסק דינה]. אני כמוכן מזדהה, בכל הכבוד, עם אזהרה זו. אולם, ברוח התייחסותם לדברים האלה של כב' המשנה לנשיא (בדימו') חשין [פסקה 136 בפסק דינו], ושל כב' השופטת (כתוארה אז) נאור [פסקה 22 בפסק דינה] – אני סבור שאזהרה זו רלבנטית לענייננו. **הסייג לאחריות בנוזקין כלפי נתין אויב עוקב, כפי שעוד יבואר, אחר הנוהג הבין-לאומי ההשוואתי.** אין הוא משקף אפיזודה אפלה בהיסטוריה החוקתית של מדינות המערב (כהגדרת כב' השופטת פרוקצ'יה) – אלא דווקא את הפרקטיקה המקובלת, וההגיונית, של מדינות המערב מזה מאות בשנים. כדברי כב' השופטת (כתוארה אז) נאור [פסקה 22 בפסק דינה]: **"טיעון לפיו בכל מקום בו נעשית הכללה, בהכרח נעשית גם טעות, ולא סתם טעות – אלא טעות בקנה המידה של Korematsu – אינו מקובל עלי. לא כל הכללה אינה מוצדקת. זהו עניין לשיקול דעת שיפוטי"**.

67. **לעתים העלויות הכרוכות בבחינה פרטנית (לרבות נזקי הטעויות שהיו נמנעות על ידי כלל גורף) מצטברות לנזק העולה על התועלת הגלומה בחילוץ היוצאים מן הכלל.** כך הוא כאשר היוצאים מן הכלל מועטים, עלות הבירור הפרטני (לרבות נזקי הטעויות) גבוהה, ותוחלתו נמוכה. **במצב כזה, כלל גורף יניב תועלת רבה ונזק מועט.** לפיכך, **האינטרס הציבורי מחייב החלת הכלל, ודווקא הבירור הפרטני יהיה לא-מידתי.** כמה שנאמר (רמב"ם, מורה נבוכים (תרגום יוסף קאפח) ג, לד):

**"... אין התורה מביטה על הבודד, ולא יהיה הציווי כפי הדבר המועט, אלא כל מה שרצוי להשיגו, השקפה או מידה או מעשה מועיל, אין מביטים בו אלא לדברים שהם הרוב. ואין שמים לב לדבר מועט האירוע, ולא לנזק שיהיה ליחיד מבני אדם בגלל אותה הגזרה וההנהגה התורתית... אל תתפלא שאין מטרת התורה מתקיימים בכל אחד ואחד, אלא מתחייב בהחלט שימצאו אנשים שאין אותו הניהול התורתי מביא להם שלמות... ועוד על פי הבחנה זו לא יתכן שיהיו המצוות נרשמות כפי שינויי מצבי בני אדם והזמנים... אלא ראוי שתהא ההנהגה התורתית מוחלטת כללית לכל, ואף על פי שיהא זה חיובי ביחס לאנשים, וביחס לאחרים אינו חיובי, כי אילו היו לפי היחידים, יהיה הפסד לכל, ונתת דבריך לשיעורין. ומפני זה אין ראוי שיוגבלו הדברים המכוונים מטרה ראשונה שבתורה, לא בזמן ולא במקום, אלא יהיו הדינים החלטיים באופן כללי, כמו שאמר יתעלה 'הקהל חוקה אחת לכם', אלא מכוון בהם התועלות הכלליות שהן על הרוב כמו שביארנו"**.

68. בחינה פרטנית תלויה, כמוכן, ביכולת להשיג את המידע הנדרש. כאשר שאלת הבדיקה הפרטנית בתחום הכניסה לישראל לצורך איחוד משפחות נדונה שוב בבג"ץ – נאמר כי **יכולת זו אינה קיימת, עבור מדינת ישראל, לגבי חבל עזה שבשליטת חמאס** [בג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון מר"צ-



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

- 1 יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה (11.1.2012), פסקה 17 בפסק דינה של כב' השופטת ע' ארבל]. גם
- 2 לענייננו נראה שתנאי שטח האויב של חבל עזה שבשליטת חמאס, מבחינת היכולת להשיג מידע
- 3 אודות פעולות צבאיות שגרמו נזק לצורך ניהול תביעת נזיקין, גרועים בהרבה מתנאי "אזור
- 4 העימות" הנתון לתפיסה לוחמתית בחבלי יהודה והשומרון. בהיעדר יכולת לבחינה פרטנית
- 5 אפקטיבית של נסיבות הפעולה הצבאית שגרמה לנזק – יש צידוק לסיווג הגורף, לגבי "שטח אויב",
- 6 גם בהנחה שאין צידוק כאמור לגבי "אזור עימות". גם מטעם זה, אפוא, יש לאבחן את הסייג
- 7 לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב, לפי סעיף 5 בחוק הנזיקים, מן הסייג לאחריות בנזיקין באזור
- 8 עימות, לפי סעיף 5 בחוק הנזיקים, שנפסל בעניין עדאלה.
- 9 69. אין דינו של שטח אויב כדין שטח הנתון לתפיסה לוחמתית. בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית,
- 10 הנחת העבודה היא שהלוחמה הסתיימה, והצבא הכובש הפך לריבון המנהל שגרה אזרחית בקרב
- 11 האוכלוסייה הנתונה לשליטתו. אמנם, מדי פעם עלולה להתלקח פעולה מלחמתית, ואז הצבא הופך
- 12 מיד לצבא לוחם. אולם, החזקה היא כי הצבא פועל ככוח שיטור, ופעולותיו כלפי האוכלוסייה
- 13 המקומית אינן פעולות מלחמתיות. לעומת זאת, בשטח אויב, הריבון הוא האויב. הנחת העבודה היא
- 14 שאין לחייליה של מדינת הפורום מה לעשות שם, זולת פעולות מלחמתיות. מנגד, חזקה שנתני
- 15 האויב רואים בכל חייל משום אויב ופולש, נציג המדינה שנגדה הם נלחמים, שראוי לפגוע בו ככל
- 16 הניתן. לפיכך, כל פעולה צבאית בשטח אויב היא בחזקת פעולה מלחמתית.
- 17 70. לעניין חוקתיותה של שלילה גורפת של תביעות נזיקין בגין פעולה צבאית, אפוא – אין דין אזור
- 18 הנתון לתפיסה לוחמתית, ששטחים בו הוגדרו בשעתו כ"אזור עימות" – כדינו של "שטח אויב", כגון
- 19 חבל עזה שבשליטת חמאס, שחזקתן של התביעות משם שהן מתייחסות לפעולות מלחמתיות. לפיכך
- 20 אין להקיש מפסילתו החוקתית של סעיף 5 בחוק הנזיקים, בעניין עדאלה, על חוקתיותו של סעיף
- 21 5 באותו חוק, הנדון בענייננו.
- 22 71. חסימה גורפת של תביעות אויב כבר אושרה מבחינה חוקתית ב-דנ"א דיראני. אמנם, שם דובר
- 23 בחסימה דיונית זמנית עד שוך יחסי האיבה, ולא בהפקעה של עילת התביעה מעיקרה. כמו כן,
- 24 החסימה התייחסה לאויב ממש, ולא לכלל נתני האויב [שם, פסקה 103]. לפיכך, התוצאה ב-דנ"א
- 25 דיראני, שהכשירה מבחינה חוקתית את כלל אי-הבירור של תביעת אויב, כשלעצמה – אינה
- 26 מספיקה להכשרה חוקתית של הסייג לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב. אולם, מדנ"א דיראני ניתן
- 27 ללמוד לענייננו שני דברים: האחד – כי יש הקשרים שבהם יש צידוק לשלילה גורפת של זכות, לפי
- 28 סיווג קיבוצי של התובע; והשני – כי במשפט המשווה לא נפסל כלל אי-הבירור של תביעת אויב,
- 29 מטעמים חוקתיים או מטעמים שבמשפט הבין-לאומי, גם בגרסתו הרחבה מזו שאושרה ב-דנ"א
- 30 דיראני, אשר דומה לסייג לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב. כלומר, כפי שאראה להלן – המשפט
- 31 המשווה מכיר בכלל הגורף שלפיו "אין מבררים תביעת אויב" גם כלפי תובעים שלא היו מעורבים



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 אישית בפעולות האיבה, וגם תוך הפקעה לצמינות של עילות תביעה שנולדו במהלך יחסי האיבה.

2 72. לסיום הדיון באבחון הלכת **עדאלה** אזכיר כי גם אחרי נתינתה, ב-דנ"א **דיראני**, אזכר בית

3 המשפט העליון את סעיף 55 **בחוק הנזיקים** בהנחה שהוא תקף; בלא להסתייג מאופיו הגורף ובלא

4 להביע ספק **בחוקתיותו** [פסק דינו של כב' הנשיא (דאז) גרוניס, פסקה 91; פסק דינו של כב' השופט

5 הנדל, פסקה 16; פסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) ח' מלצר, פסקה 20; פסק דינו של כב' השופט

6 (כתוארו אז) רובינשטיין, פסקה ב]. עוד יש לציין כי גם **כלל אי-הבירור של תביעת אויב** הוא נורמה

7 חוקית המחילה עצמה באופן גורף לפי מיהותו של התובע; ומאפיין זה לא שלל ממנה להתקבל

8 כנורמה חוקתית ותקפה בעניין דנ"א **דיראני**. נורמה גורפת כאמור כלפי תביעת נזיקין של נתין אויב

9 מוכרת גם במשפט המשווה, כפי שאראה להלן, ולא שמעתי שאי שם נפסלה עקב כך כבלתי חוקתית.

10 למעשה, אופיו הגורף של הסייג **לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב** אינו ליקוי שהסייג לוקה בו, אלא

11 תכליתו. הסייג נועד לייתר את הבחינה הפרטנית ולהמירה בשלילה גורפת. לדיון בהגיונה של שלילה

12 גורפת זו אעבור עתה.

13

### 14 שיקולי מדיניות השוללים תביעות נזיקין של נתני אויב

15 73. בעימות חמוש, גרימת נזק היא מאפיין מובנה של המאבק באויב, וכשלעצמה אינה מצביעה

16 אפילו לכאורה על עוולה, ועל עילה לפיצוי. המאבק באויב מאופיין בתנאי דחק, אשר מכבידים על

17 תיעוד מדוקדק של פעולות הירי והפיצוץ. בכך גלום מעין נזק ראייתי מובנה לכל הצדדים. בפעולות

18 האיבה הנדונות מעורבים, מצד ישראל, חיילים המזוהים קבוצתית ולא דווקא אישית; ומצד האויב

19 – עירוב של לוחמים בלתי חוקיים, אזרחים המסייעים להם ואזרחים שאינם מעורבים בלחימה.

20 בנסיבות כאלה, רק לעתים נדירות ניתן לאתר את המעורבים הישירים בפגיעה ולברר באמצעותם

21 את נסיבותיה הפרטניות. בעימות חמוש כל צד גורם למשנהו נזקים אדירים, עד כי בלתי מעשי לברר

22 את הנזק ולפצות בגינו ברזולוציה ובהיקף המקובלים בתביעות נזיקין בגין תאונות אזרחיות.

23 74. היבטים אלה תקפים במידה רבה גם בעידן המלחמה בטרור; כפי שקובעת הגדרת "פעולה

24 מלחמתית" בחוק הנזיקים [סעיף 1]: "פעולה מלחמתית" – לרבות כל פעולה של לחימה בטרור,

25 במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות,

26 שהיא פעולה בעלת אופי לוחמתי, בהתחשב במכלול נסיבותיה, ובכלל זה במטרת הפעולה,

27 במיקומה הגיאוגרפי או באיום הנשקף לכוח המבצע אותה". כב' הנשיא (בדימי) ברק ציין, בעניין

28 **עדאלה**, שהגדרה רחבה זו – ואף רחבה ממנה – אינה מעוררת בעיה חוקתית [שם בפסקה 37].

29 קביעה זו משקפת שלילה רחבה יותר של תביעות נזיקין בגין פעולות מלחמתיות מזו שביטא בית



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 המשפט העליון בעבר, לאמור: "רק פעולת מלחמה ממש במובנו הצר והפשוט של מונח זה, כגון:  
2 כינוס כוחות לקרב, תקיפה לוחמת, חילופי אש, פיצוצים וכדומה, שבהם בא לידי ביטוי האופי  
3 המיוחד של הלחימה על סיכונה ובעיקר על השלכותיה ועל תוצאותיה, הם אלו שאליהם כוונו  
4 מלותיו של סעיף 5" [ע"א 623/83 אשר לוי נ' מדינת ישראל (11.3.1986), מפי כב' הנשיא (דאז) מי  
5 שמגר, פסקה 2. פסק דין זה קדם להרחבת ההגדרה בתיקון מס' 4 לחוק הנזיקים]. כלומר, דבריו של  
6 כב' הנשיא (בדמי) ברק בעניין **עדאלה** מבטאים הכרה עדכנית בכך שלא רק ההיקף הכביר של נזקי  
7 מלחמה כוללת "קלאסית" מצדיק את הפקעתם של דיני הנזיקין. גם עימות חמוש נגד הטרור אינו  
8 מתאים להיבחן במתכונת המקובלת בדיני הנזיקין.

9 75. יוזכר כי חבות בנזיקין אינה תוצאה אוטומטית של עוולה בנזיקין גם בהקשרים אזרחיים. דיני  
10 הנזיקין עוסקים בסיכונים שבני אדם יוצרים זה כלפי זה ושלהם הם חשופים זה כלפי זה. סיכונים  
11 הדדיים שקולים אינם מתאימים לאחריות בנזיקין [George P. Fletcher, "Fairness and Utility in  
12 Tort Theory", 85(3) **Harvard Law Review** (January, 1972) pp. 537-573]. עימות חמוש כבעניינו  
13 מהווה סיכון הדדי שקול שכזה. חבות בנזיקין מוטלת כנגזרת של שיקולי מדיניות אם במתקל  
14 הסיכונים הנדון – "הוגן, צודק וסביר" להטיל אחריות בנזיקין [הלכת **קפרו**, *Caparo Industries v.*  
15 *Dickman* (1990), שאומצה בע"א 915/91 **מדינת ישראל נ' לוי** (17.5.1994), פסקאות 10 ו-16, ושבה  
16 ואושרה, בין השאר, ב-ע"א 3521/11 **עו"ד דניאל וגנר נ' עבדי** (22.6.2014), פסקה 16 בפסק דינו של  
17 כב' השופט הנדל]. החרגתן מחבות בנזיקין של פעולות מלחמתיות, ואף פעולות צבאיות שאינן  
18 פעולות מלחמתיות במובן הצר – משקפת את התובנה כי בהקשרים כאלה אין זה סביר להטיל  
19 אחריות בנזיקין, וגם לא ניתן לברר באופן סביר אם זה הוגן וצודק.

20 76. כאן אני מגיע לתורף העניין, שלגביו אבקש לאבחן את הלכת **עדאלה** ולא להחילה על הסייג  
21 **לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב**. מבחינה עיונית וערכית, מפתה לצדד בזכות תביעה בגין כל עוולה,  
22 בכל מקום ועל ידי כל אדם. אך מי שטבל בשפיר ובשלייה של אלפי "תביעות האינתיפאדה", ונחשף  
23 לבעייתיות המובנית בניהולן, כמו גם לסכומי העתק שתכופות שולמו בפשרה רק בגלל הסיכונים  
24 המשפטיים שנבעו מאותה בעייתיות [כלהלן בפסקה בעייתיות זו בוטאה בדברי ההסבר להצעת **חוק**  
25 **לטיפול בתביעות של פעולות כוחות הביטחון ביהודה והשומרון וחבל עזה**, התשנ"ז-1997] [ה"ח  
26 תשנ"ז 497 (מס' 2645 מיום 23.7.1997), בעמ' 499], כלהלן:] – לא ישכח את הלקח.

27 77. **השאלה אם הפעולה הצבאית שגרמה לנזקו של נתין אויב הייתה בגדר פעולה מלחמתית, או,**  
28 **שמא, פגיעה עוולתית שלא במסגרת פעולה מלחמתית – טעונה בירור ראייתי של הנסיבות שבהן**  
29 **בוצעה. בירור זה נתקל בדיוק באותה בעייתיות מובנית, המאפיינת את השאלה אם פעולה**  
30 **מלחמתית בעליל – הייתה מותרת לפי דיני המלחמה, או אם הייתה סבירה לפי דיני הנזיקין. בשני**





## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 המקרים, יש לבחון מה אירע, בהקשר של עימות חמוש בין אויבים, עובר לירי או לפיצוץ שפגע  
2 בתובע. האם, חלילה, השמש זרחה, השיטה פרחה, והחייל ירה בתובע סתם כך – או, שמא, החייל  
3 זיהה מה שנחזה כאיום ביטחוני, והגיב כדרך שחיילים סבירים המזהים איום כזה אצל נתין אויב  
4 היו מגיבים. בין כך ובין כך, הבא לברר את נסיבות הפגיעה בנתין אויב במהלך פעולה צבאית – נתקל  
5 בקשיים המובנים האופייניים לבירור תביעות נזיקין בגין פעולה מלחמתית, שבגללם נהוג לשלול  
6 תביעות כאלה.

7 78. התובע, בדרך כלל, אינו מצויד במסמכים, או בראיות חפציות, להוכחת טענתו שהירי היה  
8 בלתי חוקי או בלתי סביר, וכלל לא היה בגדר פעולה מלחמתית. התובע מעיד בעצמו, ולעתים  
9 מסתייע בעדות אדם נוסף שהיה עמו, שמן הסתם הנו קרובו או חברו וכן קהילתו, כלומר: נתין אויב  
10 כמוהו. הללו, מבחינת הלוך הרוח המשוער שלהם, תובעים את האויב שלהם. במסגרת היחסים  
11 הקיבוציים בין הקבוצות ההורגות זו בזו – ייתכן מאוד שמבחינתם של התובע ועדיו, תביעת  
12 הפיצויים היא המשך המלחמה באויב באמצעים אחרים. עדי התביעה הנם, אפוא, בעל הדין עצמו,  
13 או "אדם המעוניין בתוצאות המשפט לטובת בעל הדין שקרא אותו להעיד" [פקודת הראיות (נוסח  
14 חדש) התשל"א-1971, סעיף 54]. מכיוון שהתובע ועדיו הם נתני אויב הנתונים לשיפוטה של מדינת  
15 האויב, מן הסתם אינם צפויים לעונשים בגין עדות שקר בתביעה הנדונה.

16 79. נראה לי תמים מדי להתייחס לעדויות כאלה, הקשורות בטבורן ליחסי האיבה, כאל עדויות  
17 רגילות בתביעת נזיקין רגילה. ייזכרו כאן דבריו הקשים של כב' המשנה לנשיא (בדימ') חשין מעניין  
18 עדאלה (איחוד משפחות) [פסקאות 7-12 בפסק דינו], שאצטט אך מקצתם: "פעילי הטרור זוכים  
19 לתמיכה ולסיוע של חלקים באוכלוסייה האזרחית... תמיכה זו היא, בין השאר, פועל יוצא של  
20 הסתה כבדה וקשה הקוראת לביצוע מעשי אלימות נגד ישראל ותושביה. הסתה זו נמשכת שנים  
21 ארוכות וברי כי מחלחלת היא לכל שדרות החברה הפלסטינית..." [שם, פסקה 8]. ובהמשך [שם,  
22 פסקה 9]: "הוכחה ברורה ומפורשת להלוך רוחו של הציבור הפלסטיני זכינו לקבל בבחירות  
23 שנערכו ברשות הפלסטינית ביום 25.1.2006. בבחירות אלו זכה אירגון החמאס לרוב מושבים  
24 בפרלמנט הפלסטיני, ובעקבות זכייתו זו אף הרכיב את ממשלת הרשות (ומאז כתיבת הדברים  
25 הספיק גם להשתלט על חבל עזה, כמתואר בעניין אלבסיוני – ש"פ)... על מישנתו של אירגון החמאס  
26 ניתן ללמוד מאמנת האירגון... הקוראת למלחמת ג'יהאד בלתי מתפשרת נגד ישראל והציונות...  
27 שתביא להאבדתה של מדינת ישראל... בהמשך הדברים מוטחות בישראל וביהודים האשמות  
28 אנטישמיות קשות ודמיוניות..." [כב' השופט (כתוארו אז) ריבלין החרה החזיק אחריו: "אין לעצום  
29 עינינו מראות מי הוא הזר, לאיזו ישות מדינית הוא משתייך, מי הם מנהיגיו הנבחרים ומהן  
30 הנסיבות בהן מתברר עניינו. המציאות הזו אותה מתאר חברי המשנה לנשיא – היא מציאות  
31 האמת. היא משפיעה על התוצאה המשפטית" [פסקה 8 בפסק דינו; ההדגשה הוספה]. כיצד לא  
32 ייחשדו, אפוא, התביעה והעדויות של נתני האויב הנדון כהמשכה של אותה מלחמת ג'יהאד



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

- 1 באמצעים אחרים? כיצד לא תקלקל השנאה את שורת הדין?
- 2 80. בניגוד להליך משפטי רגיל, שבו הסיכון לעדות שקר קיים אך מהווה "סיכון רקע" – בתביעת  
3 אויב בגין פעולה צבאית בהקשר של עימות ממושך מדובר בסיכון בלתי סביר ל"דין מרומה"  
4 ול"מלכודת משפטית", שאין זה ראוי להכניס לתוכם את בית המשפט. "מניין לדין שידוע בדין  
5 שהוא מרומה שלא יאמר הואיל והעדים מעידים – אחתכנו, ויהא קולר תלוי בצוואר העדים?  
6 תלמוד לומר: 'מִדְּבַר שֶׁקֶר תִּרְחֶק'" [בבלי שבועות ל, ב; וראו גם ציון אילוז, "לא תעשו עוול  
7 במשפט" – דין מרומה, התיישנות ושיהוי", פרשת השבוע 163 (פרשת אחרי מות קדושים, תשס"ד),  
8 בהוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט ובעריכת אביעד הכהן ומיכאל ויגודה].
- 9 81. מצד המדינה הנתבעת, בדרך כלל לא ניתן לזהות ולאתר את החייל שירה את הירי או שפוצץ  
10 את הפיצוץ שפגע בתובע, ולדלות ממנו זיכרון קונקרטי מפורט של הנסיבות שהצדיקו זאת, במבודד  
11 מכל שאר היריות והפיצוצים של אותו מאבק חמוש. אפילו יאותר יומן מבצעים כלשהו, ובו רשומה  
12 הנחזית לתאר את נסיבות האירוע – לא תיפתר הבעייתיות האמורה. ראשית, יומן המבצעים אינו  
13 מנוהל לצרכי ניהול משפט, והרזולוציה שלו אינה מספיקה ליצירת תשתית ראייתית לניהול משפט.  
14 שנית, אופיינית לתביעות כאלה הטענה כי התובע לא נפגע מן הפעולה (המלחמתית או הסבירה)  
15 המסוקרת ביומן המבצעים, אלא מירי אחר, של חייל בלתי מזוהה באופן אישי (אך מזוהה כחייל של  
16 המדינה הנתבעת), אשר ירה בתובע במקום אחר, סתם כך, בלא שאיום ביטחוני נחזה הצדיק זאת.  
17 יוזכר כי תחקירים מבצעים, ככל שנעשו כאלה בעקבות הפעולה הצבאית, חסויים מפני הליכים  
18 משפטיים [בג"ץ 9197/06 יחיא נ' הרמטכ"ל (10.12.2007)]. בעימות ממושך נורים רבות כדורים  
19 לעבר האויב. אין לצפות כי תיפתח חקירת מצ"ח בעקבות כל ירי שגרם נזק, בהיעדר הוריה  
20 אובייקטיבית לביצוע עבירות פליליות על ידי מי מן הלוחמים, רק כדי לאסוף ראיות לקראת תביעת  
21 נזיקין אפשרית של נתין אויב.
- 22 82. לוחמים חייבים, בין השאר, לשאת סימן הבחנה קבוע המזוהה ממרחק, לשאת את נשקם  
23 בגלוי ולהיבדל מאזרחים [יורם דינשטיין, דיני מלחמה (1983), בעמ' 99-100]. אזרחים המעורבים  
24 בלחימה אינם זכאים להגנה מפני תקיפה [כפי שביארתי בהרחבה ב-ת"א (ב"ש) 48460-01-12 עזבון  
25 מנצור נ' מדינת ישראל (30.7.2018), פסקאות 50-68]. האויב הנדון אינו מכבד את דיני המלחמה  
26 [עמנואל גרוס, מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים (2004), עמ' 531-576  
27 :555]. כדברי כ"י המשנה לנשיא (בדימו') חשין בעניין עדאלה (איחוד משפחות) [פסקה 8]:  
28 "הטרוריסטים נטמעים ומשתלבים באוכלוסיה האזרחית הפלסטינית עד-כי אין ניתן לדעת מיהו  
29 תושב פלסטיני תמים, מיהו פעיל טרור ומיהו תושב פלסטיני העלול לסייע לטרור... ולעיתים  
30 עושים הם שימוש באוכלוסיה התמימה כ'מגן אנושי' מפני פעולות צה"ל". עובדה מצערת זו  
31 מעצימה את הקושי בקיום חובת ההבחנה שבמשפט הבין-לאומי ההומניטרי עובר לכל ירי ופיצוץ,



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

- 1 ואף משנה את נוסחת המידתיות [הילי מודריק-אבן חן, טרור ומשפט בין-לאומי הומניטרי –  
2 ההבחנה בין לוחמים לאזרחים בשדה הקרב המודרני (2010), עמ' 282-283]. כל ירי וכל פיצוץ  
3 הפוגעים במטרה כלשהי "חשודים", כביכול, בגרימת נזק לאזרח תמים, אשר בקלות בלתי נסבלת  
4 עשוי להגיש תביעת נזיקין בגינו. במאבק חמוש שכזה, קיים קושי רב גם בקיום בחינה פרטנית  
5 בדיעבד של הצידוק לכל ירי ופיצוץ, במסגרת תביעת נזיקין של נתין אויב הטוען להפרתה של חובת  
6 ההבחנה הזו.
- 7 83. בירור רגיל של תביעת נזיקין אישית של נתין אויב צפוי, אפוא, להוביל לקבלת גרסת התובע  
8 ועדיו, שמולה אין גרסה קונקרטיית נוגדת, ולחיוב המדינה הנתבעת בפיצוי נזיקי מלא בגין מכלול  
9 הנזקים שנגרמו. הסיכון הזה, מבחינת המדינה הנתבעת, צפוי להתגלגל למדיניות של פשרות עם  
10 התובעים, לצורך קיטום הסיכון. כל זאת – כאשר מסתבר שלגרימת הנזק היה צידוק מבצעי סביר,  
11 אך צידוק זה הוכחש על ידי התובע ועדיו, ולא נמצאו עדים ישירים מקרב החיילים להוכחתו.
- 12 84. בעייתיות זו בוטאה בדברי ההסבר להצעת חוק לטיפול בתביעות של פעולות כוחות הביטחון  
13 ביהודה והשומרון וחבל עזה, התשנ"ז-1997 [ה"ח תשנ"ז 497 (מס' 2645 מיום 23.7.1997), בעמ'  
14 499], כלהלן:
- 15 "כבר בתחילת תקופת האינתיפאדה החלו תושבי האזורים (יהודה, השומרון וחבל עזה – ש"פ)  
16 להגיש תביעות נזיקין נגד המדינה, ובהן נטען כי על המדינה לפצות את התובעים בשל נזקי גוף  
17 ורכוש שגרמו להם כוחות הביטחון. תחילה הוגשו התביעות ב'טפטוף', ועם חלוף השנים בקצב  
18 הולך וגובר... עד כה הוגשו למעלה מ-4000 תביעות נזיקין... לפי רישומי צה"ל, נהרגו במהלך  
19 אירועי האינתיפאדה כ-1000 פלסטינים ונפצעו כ-18,000.  
20 ...
- 21 התביעות המתוארות לעיל מעמידות את המדינה גם בפני בעיות קשות בתחום סדרי הדין ודיני  
22 הראיות, אשר לעתים תכופות אין בידה להתמודד עימם בכלים המשפטיים הקיימים.  
23 בחלק מן התובענות, אין למדינה אף 'קצה חוט' כדי לבדוק את הטענות בדבר מעורבות כוחות  
24 הביטחון באירוע הנטען, הן מבחינת האחריות לאירוע והן מבחינת גובה הנזק.  
25 בתקופת האינתיפאדה התקשתה המדינה להגיע לסביבת מגוריו של התובע, תושב האזורים,  
26 במטרה לברר את נסיבות הפגיעה הנטענת והיקף הנזקים. הבירור כשלעצמו היה כרוך בסיכון חיי  
27 אדם ולעיתים קרובות נמנע עקב כך. עם יציאת צה"ל ממרכזי האוכלוסייה, כינון הרשות  
28 הפלסטינית, והפריסה החדשה של צה"ל באזורים, אין למדינה, למעשה, אפשרות גישה למקומות  
29 שבהם נגרם הנזק הנטען.  
30 קושי נוסף באותו הקשר הוא שהטיפולים הרפואיים של הנפגעים נעשו במתקנים רפואיים שאינם  
31 בישראל, ואשר גם אליהם אין כיום גישה למדינה. עובדה זו יוצרת קושי לגבי בדיקת מהימנות



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 הדיווח הרפואי הנתען. חטיפת גופות מבתי חולים של פלסטינים שנהרגו סיכלה את האפשרות  
2 לברר אם נפגעו מחיילי צה"ל, חלק מהפגיעות לא היו ידועות לחיילים ולכן לא נחקרו כלל. בבתי  
3 חולים מקומיים ישנם רישומים חלקיים בלבד, וגם אלה – אין בהם בהכרח ללמד על זהות הפוגע.  
4 אף אם נמצאו רישומים כלשהם אודות האירוע הנתען אצל צה"ל, אזי אין ברישומים, ברוב  
5 המקרים, די כדי ללמד באופן ברור על אופי האירוע או על תוצאותיו.  
6 קיים גם קושי באיתור עדים מטעם המדינה מקרב כוחות הביטחון והבאתם לבית המשפט. הקושי  
7 באיתור נובע מכך שתדירות תחלופת הכוחות בשטח הייתה גבוהה מאוד, וקיים קושי רב לאתר  
8 בדיעבד, לעיתים שנים רבות לאחר האירוע, את החיילים שהשתתפו בפעילות נקודתית. גם אם  
9 אותרו החיילים, אזי במועד שבו נדרשת עדותם הם כבר, בדרך כלל, לא חיילים, חלקם שוהים  
10 בחו"ל, וקיים קושי להביאם למסירת עדות. אף אם אותרו, ואף אם התייצבו למסור עדות, מתברר  
11 לעיתים מזומנות כי עקב השתתפותם באירועים דומים רבים בפרק זמן קצר, הם אינם יכולים  
12 לזכור כדבעי אירוע פלוני. קושי זה מחריף נוכח השיהוי הניכר בהגשת חלק גדול מהתביעות.  
13 צירוף כל אלה תוצאתו חוסר יכולת מעשית להתגונן מפני התביעות, ועידוד התופעה של תביעות  
14 כזב וניסיונות הונאה מצד התובעים, כאשר אין בידי המדינה כלים אפקטיביים להבחין בין תביעות  
15 מסוג כאמור לבין תביעות המבוססות על עובדות שאכן התרחשו בפועל".

16 85. יפה לכאן, בכל הכבוד, הסתייגותו של כב' השופט (כתוארו אז) רובינשטיין מן הרתיעה  
17 משלילה גורפת של תביעות אויב: "חוששני שגישה זו, שובת לב ככל שתהא, אינה מתאימה  
18 למקרה דנא... ראוי לנו להביט כיצד נוהגות כל אומה ולשון... בכגון דא לא תהיה הדלת פתוחה  
19 באומות העולם... אי אפשר להביט אל הנושא אלא במבט רחב... כדי שלא נחזק חלילה כשוטים  
20 שבעולם" [דנ"א דיראני, פסקה ו בפסק דינו].

21 86. גם בתי המשפט הפדרליים בארה"ב עמדו על בעייתיות זו, לאמור:

22 "The code of behavior the Conventions set out could create perhaps hundreds of  
23 thousands or millions of lawsuits by the many individuals... who might think their rights  
24 under the Hague Convention violated in the course of any large-scale war. Those lawsuits  
25 might be far beyond the capacity of any legal system to resolve at all, much less accurately  
26 and fairly".

27 [Bork] מבית המשפט הפדרלי לערעורים במחוז קולומביה. הדברים צוטטו בהסכמה גם על ידי בית  
28 המשפט הפדרלי במחוז המרכזי בקליפורניה, בעניין הנדל (*Handel v. Artkuovic*), כמובא בסעיף  
29 269 בתגובת המדינה].  
30



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

87. החשש מפני כשל משפטי בבירור האמת, בגלל הבעייתיות המובנית הגלומה בתביעות נזיקין של נתיני אויב בגין פעולות צבאיות, הוא דו צדדי. אולי החייל היורה ירה בתובע סתם כך, מתוך שנאה או תשוקת נקם. חיילים אחרים שנכחו באירוע עלולים לחפות על חברם; ולהימנע מלהעיד לטובת התובע, שהוא נתין אויב, ואולי אפילו חשוד בעיניהם כאויב ממש או כמסייע לאויב. הם עלולים להעיד עדות מוטיית על סיכון ביטחוני נחזה שהצדיק כביכול את הירי. בתי המשפט של המדינה הנתבעת הם חלק מן המדינה הנתבעת. השופטים הם אזרחים של המדינה הנתבעת, ונושאי משרה באחת מרשויותיה השלטוניות. **אויבי המדינה הם גם אויביהם. תביעות אויב, וגרסאות ההגנה של החיילים, בהקשרים של מאבק חמוש – מאתגרים גם את האובייקטיביות האישית המוסדית שלהם.** גם האהבה הקהילתית עשויה לקלקל את שורת הדין. גם סיכון הפוך זה לבירור האמת ולעשיית הצדק מבטא, כקודמו, את התוחלת הנמוכה ביומרה לנהל תביעות נזיקין רגילות של נתיני אויב בהקשרים של עימות חמוש, בגין פעולות שסיווגן כ"פעולות מלחמתיות" נתון במחלוקת.

88. ראוי להעיר, בהקשר זה, כי הסיכון ההסתברותי לפגיעה שרירותית של חייל בנתין אויב שאינו מעורב בלחימה אינו שקול לסיכון ההסתברותי לתביעת נזיקין שיסודה בכזב או בהתעלמות מן הצידוק המבצעי לנוזק. כ-3% מן הגברים לוקים בהפרעת אישיות אנטי סוציאלית [אבנר אליצור, שמואל טיאנו, חנן מוניץ ומיכה נוימן, **פרקים נבחרים בפסיכיאטריה**, מהדורה 5 (2010), עמ' 397]. יש לשער כי משהו מזה קיים גם בקרב חיילי המדינה. הצירוף של הפרעת אישיות כזו, עוינות כלפי אוכלוסיית האויב, עימות חמוש ואחיזה בנשק (לאמור: קיומם יחד של מניע, הזדמנות ואמצעי) – עלול להניב פגיעה חסרת צידוק באדם שאינו מעורב בלחימה. אולם, הצד השני של הסטטיסטיקה הזו מורה שלפחות 97% מן החיילים אינם לוקים בהפרעת אישיות כזו (וגם האחרים מנוטרים על ידי הפקודות והמפקדים). חזקתם של רובם-כולם של החיילים, אפוא, שהם נושאים עמם בתרמיליהם לא רק "את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי, שענינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי" [כלעיל בפסקה מדינה מרָאָה כי נטיית בתי המשפט בישראל הייתה לשקול שיקולי זכויות אדם גם בהקשרים החורגים מגבולות ישראל [מדינה, פסקאות 1.50-1.52]. אולם, נטייה זו אינה נובעת בהכרח מהנחת תחולתו של חוק היסוד; משום שחובה זו מעוגנת ממילא במשפט המינהלי ובמשפט הבין-לאומי ההומניטרי: "כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי, שענינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי" [בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעתאווניה אלמחדודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון (28.12.1983) (להלן: "ג'מעית"), פסקה 33; בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (14.12.2006), פסקאות 18-20 בפסק דינו של כבי הנשיא (בדימוי) ברק]. אין להתעלם גם מן המשפט המשווה המצדד בתחולה חוקתית טריטוריאלית, בוודאי לגבי הזכות לפיצוי כספי [ליאב אורגד, "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי-



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 היסוד", משפט וממשל יב (2010) 145, עמ' 149-157; מדינה, עמ' 72]. – אלא גם את ערכיה של  
2 מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לכתבי התביעה מן הסוג הנדון אופיינית הטענה כי  
3 התובע הלך לתומו ונורה על לא עוול בכפו, בלא שנשקפה לחיילים סכנה כלשהי בסביבתו. "הקורא  
4 את העתירה עשוי לסבור כי המדובר בפגיעה מכוונת באנשים היושבים שוקטים ובוטחים, ואין-  
5 מכלים דבר... ודבר אין להם עם אדם" [דברי כב' השופט (כתוארו אז) רובינשטיין ב-בג"ץ 3292/07  
6 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה  
7 (8.12.2011), פסקה ב' בפסק דינו]. פער זה מדגים את החשש המובנה מתביעות כוזבות, שקשה  
8 לבררן בנסיבות של יחסי איבה.

9 89. מתן האפשרות לנתיני אויב להגיש לבתי המשפט בישראל תביעות נזיקין בגין מעשים צבאיים;  
10 בין מעשים שהם בעליל בגדר פעולות מלחמתיות, ובין מעשים ששאלת היותם בגדר פעולות  
11 מלחמתיות היא חלק מן המחלוקת העומדת לבירור – צפויה, אפוא, להעמיד את המדינה הנתבעת  
12 בנחיתות ראייתית מובנית, וליצור הטיה מובנית של תוצאות משפטיות לחובתה, לאו דווקא משום  
13 שבאמת חייליה הרבו לירות סתם כך בבלתי-מעורבים. מצד שני, תביעות נזיקין כאלה חושפות את  
14 התובעים לסיכון מובנה שבתחרות על אמונו של בית המשפט של המדינה הנתבעת – ידם, כנתיני  
15 אויב, תהיה על התחתונה; לאו דווקא משום שתביעתם כוזבת, אלא משום שנטיית בית המשפט  
16 תהיה לסמוך על חזקת התקינות של הרשות הביטחונית, ולהאמין לעדויותיהם של חיילי מדינתו.

17 90. יחסי איבה משפיעים לרעה על תוחלת בירור האמת בהליך המשפטי גם בגלל השפעתם על  
18 זיכרון של העדים. "הזיכרון פעם מנפה, פעם מייפה ופעם מחפה. תמיד אישי, סובייקטיבי  
19 וייחודי, כמו טביעת אצבע של הנפש" [אמנון שמוש]. "הזיכרון לוקח לעצמו רישיון ספרותי. הוא  
20 משמיט פרטים מסוימים; מגזים באחרים, בהתאם לערך הרגשי של הנושא שבו נוגע הזיכרון –  
21 מכיוון שהזיכרון ממוקם בעיקרו בלב" [טנסי וויליאמס]. זה קורה בכל הקשר שבו אנשים מעידים  
22 על דברים שאירעו בעבר. זה צפוי לקרות שבעתיים לעדים שיחסי איבה מערפלים את ראייתם  
23 ומאתגרים את יושרתם האינטלקטואלית. בעדויות בין-קבוצתיות, מבעד ליחסי איבה, זיכרון  
24 העובדות צפוי להיזבע בצבעי המודע והלא-מודע הקולקטיבי הרווי בסולידאריות קבוצתית ובעוונות  
25 כלפי האויב. עדויות כאלה מועדות להטיות שיפוט הרבה יותר מאחרות, בגלל סטריאוטיפים  
26 קיבוציים ורגשות עזים שלובו על ידי טראומות שכל קהילה ספגה מידי הקהילה האחרת במשך  
27 דורות. אפילו במשחק כדורגל לא הייתי ממליץ לשופט לפסוק לפי עדויות השחקנים היריבים. קל  
28 וחומר ליחסי איבה קיבוציים בעלי משקעים היסטוריים שכאלה.

29 91. טעמים אלו מורים כי אין די בכלל אי-הבירור של תביעת אויב, למצער כפי שהוגדר מחדש,  
30 בצמצום, ב-דנ"א דיראני – לאמור: כי יחול רק על מעורבים אישית בפעולות איבה, ורק למשך יחסי  
31 האיבה. מכיוון שיחסי איבה קיבוציים אינם מצע מתאים לבירור משפטי רגיל – הסיכון המובנה



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 לעיוות דין ("justice denied") אינו קטן גם על ידי עינוי הדין ("justice delayed") עד לאחר יחסי  
2 האיבה. אדרבא: ככל שזיכרון העובדות רחוק יותר – הוא חשוף יותר לתהליכי עיבוד ואיבוד  
3 סובייקטיביים מהרסי אמת. הסיכון המובנה האמור קיים לגבי נתין אויב כשם שהוא קיים לגבי  
4 אויב פעיל, והוא צפוי להתקיים זמן רב לאחר שוך פעולות האיבה כשם שהוא צפוי להתקיים  
5 במהלכן. נדרש, אפוא, **סייג לאחריות בנוזיקין כלפי נתין אויב**. כלומר, שלילה גורפת של תביעות  
6 נזיקין אישיות של נתיני אויב לגבי עלות שנבעו מפעולות האיבה. אין לשלול סעדים אחרים, שיידונו  
7 בהמשך; אולם הסוג הזה, של תביעות נזיקין אישיות, פשוט לא מתאים.

8 92. העולה מן המקובץ הוא כי דיני הנזיקין אינם מתאימים לתביעות של נתיני אויב בהקשרים של  
9 עימות חמוש; הן מן הבחינה המהותית, הן מן הבחינה הראייתית. מאותם טעמים, גם הברור של  
10 עצם השאלה אם נזק לנתין אויב בשטח אויב אירע ב"פעולה מלחמתית" – אינו מתאים להליך  
11 בירורה של תביעת נזיקין אישית.

12 93. יש היגיון רב, אפוא, בכללים הגורפים במשפט הבין-לאומי והמשווה, אשר שוללים תביעות  
13 נזיקין אישיות של נתיני אויב בגין פעולות צבאיות. לסקירתו של משפט זה אעבור עתה.

14

15 **הפרקטיקה במשפט המשווה לגבי תביעות נזיקין של נתיני אויב**

16 94. כב' הנשיא (בדימוי) ברק ציין, בעניין **עדאלה** [בפסקה 38], כי את הסייג לאחריות בנוזיקין בגין  
17 פעולה צבאית במשפט המשווה מאפיינת תחולתו בנסיבות פרטניות של פעולה מלחמתית, בדומה  
18 לסעיף 5 בחוק **הנזיקים** שלנו. אעיר כי זוהי קביעה עובדתית לגבי הדין הזר, ולא הלכה מחייבת.

19 95. לעומתו, כב' השופט (כתוארו אז) גרוניס ציין כי "**הכלל האמריקאי** (החקיקתי, השולל  
20 אחריות בנוזיקין למעשי המדינה מחוץ לארה"ב – ש"פ), **בדומה לדוקטרינה האנגלית** (של 'מעשה  
21 מדינה' – ש"פ), **אינו מוגבל למעשים המבוצעים על ידי כוחות צבאיים ואף אינו מוגבל לפעולות**  
22 **מלחמתיות**". עוד ציין כי נראה שהדוקטרינה האנגלית של "מעשה מדינה" חלה גם בישראל [עדאלה,  
23 פסקאות 6-7 בפסק דינו].

24 96. כב' השופט (כתוארו אז) מלצר, ב-דנ"א **זיראני** [פסקה 10 בפסק דינו], וכב' השופט (כתוארו  
25 אז) רובינשטיין [שם, פסקה יג בפסק דינו], ציטטו בהסכמה מובאה מפסק דין של בית המשפט  
26 האמריקאי הפדרלי לערעורים של ה-Circuit התשיעי, בעניין **חמאד** [Hamad v. Gates, 732 F.3d  
27 1990], מיום 7.10.2013, המדגישה את סמכותו של המחוקק להסדיר היבטים משפטיים של ענייני חוץ



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 וביטחון של המדינה, שלגביהם מצווה בית המשפט על ריסון מרבי של ביקורתו השיפוטית. דובר שם  
2 בתביעת נזיקין של עצורים במשמורת ארה"ב, שלפי חוק הנזיקים שלנו [בתוספת הראשונה לחוק]  
3 לא הייתה נשללת. בית המשפט שם עמד גם על החיוניות של הסייג לאחריות המדינה בנזיקין בגין  
4 תביעות-חוץ לצורך מניעת "השפעה מקפיאה" על הלוחמים (ההדגשות הוספו):

5 "Congress's decisions with respect to these detainees are at the core of Congress's  
6 authority with respect to 'the conduct of foreign relations, the war power, and the  
7 maintenance of a republican form of government,' and thus are entitled to the most  
8 deferential judicial review. Moreover, Congress's decision to focus on alien detainees,  
9 rather than citizens, is neither arbitrary nor irrational; it is clearly intended 'to serve  
10 Congress' legitimate foreign policy concerns,' by ensuring that members of the armed  
11 forces are not unduly chilled in conducting the war on terror by concerns about foreign  
12 nationals targeting them with damages claims".

13 97. עוד ציין כב' השופט (כתוארו אז) מלצר [שם] כי לפי הפסיקה האמריקאית, לרבות מאת בית  
14 המשפט העליון של ארה"ב – "שלילת הגישה של 'לוחם אויב' לערכאות בתביעה נזיקית – אפשרית  
15 גם במקום שבו אין לתובע תרופה אחרת בגין הפגיעה לכאורה, בזכויותיו החוקתיות, זולת הסעד  
16 הכספי הנתבע".

17 98. סקירתה ההשוואתית של המדינה [בתגובתה לתשובת התובע לבקשתה לדחיית התביעה על  
18 הסף], שהתובע לא הסתייג מקביעותיה, ואשר עיוניי שלי אישרו אותה; ומקורות נוספים שאביא  
19 להלן – תואמים את עמדתם של כב' הנשיא (בדימ') גרוניס, כב' המשנה לנשיא (בדימ') רובינשטיין,  
20 וכב' המשנה לנשיאה מלצר, שלפיה קיימת פרקטיקה רחבה וגורפת של אי-הכרה בתביעות נזיקין  
21 אישיות של נתיני אויב בגין פעולות צבאיות; לאו-דווקא בכפוף לקביעה פרטנית כי הנזק נגרם  
22 ב"פעולה מלחמתית". כלומר, אין הסכמה כי המשפט המשווה שולל את הדחייה הגורפת של תביעות  
23 כאמור, הנחה שעמדה ביסוד הפסילה החוקתית של הסייג לאחריות בנזיקין באזור עימות בעניין  
24 עדאלה.

25 99. סקירות השוואתיות מאשרות שוב ושוב את הפרקטיקה המקובלת של דחיית תביעות נזיקין  
26 אישיות של נתיני אויב בגין פעולות צבאיות. המנגנונים המשפטיים המשמשים לכך מגוונים: ייחוד  
27 תביעות בגין הפרת דיני המלחמה למדינות, להבדיל מיחידים; חסינות הריבון; סייג לאחריות בגין  
28 פעולה מלחמתית, הגנת המדינה, מעשה מדינה או תביעת אויב; היעדר אחריות שלוחית לתקיפה;  
29 חריג שיקול הדעת; וצמצום האחריות למקרים מזוועיים (shockingly egregious). בקנדה חל הסייג  
30 לאחריות המדינה בגין פעולות להגנתה אפילו בעת שלום, אימונים ותחזוקה [עדאלה, פסקה 38].





## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

- 1 המגנונים המשפטיים מגוונים – אך התוצאה אחידה [ראו האסמכתאות הבין-לאומיות לכך בפרק  
2 ההשוואתי בתגובת המדינה הנזכרת: עניין *Vararin Bridge* [גרמניה, 2013, סעיף 257 בתגובה];  
3 עניין *Kunduz* [גרמניה, 2016, סעיף 260 בתגובה]; עניין *Tel-Oren* [ארה"ב, 1984, סעיף 263  
4 בתגובה]; עניין *Handel* [ארה"ב, 1985, סעיף 268 בתגובה]; עניין *Goldstar (Panama)* [ארה"ב,  
5 1992, סעיף 270 בתגובה]; עניין *Princz* [ארה"ב, 1994, סעיף 271 בתגובה]; עניין *Markovic*  
6 [איטליה, 2002, סעיף 272 בתגובה; ועוד].
- 7 100. גם כאשר נמצא פסק דין שהכיר בתביעה אישית על יסוד המשפט הבין-לאומי ההומניטרי –  
8 היה זה דיון באחריותה של מדינה אחרת, ולא של מדינת הפורום; והתביעה נדחתה בגלל חסינות  
9 הריבון הזר [כגון בפסיקתו של בית המשפט היווני בעניין *Prefecture of Voiotia case* 1997, 2000;  
10 סקירת הוועדה הבין-לאומית של הצלב האדום (ICRC) של המשפט ההומניטרי הבין-לאומי המנהגי,  
11 כלל 150 (פיצוי), ליד הערה 54, <https://ihl-databases.icrc.org/customary->  
12 [ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule150](https://ihl/eng/docs/v1_rul_rule150)].
- 13 101. מחברים שונים שעסקו בסוגיה התקשו להצביע על פסקי דין שקיבלו תביעות פיצוי אישיות של  
14 נתיני אויב בגין פעולות צבאיות [תגובת המדינה, סעיפים 282-292, והאסמכתאות הרבות שם]. גם  
15 המצדדים בהכרה בתביעות כאלה הודו שגישתם אינה משקפת את הפרקטיקה הרווחת. לדוגמה,  
16 עו"ד שווגר (Schwager), דוקטורנטית מאוניברסיטת הנובר, סוברת שהיחיד הוא נושא הזכויות  
17 במשפט הבין-לאומי ההומניטרי, ומן הראוי כי, בהיעדרם של מנגנוני אכיפה ברמה הבין-לאומית –  
18 יוכל לתבוע פיצוי בבתי המשפט המדינתיים [Elke Schwager, "The Right to Compensation for  
19 Victims of an Armed Conflict", *Chinese Journal of International Law* (2005), Vol. 4, No. 2,  
20 417-439]. אולם, היא הודתה כי רוב בתי המשפט המדינתיים אינם מכירים בזכות תביעה אישית  
21 כאמור [שם, עמ' 424]. בפרק על תביעות לפי דיני הנזיקין הפנתה המחברת לפסיקה גרמנית, אך  
22 נראה שמדובר בהערות אגב, ולא בתביעות שהתקבלו [שם, עמ' 433, כגון עניין *Vararin Bridge*,  
23 תביעה בגין פעולה מלחמתית שנדחתה, שהוזכר גם בסקירת המדינה לעיל]. גם עו"ד גילאר  
24 (Gillard), יועצת משפטית בוועדה הבין-לאומית של הצלב האדום (ICRC), הגיעה לאותה מסקנה  
25 [Emanuela-Chiara Gillard, "Reparation for violations of international humanitarian law", *IRRC*  
26 September 2003 Vol. 85 No 851, p. 529, pp. 535-539]. והאסמכתאות שם].
- 27 102. גם פרופ' בולוק (Bullock), מומחה למשפט השוואתי ובין-לאומי מאוניברסיטת דיוק (Duke)  
28 ולשעבר קצין שריון וביון בצבא ארה"ב, עמד על התופעה כי למרות שהמשפט הבין-לאומי מכיר  
29 תיאורטית בזכות לפיצוי של נפגעים מהפרת המשפט ההומניטרי – הדבר אינו מיושם בפועל, בגלל



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

- 1 שהמשפט הבין-לאומי הפומבי עוסק ביחסים בין מדינות, ובתי המשפט המדינתיים מיישמים סייגים  
2 לאחריות וחסינויות לגבי פעילות-חוץ של המדינה בכלל, ופעולות צבאיות בפרט J Kenneth Bullock,  
3 "United States Tort Liability for War Crimes Abroad: an Assessment and Recommendation",  
4 58(1) **Law and Contemporary Problems** 133; להלן: "בולוק". בהתייחסו לדין האמריקאי אמר  
5 פרופ' בולוק [בעמ' 156, התרגום החופשי והדגשות שלי – ש"פ]:
- 6 **"התוצאה מיישום ה-FTCA וה-FCA בהחלט אירונית: לתושב זר התובע גורם זר בגין הפרה של**  
7 **הדין הבין-לאומי יש סיכוי טוב בבתי המשפט האמריקאים; אולם לקורבן זר של פשע מלחמה**  
8 **שביצע איש סגל אמריקאי – אין סיכוי"**.
- 9 103. פרופ' בולוק הציע מנגנון מינהלי שיעניק לנפגעים מפשעי מלחמה אמריקאים "תרופה כלשהי".  
10 עדיף, לדבריו, כי תביעות כאלה יטופלו בבתי משפט אמריקאים, ולא בערכאות הבין-לאומיות, מכוח  
11 סמכותן השיוורית. אך הנימוק העיקרי להצעתו הוא כי הדבר יאשר את מחויבותה של ארה"ב  
12 למשפט ההומניטרי [שם, עמ' 157-158]. להלן אציע אף אני פתרון כזה. מכל מקום, לענייננו – פרופ'  
13 בולוק מטעים כי תביעות נזיקין של נתיני אויב בגין פעולות צבאיות הן ממש לא הדרך הנכונה  
14 להטבת נזקים עקב פשעי מלחמה, בשל סכנת ניצולן לרעה בידי גורמים עוינים [שם, עמ' 156]:
- 15 **"Opening up the U.S. tort system to foreigners for torts stemming from military**  
16 **operations poses enormous problems. It is likely that... U.S. military adversaries would**  
17 **seek to strike back at the United States by encouraging their citizens to sue and by**  
18 **sponsoring the litigation in U.S. courts"**.
- 19 104. פרופ' בולוק עמד בהמשך גם על החשש מהשפעה מקפואה על הלוחמים [שם, עמ' 157]. אמנם  
20 הוא הניח כי הלוחמים ייתבעו אישית; והנחה זו ניתנת לעיקור, כגון על ידי סיוג אחריותם האישית  
21 של הלוחמים, אך לא את אחריותה בנזיקין של המדינה. אולם, ברור כי אפילו הלוחמים והמפקדים  
22 לא יהיו חשופים לחבות כספית אישית – הם יהיו חשופים לעיצומים ותמריצים ארגוניים בשל  
23 התנהלות שיש לה זיקה לחשיפה הכספית של המדינה. שיטתנו המשפטית השלימה עם רפואה  
24 מתגוננת, ועם מינהל ציבורי מתגונן, כהפסד שיוצא בשכר אחריותם בנזיקין של רופאים ופקידי  
25 ציבור. אולם מכאן עד הסתכנות ב"לחימה מתגוננת", העולה כדי פיקוח נפש של ציבור – רחוקה  
26 הדרך.
- 27 105. המחשה של הפרקטיקה האמורה נמצאת לנו בסקירתו של פרופ' פלטשר (Fletcher), מומחה  
28 למשפט פלילי ודיני נזיקין מאוניברסיטת קולומביה, המונה 41 פסקי דין בולטים שבהם יושם החוק  
29 האמריקאי המסדיר תביעות נזיקין של זרים (Alien Tort Claims Act (ATCA)). באף לא אחד



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 מהם קיבל בית משפט אמריקאי תביעת נזיקין אישית של נתין אויב של ארה"ב, בגין פעולה צבאית  
2 אמריקאית [George P. Fletcher, *Tort Liability for Human Right Abuses* (2008) (להלן: "פלטשר") ; בשני הנספחים].  
3  
4 106. התובע מצא פסק דין אחד במשפט המשווה שבו חויבה מדינת הפורום, על ידי בית המשפט  
5 שלה, בפיצויי נזיקין בגין פעולה צבאית רשלנית של חייליה במדינה אחרת. המדובר בפסק דין אנגלי  
6 (מאת כב' השופט אליאס ממחלקת ה-Queen's Bench), בעניין *Bici v. Ministry of Defence* [2004]  
7 (EWHC 786(QB); להלן: "ביצ'י"). זהו גם פסק הדין היחיד שהוזכר, בהקשר הנדון, בעניין **עדאלה**  
8 [בפסקה 38]; והוא "מככב", בבדידות יחסית, גם בסקירות נוספות של המשפט הבין-לאומי  
9 ההומניטרי [כגון אצל שווגר, לעיל פסקה מחברים שונים שעסקו בסוגיה התקשו להצביע על פסקי  
10 דין שקיבלו תביעות פיצוי אישיות של נתניי אויב בגין פעולות צבאיות [תגובת המדינה, סעיפים 292-  
11 282, והאסמכתאות הרבות שם]. גם המצדדים בהכרה בתביעות כאלה הודו שגישתם אינה משקפת  
12 את הפרקטיקה הרווחת. לדוגמא, עו"ד שווגר (Schwager), דוקטורנטית מאוניברסיטת הנובר,  
13 סוברת שהיחיד הוא נושא הזכויות במשפט הבין-לאומי ההומניטרי, ומן הראוי כי, בהיעדרם של  
14 מנגנוני אכיפה ברמה הבין-לאומית – יוכל לתבוע פיצוי בבתי המשפט המדינתיים [Elke Schwager, ]  
15 "The Right to Compensation for Victims of an Armed Conflict", *Chinese Journal of*  
16 *International Law* (2005), Vol. 4, No. 2, 417-439]. אולם, היא הודתה כי רוב בתי המשפט  
17 המדינתיים אינם מכירים בזכות תביעה אישית כאמור [שם, עמ' 424]. בפרק על תביעות לפי דיני  
18 הנזיקין הפנתה המחברת לפסיקה גרמנית, אך נראה שמדובר בהערות אגב, ולא בתביעות שהתקבלו  
19 [שם, עמ' 433, כגון עניין *Vararin Bridge*, תביעה בגין פעולה מלחמתית שנדחתה, שהוזכר גם  
20 בסקירת המדינה לעיל]. גם עו"ד גילאר (Gillard), יועצת משפטית בוועדה הבין-לאומית של הצלב  
21 האדום (ICRC), הגיעה לאותה מסקנה [Emanuela-Chiara Gillard, "Reparation for violations of ]  
22 international humanitarian law", *IRRC* September 2003 Vol. 85 No 851, p. 529, pp. 535-539 ;  
23 והאסמכתאות שם]. למרות שהוא לא החיל את המשפט ההומניטרי אלא את דיני הנזיקין של  
24 אנגליה. ההקשר היה תפיסה לוחמתית של כוח בריטי מטעם נאט"ו בקוסובו, שהחליפה את הכיבוש  
25 הסרבי לאחר נסיגת הצבא היוגוסלבי. חיילים בריטים ירו קטלני לעבר מכונית מקומית  
26 שהתרחקה מהם, בעקבות חשד לירי מתוכה [שם, פסקאות 26-27]. בית המשפט בחן את נסיבות  
27 האירוע, שלל צידוק של הגנה עצמית מבחינת החיילים, וקבע שהפעולה הייתה בגדר פעולת שיטור  
28 רשלנית ולא בגדר פעולה מלחמתית [שם, פסקאות 101-102]. לפיכך המדינה חויבה בפיצוי. מדובר  
29 בנסיבות דומות ובתוצאה דומה לעניין ע"א 5964/92 **בני עודה נ' מדינת ישראל** (20.3.2002) (להלן: "**בני עודה**")  
30 [פסקאות 11-12]. מקובלות עליו לחלוטין מילותיו היפות, בכל הכבוד, של כב' השופט  
31 אליאס כי "**המדים ... אינם רישיון לעוולה**". משהיה מדובר בפעולת שיטור בשטח הנתון לתפיסה



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 לוחמתית, ולאור הלכת בני עודה, מקובלות עליי גם מילותיו הבאות, שלפיהן **"הצבא צריך לשאת**  
2 **באחריות בגין מחדלים כאלה... שיטת משפט ראויה דורשת לא פחות מכך"** [שם, פסקה 113;]  
3 תרגום שלי – ש"פ]. אולם, לא היה מדובר שם על תביעה של נתין אויב של אנגליה. לו בכך היה  
4 מדובר, לא מן הנמנע כי התוצאה הייתה שונה, בשים לב לפרקטיקה הבין-לאומית המסתייגת  
5 מתביעות נזיקין אישיות של נתיני אויב בגין פעולות צבאיות. עוד אעיר כי האחריות שבה דיבר  
6 השופט הייתה עשויה להיות מוטלת על אנגליה בערוצים משפטיים אחרים, כגון המשפט המינהלי או  
7 הבין-לאומי, ו"שיטת משפט ראויה" אינה מחייבת אחריות בנזיקין דווקא. לסיכום עניין זה אומר  
8 שיותר משפסק דין זה מסייע לתובע – בבדידותו המזהירה הוא בבחינת יוצא מן הכלל המעיד על  
9 הפרקטיקה הנזכרת לעיל.

10 107. אטעים כי המשפט המשווה אינו תומך רק במחסום דיוני זמני כלפי אויב ממש, כזה שאושר ב-  
11 דנ"א **דיראני** בהקשר של מאבק בטרור [שם, פסקאות 55-56]. מן הסקירה ההשוואתית ב-דנ"א  
12 **דיראני** למדנו כי **כלל אי-הבירור של תביעת אויב** במשפט המשווה שולל תביעות אישיות של **נתיני**  
13 **אויב בכלל** [שם, פסקאות 16, 20, 22, 28 ו-46]. אדרבא, הוא רחב מן **הסייג לאחריות בנזיקין כלפי**  
14 **נתין אויב** בכך שהוא חל אפילו על עצורים [שם, פסקה 27], בניגוד לדין בישראל (התוספת הראשונה  
15 **לחוק הנזיקים**). תחולה רחבה זו – לעניין תביעות נזיקין – זכתה בארה"ב גם לאישור חוקתי [דנ"א  
16 **דיראני**, פסקה 27]. אמנם, לכאורה, **כלל אי-הבירור של תביעת אויב** תחום למשך המלחמה  
17 המוכרזת במובן הצר, ואינו משתרע על יחסי איבה ממושכים במובן הרחב [שם, פסקה 46]. אולם,  
18 מסקירתו ההשוואתית של כב' השופט (כתוארו אז) מלצר ב-רע"א 993/06 **מדינת ישראל נ' דיראני**  
19 (18.7.2011) (להלן: "רע"א **דיראני**") משתמע להפך: נראה כי הן בקנדה הן בארה"ב ההשעיה  
20 הזמנית למשך המלחמה מתייחסת לתביעות אישיות של נתיני אויב שקדמו למלחמה ואינן קשורות  
21 ליחסי האיבה; בעוד שתביעות נתיני אויב הנובעות מפעולות האיבה לא יידונו גם לאחר סיומה [שם,  
22 פסקאות 19-20 בפסק דינו. יושם לב כי ההתדיינות הנזכרת שם, שעילתה במלחמת העולם השנייה,  
23 התקיימה אחרי סיומה. ראו גם פסקה 21, שם בואר כי השלילה הגורפת של זכות הגישה לערכאות  
24 האמריקאיות סויגה לגבי תביעות "הביאס קורפוס", אך לא לגבי תביעות נזיקין]. גם אורגד ורבין  
25 ציינו שבמשפט האנגלי והאמריקאי – זכות שהתגבשה לפני המלחמה מושעת זמנית, אך זכות  
26 שהתגבשה בתקופת המלחמה אובדת [אורגד ורבין, כלעיל בפסקה התובע מוסיף וטוען טענה  
27 קנטרנית ומבישה כי הוראת החוק הנדונה חלה למעשה רק על פלסטינים, ולפיכך הנה גזענית  
28 [תשובת התובע, סעיף 18]. אומר כבר כאן ועכשיו כי הוראת החוק הנדונה [סעיף 5 ב**חוק הנזיקים**;  
29 להלן גם: "הסייג לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב"], לפי לשונה, רוחה ותכליתה, מתייחסת בעליל  
30 לכל נתין אויב ותושב שטח אויב, בסייגים הנקובים בחוק, ללא הבדל לאום, דת וגזע; ממש כאחיה  
31 הבכור, הכלל במשפט המקובל שלפיו "**אין מבררים תביעת נתין אויב בעת מלחמה**" (להלן, בקיצור:  
32 "**כלל אי-הבירור של תביעת אויב**"), אשר מקובל במדינות מתוקנות [דנ"א 5698/11 **מדינת ישראל**  
33 **נ' דיראני** (15.1.2015) (להלן: "דנ"א **דיראני**)], פסק דין הרוב מאת כב' הנשיא (דאז) א' גרוניס,



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 פסקאות 15-29; ליאב אורגד ויורם רבין, "זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א  
2 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)", **מחקרי משפט** כט 469 (2014) (להלן: "אורגד ורבין"), עמ' 478-  
3 477 וההפניות שם]. אין שחר, אפוא, לטענה זו, ומוטב שלא הייתה נטענת, עמ' 480-481]. מכל  
4 מקום, **כלל אי-הבירור של תביעת אויב** אינו ממצה את הסייגים לאחריות המדינה בנוזיקין כלפי  
5 נתיני אויב בגין פעולות צבאיות. לצדו קיימים גם הדוקטרינה האנגלית של "מעשה מדינה", והסייג  
6 החקיקתי האמריקאי לאחריות המדינה בנוזיקין בגין מעשיה מחוץ לארה"ב; ואלה **אינם**  
7 מצומצמים, לא לאויב ממש ולא לתקופת המלחמה המוכרזת או אף לתקופת יחסי האיבה במובן  
8 הרחב. למעשה הם **גורפים יותר** אף מן הסייג לאחריות המדינה בנוזיקין כלפי נתיני אויב [עדאלה,  
9 פסקאות 6-7 בפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) גרוניס]. הדוקטרינה והסייג הללו תומכים מקל  
10 וחומר, אפוא, בחוקתיותו של סעיף 5ב הנדון; אף בלא ההתאמות שלהן הוכפף אישורו החוקתי של  
11 **כלל אי-הבירור של תביעת אויב ב-דני"א דיראני**.

12 108. אסכם סקירה השוואתית זו במילותיה של ד"ר זגבלד, עו"ד המתמחה במשפט בין-לאומי  
13 באמסטרדם (ההדגשה הוספה):

14 **"Despite indications to the contrary in the drafting history of Article 3 of the 1907 Hague**  
15 **Convention IV, national courts have thus far regularly rejected individual claims for**  
16 **compensation based on that provision. Courts have found most of the IHL rules to be**  
17 **public law norms applying to States only, and not applicable in litigation between injured**  
18 **individuals and the State"**.

19 [Liesbeth Zegveld, "Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law",  
20 **IRRC** September 2003 Vol. 85 No 851, p. 497, in p. 507].

21 109. לא נמצאה לי, אפוא, פרקטיקה נהגת של קבלת תביעות נזיקין אישיות של נתיני אויב בגין  
22 פעולות צבאיות; חרף המפורסמות בדבר ריבוי המקרים שבהם אזרחים נפגעו על ידי חיילים של  
23 מדינות רבות. גם מלומדים שצידדו בקיומה של זכות תביעה אישית בנסיבות כאמור – הודו שזה  
24 אינו הדין המצוי.

25 110. אני סבור כי פרקטיקה זו אינה מקרית, ואינה משקפת זלזול שרירותי במשפט הבין-לאומי  
26 ההומניטרי. היא נובעת מן ההכרה כי ההקשר שבו מדובר הוא הקשר קיבוצי, שבו נדונים יחסים  
27 בין-קיבוציים. כל דיני המלחמה והמשפט ההומניטארי חורגים מן התופעה הנורמטיבית של יחסים  
28 בין-אישיים רגילים, שעליהם חלים המשפט הפלילי והמשפט האזרחי הרגילים. עימות חמוש בין  
29 קבוצות מחייב כי גם הסכסוכים המשפטיים הנובעים ממנו יידונו ברמה הקיבוצית, ולא כתביעות  
30 אישיות. בשוותנו לנגד עינינו את אופייה הקיבוצי של האיבה; ואת הקשיים המובנים בניהול תביעות



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 נזיקין אישיות של נתיני אויב בגין פעולות צבאיות, שעליהם עמדתי לעיל, אשר **הסייג לאחריות**  
2 **בנזיקין בגין פעולה מלחמתית**, כשלעצמו, אינו פותר אותם – אין תימה כי הפרקטיקה הנוהגת  
3 במשפט הבין-לאומי והמשווה אינה גורסת תביעות נזיקין אישיות כלפי נתיני אויב בגין פעולות  
4 צבאיות.

5 111. אזכיר כי הנושא הנדון אינו השאלה אם לנתין אויב הניזוק מפעולה צבאית עוולתית תהיה  
6 תרופה בכלל; אלא אם תהיה לו תרופה בדיני הנזיקין. לניזוק שנפגע מהפרת דיני המלחמה והמשפט  
7 ההומניטרי לא עומדת תרופה במשפט הפרטי, אולם עומדת לו תרופה במשפט הבין-לאומי והמינהלי  
8 [רע"א 3675/09 **מדינת ישראל נ' דאוד** (11.8.2011) (להלן: "**דאוד**"), פסקה 15; ע"א 8148/13 **שרקת**  
9 **פלסטין ללאסתמאר אלסחי נ' שר הביטחון** (20.9.2015) (להלן: "**שרקת**"), פסקה 18 והאסמכתאות  
10 שם]. כמו כן, עומדת לו תרופה בדיני התגמולים של מדינתו, בגין הנזק שנגרם לו בפעולת איבה [אסף  
11 יעקב, "חסינות תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מ'פעולה מלחמתית'", **משפטים**  
12 לג (תשס"ג) 107 (להלן: "יעקב, 'חסינות'"), עמ' 177]. חלופות אלה מקרינות, כמובן, על שאלת  
13 המידתיות של שלילת העילה הנזיקית. לעניין זה אעבור עתה.

14

15 **מידתיות הסייג: שלילת תביעות נזיקין – ושובריה בצדה**

16 112. לאור עקרון המידתיות התוחם והמנחה כל פגיעה בזולת בכלל, ובזכות חוקתית של הזולת  
17 בפרט – הצידוקים, האסמכתאות והמקבילות שהובאו לעיל, בזכות **הסייג לאחריות כלפי נתיני אויב**,  
18 אינם ממצים את הדיון. ככל שמדובר באויב ממש – חשיבותו של הדיון פחותה, ולצערנו נראה  
19 שאינה דחופה; משום שממילא תביעות נזיקין של אויב ממש ייחסמו, עד שיחדל מאויבותו, לפי **כלל**  
20 **אי-הבירור של תביעת אויב**, שחוקתיותו אושרה ב-דנ"א **דיראני**. אולם, אם קיים נתיני אויב שאינו  
21 אויב, אשר נפגע ממעשה זדוני חמור של חייל, וקיימת אפשרות חוקית לפצותו מבלי ליפול לאף אחת  
22 מן המלכודות המשפטיות שבהן כרוך בירורה של תביעת נזיקין של נתיני אויב בגין פעולה צבאית –  
23 כלום לא יהיה זה צודק ומידתי יותר לפצותו באורח כלשהו, מבלי לחסות מאחורי **הסייגים**  
24 **לאחריות בנזיקין שבחוק הנזיקים?**

25 113. המדינה טוענת כי תרופתו של הנפגע היא במישור הקיבוצי: הנפגע זוכה לתגמולים לנפגעי  
26 איבה ממדינתו, ומדינתו תובעת פיצויים כוללניים מן המדינה המפרה, בשוך העימות החמוש. אכן,  
27 כך נהוג; ויש בכך פתרון מסוים לבעיה הנדונה [יעקב, "חסינות", עמ' 177]. כדברי כב' השופט  
28 (כתוארו אז) ג'ובראן: "**אחת מן ההנחות שבבסיס חריג ה'פעולה המלחמתית' לאחריות המדינה**  
29 **בנזיקין היא שבעתות מלחמה, בשונה מעתות שגרה, כל צד נושא באחריות לנזקיו שלו ואינו חב**



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

- 1 בנזקים שגרם לצד השני. בכך לכאורה נשמר איזון בין הצדדים" [ע"א 8279/12 עזבון אלדאיה נ'  
2 מדינת ישראל (29.6.2014)].
- 3 114. ערוץ נוסף הוא תביעה מדינתית לפיצויים לפי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, בהתאם  
4 לפרשנות הבין-לאומית וההשוואתית הרווחת של זכויות התביעה במשפט הבין-לאומי בגין הפרה של  
5 דיני המלחמה [כעולה מן הסקירה לעיל].
- 6 115. הערוץ השלישי הוא הגשת דרישה מינהלית לפיצוי מינהלי, שעילתה נעוצה בהפרת המשפט  
7 ההומניטרי, אך הערוץ המקנה לה את צורתה ואת מאפייני ההליך שבו תתברר הוא המשפט  
8 המינהלי. כלומר: בהקשרים מסוימים – הפרה של דיני המלחמה, בשילוב עם עקרון ההגינות  
9 והסבירות המינהלית, יצדיקו פיצוי כלשהו. אם הדרישה תסורב – הנפגע יוכל לעתור נגד סבירות  
10 ההחלטה לבית המשפט לעניינים מינהליים. את המתווה המוצע הזה אבאר להלן.
- 11 116. המשפט הבין-לאומי ההומניטרי אוסר תקיפת אזרחים שאינם מעורבים בלחימה, או:  
12 "תקיפה בלתי מבחינה"; לרבות "התקפה שניתן לצפות כי תגרום לאבדן נלווה של חיי אזרחים,  
13 פגיעה נלווית של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים, או שילוב של אלה, אשר יהיו  
14 מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי" [הפרוטוקול הראשון מיום 8.6.77 לאמנות  
15 ג'נבה מיום 12.8.49, בדבר קורבנות סכסוכים מזוינים בינלאומיים (להלן: "הפרוטוקול הראשון"),  
16 סעיף 51(4) ו-5(5)(ב); התרגום שלי – ש"פ]. כבר אמנת האג משנת 1907 בדבר הדינים והמנהגים של  
17 מלחמה ביבשה (להלן: "אמנת האג"), בסעיף 3, קבעה כי "צד לוחם המפר הוראות תקנות אלה  
18 יתחייב, אם יש מקום לכך, בתשלום פיצויים. הוא יהיה אחראי לכל הפעולות המבוצעות על ידי  
19 אנשים המהווים חלק מכוחותיו המזוינים".
- 20 117. הוראותיה של אמנת האג נחשבים כחלק מן המשפט הבין-לאומי המנהגי, המחייב גם את  
21 מדינת ישראל [ארנה בן-נפתלי ויובל שני, המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום (הוצאת רמות –  
22 אוניברסיטת תל-אביב, 2006) (להלן: "בן-נפתלי ושני"), בעמ' 126]. לדעת מחברים אלה, גם דיני  
23 הלוחמה בפרוטוקול הראשון הפכו דין מנהגי (שם, עמ' 147). ב-בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון  
24 (15.3.1979) (להלן: "אויב") נקבע, לעניין נטילת מקרקעין במסגרת תפיסה לוחמתית, כי דין בין-  
25 לאומי מנהגי מאפשר תביעה אישית בבית המשפט המדינתי; ולא דווקא תביעה מדינתית בערכאה  
26 בין-לאומית [שם, עמ' 119-120]. כלומר, חרף היעדר פרקטיקה רווחת במשפט המשווה של תביעות  
27 אישיות בגין עילות שבמשפט ההומניטרי הבין-לאומי, עקב פעולה צבאית שגרמה נזק לנתין אויב –  
28 מהרכבת האמור בעניין אויב, בדבר גזירת זכות תביעה אישית ממעמד מנהגי של דין בין-לאומי, על  
29 דעתם של בן-נפתלי ושני, בדבר מעמדו המנהגי של הפרוטוקול הראשון – עולה לכאורה כי ניתן  
30 להגיש לבית משפט פנימי בישראל תביעה אישית לפיצוי בגין הפרה של הפרוטוקול הראשון.



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

118. כל הפרה של המשפט הבין-לאומי על ידי רשות מינהלית, וכוחות הביטחון של המדינה בכללן, היא, מן הסתם, הפרה של המשפט המינהלי; שהרי "כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי, שענינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי" [כלעיל בפסקה מדינה מראָה כי נטיית בתי המשפט בישראל הייתה לשקול שיקולי זכויות אדם גם בהקשרים החורגים מגבולות ישראל [מדינה, פסקאות 1.50-1.52]. אולם, נטייה זו אינה נובעת בהכרח מהנחת תחולתו של חוק היסוד; משום שחובה זו מעוגנת ממילא במשפט המינהלי ובמשפט הבין-לאומי ההומניטרי: "כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי, שענינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי" [בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאונה אלמחזודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון (28.12.1983) (להלן: "ג'מעית"), פסקה 33; בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (14.12.2006), פסקאות 18-20 בפסק דינו של כב' הנשיא (בדימי) ברק]. אין להתעלם גם מן המשפט המשווה המצדד בתחולה חוקתית טריטוריאלית, בוודאי לגבי הזכות לפיצוי כספי [ליאב אורגד, "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי-היסוד", משפט וממשל יב (2010) 145, עמ' 149-157; מדינה, עמ' 72].

119. בעניין דאוד [כלעיל פסקה אזכיר כי הנושא הנדון אינו השאלה אם לנתין אויב הניזוק מפעולה צבאית עוולתית תהיה תרופה בכלל; אלא אם תהיה לו תרופה בדיני הנזיקין. לניזוק שנפגע מהפרת דיני המלחמה והמשפט ההומניטרי לא עומדת תרופה במשפט הפרטי, אולם עומדת לו תרופה במשפט הבין-לאומי והמינהלי [רע"א 3675/09 מדינת ישראל נ' דאוד (11.8.2011) (להלן: "דאוד"), פסקה 15; ע"א 8148/13 שרקת פלסטין ללאסתמאר אלסחי נ' שר הביטחון (20.9.2015) (להלן: "שרקת"), פסקה 18 והאסמכתאות שם]. כמו כן, עומדת לו תרופה בדיני התגמולים של מדינתו, בגין הנזק שנגרם לו בפעולת איבה [אסף יעקב, "חסינות תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מ'פעולה מלחמתית'", משפטים לג (תשס"ג) 107 (להלן: "יעקב, 'חסינות'", עמ' 177)]. חלופות אלה מקרינות, כמובן, על שאלת המידתיות של שלילת העילה הנזיקית. לעניין זה אעבור עתה; ההדגשות הוספו] נאמר כי "ההליך המתאים לבירור הטענה כי המדינה הפרה את החובות המוטלות עליה מכוח הדין הבינלאומי, ובכללן חובת פיצוי במקרים מסוימים, אינו הליך של תביעה אזרחית. ודוק: אין חולק עוד כי המשיבים רשאים לתבוע, בעצמם וכפרטים, את זכויותיהם לפי אמנת האג, שהתקבלה כמשפט בינלאומי מנהגי בשיטת המשפט הישראלית (ראו בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג (2) 113, 119-121 (1979)). אלא שמקומה של הטענה כי המדינה חרגה מן הסמכויות המוקנות לה לפי הדין הבינלאומי (כגון, משום שלא עמדה בחובתה לשלם פיצויים בגין תפיסת מקרקעין) הוא בהליך מנהלי, לפי תחיקת הביטחון שהותקנה על-ידי המושל הצבאי באזורם של המשיבים, או במסגרת עתירה המוגשת לבית המשפט העליון בשבתו





## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

- 1 כבית משפט גבוה לצדק (בכפוף לכללים הרגילים החלים על הליך זה)."
- 2 120. כלומר, מעניין דאוד, בהרכבה על דעתם האמורה של בן-נפתלי ושני, עולה כי בהקשר של  
3 הפרת הדין הבין-לאומי ההומניטרי בשטח אויב (קרי: שלא במסגרת תפיסה לוחמתית שבה חלה  
4 תחיקת הביטחון) – רשאי הנפגע להגיש עתירה מינהלית נגד ההחלטה המינהלית שלא לפצות בגין  
5 ההפרה.
- 6 121. גם בעניין שרקת [שם; בפסקה 18; ההדגשות הוספו] נאמר כי "תביעת פיצויים לפי כללי  
7 המשפט הבינלאומי אינה מסורה לסמכותו של בית המשפט המחוזי. דרישה לפיצוי, ככל שיש לה  
8 בסיס (...) אמורה להתברר בערוץ המינהלי (...). ככל שהיו למערערות השגות על אופן הבדיקה של  
9 טענותיהן בהקשר זה היה עליהן להגיש עתירה מתאימה. עמדת המערערות לפיה גם במקום שבו  
10 חל הפטור של פעולה מלחמתית תוסיף להתברר תביעת פיצויים 'חלופית' בבית המשפט האזרחי  
11 לפי כללי המשפט הבינלאומי מרוקנת למעשה מתוכן את משמעותו של הפטור הנזיקי".
- 12 122. בעניין שרקת הובהר, אפוא, כי אין מקום לתביעת פיצוי המתבררת כתביעת נזיקין, שרק  
13 עילתה נעוצה בהפרת הדין ההומניטרי תחת שתהא נעוצה בעוולה בנזיקין. תביעה כזו הייתה מסכלת  
14 את תכליתו הראויה של חוק הנזיקים. אולם, הלכת שרקת אינה שוללת סעדים שונים באופן מהותי,  
15 ראייתי ודיוני, שאין בהם משום עקיפה של הסייגים לאחריות בנזיקין לפי חוק הנזיקים.
- 16 123. אמור מעתה: מי שלטענתו נפגע מהפרה של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי המנהגי – רשאי  
17 להגיש לסמכות המינהלית המתאימה דרישה לפיצוי. הרשות המינהלית תבחן את הדרישה ותיתן  
18 לגביה החלטה סבירה. השגה על ההחלטה המינהלית, בעילה מעילות המשפט המינהלי, תביא את  
19 ההחלטה המינהלית לביקורתו השיפוטית של בית המשפט לעניינים מינהליים. הליך כזה אינו סותר  
20 את הסייגים לאחריות המדינה בנזיקין בגין פעולות צבאיות, בניגוד לחוק הנזיקים; ואינו עוקף  
21 אותם, בניגוד להלכת שרקת. הוא עדיף בהרבה על בחינה פרטנית של פעולה צבאית בהליך אזרחי,  
22 תוך ניסיון להתחקות, לפי דיני הראיות הרגילים, אחר נסיבותיו של הנזק הנטען, ואחר שאלת אפיונו  
23 כ"פעולה מלחמתית". בשילוב אמות המידה להפעלת שיקול הדעת המינהלי שאציע להלן – מתווה  
24 זה ניצל מן המלכודות המשפטיות האמורות, מצד אחד; ומצד שני – הוא מאפשר צדק מתקן (תיקון  
25 מוניטרי לנפגע ותיקון נורמטיבי לפוגע), המתאים יותר לנסיבות המורכבות של עימות חמוש בין-  
26 לאומי.
- 27 124. העתקת הבחינה הפרטנית של נסיבות האירוע מן ההליך המשפטי אל הבירור המינהלי גוררת  
28 הרחבה גדולה של בסיס הנתונים: מן הסד המצומצם של ראיות קבילות לפי דיני הראיות – אל  
29 המסד הרחב של הראיות המינהליות, לרבות מידע מודיעיני בר-סמכא, תחקירים צבאיים פנימיים



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 חסויים ובדיקות פוליגרף. דיני הראיות מבוססים על בחירה חברתית המעדיפה פחות מידע, ובלבד  
2 שיהיה אמין – על פני יותר מידע, לרבות מידע מפוקפק. חסרונה הגדול של בחירה זו הוא בכך  
3 שהוויתור על כמות המידע הוא וודאי, בעוד שהיומרה ליתר אמינות מתנגשת שוב ושוב עם  
4 המחקרים האמפיריים בדבר חולשותיהם של עדויות ראייה, זיכרוןם של עדים והטיות של עדים  
5 ושופטים. כמובן, הרשות המינהלית המבררת תעניין גם ב"ראיות ברורות ומשכנעות" שימצא  
6 התובע, אם וככל שיש כאלה תחת ידיו (כגון סרטוני וידאו של האירוע); וזאת בהתאם לסטנדרט  
7 הראייתי בתביעות בגין מעשים מעין פליליים, וביחס ישר למידת חומרתם [ע"א 4902/91 גודמן נ'  
8 **ישיבת שם** (20.7.1995), פסקה 22].

9 125. נמצא כי להתרשמות מהתנהגותם של העדים שאליה מפנה **פקודת הראיות (נוסח חדש)**,  
10 **התשל"א-1971** [סעיף 53] – אמינות בשיעור 50% בלבד [איתן אלעד, **הפסיכולוגיה של השקר**  
11 **ושיטות לחשיפתו** (בר-אילן 2005) (להלן: "**אלעד**"), עמ' 153-191]. לעדות-ראייה, שהיא הראיה  
12 הפרדיגמטית שאף העניקה למושג "ראייה" את שמו – אמינות בשיעור 40%-45% בלבד [“Accuracy  
13 of Eyewitness Memory for Persons Encountered during Exposure to highly Intense Stress” 27  
14 **Int. J. Law & Psychiatry** (2004) 265-279; דורון מנשה, רביע עאסי, "טעות בזיהוי חזותי של  
15 חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה", **משפטים** לה (תשס"ה) 205-329; דורון מנשה, "שיקול דעת  
16 עובדתי, חופש הוכחה ותזות בדבר מקצועיות השפיטה", **הפרקליט** מג(א-ב) (תשנ"ז) 83, 105-100;  
17 ינון היימן, "פסיכולוגיה משפטית: החשיבה המטא-קוגניטיבית של עדי-ראייה והשפעתן על תהליכי  
18 קבלתן של החלטות שיפוטיות", **מאזני משפט** י" תשע"ה-2015]. לבדיקות פוליגרף **מקצועיות**,  
19 שגורמי ביטחון מרבים להשתמש בהן, מיוחסת אמינות בשיעור ממוצע של 80%-90% [ראו הנחיית  
20 היועץ המשפטי לממשלה מס' 3.1102].

21 126. מאלף להיווכח כי בהסדרים משפטיים מודרניים רווח מאוד הוויתור על דיני הראיות  
22 המסורתיים לטובת השימוש בכל מידע זמין, תוך בחינת אמינותו "ללא תנאים מוקדמים"; בבחינת:  
23 "**שמע האמת ממי שאמרה**" [משה בן מיימון (רמב"ם), פתיח ל"שמונה פרקים", הקדמה לפירוש  
24 למסכת אבות]. לדוגמא, בכל החוקים שלהלן שחרר המחוקק את הגוף המברר מכפיפות לדיני  
25 הראיות; גישה המשקפת את היותם יותר נטל מאשר נכס בדרך לבירור האמת: **חוק בתי דין**  
26 **מינהליים, התשנ"ב-1992**, סעיפים 20-21; **חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969**, סעיפים 32-33;  
27 **חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995**, סעיף 8; **חוק בתי המשפט [נוסח משולב]**,  
28 **התשמ"ד-1984**, סעיף 62 (תביעות קטנות עד 33,500 ₪); **חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968**, סעיפים  
29 52-52מ (אכיפה מינהלית); **וחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968**, סעיף 8 – הסמכות לחקור שלא  
30 לפי דיני הראיות וסדרי הדין חלה בענייני ביטוח בריאות ממלכתי, ופיקוח על מקצועות בריאות,  
31 כניסה לישראל ומרשם האוכלוסין, הוצל"פ וגבייה, זרעים וצמחים, חברות ועמותות, ביקורת



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 המדינה, חוזים אחידים, חשמל ומים, טיס וימאות, מרשם הירושות, מרשם המקרקעין, המרשם  
2 הפלילי, נאמנות, עתיקות, פיקוח על מצרכים ושירותים, תקשורת, שיפוט צבאי, משמעת, רפואת  
3 הנפש, פיזיוס ותגמולים למפוני ההתנתקות, לנפגעי שירות ביטחון, איבה ורדיפות הנאצים, תלונות  
4 על שופטים, מיסוי ומכס, רישום קבלנים, עבודת נשים, גיוס לצה"ל, מכרות, גז, לולנות, נכסי  
5 נפקדים ונספים ואפטרופסות.

6 127. יש במקובץ משום חומר למחשבה אודות דיני הראיות בכלל. מכל מקום, לענייננו – יש בו  
7 משום אסמכתא מספקת לגיטימיות ולעדיפות של בירור מינהלי, המשוחרר מדיני הראיות, של  
8 נסיבותיה של פעולה צבאית בשטח אויב – בהסתמך על מידע מודיעיני ומידע סודי אחר, תחקירים  
9 מבצעיים חסויים, בדיקות פוליגרף וכיוצא באלה מקורות מידע שרשות מינהלית סבירה הייתה  
10 סומכת עליהם, אך שלא היו עשויים לסייע לבית המשפט הדין בתביעת נזיקין. על יסוד מידע כזה  
11 עשויה הרשות המינהלית של מדינת הפורום להכריע האומנם "אמת נכון הדבר", כטענת התובע,  
12 ואם, חלילה, "נעשתה התועבה הזאת בקרבך" [דברים יג, טו], ושלא תוך "פעולה מלחמתית".  
13 במילים אחרות, חסימת תביעת נזיקין של נתין אויב, והמרתה בדרישה מינהלית לפיצוי, שתהיה  
14 נתונה לביקורת שיפוטית לפי דיני המשפט המינהלי – היא בגדר ייעול של הבחינה הפרטנית של  
15 טענות נתני אויב להפרות של דיני המלחמה; ואין צריך לומר שאין בה משום פגיעה בלתי מידתית  
16 בזכותו של נתין האויב התובע.

17 128. אין דינה של תביעת נזיקין, שבה נטען כי הנזק לא נגרם בפעולה מלחמתית, אלא ברשלנות,  
18 אולם הדבר שנוי במחלוקת; לבין דרישת פיצוי מינהלית, בגין נזק שבעליל לא נגרם בפעולה  
19 מלחמתית אלא בהפרה חמורה של דיני המלחמה. אם לא ברור בעליל שהנזק נגרם עקב פשע  
20 מלחמה, ושלא בפעולה מלחמתית – עצם הבירור הנזיקי הרגיל של השאלה אם הפעולה הייתה  
21 "מלחמתית" יסכל את התכלית הראויה של החרגת פעולות מלחמתיות מדיני הנזיקין. אולם, אם  
22 ברור בעליל, בין על סמך ראיות ברורות ומשכנעות שהמציא התובע, ובין על סמך מידע פנימי שבידי  
23 הנתבעת מכל מקור שהוא, שהחייל ירה סתם כך בתובע – אזי אין מדובר במצב חירום, אין מדובר  
24 בעמימות עובדתית וראייתית הנובעת מאובך הקרב והאינטנסיביות שלו, ואין מדובר בהיקף נזקים  
25 כביר. לפיכך אין עוד טעם טוב שהנתבעת לא תפצה את התובע כלל; בחסות הסייג לאחריות בנזיקין  
26 כלפי נתין אויב. החלטה מינהלית כזו לא תיחשב כסבירה. החייל, מן הסתם, יועמד לדין פלילי;  
27 והמדינה תציע פיצוי לנפגע.

28 129. אזכיר כי בדיני נזיקין – כל סטייה, ולו מזערית, מסטנדרט ההתנהגות הסביר – גוררת חבות  
29 בפיצוי מלא בגין הנזק, יהיה גודלו אשר יהיה, וללא כל התחשבות ביכולתו הכלכלית של המזיק.  
30 מאפיינים אלו מוצדקים במאזן בין הניזוק התמים לבין המזיק המעוול בזירה הפנים-קהילתית. כפי  
31 שהראיתי לעיל, מאפיינים אלו רחוקים מלהתאים למורכבות של עימותים חמושים בין-לאומיים,



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

- 1 ולא בכדי אינם מקובלים במשפט המשווה.
- 2 130. פרופ' פלטשר עמד על כך שהפיצוי בגין הפרות של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי נועד  
3 למקרים מעין-פליליים חריגים ומזוויעים ["shockingly egregious"], בלשונו של בית המשפט הפדרלי  
4 לערעורים בניו יורק בעניין *Zapata v Quinn*; **פלטשר** עמ' 173 ו-197, בהתאמה]. לא כל סטייה  
5 מסטנדרט הזהירות, כמקובל בדיני הנזיקין, תהווה עילה לפיצוי. בסערת הלחימה פועלים החיילים  
6 לעתים תחת אילוצים ועמימות, שהרי "**שדה הקרב הוא ממלכת אי הוודאות**" [כביטוי של כב'  
7 השופט א' קולה, שצוטט ב-ע"א 8279/12 **עזבון אלדאיה נ' מדינת ישראל** (29.6.2014), פסקה 9  
8 בפסק דינו של כב' השופט י' עמית]. רק הפרות בוטות וברורות של דיני המלחמה; מעשים שהיו  
9 "**בעליל שלא כדין**" [כניסוחו של סעיף 34(ג) **בחוק העונשין**]; מעשים ש"דגל שחור" מתנופף עליהם  
10 [בג"ץ 425/89 **צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (27.12.1989), פסקה 10 בפסק דינו של כב' השופט  
11 מ' בייסקין] – הם שיהוו עילה לשקילתו של פיצוי מתאים.
- 12 131. קבעה הרשות המינהלית כי הנזק לתובע נגרם בהפרה חמורה כאמור של דיני המלחמה –  
13 תשקול פיצוי מתאים; בהתחשב בחומרת ההפרה, בגודל הנזק, במגבלות תקציביות ובנוהג במשפט  
14 המשווה.
- 15 132. הסוגה של החלטה מינהלית, להבדיל מפסק דין בנזיקין, בשים לב לנוהג הבין-לאומי –  
16 מקרינה גם על מתכונת הפיצוי. אין חובה לחשב במדויק את הפיצוי המלא בגין כל ראשי הנזק. ניתן  
17 להתבסס על מתכונת תעריפית, שקביעת הפיצוי לפיה תחסוך את המלכודת הראייתית של ניסיון  
18 להעריך נזקים של נתין אויב בשטח אויב. בפרספקטיבה של הפרקטיקה הבין-לאומית וההשוואתית  
19 בהקשר זה – גם פיצוי תעריפי מוגבל, המתאים למגבלות התקציב בהקשר של עימות חמוש שבו  
20 היקף ההרס אינו עומד בשום יחס לתאונות אזרחיות רגילות, יהווה "פיצוי הולם" בנסיבות העניין  
21 [בדומה להצעתו של פרופ' בולוק, לעיל פסקה 94].
- 22 133. הערוץ המשפטי המינהלי הוא אמנם הערוץ המתאים לתביעות מסוג זה, שלא כערוץ המשפטי  
23 הנזיקי. קיומו של סעד חלופי שולל את חוסר-המידתיות ואי-החוקתיות לכאורה, ששלילה גורפת של  
24 סעד משפטי כלשהו לניזוק, עקב הפרת חיוב, עלולה ללקות בה. כשם שהפקעת העילה הנזיקית  
25 מחיילי המדינה, בגין נזקים עוולתיים, אינה בלתי-מידתית ובלתי-חוקתית נוכח קיומו של סעד  
26 חלופי של תגמולים [**חוק הנזיקים**, סעיפים 6 ו-7] – כך, מקל וחומר, הפקעת העילה הנזיקית מנתיני  
27 אויב, בגין נזקים עוולתיים, אינה בלתי מידתית ובלתי-חוקתית נוכח קיומו של סעד חלופי של פיצוי  
28 בערוצי המשפט הבין-לאומי או המינהלי.
- 29 134. העולה מן המקובץ הוא כי נזקים שנגרמו, כנטען, לנתין אויב ולתושב שטח אויב – אינם



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 מתאימים לבירור בתביעות נזיקין. חזקתם של נזקים כאלה שלא נגרמו בהתנהלות מעין-אזרחית, 2  
3 כבהקשר של תפיסה לוחמתית – אלא בפעולות מלחמתיות. בירורם הפרטני במסגרת הליך משפטי 4  
5 אזרחי, לרבות לעצם השאלה אם אירעו בפעולות מלחמתיות, צפוי להיקלע לבעייתיות ראייתית 6  
7 מובנית, ולהיות כרוך בעלויות בלתי מידתיות. לפיכך עדיף כלל גורף של הפקעת העילה הנזיקית; 8  
9 ששוברו בצדו: ערוץ של תובענה מינהלית בגין הפרה בולטת ומזעזעת של המשפט הבין-לאומי 10  
11 ההומניטרי, אשר תידון לפי הכללים הגמישים של המשפט המינהלי המהותי, הראייתי והדיוני. 12  
13 בשלב זה, כל עוד התוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 אינה 14  
15 כוללת תובענה מינהלית בעילה לפי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי – ניתן להגיע לאותה תוצאה 16  
17 בדרך של דרישת פיצוי שתופנה לרשות מינהלית מתאימה (כגון משרד הביטחון); ובמקרה של טענה 18  
19 להחלטה בלתי סבירה בדרישה – הגשתה של עתירה מינהלית נגד אותה החלטה.

11. תיתכן טענה כי פתיחת הערוץ המינהלי כאמור תביא להצפה של דרישות פיצוי, אשר הסייג 11  
12 לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב נועד לחסום. איני חושש מכך. גמישותו של ההליך המינהלי 13  
14 מאפשרת לסלק על הסף דרישות סרק בעלות מזערית. דרישת פיצוי שלא תתבסס על וודאות 15  
16 מינהלית בכך שאכן התרחש פשע מלחמה – תסורב, וגם עתירה מינהלית נגד ההחלטה תידחה בנקל, 17  
18 לאור התשתית המידעית שעמדה ביסוד ההחלטה. יש להניח כי מעטים מאוד מאוד, אם בכלל, יהיו 19  
20 המקרים שבהם הרשות המינהלית תדע אל-נכון כי אמנם בוצע פשע מלחמה. איני מזהה כאן חשש 21  
22 להצפה, חלילה. והמקרים שיצלחו את המסנן המינהלי והשיפוטי – יצדיקו פיצוי.

136. תיתכן גם טענה כי הערוץ המינהלי אינו מהווה חלופה ראויה לערוץ האזרחי הנזיקי, בגלל 18  
19 שהוא אינו מבטיח חבות מלאה ופיצוי מלא לפי הדוקטרינה הנזיקית, ומשום שהוא אינו מאפשר 20  
21 לבית המשפט להושיט סעד ראשוני ולפסוק את הפיצוי, אלא רק לבקר את סבירותה של ההחלטה 22  
23 המינהלית בשאלת הפיצוי. תשובתי היא כי "חולשתו" זו של הדגם המינהלי היא דווקא יתרונו 24  
25 בהקשר דנן. כמה שנאמר: "לעולם הוי רך כקנה, ואל תהיה קשה כארז: מה קנה יצאו ארבע רוחות 26  
27 העולם – קנה הולך ובא עמהם, עמדו הרוחות – קנה עומד במקומו... אבל ארז זו אינו כן... כיון 28  
29 שנשב רוח דרומית עוקרתו והופכתו על פניו" [דרך ארץ רבה ב]. הדוקטרינה הנזיקית מתמירה עם 30  
31 הנתבעים באחריות רחבה, בנטל ראיה קל ובחובת פיצוי טוטאלית. נתבעים ביטחוניים נתקלים גם 32  
33 באי-קבילות של חלק נכבד מן המידע שעליו היו מבססות את הגנתן לו היה קביל. אין תימה, אפוא, 34  
35 שמדינות נרתעות מתביעות נזיקין של נתיני אויב בהקשרים צבאיים, ואינן חפצות לבררן בבתי 36  
37 המשפט, שכדרכם נוטים להתמקד במקרה הבודד שלפניהם ולא בתמונה המדינית הגדולה. 38  
39 התעקשות על הדגם הנזיקי צפויה לגרור את שלילתו, כפי שאירע בפועל. כדי שניזוקים שראוי 40  
41 לפצותם לא ייעמדו לפני שוקת שבורה – עדיף ערוץ מינהלי גמיש, שיאפשר למדינה וויסות של רף 42  
43 אחריות, נטל ראיה ותעריף פיצוי שהיא יכולה לעמוד בהם בהקשרים של עימות ממושך בין-לאומי. 44  
45 הפסדו של הערוץ המינהלי, אפוא, צפוי לצאת בשכרו. המדינה תוכל "לעשות את הדבר הנכון" בכל



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 מקרה שיגיע לפתחה, בהתחשב באילוציה ובאינטרסים הלאומיים הקיומיים שהיא מופקדת עליהם.  
2 ובית המשפט, כדרכו, יפקח על תקינותו וסבירותו של טיפול הרשות המינהלית במקרה שלפניו.

3

4 **השלמת הבחינה החוקתית: מידתיותו של הסייג לאחריות בנוזיקין כלפי נתין אויב**

5 137. אחרי בחינת ההבדלים בין הסייג לאחריות בנוזיקין כלפי נתין אויב לבין הסייג לאחריות  
6 באזור עימות, לצורך אבחון הלכת עדאלה; אחרי פרישת שיקולי המדיניות המצדיקים שלילה גורפת  
7 של תביעות נזיקין של נתיני אויב; אחרי הסקירה המשווה של הפרקטיקה הבין-לאומית בדבר  
8 תביעות אישיות של נתיני אויב נגד מדינת הפורום בגין פעולות צבאיות; ואחרי ההצגה של חלופות  
9 פיצוי לנפגעי פעולות צבאיות מחוץ לדיני הנזיקין – אחזור למתווה הבחינה החוקתית של הסייג  
10 לאחריות בנוזיקין כלפי נתין אויב, מן הנקודה שאליה הגעתי לעיל [פסקה 47].

11 138. הפגיעה האמורה בזכות התביעה בנוזיקין של נתיני אויב הנה מידתית. יש קשר רציונלי בין  
12 התכלית, שהיא מניעת תביעות בגין פעולות צבאיות לפי דיני הנזיקין במשפט הפרטי; לבין האמצעי,  
13 שהוא מניעת עצם ההתדיינות האזרחית עם נתיני אויב בשאלה אם הפעולה הייתה מלחמתית.  
14 בהבדל מהקשרים של תפיסה לוחמתית – חזקתן של פעולות צבאיות בשטח אויב שהן פעולות  
15 מלחמתיות. לו ביקשנו לברר באופן פרטני, בכל תביעה, אם האירוע הנטען היה בגדר 'פעולה  
16 מלחמתית' אם לאו – היינו צפויים ליפול למלכודת משפטית. לפיכך מתקיים "מבחן ההתאמה".

17 139. הפגיעה האמורה בזכות התביעה בנוזיקין מידתית גם במובן זה שלא ניתן להגשים את תכליתה  
18 באמצעי שפגיעתו פחותה. כפי שבואר לעיל, הסייג לאחריות בנוזיקין בגין פעולה מלחמתית, בלבד,  
19 לא הייתה מנטרלת את המלכודת האמורה. לפיכך, אין הוא מייתר החרגה של אחריות בנוזיקין כלפי  
20 נתיני-אויב ותושבי שטח-אויב, בגין אירועים שחזקתם שהיו בגדר פעולות מלחמתיות, בנסיבות  
21 שאינן מתאימות לבחינה פרטנית. הפגיעה היא מזערית גם משום ששובריה בצדה, בדמותם של  
22 ערוצי פיצוי חלופיים: תגמולים מקהילתו של התובע, תביעות פיצוי מדינתיות בין-לאומיות ודרישת  
23 פיצוי מינהלית הנתונה לביקורת שיפוטית מינהלית. לפיכך מתקיים גם "מבחן הצורך".

24 140. לבסוף, הפגיעה האמורה בזכות התביעה בנוזיקין מידתית גם במובן זה שקיים יחס סביר בין  
25 התכלית, שהיא מניעת התדיינות בגין פעולות צבאיות בין המדינה לבין נתיני אויב, במסגרת תביעות  
26 נזיקין במשפט הפרטי, לבין המחיר, שהוא השלילה של תביעות נזיקין כאמור, תוך שימור הערוצים  
27 החלופיים, ובכללם הערוץ המינהלי של דרישות פיצוי בגין הפרות חמורות בעליל של דיני המלחמה  
28 והמשפט ההומניטרי הבין-לאומי, בהתאמה לעוולות מלחמתיות ולנוהג הבין-לאומי לגביהן. לפיכך  
29 מתקיים גם "מבחן התוצאה המידתית".



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

141. מן המקובץ עולה כי אין מקום לפסול את סעיף 5 ב**חוק הנזיקים** כבלתי חוקתית. מדובר, אמנם, בשלילה של תביעות נזיקין של נתיני אויב נגד המדינה, וככזו – בפגיעה מסוימת בזכות הגישה לערכאות ובהגנה הנזיקית על הזכויות לחיים, לשלמות הגוף ולקניין, שבצדה פגיעה מסוימת בזכות הקניין להיפרע פיצויי נזיקין בגין נזקים כאמור. המדובר, אפוא, לפי הלכת **עדאלה**, בפגיעה בזכויות מוגנות ב**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** [להלן: "**חוק היסוד**"; בסעיפים 2-4]. אולם פגיעה זו מותרת, בהיותה עומדת בתבחינים של פסקת ההגבלה [סעיף 8 ב**חוק היסוד**].

142. לא למותר להזכיר כי ביקורת שיפוטית חוקתית אינה עניין של מה בכך. פסילה של הוראת חוק על ידי בית המשפט צריכה להיעשות בדחילו ורחימו, רק בלית ברירה, כאשר הוראת החוק הנבחנת חורגת לחלוטין ממתחם הסבירות החוקתית [**עדאלה**, פסקה 30]. רק אז נקרא בית המשפט למלא את תפקידו שלו במארג החוקתי, ולכפות את הציות לחוקה, גם על המחוקק.

143. מסקנתי היא, אפוא, כי **הסייג לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב**, כאמור בסעיף 5 ב**חוק הנזיקים**, חוקתי; ויש לקיימו. בהתאם לכך, תביעת הנזיקין של התובע, נתין אויב מחבל עזה שבשליטת חמאס, תושב שטח שהממשלה הכריזה עליו כעל "שטח אויב" לפי סעיף 5ב(א)(1) ב**חוק הנזיקים** – נדחת בזה על הסף.

15

16

### סיכום

144. התובע טוען כי נפגע מירי של חייל צה"ל. למרות שאינו יודע מה היו הנסיבות שבהן בוצע הירי, הוא טוען כי לירי לא היה כל צידוק צבאי, ולפיכך לא עומד למדינה בגינו **הסייג לאחריות בנזיקין בגין פעולה מלחמתית**.

145. המדינה ביקשה לסלק את התביעה נגדה על הסף, בהסתמך על **הסייג לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב** – לפי סעיף 5 ב**חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה)**, התשי"ב-1952, ולפי הכרזת הממשלה מיום 7.10.2014 על חבל עזה כשטח אויב.

146. התובע השיב לבקשה כי הוראת סעיף 5 ב**חוק הנזיקים** אינה חוקתית, משום שהיא פוגעת בזכויות חוקתיות, בהיותה שוללת באופן גורף את ההגנה הנזיקית על הזכות לחיים, לשלמות הגוף ולקניין, לרבות זכות הקניין להיפרע פיצויים בגין פגיעות כאלה, וכן בהיותה פוגעת בזכות הגישה לערכאות. לפיכך יש לפסלה, כפי שנפסל **הסייג לאחריות בנזיקין באזור עימות**, לפי סעיף 5ג ב**חוק הנזיקים**, ב-בג"ץ **עדאלה** [8276/05].



## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

147. המדינה הגיבה לתשובה בטענה כי ההוראה האמורה מקובלת במשפט המשווה והיא חוקית, 1  
מידתית, אינה דומה להוראת סעיף 5 ג **בחוק הנזיקים** ואינה לוקה בפגם חוקתי העשוי להצדיק 2  
ביטול שיפוטי של חקיקה ראשית של הכנסת. 3
148. הצדדים הסכימו לחוקתיותו של ה**סייג לאחריות בנזיקין בגין פעולה מלחמתית**, לרבות 4  
הגדרתו המרחיבה והנטלים הדיוניים והראייתיים שצורפו לו בתיקונים השונים **בחוק הנזיקים**. 5  
אולם התובע טען כי משהחרגה כאמור כבר מצויה **בחוק הנזיקים** – ההחרגה הנוספת של תביעות 6  
נתין אויב אינה מידתית, ולפיכך אינה חוקתית. 7
149. עמדתי על ההבדלים בין ה**סייג לאחריות בנזיקין באזור עימות**, לפי סעיף 5 ג **בחוק הנזיקים**, 8  
שעניינו פעולות צבאיות שחזקתן שהן בעלות אופי של ממשל אזרחי כלפי "אזרחים מוגנים" באזור 9  
הנתון לתפיסה לוחמתית, לבין ה**סייג לאחריות בנזיקין כלפי נתין אויב**, שעניינו פעולות צבאיות 10  
בשטח האויב בזמן עימות חמוש בין-לאומי, שחזקתן שהן פעולות מלחמתיות. 11
150. פרסתי שיקולים שלאורם תביעת נזיקין אזרחית של נתין אויב בגין פעולה צבאית, לפי דיני 12  
הראיות הרגילים – עלולה להיות מלכודת משפטית של "דין מרומה", ולסבך את המדינה בתשלום 13  
פיצויים בסכומי עתק ללא צידוק. בעניין זה קבעתי כי טעמי ההחרגה של פעולות מלחמתיות מבירור 14  
במסגרת תביעות נזיקין משליכים גם על עצם הבירור של השאלה אם האירוע הנטען היה בגדר 15  
"פעולה מלחמתית", ולמעשה על כל בירור של תביעת נזיקין של נתין אויב בגין פעולה צבאית. 16
151. הראיתי כי הפרקטיקה הבין-לאומית וההשוואתית אינה מקבלת תביעות אישיות של נתיני 17  
אויב בגין פעולות צבאיות בשטח אויב. 18
152. הצבעתי על ערוצי פיצוי חלופיים העומדים לרשות תובע הטוען כי נפגע מפשע מלחמה, והצעתי 19  
גם מתווה מינהלי לבירור דרישות פיצוי כאלה. 20
153. לאור תובנות אלה קבעתי כי הוראת סעיף 5 ב **בחוק הנזיקים**, בתחולתה על שטח האויב של 21  
חבל עזה, לאחר התנתקותה של ישראל מן התפיסה הלוחמתית בו ולאחר השתלטותו של חמאס 22  
עליו; ובהתאם להכרזת הממשלה על שטח זה כעל "שטח אויב" – היא הוראת חוק, או הוראה לפי 23  
חוק, שאין בה פגם מבחינת המדרג הנורמטיבי של הפגיעה בזכות התביעה בנזיקין של נתיני אויב, 24  
ומבחינת תחולתה למפרע. הוספתי וקבעתי כי התכלית של ייעול ההתגוננות מפני ניצול לרעה של 25  
תביעות נזיקין אישיות של נתיני אויב היא תכלית ראויה. לבסוף קבעתי כי החרגת תביעות נזיקין של 26  
נתיני אויב, ואי-ההסתפקות בהחרגת פעולות מלחמתיות, היא מידתית – לרבות נוכח הזכות 27  
לתגמולים לנפגעי פעולות איבה במשפט הפנימי; האפשרות להגיש תביעה מדינתית בגין הפרת דיני 28





## בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל

1 המלחמה בערכאה בין-לאומית וקיומו של ערוץ מינהלי לקבלת פיצוי מינהלי מתאים במקרים של  
2 ידיעה מובהקת אודות פשע מלחמה.

3 154. לאור המקובץ הגעתי למסקנה כי אין מקום להיעתר לסעד הקיצוני שמבקש התובע, של  
4 פסילת דבר חקיקה ראשית של הכנסת כבלתי חוקתית. משכך, סעיף 55 בחוק הנזיקים נותר בתקפו, ולאורו יש לדחות על הסף את תביעת הנזיקין של התובע, שהוא נתין אויב ותושב שטח אויב.  
5

6 155. התביעה נדחית.

7 156. הנתבעת רשאית להגיש עד יום 25.11.18 בקשה להוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.

8

9

10 ניתן היום, כ"ו חשוון תשע"ט, 04 נובמבר 2018, בהעדר הצדדים.

11

  
12 שלמה פרידלנדר, שופט

13

14

15