

- התובעים:**
1. עטייה פתחי נבאהין, ת"ז 404772931
באמצעות הוריו ואפוטרופסיו הטבעיים:
 - 1.1 פתחי עטייה נבאהין, ת"ז 959950734
 - 1.2 סלוא עבד-אלקאדר נבאהין, ת"ז 915077291

ע"י ב"כ עו"ד מוחמד ג'בארין
רח' הרברט סמואל 66 ת.ד. 287 חדרה 38102
טל': 08-640963, נייד: 052-4897717

וכן ע"י ב"כ עוה"ד נדים שחאדה ואח' מעדאלה- המרכז המשפטי לזכויות
המיעוט הערבי בישראל
רח' יפו 94, ת"ד 8921, חיפה 31090
טל': 04-950610, פקס': 04-9503140

- נ ג ד -

- הנתבעת:**
- מדינת ישראל - משרד הביטחון**
ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז תל-אביב (אזרחי)
בית קרדון, דרך מנחם בגין 154, תל אביב, ת.ד. 33051, מיקוד 64922107
טל': 073-3736306, פקס': 02-6462645

תשובת המדינה לתגובת התובעים לבקשת הנתבעת לדחיית התביעה על הסף

הנתבעת (להלן גם: "המדינה") מתכבדת למסור את תשובתה לתגובת התובעים לבקשתה לדחות את התביעה על הסף (להלן: "הבקשה").

המדינה חוזרת על בקשתה לדחות את התביעה על הסף בהתאם לסעיף 5ב(א)(1) לחוק הניזקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב - 1952 (להלן: "חוק הניזקים האזרחיים" או "החוק").

לחלופין, וככל שלא תתקבל עמדת המדינה, מתבקש בית המשפט הנכבד להאריך את המועד להגשת כתב הגנה ו/או כל בקשה אחרת מטעם המדינה ב- 30 ימים מיום מתן ההחלטה בבקשה.

עותק מתשובת המדינה נשלח במישרין למשרדי ב"כ התובעים.

ההדגשות אינן במקור אלא אם צוין אחרת.

תוכן עניינים

3 כללי	א.
4	קביעות בית המשפט העליון בדנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' מוסטפא דיב מרעי דיראני - כללי	ב.
5 רקע עובדתי הדרוש לענייננו	ג.
10 המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית	ד.
11 חוק הנויקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה - 2005	▪
14 ת"א (מחוזי-ב"ש) 10101/11 מדינת ישראל נ' עיזבון אלדין מוסא (מיום 5.3.12)	▪
16 ת"א (מחוזי-ב"ש) 5193/08 חברת גבון בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל (מיום 15.4.12)	▪
18 חוק הנויקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשע"ב - 2012	▪
20 דנ"א 5698/11 דיראני מיום 15.1.15	▪
24 סיכום ביניים	ה.
26 הניתוח החוקתי	ו.
27 הפגיעה הנטענת בזכות חוקתית - זכות הגישה לערכאות	▪
28 סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנויקים האזרחיים אינו פוגע בזכות הגישה לערכאות	▪
31 הפגיעה הנטענת בזכות חוקתית היא כדין ועומדת בתנאי פסקת ההגבלה	▪
31 הפגיעה הינה בחוק או לפי חוק או מכח הסמכה מפורשת בו	▪
32 סעיף החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית	▪
34 סעיף החוק נועד לתכלית ראויה	▪
38 ההסדרים בחוק הם מידתיים	▪
38 סעיף החוק עומד במבחן הקשר הרציונאלי	▪
39 סעיף החוק עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה	▪
41 סעיף החוק עומד במבחן המידתיות ב"מובן הצר" (מבחן היחסיות)	▪
44 אין פגם בהחלה רטרואקטיבית של סעיף החוק	▪
46 המשפט הבין - לאומי	ז.
47 דיני הלחימה	▪
50 יישום הכללים בבתי המשפט המקומיים	▪
51 דיני זכויות האדם	▪
52 מידת התערבותו של בית המשפט בחקיקה ראשית של הכנסת	ח.
53 סיכום	ט.

א. כללי

1. תביעה זו עניינה אירוע מיום 16.11.14 במהלכו נפצע התובע 1, **תושב רצועת עזה** בעת ששהה בתוך שטח הרצועה "באדמה השייכת למשפחתו שרחוקה כ- 500 מטרים מגדר ההפרדה בין רצועת עזה למדינת ישראל"¹. לטענת התובעים, פציעתו נגרמה בשל ירי שבוצע לעברו על ידי כוח צה"ל ששהה בסמוך (האירוע הנטען יקרא להלן: **"האירוע נשוא התביעה"**).

2. מאחר והתובע מתגורר בשטח הרצועה, הסעיף הדרוש לעניינו הוא 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים התשי"ב - 1952 (להלן: **"סעיף 5ב(א)(1) לחוק"** או **"סעיף החוק"**) הקובע בהאי לישנא:

"כ.5 (א) על אף האמור בכל דין, אין המדינה אחראית בנזיקים לנזק שנגרם למי שמפורט בפסקאות (1), (2) או (3), למעט לנזק שנגרם בסוגי תביעות או לסוגי תובעים כאמור בתוספת הראשונה -
 (1) נתין של מדינה שהיא אויב או מי שאינו אזרח ישראלי, שהוא תושב שטח מחוץ לישראל שהממשלה הכריזה עליו, בצו, כשטח אויב, אלא אם כן הוא שוהה כדין בישראל;
 (2) פעיל או חבר בארגון מחבלים;
 (3) מי שניזוק בעת שפעל בשליחותו או מטעמו של נתין מדינת אויב, חבר או פעיל בארגון מחבלים.
 (ב) בסעיף זה - "אויב" ו"ארגון מחבלים" - כהגדרתם בסעיף 91 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; "המדינה" - לרבות רשות, גוף או אדם הפועלים מטעמה".

3. ובתמצית - המדינה אינה אחראית בנזיקין לנזק שנגרם לתושב של שטח מחוץ לישראל, שהממשלה הכריזה עליו בצו כ"שטח אויב". מתוקף סמכותה לפי סעיף 5ב(א)(1) לחוק, פרסמה הממשלה ביום 7.10.14 את צו הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (הכרזה על שטח אויב-רצועת עזה), התשע"ה - 2014 (להלן: **"צו הנזיקים האזרחיים"** או **"הצו"**) שבו הוכרז שטח רצועת עזה כשטח אויב לעניין החוק (להלן: **"ההכרזה"**) כדלקמן:

"בתוקף סמכותה לפי סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב - 1952 (להלן - החוק), מצווה בזה הממשלה לאמור:
 1. **שטח רצועת עזה הוא שטח אויב לעניין החוק.**
 2. תחילתו של צו זה ביום ט' בתמוז התשע"ד (7 ביולי 2014).

י"ג בתשרי התשע"ה (7 באוקטובר 2014)

בנימין נתניהו
 ראש הממשלה".

4. הצו נכנס לתוקפו ביום 7 ביולי 2014, כארבעה חודשים קודם לאירוע נושא התביעה. מאחר שהתובע מתגורר בעזה, דהיינו, "הוא תושב שטח מחוץ לישראל שהממשלה הכריזה עליו בצו כשטח אויב" הגישה המדינה בקשה לדחיית התביעה על הסף (להלן: **"הבקשה"**) בהתבסס על סעיף 5ב(א)(1) לחוק וצו הנזיקים האזרחיים.

5. בתגובתם העלו התובעים שורה של טענות המתקדות כולן במישור החוקתי של חוק הנזיקים האזרחיים בכלל - לרבות תיקון מס' 7 משנת 2005 ותיקון מס' 8 משנת 2012 (יקראו להלן: "התיקונים לחוק") בכלל, וסעיף 5ב(א)(1) לחוק בפרט. הלכה למעשה, התובעים מבקשים מבית המשפט הנכבד "להכריע בענין חוקיותו של סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים",² ובמילים אחרות לקבוע כי הסעיף אינו חוקתי באשר הוא אינו עולה בקנה אחד עם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.
6. יודגש כי טענה זו מועלית אך כעת לראשונה בשיהוי ניכר של (כמעט) 5 שנים ממועד פרסום תיקון מס' 8, ובחלוף שנתיים ממועד פרסום הצו, מבקשים התובעים - המיוצגים כעת גם ע"י ארגון עדאלה - לתקוף לראשונה את חוקתיות הסעיף במסגרת תקיפה עקיפה בבית המשפט דנא מקום שנכון היה להיעשות באמצעות תקיפה ישירה בבג"צ.³
7. לגופו של עניין טוענת המדינה, כי בקשתה מושרשת היטב בחוק ופסיקה לרבות של בית המשפט העליון, כמו גם בכלל לפיו "אין מבררים תביעתו של אויב" (להלן גם: "הכלל מהמשפט המקובל"), והיא יונקת חיותה מכל המקורות הללו. המדינה מוסיפה וטוענת, כי הסעיף בנוסחו כיום אינו עולה לכדי פגיעה בחוק היסוד. לחלופין, גם אם ייקבע כי נפגעה זכות חוקתית כלשהי, הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, זאת, מכיוון שתכליותיו של סעיף החוק הינן ראויות, ומכיוון שהפגיעה בתובעים, ככל שהיא קיימת, הינה מידתית בנסיבות העניין.

ב. קביעות בית המשפט העליון בדנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' מוסטפא דיב מרעי דיראני - כללי

8. בדנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' מוסטפא דיב מרעי דיראני (להלן: "דנ"א 5698/11 דיראני") כתב הנשיא גרוניס כדלקמן:

"... המסקנה היא ששני ההסדרים, זה הקבוע בחוק וזה הנוהג במשפט המקובל, מתקיימים זה בצד זה. ככל שמדובר בתביעה המוגשת נגד בעל דין שאינו המדינה, ממשיך לחול לגביה המשפט המקובל, שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה (או עימות מזוין, אם התובע הוא פעיל בארגון טרור הפועל ממדינה זרה). לכלל זה במשפט המקובל איזונים ובלמים משלו... ככל שמדובר בתביעה המוגשת נגד המדינה, הרי שאם זו עוסקת במעשים שנעשו לפני המועד הקובע על-פי תיקון מס' 7 ותיקון מס' 8 לחוק הנזיקים האזרחיים, יחול לגביה הכלל הנוהג במשפט המקובל. בירור התביעה עשוי להיות מושהה, אם מתקיימים התנאים לכך בהתאם למשפט המקובל. אם התביעה עוסקת במעשים שנעשו לאחר מכן, יחול לגביה ההסדר הקבוע בחוק הנזיקים האזרחיים, שלפיו המדינה אינה אחראית בנזיקים בהתקיימותם של תנאים מסוימים. אין צורך להביע עמדה בשאלה האם כאשר תנאי מן התנאים שבחוק אינו מתקיים ימשיך לחול הכלל שבמשפט המקובל" (להלן: "קביעות הנשיא גרוניס").⁴

9. לעומת זאת, בתגובתם כתבו התובעים בהאי לי שנא: "... בדעת רוב (מפי הנשיא) (כתוארו

² סעיף 62 לתגובת התובעים.

³ סעיף 5ב(א)(1) לחוק לא נתקף בבית המשפט העליון משנת 2006 - מועד פרסום פסק הדין בבג"צ 8276/05 עדאלה - ועד היום. ר' גם האמור בדנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' גארד סוילס אבו פריח ז"ל ואח'.

⁴ פסקה 91 לפסק דינו של הנשיא אשר גרוניס (להלן - "הנשיא גרוניס") בדנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' מוסטפא דיב מרעי דיראני (להלן: "דנ"א 5698/11 דיראני"), פורסם בנבו.

אז) א. גרוניס) נקבע שאין שלילה מוחלטת של זכות הגישה לערכאות... אלא רק השהיה... גם צמצום היקפו של הכלל במשפט המקובל כפי שהוא מוחל במהלך עימות מזוין עם ארגון טרור לתובעים שהם פעילים בארגון טרור... גם הם בחירה באמצעי שפגיעתו בזכויות הפרט היא פחותה... כלומר גם בפרשת דיראני זו עמדת הרוב לא אימצה את הכלל הגורף שמגביל את הזכות הגישה לערכאות..."⁵

10. הפוך והפוך בתגובת התובעים ולא תמצא, ולא בכדי, כל התייחסות לקביעת הנשיא גרוניס לפיה על תביעה המוגשת נגד המדינה בגין מעשים שנעשו לאחר המועד הקובע על פי תיקון מס' 7 ותיקון מס' 8 לחוק הנזיקים האזרחיים, יחול ההסדר הקבוע בחוק לפיו המדינה אינה אחראית בנזיקים. מילים אחרות, תגובת התובעים אינה משקפת את קביעת הנשיא גרוניס במלואה. אומנם, אין בה דברים שלא נאמרו על ידו אך מנגד, ביכרו התובעים לעצור מקום שהנשיא גרוניס המשיך. הלכה למעשה ביכרו התובעים להתעלם מפסקה 91 לפסק דינו והעלו עלי כתב את שתומך בעמדתם בלבד ויש להצר על כך.

11. לא זו בלבד שהתובעים התעלמו מקביעה זו, אלא שהם הגדילו וטענו כי עמדת הרוב "לא אימצה את הכלל הגורף שמגביל את זכות הגישה לערכאות". אך לא מיני ולא מקצתי. דעת הרוב קבעה באופן מפורש כי הכלל לפיו "אין מבררים תביעתו של אויב" **נקלט גם נקלט במשפט הישראלי בפסיקת בית המשפט העליון תוך התאמתו לנסיבות כאלה ואחרות - תוך התאמתו לנסיבות כאלה ואחרות - עובר לחקיקת חוק יסודות המשפט.**

12. ודוק, קביעת הנשיא גרוניס ברורה ואנו נשוב אליה בהמשך הדרך. אולם יאמר כבר עתה, הברור מאליו: יש להחיל על התביעה דנא את "ההסדר הקבוע בחוק" "לפיו המדינה אינה אחראית בנזיקין", ולכן אפוא, דין התביעה להידחות.

13. אכן, באותה פרשה חוקתיות סעיף 5(א) לחוק לא עמדה לבחינה של בית המשפט. ברם, בהתאם לקביעתו המפורשת של הנשיא גרוניס, יש להחיל על המקרה דנא את תיקון מס' 8 לחוק מאחר והתביעה נוגעת לאירוע שהתרחש לאחר המועד הקובע. אילו האירוע היה מתרחש קודם למועד זה היה מקום לבחון אותו בהתאם לכלל לפיו "אין מבררים תביעתו של אויב". **זו הקביעה. זו ההנחיה.** עם כל הכבוד לטענות התובעים, לא ניתן להתעלם ממנה כפי שהם מבקשים לעשות.

14. הנתבעת טוענת בחוזר כי דין התביעה להידחות על הסף- אם על בסיס הכלל לפיו "אין מבררים תביעתו של אויב" שנקלט במשפט הישראלי- ואם על בסיס סעיף החוק.

ג. רקע עובדתי הדרוש לענייננו

15. מאז שלהי שנת 2000 "הגיע הסכסוך הישראלי-פלסטיני לשיאים חדשים של אלימות. בספטמבר 2000 עבר הצד הפלסטיני למתקפת טרור קשה על ישראל ועל הישראלים"⁶. באותה עת חל שינוי מהותי במאפייני פעילותם של ארגוני הטרור הפלסטינים הפועלים נגד ישראל מתוך אזור יהודה ושומרון ורצועת עזה. שינוי זה התבטא בתדירות מתקפותיהם

⁵ שם, פסקה 58.

⁶ ר' פסי' 2 לפסק דינו של הנשיא (בדימו') ברק בבג"ץ 2056/04 **בית סוריק**, פורסם בנבו.

נגד כוחות צה"ל ואזרחי ישראל, בהיקפן ובעצימותן: מלבד חידוש פיגועי ההתאבדות הרצחניים בלב הערים, הצטיידו ארגוני הטרור בנשק חם, החל ברובי סער וכלה במטענים מאולתרים, באמצעותם ניהלו לחימה של ממש נגד כוחות צה"ל ואזרחי ישראל.

16. מדינת ישראל מצידה, באמצעות צה"ל, נאלצה להגיב למתקפות אלה תוך שימוש באמצעים שלא הופעלו על ידה בזירה הפלסטינית לפני כן - לרבות מבצעים צבאיים נרחבים יחד עם צעדי התגוננות נוספים במישור הביטחוני. מול מדינת ישראל עומדים במערכה זו שורה של ארגוני טרור, שחלקם נתמכים על ידי מדינות אויב, ובראשם החמאס השולט ברצועת עזה.

17. מאז היווסדו, הוציא חמאס לפועל אלפי פיגועים והתקפות שמטרתם להרוג ולהטיל אימה על אוכלוסיית ישראל. תושבי ישראל ספגו מידי החמאס פיגועי התאבדות בלב הערים הישראליות, אש רקטות ופצצות מרגמה ומתקפות של חוליות מחבלים בשטח ישראל דרך מנהרות תת-קרקעיות חוצות גדר. מאז שנת 2000 נרצחו מהתקפות החמאס וארגוני טרור פלסטינים אחרים למעלה מ-1,260 ישראלים ואלפים נפצעו. מאז שנת 2001 ועד שנת 2014, טרם מבצע "צוק איתן", חמאס וארגוני טרור אחרים שיגרו מהרצועה מעל 15,200 רקטות ופצצות מרגמה, בעיקר לעבר אתרים אזרחיים ישראלים.

18. במהלך מבצע "צוק איתן" לבדו שיגר חמאס ואחרים מעל 4,500 רקטות ופצצות משטח הרצועה נגד יישובים אזרחיים בישראל וכוחות צה"ל.⁷

19. בקיץ 2005 יישמה מדינת ישראל את תכנית ההתנתקות, במסגרתה פינתה את כל היישובים הישראלים האזרחיים ואת כוחותיה הצבאיים מרצועת עזה. ביום 12.9.05 הכריז מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה על סיום הממשל הצבאי שם.

20. לאחר מכן ביום 20.9.05 הכריז שר הפנים על המעברים הקרקעיים בין ישראל לרצועת עזה כ"תחנות גבול" בהתאם לסמכות המסורה לו מכוח חוק הכניסה לישראל (ראו צו הכניסה לישראל (תחנות גבול) (תיקון) התשס"ה-2005). מן הבחינה העובדתית, תמה השליטה האפקטיבית של ישראל ברצועה, וכפי שקבע בית המשפט העליון בפסק דינו בבג"צ 9132/07 **גבר אלבסיוני נ' ראש הממשלה**⁸ (להלן: "ענין אלבסיוני"):

"...מאז חודש ספטמבר 2005, אין עוד לישראל שליטה אפקטיבית בנעשה בשטח רצועת עזה. הממשל הצבאי שהוחל בשטח זה בעבר בוטל בהחלטת הממשלה, וחיילים ישראלים אינם שוהים באזור זה באופן קבוע ואף אינם מנהלים את המתרחש בו. בנסיבות אלה, אין מוטלת על ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי רצועת עזה, לפי מכלול דיני הכיבוש של המשפט הבין לאומי. לישראל אין גם יכולת אפקטיבית במעמדה הנוכחי להשליט סדר ולנהל את החיים האזרחיים ברצועת עזה."

21. גם לאחר ביצוע תכנית ההתנתקות, המשיכה המציאות הביטחונית ברצועה להתדרדר. מתקפות חמאס כנגד ישראל הלכו והתגברו בעוצמתן ובמספרן. כמות הרקטות שנורו על

⁷ ר' הדו"ח הממשלתי הרשמי של מדינת ישראל אודות מבצע "צוק איתן":

<http://mfa.gov.il/ProtectiveEdge/Documents/2014GazaConflictFullReport.pdf>

⁸ ר' פסקה 22 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) דורית בייניש (להלן: "הנשיאה בייניש"), פורסם בנבו.

ידי חמאס וארגוני טרור אחרים בשנת 2006 הוכפלה ביחס לשנה שקדמה לה. כן נעשו ניסיונות רבים להוציא לפועל מתקפות טרור כנגד מעברי הגבול בין ישראל והרצועה וכנגד כוחות צה"ל שנפרשו לאורך הגדר.

22. במקביל התעצמה הפעילות בתווך התת-קרקעי, וביוני 2006 חדרה לישראל חוליית חמאס באמצעות מנהרה, תקפה עמדה צה"לית בסמוך למעבר "כרם שלום" הרגה שני חיילי צה"ל וחטפה את החייל גלעד שליט. בעקבות הפיגוע האמור, נדרשה מדינת ישראל לנקוט בפעולות לחימה אינטנסיביות כנגד ארגוני הטרור ברצועה, לרבות פעילות של חיל האוויר.⁹ הירי תלול המסלול והמתקפות האחרות חייבו את צה"ל לעשות שימוש בארטילריה ובתקיפות מן האוויר כנגד חוליות השיגור. כמו כן, מעת לעת נדרש צה"ל לשלוח כוחות חי"ר ושריון לתוך שטח הרצועה, לפעולות נרחבות כנגד תשתיות הטרור.

23. **השתלטותו האלימה של ארגון החמאס על רצועת עזה בכוח הזרוע במהלך חודש יוני 2007 (מספר חודשים לאחר מתן פסק הדין בבג"צ 8276/05 עדאלה) היא נקודת ציון ומפנה חשובה להבנת המצב הביטחוני השורר בשטח הרצועה.**

24. החמאס, בשורת מעשי אלימות רחבי היקף שיזם ברצועה השתלט בכוח הזרוע על רצועת עזה והקים ישות שלטונית עצמאית דה-פקטו המסרבת להכיר בזכות קיומה של ישראל. מאז השתלטותו חותר הארגון לבסס את שליטתו ברצועה באופן אבסולוטי. התמקדות הארגון הינה בפעילות להתעצמות צבאית, בניין הכוח ושדרוגו וזאת בדרך של הקמת מסגרות צבאיות, רכש של אמצעי לחימה והברחתם באמצעות מנהרות.¹⁰

25. **ניתן לומר, כי פעולות הטרור כנגד מדינת ישראל התעצמו והוחמרו מאז התבסס שלטון חמאס ברצועת עזה, בד בבד עם חיזוק "המשילות" הפנימית שלו ברצועה.**

26. בין אלה ניתן למנות עלייה בתדירות ובעוצמת הירי המתמשך של טילים ופצצות מרגמה לעבר יישובים אזרחיים, פיגועים וניסיונות פיגוע המכוונים נגד אזרחים וחיילי צה"ל במעברי הגבול שבין רצועת עזה לשטחה של מדינת ישראל, פיתוח היכולות הצבאית והתשתית הצבאית ועוד. בשנת 2008 לבדה חמאס וארגוני טרור אחרים ירו מעל 3,000 רקטות ופצצות לעבר ישראל. בסוף אותה שנה, טווח הטילים של החמאס כבר כיסה את אשקלון ואשדוד. היטיב לתאר זאת בית המשפט העליון **בענין אלבסיוני** כך:

"לסיום, נשוב ונציין כי רצועת עזה נשלטת על-ידי ארגון טרור רצחני, הפועל ללא לאות לפגיעה במדינת ישראל ובתושביה, ומפר כל כלל אפשרי של המשפט הבינלאומי בפעולותיו האלימות, המופנות ללא אבחנה כלפי אזרחים - גברים, נשים וילדים".

27. בתוך כך, בשל המשך ההתדרדרות הביטחונית ועליית שלטון החמאס, ובמסגרת הפעולות שעושה מדינת ישראל נגד הטרור המתמשך, החליט הקבינט המדיני-ביטחוני ביום 19.07.07

⁹ ראו בג"ץ 5841/06 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 13.3.07).

¹⁰ ר' גם בג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון ואח' נגד מדינת ישראל, פורסם בנבו.

בהחלטה ב/34 ["מדיניות ישראל מול עזה (צבאי ואזרחי)"] בין השאר, **כי נוכח השתלטותו של ארגון החמאס על רצועת עזה הפכה הרצועה ל"שטח עוין" הזהה כמעט מכל בחינה רלוונטית למדינת אויב עמה מתקיים מצב לחימה**. החלטה זו הובילה להטלת מגבלות בתחום האזרחי, לרבות בתחומי העברת טובין, צמצום אספקת דלק ועוד, כדלקמן:¹¹

"ארגון החמאס הוא ארגון טרור שהשתלט על רצועת עזה והפך אותה לשטח עוין. ארגון זה נוקט בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל ואזרחיה ומהווה את הכתובת האחראית לפעילות זו. לאור זאת הוחלט לאמץ את ההמלצות שהציגה מערכת הביטחון ובכלל זה המשך הפעילות הצבאית והסיכולית כנגד ארגוני הטרור. בנוסף, יוטלו הגבלות נוספות על שלטון החמאס באופן שתוגבל העברת טובין לרצועת עזה, צמצום אספקת הדלק והחשמל, ותוטל מגבלה על תנועת אנשים מהרצועה ואליה. ההגבלות יישומו לאחר בחינה משפטית תוך התחשבות בהיבטים ההומניטריים השוררים ברצועת עזה ומתוך כוונה להימנע ממשבר הומניטרי".

28. **בית המשפט העליון בחן את החלטת הקבינט ואת אופן יישומה בפועל ובתכנון כפי שהוצג לו על ידי המדינה, לרבות המחויבות להימנע מיצירת משבר הומניטארי ברצועה, והחליט שאין להתערב בה.**

29. **כיום, רצועת עזה הפכה לשטח בשליטה ישירה ומלאה של ארגון טרור המצוי בעימות מזוין מתמשך עם מדינת ישראל**. החמאס השתלט על מרבית השירותים הציבוריים ברצועה, ועל מרבית תחומי החיים של תושביה, לרבות הכלכלה המקומית, השיטור וביטחון הפנים, שירותי רווחה, גביית מיסים, חינוך, שליטה בצידם העזתי של מעברי הגבול היבשתיים עם ישראל ומצרים, פיקוח על המדיה ברצועה ועל הרשתות החברתיות באינטרנט, ועוד.

30. ביני לביני, מאז עליית שלטון החמאס נאלצה מדינת ישראל לצאת למספר מבצעים צבאיים קשים מולו ומול ארגוני הטרור האחרים ברצועה. בחודש דצמבר 2008 יצא צה"ל למבצע "עופרת יצוקה" (18.1.09-27.12.08) לאחר ששלטון החמאס ברצועה פתח במתקפת רקטות רחבת היקף נגד ישובי הדרום.

31. המבצע, בו השתתפו כוחות אוויר וקרקע רבים ושארך מעל 20 ימים, נועד לשפר את המציאות הביטחונית בדרום, לפגוע ביכולתם של ארגוני הטרור בכלל ושלטון החמאס בראשם לבצע ירי תלול-מסלול לעבר מדינת ישראל, כמו גם ביכולת ההתעצמות הצבאית שלו, תוך צמצום הפגיעה בעורף הישראלי.¹² במהלך מבצע זה ועל מנת לסכל הברחת כלי נשק לרצועת עזה דרך הים הטילה ישראל את הסגר הימי מול חופי הרצועה.¹³

32. אמנם, במשך כשלוש השנים שלאחר מבצע "עופרת יצוקה" חלה ירידה בירי הרקטות מצד הרצועה, אך העימות המזוין בין מדינת ישראל לארגון החמאס ברצועה נמשך בדמות ירי

¹¹ ר' פסקה 2 לפסק דינה של הנשיאה בייניש.

¹² ראה בעניין זה בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה (פורסם באר"ש, 19.1.09).

¹³ ר' נייר עמדה של הפרקליט הצבאי הראשי של צה"ל לווידת טירקל אודות הסגר הימי:

http://www.law.idf.il/sip_storage/FILES/5/915.pdf

תלול מסלול וטילים אחרים לרבות פצצות מרגמה (בשנת 2011 ירו פעילי חמאס מרצועת עזה טיל מונחה לייזר מסוג "קורנט" על אוטובוס תלמידים ליד קיבוץ סעד, ורצחו נער בן 16); התקפות על כוחות צה"ל הפועלים לאורך הגדר (באוקטובר 2012 נפצע קשות ואיבד את ידו מפקד פלוגה סרן זיו שילון כתוצאה מפיצוץ מטען שהניחו פעילי חמאס בגדר המערכת); וניסיונות חדירה לישראל לביצוע פיגועים. כמו כן אף נמשכו ביתר שאת הברחות אמצעי הלחימה לתוך רצועת עזה למען שיקום יכולותיו הצבאיות של החמאס.

33. בשנת 2012 צבר חמאס מעל ל-7000 רקטות ופגזים (לעומת כאלף שהיו בידיהם בשנת 2008) מתוכם כ-2000 רקטות בעלות טווח של 25-75 ק"מ. הירי נגד אזרחי ישראל נמשך והתעצם (בשנים-עשר החודשים שקדמו לחודש נובמבר 2012 נורו כ-900 רקטות לעבר ישראל) ובארבעה ימים מרוכזים ואלמיים בחודש נובמבר 2012 נורו כ-120. על מנת להגן על אזרחיה מההפגזה פתחה ישראל במבצע שכונה "עמוד ענן" (21.11.12-14.11.12) שמטרתו פגיעה בארגון החמאס תוך שיבוש יכולותיו הצבאיות.

34. ההפוגה המסוימת לאחר מבצע זה לא האריכה ימים. חמאס חתר ללא לאות לרכש ולייצור מקומי של אמצעי לחימה קטלניים ומתקדמים יותר ויותר (בקיץ 2014 כבר נאגרו אצלו מעל 10,000 רקטות, ביניהן טילים לטווחים של 80, 160, 75 ו-60 ק"מ, בעלי יכולת להגיע לתל אביב, ירושלים וחיפה, כמו גם אלפי טילים ומרגמות מייצור עצמי, מטעני חבלה ומלכודים).

35. החמאס הרחיב את איום החדירה לישראל באמצעות רשת המנהרות ההתקפיות חוצות הגדר. כוח האדם בזרוע הצבאית של החמאס כבר מנה כ-16,000 פעילים, הוקמו ואומנו יחידות מיוחדות כגון צוללנים וקומנדו ימי ויחידות עילית לפעולה באמצעות המנהרות.

36. האיום על מדינת ישראל הגיע לנקודה קריטית בקיץ 2014, כאשר חמאס וארגוני טרור אחרים החריפו את ירי הרקטות והמרגמות לעבר ישראל על בסיס כמעט יומיומי. בחודשים יוני ויולי 2014 חשף צה"ל מנהרות התקפיות נוספות שהוקמו על ידי חמאס במטרה לבצע פיגועי ראויה וחיפוי בתוך שטח ישראל. נוכח האמור, פתחה ישראל במבצע "צוק איתן" (26.8.14-8.7.14), שתחילתו בהתקפות אוויריות והמשכו בפעילות קרקעית אינטנסיבית של כוחות צה"ל בתוך הרצועה. עצימותם ותוצאותיהם של 50 ימי הלחימה מוכרות לכולם.

37. החמאס, בשלטונו על מלוא שטח הרצועה והשפעתו על כלל תושביה, אינו בוחל בניצול ורתימה של היבטים רבים של החיים ברצועה בהתאם לצרכיו, ועל חשבון אוכלוסיית הרצועה. החמאס מאחסן את אמצעי הלחימה הקטלניים שלו בתוך מתקנים רפואיים, בתי ספר, מסגדים ומשרדים ציבוריים, כמו גם במבני מגורים אזרחיים של ממש באזורים רווי אוכלוסין ברצועה. בנוסף, משתמש חמאס במבנים אלה לפעילותו הצבאית והלחימתית כגון מפקדות שליטה ובקרה, תקשורת צבאית ואמצעי מעקב ומודיעין.

38. כך התבטא לפני שנה (29.1.16) איסמעיל הניה, סגן ראש הלשכה המדינית של חמאס, עת התייחס לנסיבות מותם של שבעת אנשי הארגון בקריסת מנהרה חוצת גבול: "במזרח

רצועת עזה אנשינו ממשיכים בחפירת המנהרות מתחת לאדמה, ובמערכה אנחנו מבצעים מדי יום ניסויים בירי רקטות".¹⁴

39. אין צורך להוסיף על דברים אלה, זולת העובדה כי ממועד סיום מבצע צוק איתן ועד היום, נערך חמאס לעימות הבא מול ישראל. עובדה זו חשובה מאין כמותה לצורך הדיון בענייננו באשר היא באה ללמדנו אודות העימות - ש"יש בו תקופות של בעירה ויש בו תקופות של רגיעה, ויש בו תקופות ביניים מתמשכות של 'מעין מלחמה'"¹⁵ - עם ארגון טרור רצחני השואף להשמיד את מדינת ישראל.

ד. המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית

40. בעניין אלבסיוני בחן בית המשפט את סוגיית תוצאותיה המשפטיות של ביצוע תכנית ההתנתקות במישור החובות בהן חבה מדינת ישראל כלפי רצועת עזה ותושביה כדלקמן:

"...בנסיבות אלה, אין מוטלת על ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי רצועת עזה, לפי מכלול דיני הכיבוש של המשפט הבין לאומי. לישראל אין גם יכולת אפקטיבית במעמדה הנוכחי להשליט סדר ולנהל את החיים האזרחיים ברצועת עזה... בנסיבות שנוצרו, החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה; חובות אלה נובעות גם ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל".

41. הנה כי כן, שטח רצועת עזה מצוי מחוץ לשטחה של מדינת ישראל, מדינת ישראל איננה שולטת בו באופן אפקטיבי ואינה מחזיקה בו בתפיסה לוחמתית כך שהיא אינה חבה כלפי תושביו בחובות מתחום דיני התפיסה הלוחמתית של המשפט הבין לאומי. השליטה האפקטיבית מצויה בידיו של ארגון טרור רצחני, ומשתרעת על כלל השטח.

42. בין ישראל לחמאס שורר מצב של לחימה, עימות מזוין מתמשך, ואין חולק כי מערכת הדינים החלה, בראש ובראשונה, על יחסים אלה, היא הכללים והעקרונות הרלוונטיים המונחים בבסיס דיני הלחימה של המשפט הבין לאומי (ר' עניין אלבסיוני).

43. דיני הנזיקין מתאימים לעת שלום ולפעילות בעלת אופי שיטורי. יישומם על נסיבות של עימות מזוין מתמשך, קל וחומר במציאות השוררת בשנים האחרונות ברצועת עזה עלול להביא לתוצאה אבסורדית, שבה ישראל, הצד המותקף, תשא בהיבטים הנזיקיים של

¹⁴ אך לאחרונה התפרסמו באמצעי התקשורת ידיעות בגין היערכות חמאס לעימות הבא מול מדינת ישראל, ובכלל זה, באמצעות הגדלת כמות האמל"ח, פיתוח אמצע לחימה, הקמת יחידות קומנדו וחפירת מנהרות התקפיות כדלקמן: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-,http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4825408,00.html>, 4791165,00.html <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4769342,00.html>, 2930146 <http://news.walla.co.il/item/2930146>. כן ר' דיווחים נוספים אודות ההסלמה ברצועה מהחודשים האחרונים: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4910342,00.html> (מוות של פעיל חמאס בעקבות קריסת מנהרה - 20.1.17), <http://news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=122926> (השמדה של עמדת חמאס ע"י טנק של צה"ל - 24.1.17), <http://news.walla.co.il/item/3037894> (מוות של בכיר בחמאס בפיצוץ - 5.2.17), www.haaretz.co.il (תקיפת עמדות חמאס ע"י צה"ל - 6.2.17) ועוד.

¹⁵ בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, [פורסם בנבו, 11.1.12] פסקה 31 לחוות-דעתה של השי"ע ארבל.

העימות הן של אזרחיה והן של תושבי הרצועה. ודוק, מצב שבו המדינה (אשר נושאת בנזקי אזרחיה, כאשר היא פועלת במסגרת חובתה לביטחונם, למניעת נזקים מצד גורמים עוינים ופגיעה בהם) - גם בנזקים הנוצרים עקב כך - אינו ראוי, ויש מן המתקנות שבמדינות, שמנעו היווצרות מצב זה. מושכלות יסוד הן בדיני הלחימה כי כל צד נושא בנזקיו.

44. **חוק הנזיקים האזרחיים נועד לתת מענה לתוצאה זו ולהשלכותיה. התיקונים שנעשו לחוק לאורך השנים בכלל, ותיקון מס' 8 (לרבות הצו שהוצא מכוחו) בפרט, נועדו לתת ביטוי משפטי נוסף למעמדה האמור של רצועת עזה בשים לב לאחיזתו המוחלטת של חמאס במקום ולמציאות העובדתית והמשפטית שהיא פועל יוצא של עימות מזוין ומתמשך בינה לבין מדינת ישראל.**

45. להלן תמשיך ותפרט המדינה את המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לענייננו ואת התמורות שחלו בה לאורך השנים.

▪ **חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה - 2005**

46. בעבר, עמדת המשפט המקובל, שעוגנה בפקודת הנזיקין בנוסחה המקורי, העניקה חסינות מלאה למדינה על בסיס העיקרון לפיו - The King can do no wrong. עם קום המדינה, התעורר הצורך לתקן מצב דברים זה, כפי שנהגו מדינות אחרות, שמורשתן היא מורשת המשפט המקובל. לצורך כך חוקק חוק הנזיקים האזרחיים. העיקרון הכללי של החוק הוא כי "דין המדינה, לעניין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מואגד, פרט לאמור להלן בחוק זה".

47. כלומר, החוק קבע כי לעניין הטלת אחריות נזיקית דינה של המדינה כדין כל אדם או גוף אחר, למעט מספר סייגים. המרכזי שבהם הוא זה המעוגן בסעיף 5 לחוק, הקובע כך:

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

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

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

49. לצד הסייג לאחריות בנזיקין בשל מעשי לחימה הקימה המדינה מערכת ענפה של חוקי תגמולים, היוצרים מערך של סיוע סוציאלי, לאזרחי המדינה, תושביה, והמבקרים בה כדין, המיטיבים את פגעי המלחמה. מערכת זו התפתחה בהדרגה עד למערך השלם והמקיף, הקיים כיום.

50. במרוצת השנים עבר החוק מספר תיקונים, אחד מהם, הוא תיקון מס' 7 משנת 2005 (להלן: "תיקון מס' 7"). עיקרו של התיקון היה בהוספת סעיפים 5ב ו-5ג לחוק הנזיקים האזרחיים. זו לשונם:

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

- (1) נתין של מדינה שהיא אויב, אלא אם כן הוא שוהה כדין בישראל;
 (2) פעיל או חבר בארגון מחבלים;
 (3) מי שניזוק בעת שפעל בשליחותו או מטעמו של נתין מדינת אויב, חבר או פעיל בארגון מחבלים.
 (ב) בסעיף זה -

'אויב' ו'ארגון מחבלים' - כהגדרתם בסעיף 91 לחוק העונשין...
 'המדינה' - לרבות רשות, גוף או אדם הפועלים מטעמה.

ג.5. (א) על אף האמור בכל דין, אין המדינה אחראית בניזקים לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון, למעט נזק שנגרם בסוגי תביעות או לסוגי תובעים כאמור בתוספת השניה.

- (ב) (1) שר הביטחון ימנה ועדה, אשר תוסמך לאשר, לפנים משורת הדין, בנסיבות מיוחדות, תשלום לפונה אשר סעיף קטן (א) חל עליו...
 (ג) שר הביטחון רשאי להכריז על שטח כעל אזור עימות; הכריז השר כאמור, יקבע בהכרזה את גבולות אזור העימות ואת התקופה שלגביה חלה ההכרזה; הודעה על ההכרזה תפורסם ברשומות".

51. התוספת הראשונה קבעה כי חסינות המדינה לפי סעיף 55 לא תחול לגבי נזק שאירע למי שהיה נתון למשמורת של מדינת ישראל.

52. התוספת השנייה קבעה כי חסינות המדינה לפי סעיף 55 לא תחול לגבי נזק שנגרם עקב מעשה עבירה; נזק שנגרם למי שהיה נתון במשמורת של מדינת ישראל; נזק שנגרם עקב מעשה של המינהל האזרחי שנעשה שלא במסגרת העימות; ונזק שנגרם עקב תאונת דרכים בה היה מעורב רכב של כוחות הביטחון שלא במסגרת פעילות מבצעית.

53. תחילתו של התיקון בהצעת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 5) (הגשת תביעות נגד המדינה על ידי נתין מדינות אויב או תושב אזור עימות), התשס"ב-2002.

54. הצעת החוק פורסמה ביום 15.7.02, מספר חדשים לאחר מתן פסק הדין בע"א בני עודה נ' מדינת ישראל¹⁶ (להלן: "עניין בני עודה") ובעיצומה של מלחמת טרור.

בדברי ההסבר להצעה נכתב בהאי לי שנא:

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

55. הרקע להצעת חוק זו שונה היה מהרקע, למשל, של תיקון מס' 4 לחוק כפי שניתן להיווכח מדברי ההסבר כדלקמן:

"מאז יום כ"ט באלול התש"ס (29 בספטמבר 2000) נמצאת מדינת ישראל

בעימות מתמשך בעל אופי צבאי בין כוחות הביטחון לבין גורמים סדירים או בלתי סדירים העוינים לישראל, הן בשטח המדינה והן באזורי עימות, המצויים מחוץ לשטחה. העימות מתאפיינת בשימוש בנשק חם, בביצוע פיגועי התאבדות ומעשי טרור אחרים נגד אנשי כוחות הביטחון ואזרחים ישראלים. בשנתיים האחרונות נרצחו מאות רבות של אזרחים וחיילים ישראלים, ואלפים נפצעו; מדינת ישראל מבצעת מצדה פעולות רבות שתכליתן מניעת מעשי הטרור והאיבה, ופגיעה בגורמים הלוחמים נגדה ומאיימים על שלום תושביה, ואשר במסגרתן נגרמו גם פגיעות בנפש וברכוש לתושבי אזור העימות העלולות לגרום תביעות נזיקין נגד המדינה. מקובל ככלל כי בעת מאבק מזוין בין עמים, על כל צד לשאת בנזקיו ולטפל בנפגעיו; לאזרחי ישראל שנפגעו מאז פרוץ העימות, אין כידוע אפשרות מעשית לתבוע פיצוי לנזקם, מאלה האחראים לפגיעתם, והם זוכים לתגמולים מהמדינה כנפגעי פעולות איבה, בעוד שתושבי אזור העימות רשאים כיום להגיש תביעות נזיקין נגד המדינה, כך שהמדינה נושאת באחריות הן לנזקים שנגרמו לאזרחיה והן לנזקים שנגרמו לתושבי אזור העימות; מצב שבו המדינה נושאת בנזקי אזרחיה, וכאשר היא פועלת במסגרת חובתה לביטחונם, למניעת נזקים מצד גורמים עוינים ופגיעה בהם - גם בנזקים הנוצרים עקב כך - אינו ראוי, ויש מן המתקנות שמדינות, שמנעו היווצרות מצב זה. נראה כי פעולות לחימה הגורמות נזק לפרט, אינן צריכות להיות מוכרעות על ידי דיני הנזיקין הרגילים, והדרך הראויה לפתור את בעיית הפיצוי בשל הנזק שפעולות הלחימה גורמות, היא הסדר מיוחד, מחוץ לגדרם של דיני הנזיקין הרגילים...".

56. התיקון התקבל בכנסת ביום 27.7.05, לאחר הליך חקיקה ממושך ויסודי ופורסם ברשומות ביום 10.8.05. התיקון נכנס לתוקף ביום פרסומו. הוראות תיקון מס' 7 באו לשקף בעיקר את העיקרון על פיו דיני הנזיקין אינם מתאימים להכרעה בתביעות שעילתן בעימות מזוין מתמשך ומצבי לחימה. בעימות מזוין רחב, כל צד לעימות נושא בנזקיו ומטפל בנפגעיו. על פי הוראת סעיף 5ב' לחוק (בנוסחו דאז), מדינת ישראל לא תחוב בנזקיו של נתין מדינה שהיא אויב אלא אם הוא שוהה בישראל כחוק. כן לא תחוב המדינה בנזקיו של פעיל או חבר בארגון מחבלים, וכן בנזקיו של מי שפעל בשליחותו של נתין אויב או חבר בארגון מחבלים. זאת, בכפוף לחריגים, הקבועים בתוספת הראשונה לחוק. התיקון מנה חריג אחד העוסק בנזק שנגרם במשמורת.
57. זהו כלל הקיים, בבסיסו, במשפט המקובל באנגליה מקדמא דנא אשר עוגן כעת בחקיקה ראשית, ואושרר על-ידי **בית המשפט העליון כפי שיפורט בהמשך**. להשלמת התמונה נציין, כי סעיף 5ג' לחוק קבע כי המדינה אינה אחראית לנזק שנגרם ב"אזור עימות", אותו הגדיר שר הביטחון, בשל מעשה, שביצעו כוחות הביטחון. הסעיף לא התייחס לזהות הניזוק אלא למקום בו נגרם הנזק.
58. בסמוך לאחר פרסום תיקון מס' 7 ברשומות הגיש ארגון עדאלה עתירה נגד התיקון לבית המשפט העליון בשבתו כבג"צ (בג"צ 8276/05 **עדאלה**) אשר אוחדה עם שתי עתירות נוספות ונדונה בפני הרכב מורחב של 9 שופטים בראשות כבוד הנשיא (בדימוס) אהרון ברק (להלן: **"הנשיא ברק"**).
59. עמדת העותרים שם הייתה שתיקון מס' 7, ובפרט סעיפים 5ב ו-5ג, אינם חוקתיים ודינם להתבטל. מנגד טענה המדינה כי פגיעותיו של התיקון עומדות בתנאי המידתיות. כן הוסיפה וטענה, כי התיקון אינו מפר את הוראות המשפט הבין-לאומי, הן דיני הלחימה והן דיני

זכויות האדם, שכן שתי מערכות דינים אלה מגבילות את זכות התביעה של נתיני אויב, ומכירות בחסינות המדינה מפני תביעות הנובעות מפעולות מלחמתיות בעת סכסוך מזוין.

60. המדינה הצביעה על כך שחריגים לאחרייתה מפני תביעות נזיקין הנובעות מפעולות מלחמתיות מוכרים במשפטן של מדינות רבות כגון ארצות הברית, אנגליה, קנדה, איטליה, יפן וגרמניה.

61. כאמור לעיל, בית המשפט נמנע מלהכריע בדבר חוקתיותו של סעיף 5 ב'. באשר לסעיף 5א קיבל בית המשפט את העתירות והורה על ביטולו. אליבא הנשיא ברק, סעיף זה, אגב הדיון בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינו עומד בשניים מתוך שלושה מבחני המשנה של המידתיות ועל כן הוא אינו חוקתי. יתר על כן, לדעת הנשיא, סעיף 5ב לחוק חל "על פי לשונו, על מעשי נזיקין המבוצעים בישראל", ומכאן מסקנתו כי שאלת תחולתו של חוק היסוד אינה מתעוררת.

כב' השופט גרוניס (כתוארו אז) כתב בענין זה כך: ¹⁷

"אעיר, כי עיון בסעיף 5ב מלמד כי בהחלט ייתכן שיחול הוא אף לגבי מעשי נזיקין שנעשו על ידי המדינה והפועלים מטעמה מחוץ לישראל. על כן, אפשר שבעתיד יהיה צורך להידרש לשאלת התחולה של חוקי היסוד אף לעניין הסעיף האמור... בעקבות הקביעה כי חוק היסוד חל במקרה זה, עובר חברי לדון בשאלה האם תיקון מס' 7 לחוק הנזיקים פוגע בזכות הכלולה בחוק היסוד. מסקנתו היא כי אכן קיימת פגיעה כזו, בהקשר לזכות לחיים, לחירות, לכבוד, לפרטיות ולקניין... חברי אף מוסיף, כי "שלילתה של האחריות בנזיקין או צמצומה פוגעות בהגנה על זכויות אלה" (פיסקה 25). נכון אני להסכים, כי במקרה הנוכחי נפגעת זכות יסוד. זאת, בשל הפריסה הרחבה של סעיף 5ג לחוק הנזיקים. יחד עם זאת, אין בידי להסכים, כי כל צמצום או שלילה של אחריות בנזיקין תהווה פגיעה בזכות חוקתית, כפי שאין לטעמי לקבל כי כל נורמה פלילית חדשה או החמרה בענישה יהוו פגיעה בזכות חוקתית...".

62. אל עמדה זו נשוב בהמשך, אולם נבקש להטעים כבר עתה, כי שלילת אחריות בנזיקין, אין משמעותה בהכרח פגיעה בזכות חוקתית גם של נתיני אויב "העשויים להיות אנשים תמימים שאתרע מזלם להימנות עם נתיניה של מדינת אויב או של ישות עוינת".¹⁸

▪ **ת"א (מחוזי-ב"ש) 25511-01-11 מדינת ישראל נ' עיזבון אלדין מוסא (מיום 5.3.12)**¹⁹

63. בת"א (מחוזי-ב"ש) 25511-01-11 מדינת ישראל נ' עיזבון אלדין וחייד מוסא מיום 5.3.12 (להלן: "ענין אלדין") הגישה המדינה בקשה לחייב את התובעים, תושבי רצועת עזה, בהפקדת ערובה לתשלום הוצאותיה למקרה שתידחה תביעתם והם יחויבו בהוצאות לזכותה של המדינה.

64. התובעים בתגובתם הסתמכו על זכות הגישה לערכאות, שהוכרה כזכות-על חוקתית, ועל פסיקה אחרת אשר דחתה, מטעם זה, בקשות למתן ערובה להוצאות בנסיבות דומות.

¹⁷ שם, פסקאות 4-5 לחוות דעתו.

¹⁸ יורם דינשטיין, דיני מלחמה, 1983, עמ' 208-209.

¹⁹ פורסם בנבו.

65. בהחלטתו דן בית המשפט בזכות הגישה לערכאות של נתיני אויב בשים לב לאמור בחוק הנזיקים האזרחיים, קיבל את בקשת המדינה וחייב את התובעים בהפקדת ערובה בסך של 80,000 ₪, כדלקמן:

"חוק הנזיקים האזרחיים מסייג את זכות הגישה-לערכאות של נתיני-אויב במספר היבטים. הוא מעמיד דרישות-סף דיוניות מיוחדות, שאינן מקובלות בתובענות אחרות, אשר בהיעדרן "לא ידון בית המשפט בתובענה"... בסעיף 5(ב1) בחוק הנזיקים נאמר כי "על אף האמור בכל דין, אין המדינה אחראית בנזיקים לנזק שנגרם לנתין של מדינה שהיא אויב...". הוראה זו אינה מסייגת אך את אחריות המדינה בנזיקין. היא מסייגת, בפועל, גם את היקף הזכות לגישה-לערכאות. משמעותה היא כי, למעט במקרים המנויים בתוספות לחוק הנזיקים, כגון פגיעה בזכויות-אדם של נתין-אויב המצוי במשמורתה של המדינה... או גרימת נזק לנתין-אויב בנסיבות פרוזאיות של תאונת דרכים... מדינת ישראל אינה רואה עצמה מחויבת לברר תביעות נזיקין של נתיני-אויב בעניינים הקשורים לעצם העימות עם אותו אויב... החריגים לכלל, והסייגים-לחריגים, המנויים בתוספות לחוק הנזיקים, מצביעים על תכליתו של הכלל. אין מדובר דווקא על הימנעות ממתן סיוע כלכלי לאויב; שהרי מבררים תביעות כספיות בגין תאונות דרכים. גם אין מדובר, חלילה, בהתנכרות לזכויות-אדם בסיסיות של נתיני-אויב; שהרי מבררים תביעות ועתירות של נתיני-אויב המצויים במשמורת המדינה... מדובר, אפוא, בהיעדר תחושת מחויבות לפתוח לרווחה את דלתות בתי המשפט של המדינה לתביעותיהם של נתיני-אויב, שהיו ועודם חיים בשטח הנתון לשליטתו, ולהתדיין עמם אודות אופן ניהול המלחמה נגד אותו אויב; כגון בשאלה אם ראוי היה לתקוף כאן או מכאן ולירות ולהפציץ כך או אחרת... יוטעם כי במדינת-חוק, גם כשהתותחים רועמים-מוזות-המשפט אינן שותקות. אולם אין בכך כדי לומר שמוזות-המשפט מדברות עם האויב, או עם נתיניו, אודות ירי-התותחים... מחוק הנזיקים עולה, אפוא, הד לכלל המקובל במשפט האנגלו-אמריקאי שלפיו "אין מבררים תביעת אויב"... יודגש כי הד זה מוגבל ומסויג מאוד; בהשוואה לקול האנגלו-אמריקאי המקורי. אמנם נקבע בעניין דיראני, ברוב דעות, כי הכלל האנגלו-אמריקאי, ככזה, לא נקלט במשפטנו... יצוין כי על פסק הדין הוגשה בקשה לדיון נוסף, דנ"א 5698/11... אולם, הלכת-הפסק היא כי אין מקום לשלול את זכות הגישה-לערכאות מאדם שלפי הנתעון חוללו זכויות-האדם שלו באופן קשה וחמור, בהיותו במשמורת המדינה, על ידי נציגי המדינה, וזאת בתקופה שקדמה לחקיקת הסעיפים האמורים בחוק הנזיקים [פסקאות 57 ו-77-78 בפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה ופסק דינו של כב' השופט ג'ובראן]... אין בהלכת-הפסק בעניין דיראני, אפוא, כדי לשלול את הקביעה כי מחוק הנזיקים עולה כרסום מסוים במשקל הסגולי של זכות נתין-אויב לגישה לערכאותיה של מדינת ישראל. אין מדובר בשלילה גורפת של הזכות האמורה. שלילה גורפת כזו אינה מתיישבת עם מחויבותה של מדינת ישראל לזכויות-האדם ולהגנתן-בפועל; שעליה עמד בית המשפט העליון בעניין דיראני [כגון בפסקה 54 בפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה]. גם חוק הנזיקים אינו שולל באופן גורף את הזכות האמורה; אלא אך מסייג אותה, בהקשרו של העימות. השפיטה, וההגנה הביטחוניית, הן מתפקודיה העיקריים של מדינה; כמה שנאמר: "ושפִּטְנוּ מִלְּפָנָיו... וְנִלְחַם אֶת מִלְחַמְתָּנוּ" [שמואל א ח, כ]. שירותים אלה אינם ניתנים רק לאזרחי המדינה, אלא לכלל השוהים בה;

כמה שנאמר: "משפִּט אֶחָד יִהְיֶה לְכֶם, פְּגַר כְּאֶנְרַח" [ויקרא כד, כב]. אולם, אין זה מובן-מאליו כי יש ליתן שירותי-שפיטה לזה שנגדו נלחמים ולנתיניו. אין בכך שאדם הנו נתין-אויב כדי לגרוע מזכויות-האדם שלו.

אולם, אין בכך שנתין-אויב הנו אדם כדי להשוות את סבירות ציפייתו לגישה בלתי-מסויגת לערכאותיה של המדינה היריבה, בענייני העימות, לזו של אזרח, תושב וגר של אותה מדינה. לפיכך, לא ראי הציפייה והזכות לגישה-לערכאות של אזרח, תושב או תייר כראי הציפייה והזכות לגישה-לערכאות של נתין-אויב... משקלה הסגולי השונה של זכות הגישה-לערכאות בהקשרים שונים אלה משליך על האיזון בין זכות הגישה-לערכאות לבין זכות הקניין של הנתבע בתביעה אזרחית; כגון לעניין חיוב תובע בערובה להוצאותיו של נתבע".

66. בהחלטתו בענין אלדין הפנה בית המשפט לפסק הדין שניתן ביום 18.7.11 ברע"א 993/06 **מדינת ישראל נ' מוסטפא זיב מרעי דיראני**²⁰ (להלן: "רע"א 993/06 דיראני") שם נקבע "ברוב דעות כי הכלל האנגלו אמריקאי ככזה לא נקלט במשפטינו".

67. נקדים את המאוחר ונאמר כעת, כי בעניין דנ"א 5698/11 **דיראני** (שניתן כאמור ביום 15.1.15) הגיע בית המשפט העליון למסקנה **הפוכה** בהשוואה לזו שנקבע בעניין רע"א 993/06 **דיראני** כדלקמן:²¹

"הכלל במשפט המקובל האנגלי שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה, נקלט במשפט הישראלי, בפסיקת בית משפט זה, ועובר לחקיקת חוק יסודות המשפט. משכך הלכה זו ממשיכה להיות חלק מהמשפט הישראלי אף היום".

68. טרם נדון בפסק הדין שניתן בבית המשפט העליון בענין דנ"א 5698/11 **דיראני**, נבקש להציג החלטה נוספת שנתן מותב נכבד זה **לאחר** פרסום תיקון מס' 7 לחוק **נקודם** למועד פרסום תיקון מס' 8 הדן, בין היתר, בדוקטרינה של סייג לאחריות בגין תביעות שהוגשו על ידי נתני אויב מכוח סעיף 5ב(א)(1) לחוק. החלטה זו וכן פסק הדין שניתן **לאחר** תיקון מספר 8 בענין דנ"א 5698/11 **דיראני** תיארו וביארו באופן יסודי ומעמיק את הקרקע המשפטית - עיונית המוצקה שבה נטוע סעיף 5ב(א)(1).

▪ **ת"א (מחוזי-ב"ש) 5193/08 חברת גבון בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל (מיום 15.4.12)**²²

69. בת"א (מחוזי-ב"ש) 5193/08 **חברת מסרי גבון בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל** (להלן: "ענין גבון") מדובר היה בתביעה לפיצוי בסך של 8,000,000 ₪ בגין הריסת לולים ברצועת עזה שהיו שייכים לתובעות - **חברות הרשומות ברשות הפלסטינית שמנהליהן ובעלי המניות בהן היו תושבי רצועת עזה** - על ידי כוחות צה"ל. לטענת התובעות, ביום 16.7.06 נפגע הלול שהיה שייך להן "כתוצאה מהפצצות מהאוויר ו/או פעולות קרקעיות של כוחות צה"ל". כן טענו, כי לא היה כל צידוק מבצעי להריסת הלולים הנדונים אשר לא היו קשורים לכל סיכון ביטחוני. לפיכך טענו, כי אין תחולה לסייג לאחריות המדינה בנזיקין בהקשר של 'פעולה מלחמתית' ועל כן המדינה חבה בפיצוי התובעות בגין הנזק שנגרם להן. בפסק דינו דחה בית המשפט את התביעה וקבע כך:

"הלולים נהרסו בפעולות מלחמתיות' לשם הריסת מנהרות שנחפרו תחתם, או שלפי מידע מודיעיני בר-סמכא היה מקום להניח כי נחפרו

20 פורסם בנבו.

21 פסקה 42 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

22 פורסם בנבו.

תחתם. מנהרות אלו נועדו לפעילות חבלנית עוינת נגד מדינת ישראל. לפיכך, לפי חוק הנזיקים, קם לנתבעת סייג לאחריות בנזיקין בגין אותן פעולות".

70. בתוך כך דן בית המשפט בסעיף 55 לחוק הנזיקים האזרחיים כנוסחו בתיקון מס' 7, וקבע כי לנתבעת עומדת, לכאורה, גם הסייג לאחריות בנזיקין מפני תביעות של נתיני אויב אף אם אלה עשויים להיות אנשים תמימים "שאתרע מזלם להימנות עם נתיניה של מדינת אויב", כדלקמן:

"לכאורה, עומד לנתבעת גם סייג לאחריות בנזיקין מפני תביעת אויב, לפי סעיף 55 בחוק הנזיקים. על פני האמור שם, אין המדינה אחראית בנזיקין בגין נזק שנגרם לנתיני של מדינה שהיא אויב, אלא אם כן הוא שוהה כדין בישראל"... וזאת למעט בהקשר מיוחד, שאינו רלבנטי לענייננו, של אדם שהוחזק במשמורת מדינת ישראל, ולא חזר לעסוק בטרור [התוספת הראשונה לחוק הנזיקים]. לעניין זה, 'נתיני-אויב' עשויים להיות אנשים תמימים, שאתרע מזלם להימנות עם נתיניה של 'מדינת-אויב'... בכלל 'מדינת אויב' - 'מי שהוא צד לוחם או מקיים מצב מלחמה נגד ישראל או מכריז על עצמו כאחד מאלה, בין שהוכרזה מלחמה ובין שלא הוכרזה, בין שיש פעולות איבה צבאיות ובין שאינן... התובעות הן חברות הרשומות ברשות הפלסטינית. מושבן, ומושבם של בעלי מניותיהן ומנהליהן, הוא בחבל עזה. אזור זה, בכל הזמנים הרלבנטיים לתובענה זו, היה ועודנו נתון לשליטת החמאס, המוגדר כארגון טרור והנתון ביחסי איבה ועימות עם מדינת ישראל [בג"ץ 9132/07 גבר אלבסיניי אחמד נ' ראש הממשלה [פורסם בנבו] מיום 30.1.08 (להלן: "אלבסיניי"), מפי כב' הנשיאה (דאז) ד' בייניש, פסקאות 12 ו-22]. לפיכך, התובעות הן בגדר נתינות של 'מדינה שהיא אויב'; או של ישות עוינת שלפי פרשנות תכליתית של ההגדרה האמורה דינה כדין 'מדינה שהיא אויב' [יורם דינשטיין, דיני מלחמה, 1983, עמ' 208-209]. לכאורה, לאור האמור, די במיהותן של התובעות כדי להקים לנתבעת סייג מאחריות בנזיקין לנזקים מושא התובענה הנדונה. תזה זו, לו הייתה נטענת ומתקבלת, הייתה עשויה להביא לדחיית התובענה באיבה; תוך ייתור שמיעת הראיות בתובענה זו, וחסיון במשאבים ציבוריים וזמן שיפוטי. אולם, משהנתבעת, משום מה, לא העלתה טענה זו [כמו גם את הטענה לתחולתו של 'דין-מקום-ביצוע-העוולה'; כתייתו של כב' השופט (כתוארו אז) א' גרוניס בעניין עדאלה, פסקה 2 בפסק-דין]; וממילא לא ניתנה לתובעות הזדמנות הוגנת להתגונן מפניה - לא אקבע כאן מסמרות בעניין זה. במישור העיוני אעיר כי בסייג לאחריות המדינה בגין תביעת אויב' נשמע הד דוקטרינה של 'מעשה-מדינה'. הדברים קל-וחומר: ומה כלפי נכרי בנכר סתם אין המדינה חבה בנזיקין, אפילו גרמה נזק - כלפי אויב, או נתיני של 'מדינת-אויב', בתקופה שבה קיימים איבה ועימות בין המדינה לבין אותה 'מדינת-אויב'-על אחת-כמה. אם אין הדוקטרינה של 'מעשה-מדינה' חלה בישראל-מכל מקום, לכאורה, הדוקטרינה של סייג לאחריות בגין תביעת-אויב', חלה בישראל, מכוח סעיף 55 בחוק הנזיקים, ובנתון לסייגים המפורטים שם. עוד אעיר כי בסייג לאחריות המדינה בגין תביעת-אויב', במישור הדין המהותי, נשמע הד דוקטרינה המקובלת במשפט האנגלו-אמריקאי, במישור הדיוני, שלפיה 'אין מבררים תביעת-אויב' [רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' מוסטפה דיב מרעי דיראני [פורסם בנבו] מיום 18.7.11 (להלן: "דיראני"), פסקאות 38-47 בפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה, ופסקאות 16-22 בפסק דינו של כב' השופט ח' מלצר]...

בסוגיה זו של זכות-הגישה לערכאות של 'נתיני-אויב', לאור חוק הנזיקים ולאור עניין דיראני, דנתי במקום אחר [ת"א 25511-01-11 מדינת ישראל

נ' עזבון המנוח עז אלדין וחיד מוסא [פורסם בנבו] מיום 16.11.11, פסקאות 13-20; ואין מקום להאריך בכך כאן...".

71. אליבא בית המשפט הנכבד **בעניין גבון**, עומדת לנתבעת, לכאורה, סייג לאחריות בנזיקין מפני תביעת אויב, לפי סעיף 5ב (א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים, גם כאשר מדובר בתובעים שהם בבחינת אנשים תמימים שאתרע מזלם להימנות עם נתיניה של "מדינת-אויב". בית המשפט הנכבד נמנע מלקבוע מסמרות בעניין, אך מצא לנכון להתייחס לנכרי בנכר, באשר אליו אין המדינה חבה בנזיקין, אפילו גרמה נזק לו נזק, על אחת כמה וכמה כאשר בין נתין מדינת האויב לבין מדינת ישראל קיימים יחסי עימות. עוד ציין בית המשפט, כי אם אין הדוקטרינה של מעשה-מדינה חלה בישראל, הרי שלכאורה חל, הכלל מהמשפט המקובל.

72. להשלמת התמונה נציין, כי ערעור שהוגש לבית המשפט העליון **בעניין גבון נדחה** ביום 8.7.14 בהמלצת בית המשפט (ע"א 4051/12 **חברת מסרי גבון נ' מדינת ישראל**).

73. חשוב להדגיש כי אמירותיו המאלפות של בית המשפט **בענין אלדין ובעניין גבון** באשר להעדר אחריותה (לכאורה) של המדינה בנזיקין מפני תביעות אויב נאמרו, חרף העובדה שהכלל מהמשפט המקובל **לא נקלט** במשפט הישראלי כפי קביעת בית המשפט **ברע"א 993/06 דיראני**. כעת אמירות אלה מקבלות **משנה תוקף** לאחר פרסום תיקון מס' 8 ולאחר שנקבע בדנ"א **5698/11 דיראני כי הכלל לפיו אין מבררים תביעות אויב נקלט במשפט הישראלי עובר לחקיקת חוק יסודות המשפט**.

74. הווה אומר, בסמכות בית המשפט במקרה דנא, להורות על דחיית התביעה אף מבלי להזדקק לתיקון מס' 8 לחוק בכלל ולסעיף 5ב (א)(1) לחוק. די אם בית המשפט יעשה שימוש בכלל מהמשפט המקובל, שכאמור, נקלט במשפט הישראלי, כדי להורות על דחיית התביעה, שהרי אין חולק, שהתובע הוא נתין של ישות עוינת הנמצאת במצב לחימה מתמשך עם מדינת ישראל.

▪ **חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשע"ב - 2012**

75. ביום 16.7.12 (כ- 3 חודשים לאחר מועד פסק הדין **בענין גבון**), התקבל בכנסת תיקון מס' 8 לחוק הנזיקים האזרחיים (להלן: **"תיקון מס' 8"**). הצעת החוק ודברי ההסבר פורסמו בהצעות חוק הממשלה-387, מיום כ"ג באייר התשס"ח (28 במאי 2008) בעמ' 598.

76. ועדת החוקה חוק ומשפט של כנסת ישראל דנה בהצעת החוק בארבע ישיבות שהתקיימו בתאריכים 14.9.09, 19.10.09, 15.11.10 ו- 9.7.12. במסגרת התיקון תוקנו מספר סעיפים בחוק הנזיקים האזרחיים, בין היתר, סעיפים 1, 5, 5ב, 1ב5, ד5 ו-9א. כן נקבע כי סעיף 5ב(א)(1) לחוק יחול על מקרה שאירע לאחר יום ח' באלול התשס"ה (12 בספטמבר 2005), דהיינו, בתום יישום תוכנית ההתנתקות.

77. בתיקון מס' 8 הוצע כי בסעיף 5ב(א)(1) לחוק, אחרי "נתין של מדינה שהיא אויב" יבוא **"או מי שאינו אזרח ישראלי, שהוא תושב שטח מחוץ לישראל שהממשלה הכריזה עליו, בצו,**

כשטח אויב", ובנוסח המלא :

"ב.5 (א) על אף האמור בכל דין, אין המדינה אחראית בנוזקים לנזק שנגרם למי שמפורט בפסקאות (1), (2) או (3), למעט לנזק שנגרם בסוגי תביעות או לסוגי תובעים כאמור בתוספת הראשונה... (1) נתין של מדינה שהיא אויב או מי שאינו אזרח ישראלי, שהוא תושב שטח מחוץ לישראל שהממשלה הכריזה עליו, בצו, כשטח אויב, אלא אם כן הוא שוהה כדין בישראל".

78. הוראה זו אינה חלה על תביעה שעילתה נזק שנגרם לתושב הרצועה השוהה כדין בישראל, כמו גם תביעה שעילתה נזק שנגרם לתושב הרצועה בעת שהיה מצוי במשמורת של מדינת ישראל כעצור או כאסיר, ובלבד שלאחר שהותו במשמורת לא חזר להיות פעיל או חבר בארגון מחבלים או לפעול מטעמו או בשליחותו.

79. בהתאם להוראת הסעיף, אפוא, המדינה אינה אחראית בנוזקים לנזק שנגרם לכל אחד מהמנויים בסעיפים 5ב(א)(1) - 5ב(א)(3) לחוק. ודוק, סעיף 5ב(א)(1) מקפל בחובו את המבחן הטריטוריאלי הנוהג במשפט המקובל להגדרתו של אויב (אף שישנם הבדלים שונים ביניהם) ואילו סעיף 5ב(א)(2) לחוק עוסק במי שפעיל או חבר בארגון מחבלים.

80. באשר להגדרת "אויב" ו"ארגון מחבלים", מפנה החוק לסעיף 91 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 המגדיר "אויב" באופן רחב כמונח החל גם ללא הכרזת מלחמה פורמאלית. עם זאת, בסעיף 5 לחוק הנוזקים האזרחיים נקבע חריג להיעדר אחריותה של המדינה, והוא אם מדובר ב"נזק שנגרם בסוגי תביעות או לסוגי תובעים כאמור בתוספת הראשונה".

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

82. מילים אחרות, סעיף 5 לחוק קובע כלל, חריג, וחריג לחריג: הכלל הוא, שאין המדינה חבה בנוזקים לנזק שנגרם למי מהמנויים בסעיפים 5ב(א)(1) - 5ב(א)(3) לחוק. החריג לכך הוא תביעות שעילתן נזק שנגרם בעת שהניזוק היה מצוי במשמורת של מדינת ישראל כעצור או כאסיר. בתביעות כאלו, המדינה אכן אחראית בנוזקים במידה ותוכח, בין היתר, התרשלות, הפרת חובה חקוקה וכיו"ב. עם זאת, לכך נקבע חריג לחריג, במקרה שהניזוק, לאחר שהותו במשמורת, שב להיות פעיל או חבר בארגון מחבלים או לפעול מטעמו או בשליחותו. אז, אין המדינה אחראית לנזק שנגרם.

83. באשר לענין ההכרזה הקבוע בסעיף 5ב(א)(1) לחוק צוין בדברי ההסבר כך :

"בסעיף 6(א) להצעת החוק מוצע לקבוע כי הוראה זו תחול על מעשה שאירע אחרי יום ח' באלול התשס"א (12 בספטמבר 2005) שהוא המועד שבו תם יישום תוכנית ההתנתקות. זאת, לנוכח האפשרות, שהממשלה תכריז הכרזה כאמור על רצועת עזה".

84. ביום 7.10.14, בחלוף כ- 9 שנים מתום יישום תוכנית ההתנתקות, ושנתיים לאחר שהתקבל תיקון מס' 8 לחוק, הכריזה הממשלה בצו על שטח רצועת עזה כ"שטח אויב" לעניין חוק

הנזיקים האזרחיים. כן נקבע שתחילתו של הצו היא רטרואקטיבית מיום 7.7.14 - מועד תחילת מבצע "צוק איתן" - ומכאן, שההכרזה לא תחול על תביעות שעילתן בנזקים שנגרמו לפניו. כעולה מדברי ההסבר לצו, ההכרזה איננה גורעת מחובתה של מדינת ישראל לבדוק טענות בדבר הפרות של דיני העימות המזוין שבוצעו לכאורה על ידי כוחותיה המזוינים במסגרת פעולות לחימה ברצועת עזה, ואף לחוקרן, **אלא שהיא נועדה לתת ביטוי משפטי נוסף למעמדה האמור של הרצועה על רקע המציאות הקשה, החריגה והייחודית של העימות המזוין והמתמשך למול ארגון טרור רצחני הפועל בשטחה.**

85. **בחלוף כ-3 חודשים ממועד ההכרזה ניתן פסק הדין של בית המשפט העליון בדנ"א 5698/11 דיראני.** פסק הדין אמנם לא דן במישרין בצו הנזיקים האזרחיים אך הוא דן בתיקונים לחוק בכללותם ובתחולתם בנסיבות המקרה שהובא בפני בית המשפט הנכבד.

▪ **דנ"א 5698/11 דיראני מיום 15.1.15**

86. דיראני היה אזרח לבנוני ששהה בכלא הישראלי בגין עברות טרור. בשנת 2000, עת שהה במשמורת, הגיש דיראני לבית המשפט המחוזי תביעת נזיקין נגד המדינה בטענה כי עונה על ידי חוקריו. בעוד תביעתו תלויה ועומדת, שוחרר דיראני מן המשמורת, יצא את גבולות ישראל ללבנון ושב להיות פעיל בארגון טרור. בנסיבות אלה, הגישה המדינה בקשה לדחיית התביעה על הסף אולם זו נדחתה. על החלטה זו הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון אשר דן בבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור.

87. **ברע"א 993/06 דיראני, מושא דנ"א 5698/11 דיראני, דן בית המשפט בשאלה, האם יש לשלול את זכות הגישה לערכאות השיפוט בישראל מאדם אשר תבע את המדינה בגין עוולות שבוצעו בו, לטענתו, בעת שהיה נתון בחקירה ומעצר בישראל, וזאת מן הטעם שלאחר שחרורו מן המשמורת, ובעת שהתביעה בישראל הייתה תלויה ועומדת, שב להתגורר במדינת מוצאו שהיא בגדר "מדינת אויב", ואף חזר למעורבות בפעילות עוינת תוך שהשתלב בתפקיד בכיר בארגון מחבלים המצוי בעימות מזוין נגד מדינת ישראל (להלן: "השאלה הראשונה").**

88. כפועל יוצא בחן בית המשפט בין היתר את השאלה, האם הכלל לפיו "**אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה**" נקלט במשפט הישראלי אם לאו (להלן: "**השאלה השנייה**").

89. **בית המשפט הנכבד השיב בשלילה על שתי השאלות.** כבר בפתיח לפסק דינה ציינה כבי' השופטת (בדימוס) אילה פרוקצ'יה (להלן: "**הש' פרוקצ'יה**") כי **תיקון מס' 7 נותן מענה חקיקתי לשאלה הראשונה, כדלקמן:**

"... במהלך הדיון בתביעה בבית המשפט המחוזי התקבל חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7) התשס"ה – 2005... הנותן מענה חקיקתי לשאלה העולה בהליך זה. אלא שתחולתו של אותו תיקון מבחינת הזמן אינה מתפרשת על נסיבות הענין הנדון לפנינו. הסוגיה העומדת לדיון מתמקדת, אפוא, במצב המשפטי שקדם לתיקון לחוק".

90. רוצה לומר, בית המשפט מצא כי סעיף 5ב(א)(1) נותן מענה חקיקתי לעניין, אלא שבשים לב למועד ביצוע העוולות הנטענות על ידו, דהיינו קודם לתיקון מס' 7, לא היה בסיס להחלתו.

הש' פרוקציה השיבה בשלילה גם לשאלה השנייה. לשיטתה הכלל מהמשפט המקובל לפיו אין מבררים תביעתו של אויב "מעולם לא אומץ באופן מפורש ומחייב בפסיקה הישראלית, ולכן, לא הפך להיות חלק אינטגרלי מן המשפט המקובל" נוסח ישראל".²³

91. בסופו של יום, ובדעת רוב של כבי' הש' פרוקציה והש' ג'ובראן, כנגד דעתו החולקת של כבי' הש' חנן מלצר (להלן: "הש' מלצר"), דחה בית המשפט העליון את ערעור המדינה. בית המשפט קבע כי התיק יוחזר, אפוא, לבית המשפט המחוזי לצורך בירור התביעה לגופה.

92. המדינה לא השלימה עם פסק הדין, והגישה בקשה לדיון נוסף (דנ"א 5698/11 דיראני). פסק הדין ניתן ביום 15.1.15, לאחר מועד כניסתו לתוקף של תיקון מס' 8 לחוק הנזיקים האזרחיים בהרכב של 7 שופטים בראשות הנשיא גרוניס. בפסק הדין הגיע בית המשפט לכלל מסקנה כי לכלל מהמשפט המקובל שורשים הנטועים עמוק בהיסטוריה המשפטית של מדינות המשפט המקובל באשר הוא יושם פעמים רבות בבתי המשפט באנגליה ובארצות-הברית במהלך מלחמותיהן השונות והוא מוכר גם במדינות נוספות. הגם שקיימים לכלל זה חריגים במקרים שונים, הכלל בעינו עומד, אף כיום.²⁴

93. הנשיא גרוניס כתב בפסק הדין כי הכלל נקלט במשפט הישראלי, בפסיקת בית המשפט העליון, ועובר לחקיקת חוק יסודות המשפט, ומשכך הלכה זו ממשיכה להיות חלק מהמשפט הישראלי אף היום. בענין זה הצטרף הנשיא גרוניס לדעת המיעוט של הש' מלצר ברע"א 993/06 דיראני על פיה נקלט כלל זה כבר בענין חכים²⁵ כאמור בפסק-הדין המנחה שניתן בענין Porter.²⁶

94. בהמשך ניתח הנשיא גרוניס את מאפייניו של הכלל האמור ואת התנאים לתחולתו. כך, הסביר הנשיא, מחד גיסא, כאשר מיושם הכלל הנוהג במשפט המקובל, הוא מוחל באופן גורף על כל תובע המתגורר במדינת האויב, בהתאם למקום מגורי התובע, בלא בחינה ספציפית של עוינות התובע למדינה שבה הוגשה התביעה או היותו אדם "תמים". זהו "צדו האחד של המטבע". מאידך גיסא, מציב הכלל במשפט המקובל רף גבוה לשם הפעלתו: קיומה של מלחמה פורמאלית בין שתי המדינות, והוא חל כל עוד מתחוללת המלחמה ביניהן. הדרישה לקיומה של מלחמה "מוכרזת" ופורמאלית שכזו כתנאי לתחולתו של הכלל, היא, הסביר הנשיא, "צידו השני של המטבע".

95. הנשיא גרוניס ביקש לפתח את הכלל ולהתאימו למאפייני העימות המזוין בעידן המודרני, וכך כתב:²⁷

"חזרה לענייננו. נוכח המגמות המסתמנות בפסיקה ובספרות המשפטית, בישראל ובעולם, דומני שיש מקום לבחון את יישומו של הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה, גם בזמנים של לחימה בטרור.

²³ שם, פסקה 51 לפסק דינה. כן ר' פסקה 57.

²⁴ שם, פסקה 29 פסק דינו של הנשיא.

²⁵ בג"ץ 24/52 חכים נ' שר-הפנים, פ"ד ו 638 (1952). כן ר' ע"א 324/56 לוי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד יב 1446 (1958).

²⁶ Porter v. Freudenberg, [1915] KB 857.

²⁷ פסקאות 53 ו-54 לפסק דינו של הנשיא גרוניס בדנ"א 5698/11 דיראני.

מעניין לציין, כי אין זו הפעם הראשונה שבה הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב מתפתח עם שינוי העתים... אינני רואה, אפוא, מדוע לא נצמיד צעד נוסף את הכלל במשפט המקובל, שלפיו אין מבררים את תביעתו של אויב, ומדוע לא נחילו על הלחימה בטרור כפי שהיא מתרחשת בעת המודרנית...".

96. בבואו ליישם את הכלל בעניינו של דיראני העלה הנשיא ספק אם ניתן לראות ביחסים (או בהעדר יחסים) שבין מדינת ישראל לבין לבנון "מלחמה" במשמעותו הצרה והפורמאלית של מונח זה. יחד עם זאת, קבע הנשיא כי יש מקום להחיל את הכלל גם על תובעים הנמצאים במדינה זרה, שאין שוררת בינה לבין מדינת ישראל מלחמה מוכרזת ופורמאלית, כאשר אלה הינם בעצמם פעילים בארגון טרור המצוי בעימות עם ישראל.

97. בפסק דינו בדנ"א 5698/11 התייחס הנשיא גרוניס לחוק הנזיקים האזרחיים בנוסחו כפי שתוקן בתיקון מס' 8. לשיטתו, עיון בסעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים, מחד גיסא, ובכלל הנוהג במשפט המקובל, מאידך גיסא, מלמד כי אין בין השניים חפיפה מלאה. בעניינים מסוימים החוק קובע הסדר רחב יותר, ובעניינים אחרים המשפט המקובל הוא שקובע הסדר רחב יותר.

98. כך, הכלל במשפט המקובל הוא רחב יותר מזה שקובע בחוק, במובן זה שהוא מתייחס לתביעה המוגשת נגד כל בעל דין, בעוד שסעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים חל רק לגבי תביעות המוגשות נגד המדינה (כהגדרתה בסיפה של סעיף זה).

99. לכן אפוא, אין בתיקון מס' 7 כדי לשלול את המשך קיומו של הכלל במשפט המקובל, כלשונו של הנשיא גרוניס:²⁸

"89. חוסר החפיפה בין ההסדרים השונים נוגע גם לעניינים נוספים. כך, ההסדר בתיקון מס' 7 לחוק הוא רחב יותר, שכן הוא חל גם בלא הכרזת מלחמה פורמלית בין ישראל לבין מדינת האויב (בהתאם להגדרת "אויב" בסעיף 91 לחוק העונשין, ובהתאם לתיקון מס' 8 לחוק שבו הורחב ההסדר לניזוקים שאינם אזרחי ישראל והם תושבי שטח שהוכרז כשטח אויב). זאת ועוד, ההסדר בחוק רחב יותר שכן תיקון מס' 7 עוסק בפטור מאחריות למדינה... בעוד שהמשפט המקובל עוסק בהשהיית בירור התביעה לפרק זמן מסוים. בעניינים האמורים, ההסדר במשפט המקובל הוא צר יותר. נמצא, כי באספקטים מסוימים זוכה המדינה להגנה רחבה יותר בחוק מאשר זו הניתנת לכל נתבע אחר בהתאם למשפט המקובל, ורחבה יותר מאשר זו שזכתה לה בטרם חוקק תיקון מס' 7. מאידך, ככל שמדובר בנושא התביעה עצמו, נראה שההסדר שנקבע באשר למדינה בחוק הוא צר יותר מזה הנוהג במשפט המקובל. בעוד שלפי המשפט המקובל, אין תלות בין השהיית בירור תביעתו של האויב לבין נושא התביעה, הרי שכאשר מדובר בתביעה נגד המדינה נקבע לכך חריג, במקרה שמדובר בתביעה שעילתה נזק לאדם שנגרם בעת שהיה מצוי במשמורת של מדינת ישראל ובלבד שהוא לא חזר להיות פעיל או חבר בארגון טרור...

עיון בהסדר בחוק הנזיקים האזרחיים מלמד כי תכליתו הייתה לקבוע הסדר ספציפי כשמדובר בתביעה נגד המדינה, אשר הוא רחב יותר מזה הנוהג במשפט המקובל באספקטים מסוימים, וצר יותר ממנו באספקטים

אחרים."

100. לבסוף הגיע הנשיא לכלל מסקנה כי על תביעה המוגשת לאחר המועד הקובע בחוק הנזיקים האזרחיים, יש להחיל את ההסדר הקובע בחוק הנזיקים האזרחיים שלפיו המדינה אינה אחראית בנזיקין, כדלקמן:²⁹

"... שני ההסדרים, זה הקבוע בחוק וזה הנוהג במשפט המקובל, מתקיימים זה בצד זה. ככל שמדובר בתביעה המוגשת נגד בעל דין שאינו המדינה, ממשיך לחול לגביה המשפט המקובל, שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה (או עימות מזוין, אם התובע הוא פעיל בארגון טרור הפועל ממדינה זרה). לכלל זה במשפט המקובל איזונים ובלמים משלו, והכל כפי שפורט והוסבר לעיל. ככל שמדובר בתביעה המוגשת נגד המדינה, הרי שאם זו עוסקת במעשים שנעשו לפני המועד הקבוע על-פי תיקון מס' 7 ותיקון מס' 8 לחוק הנזיקים האזרחיים, יחול לגביה הכלל הנוהג במשפט המקובל. בירור התביעה עשוי להיות מושהה, אם מתקיימים התנאים לכך בהתאם למשפט המקובל. אם התביעה עוסקת במעשים שנעשו לאחר מכן, יחול לגביה ההסדר הקבוע בחוק הנזיקים האזרחיים, שלפיו המדינה אינה אחראית בנזיקים בהתקיימותם של תנאים מסוימים. אין צורך להביע עמדה בשאלה האם כאשר תנאי מן התנאים שבחוק אינו מתקיים ימשיך לחול הכלל שבמשפט המקובל."

101. לדעתו של השופט גרוניס הצטרפו, כבי המשנה לנשיא (כתוארה אז) מרים נאור, כבי השי' אליקים רובינשטיין וכבי השי' מלצר.

102. השי' רובינשטיין ציין מפורשות כי בשים לב לתיקון מס' 7 הדיון בתיק התייטר, וכלשונו:

"מרבית חבריי כתבו חוות דעת מלומדות והאריכו למעניתם, ואכן הגם שהתיק הנוכחי התייטר במידה רבה בשל תיקון 7 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, מדובר בסוגיה רבת עניין. לטעמי - בכל הכבוד לעמדות הנכבדות של חבריי החולקים על הנשיא - ההכרעה אינה קשה, וכשלעצמי לא גרמה לי כל התלבטות" ... במה חשיבותו של פסק הדין הנוכחי? חשיבותו איננה בתוצאתו הקונקרטיית שכן כאמור עבר זמנו בטל קורבנו של מצב דומה, עם חקיקתו של תיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים..."³⁰

103. גם בדעת שופטי המיעוט נמצא התייחסות לתיקונים שעבר החוק. השופט ג'ובראן כתב בחוות דעתו כי תיקון מס' 8 אינו חל אך בשל העובדה שהמעשים בגינם תבע דיראני את המדינה אירעו בתקופה שקדמה למועד תחולתו של החוק, כדלקמן:³¹

"תיקון 7 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952 (להלן: חוק הנזיקים האזרחיים) שולל את הזכות הפרוצדוראלית לתבוע בגין נזקים מפעולות מלחמתיות שנגרמו לנתין אויב, ואולם תחולתו מוגבלת רק למעשים שאירעו ביום 29.9.2000 ואילך (ולאחר מכן בתיקון 8 אף נדחתה התחולה למעשים שאירעו החל מיום 12.9.2005)... כאמור בחוות דעתו של חברי הנשיא, המעשים בגינם תובע המשיב את המדינה אירעו בתקופה הקודמת לתקופת תחולת חוק הנזיקים האזרחיים ולכן חוק זה אינו חל על המקרה שלפנינו. על רקע זה, השאלה אותה עלינו לבחון היא האם ישנו מקור משפטי אחר המאפשר להגביל את זכותו

²⁹ שם, פסקה 91.

³⁰ פסקאות ב' ו-יט' לפסק דינו.

³¹ פסקאות 4-5 לפסק דינו.

של המשיב לערכאות חרף קיומה של עילת תביעה... פסק הדין הראשון לא שינה סדרי עולם, והשלכותיו, בסופו של יום, הן מצומצמות מאוד. זאת, הן לנוכח תיקון 7 לחוק הנזיקים האזרחיים, והן מאחר ודובר על מצבים חריגים...".

104. ואילו השופט ניל הנדל כתב בחוות דעתו בענין זה, כי ניתן לטעון שתיקון מס' 7 עבר את המסגרת של פסקת ההגבלה, הגם שלא מצא כי יש צורך להכריע בכך, וכלשונו:³²

"יש להוסיף כי רק במהלך בירור ההליך תוקן חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה - 2005 (להלן: תיקון 7 לחוק הנזיקים האזרחיים), כך שהוא אינו חל על המקרה... אינני מתעלם מכך שהכנסת העבירה את תיקון 7 לחוק לנזיקים האזרחיים, אשר מציג עמדה אחרת מזו שהצגתי. בראייה של הביקורת החוקתית ניתן לטעון שתיקון זה עובר את מסגרת פסקת ההגבלה. אולם אין צורך להכריע בכך במסגרת חוות דעת זו. די לומר שלא זו השאלה העומדת לפתחנו".

105. בסופו של יום, ובדעת רוב של הנשיא גרוניס, המשנה לנשיא נאור והש' רובינשטיין ומלצר כנגד דעתם החולקת של הש' גובראן, דנצינגר והנדל הוחלט כדלקמן:

"לקבל את הדיון הנוסף, להורות על ביטול פסק הדין בערעור ועל ביטול החלטת בית המשפט קמא מיום 19.12.2005, ולקבוע שדין תביעתו של דיראני להימחק כמפורט בפסיקה 104 לעיל".³³

106. יוצא אפוא כי אף אם לא תתקבל האבחנה שנעשתה לעיל בין יחסיה של מדינת ישראל עם לבנון, אשר היו מונחים לנגד עיניו של בית המשפט בדנ"א דיראני, לבין מצב היחסים בין מדינת ישראל לבין חמאס אשר שולט דה-פקטו ברצועת עזה, כפי שעולה בבירור מפסק דינו של הנשיא גרוניס הרי שביחס לתביעה שהוגשה לאחר "המועד הקובע", "יחול ההסדר הקבוע בחוק הנזיקים האזרחיים, שלפיו המדינה אינה אחראית בנזיקים בהתקיימותם של תנאים מסוימים".

ה. סיכום ביניים

107. מזה כ- 9 שנים שולט ארגון החמאס ברצועת עזה. מדובר בארגון טרור רצחני הנמצא בעימות מזוין ומתמשך עם מדינת ישראל. בהקשר זה נבקש להדגיש כי פסק הדין **בבג"צ 8276/05 עדאלה** ניתן **קודם** לתמורות שחלו בעזה במהלך חודש יוני 2007, או אז השתלט חמאס בכוח הזרוע על שטחי הרצועה בשורה של מעשי אלימות והקים בה ישות שלטונית עצמאית דה-פקטו המסרבת להכיר בזכות קיומה של ישראל.

108. בחלוף השנים ועם התעצמותו של ארגון הטרור, נגררה מדינת ישראל למבצעים צבאיים שבבסיסם מונחת המטרה להגן על אזרחי ישראל, ובכלל אלה, על תושבי הדרום אשר חייהם הפכו לבלתי נסבלים ממש בעקבות התגברות ירי הרקטות לעברם.

109. בשנים האחרונות התווספו איומים נוספים, לרבות, מנהרות התקפיות חוצות גדר, שימוש בחוליות קומנדו ימי ועוד. עימותים אלה גבו את חייהם של רבים במדינת ישראל, אזרחים וחיילים כאחד. סבבי האלימות הבלתי פוסקים מול חמאס לאורך השנים, חייבו את מדינת

פסקאות 14-16 לפסק דינו.
סעיף 105 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

32

33

- ישראל לנקוט בשורה של צעדים במישור המדיני והצבאי במטרה להגן על אזרחיה.
110. גם הדין נאלץ להתאים את עצמו למציאות המשתנה שיצר חמאס. כך, עבר חוק הנזיקים האזרחיים מספר תיקונים, ובכלל אלה, תיקונים מס' 4, 7 ו-8 שנועדו, בין היתר, לתת מענה תחיקתי לסוגיות משפטיות העולות בזמן מלחמה ו/או עימות מתמשך, ובכלל אלה, מעמדה המשפטי של עזה, בירור תביעתו של נתין מדינת אויב וכיו"ב.
111. **בדנ"א 5698/11 דיראני** בחן בית המשפט הנכבד את יסודותיו של הכלל מהמשפט המקובל לפיה אין מבררים תביעתו של אויב, ויישם אותו בנסיבות המקרה שנדון בפניו. הוא נאלץ לעשות כן, שכן לא היה בנמצא מענה תחיקתי לשאלה האם דיראני יכול לנהל תביעה בישראל עת הוא שוהה במדינת אויב.
112. בית המשפט לא יכול היה ליישם את חוק הנזיקים האזרחיים שכן המעשים בגינם תבע דיראני את המדינה אירעו בתקופה שקדמה למועד תחולתו של החוק.
113. לו אלה היו מתרחשים במועד מאוחר למועד התחולה, נראה לנו כי בית המשפט היה מיישם את החוק ודוחה את התביעה לאלתר, בשים לב לעובדה שדיראני חזר להיות פעיל טרור (סעיף 5ב(א) לחוק).
114. בפסק הדין בחן בית המשפט גם את סעיף 5ב(א)(1) לחוק מושא בקשת המדינה, והגיע למסקנה שאינה משתמעת לשני פנים, לפיה, ככל שמדובר בתביעה המוגשת נגד המדינה, הרי שאם זו עוסקת במעשים שנעשו לפני המועד הקובע על-פי תיקון מס' 7 ותיקון מס' 8 לחוק הנזיקים האזרחיים, יחול לגביה הכלל הנוהג במשפט המקובל **בעוד שאם התביעה עוסקת במעשים שנעשו לאחר מכן, יחול לגביה ההסדר הקבוע בחוק הנזיקים האזרחיים - לפיו אין המדינה אחראית בנזיקים.**
115. מכל מקום, פסקי הדין שניתנו **בדנ"א 5698/11 דיראני ובענין גבון**, כמו גם ההחלטה **בענין אלדין** - כל אלה מתארות ומבארות בצורה מיטבית את בסיסו העיוני של סעיף 5ב(א)(1) לחוק ומציגות את הקרקע המשפטית המוצקה שבה הוא נטוע - כללי המשפט המקובל בדבר אי בירור תביעת אויב, הנהוג במשפט המקובל שנים ארוכות תוך התאמות מתחייבות לעידן המודרני, ללחימה המודרנית, ולמצב המיוחד השורר בין ישראל לרצועת עזה.
116. בהחלטות הנ"ל יש משום אשרור היסודות המשפטיים עליהם מונח הכלל הוותיק, ומצעידים אותו צעד קטן קדימה אל עבר המודרנה, ואל עבר רצועת עזה בעידן שלטון חמא"ס, באמצעות פרשנות תכליתית, אשר מצאה את ביטויה בתיקון מס' 8 מכוחו מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על דחיית התביעה על הסף.
117. כפי שצוין לעיל, הנתבעת סבורה, כי דין התביעה להידחות אף מבלי להזדקק לתיקון מס' 8 לחוק. די אם יעשה בית המשפט שימוש בכלל שנקלט במשפט הישראלי כפי

ההחלטה בדנ"א דיראני כדי להורות על דחיית התביעה, שהרי אין חולק, שהתובע הוא נתין של ישות עוינת הנמצאת במצב לחימה מתמשך עם מדינת ישראל.

118. בנסיבות אלה סבורה המדינה, כי הניתוח החוקתי של סעיף 5(ב)(א) לחוק כפי שיבואר להלן נעשה למעלה מן הנדרש, שכן די באמור עד כה כדי להורות על דחיית התביעה.

ו. הניתוח החוקתי

119. בתגובתם מעלים התובעים שורה של טענות שכל כולן תוקפות, במישור החוקתי, את חוק הניזקים האזרחיים בכלל ואת סעיף 5(ב)(א) לחוק בפרט. הלכה למעשה, מבקשים התובעים מבית המשפט הנכבד "להכריע בענין חוקיותו של סעיף 5(ב)(א) לחוק הניזקים האזרחיים", ובמילים אחרות, לקבוע כי סעיף ספציפי זה אינו חוקתי באשר הוא אינו עולה בקנה אחד עם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

120. כאמור לעיל, בתיקון מס' 8 הוצע כי בסעיף 5(ב)(א) לחוק, אחרי "נתין של מדינה שהיא אויב" יבוא "או מי שאינו אזרח ישראלי, שהוא תושב מחוץ לישראל שהממשלה הכריזה עליו, בצו, כשטח אויב", ובנוסח המלא:

"5ב. (א) על אף האמור בכל דין, אין המדינה אחראית בניזקים לנזק שנגרם למי שמפורט בפסקאות (1), (2) או (3), למעט לנזק שנגרם בסוגי תביעות או לסוגי תובעים כאמור בתוספת הראשונה...
(1) נתין של מדינה שהיא אויב או מי שאינו אזרח ישראלי, שהוא תושב שטח מחוץ לישראל שהממשלה הכריזה עליו, בצו, כשטח אויב, אלא אם כן הוא שוהה כדין בישראל".

121. ניתוח החוקתיות של חקיקה ראשית נעשה בשלושה שלבים כדלקמן:

א. **השלב הראשון** בוחן אם החוק פוגע בזכויות אדם המעוגנות בחוק-יסוד. אם התשובה היא בשלילה, מסתיימת הבחינה החוקתית לענין חוקי היסוד.

ב. **בשלב השני** נבחנת השאלה אם הפגיעה בזכויות האדם היא כדיון. בשלב זה נבחנת השאלה אם החוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אכן, לא כל פגיעה בזכות אדם היא פגיעה שלא כדיון. לא פעם פוגע חוק בזכות אדם חוקתית, אך חוקתיותו של החוק עומדת בעינה, שכן הפגיעה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אם הפגיעה בהסדר החוקתי היא כדיון, מסתיימת הבחינה החוקתית. אם הפגיעה אינה כדיון, עובר הניתוח לשלב הבא.

ג. **שלב שלישי** זה בוחן את תוצאות אי החוקתיות. זהו שלב הסעד.

122. עיקר הניתוח החוקתי יתבסס בעיקר על פסקי הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון,³⁴ בג"צ 7052/03 עדאלה ובג"צ 8276/05 עדאלה.

123. בפסקי הדין הללו קיים ניתוח חוקתי מפורט, המסכם את דרך הניתוח החוקתי שהתווה בית המשפט העליון מאז נחקקו חוקי היסוד ועד היום.

³⁴ בג"צ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פד"י נו(6), 817, 842.

124. בחלק זה של התגובה נבקש לנתח את סעיף החוק בהתאם לשלבים האמורים. עיקר הניתוח יהיה במסגרת השלב השני של ניתוח פסקת ההגבלה. **בהקשר זה נבקש לטעון כי ספק רב אם החוק פוגע בזכות חוקתית כלשהי (השלב הראשון), וגם אם כן, אזי לטעמינו - הפגיעה נעשתה כדין והיא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה (השלב השני).**

▪ **הפגיעה הנטענת בזכות חוקתית - זכות הגישה לערכאות**

125. לטענת התובעים, סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים עולה לכדי פגיעה בזכות החוקתית לגישה לערכאות וכן בזכויותיהם החוקתיות של נתיני האויב, ובכלל זה תושבי עזה לכבוד, לשוויון, לחיים, לשלמות הגוף, ולקניין. זאת, בשל חוסר היכולת, כביכול, לתבוע את המדינה בנזיקין.

126. שלב המשנה הראשון בקביעת הפגיעה בזכות הוא קביעת היקף הזכות החוקתית המוגנת. לעניין זה נפסק כך:³⁵

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

127. הלכה למעשה מבקשים התובעים לקבוע, כי חוקי היסוד חלים בתחולה אקסטרה - טריטוריאלית אף בשטחי עזה, וכן מבקשים הם לקבוע, כי מבחינה פרסונאלית, חוקי היסוד חלים חוקי אף על נתיני אויב ואף על מי שאינם אזרחים ישראלים שנפגעו עת שהו בשטח עליו הכריזה הממשלה כשטח אויב.

128. שאלת היקף פרישתו של חוק-היסוד על מי שאינו אזרח או תושב של ישראל ואינו נמצא בישראל, הטוען לפגיעה בזכויות אדם הנתונות לו מצד רשות שלטונית בישראל, עלתה בעבר והועמדה לפרשנות.³⁶ אין צורך להכריע בענייננו בשאלת היקף התפרשות חוקי-היסוד על מי שטוען לפגיעה שנגרמה לו מחוץ לישראל על-ידי רשויות ישראליות, המעוררת, בעקיפין, אף את השאלה העקרונית הרחבה יותר בדבר טיב והיקף התחולה של חקיקת-היסוד בדבר זכויות האדם בישראל - אוניברסאלית, טריטוריאלית, פרסונאלית או פונקציונאלית. לעניין זה ר' דבריו של הנשיא גרוניס בדנ"א 5698/11 זיראני, כדלקמן:³⁷

“ואכן, נדמה כי קיים הבדל בין בירורה של תביעה אזרחית של אויב בעת מלחמה לבין בירורה של עתירה המוגשת על-ידו בגדרו של המשפט הציבורי.

הגיונו של הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה הוא למנוע תועלת כלכלית לאויב. על כן, גם אם נניח... כי דלתותיהם של בתי המשפט בישראל פתוחות בפני מי שהוא בגדר “אויב” הנמצא במדינה זרה להגשת עתירה בגדרי המשפט הציבורי נגד החלטה של הרשות שפגעה בו,

³⁵ פסקה 24 לפסק דינו של הנשיא ברק בעניין התנועה לאיכות השלטון.

³⁶ ר' בג"צ 8276/05 עדאלה, פסקה 22 לפסק דינו של הנשיא ברק, בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 560, 481 (2005), בג"צ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 396, 385 (2002), ובג"צ 7052/06 עדאלה.

³⁷ פסקה 41 לפסק דינו.

אינני סבור כי ניתן ללמוד מכך לעניין בירור תביעה אזרחית המוגשת על-ידיו. כאמור, הבחנה זו אף הועלתה על-ידי השופט י' זוסמן בעניין חכים. במאמר מוסגר יוער, כי ניתן להטיל ספקות גם באשר ליכולתו של אויב הנמצא במדינה זרה להגיש עתירה במשפט הציבורי, במקרים שבהם עלול בירורה להניב לו תועלת... האפשרות החוקית של אויב הנמצא מחוץ למדינה להגיש עתירה במשפט הציבורי בבית משפט ישראלי אף עשויה לעורר שאלה בדבר תחולתם האקס-טריטוריאלית של כללי המשפט המינהלי וחוקי-היסוד...".

129. לדידנו, ההכרעה בשאלה זו איננה כורח המציאות במקרה דנא. זאת מכיוון שכפי שנראה להלן, גם אם נקבל שקיימת תחולה אקסטרטריטוריאלית של חוקי היסוד, וגם אם נקבל שחוקי היסוד מקנים לנתיני שטח אויב זכויות יסוד חוקתיות, וגם אם נקבל שזכויות אלה כוללות את הזכות החוקתית לתבוע את מדינת ישראל בגין נזקים - ואיננו אומרים שכן - הרי שהפגיעה הנטענת נעשתה כדין והיא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

▪ **סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים אינו פוגע בזכות הגישה לערכאות**

130. זכות הגישה לערכאות אינה מנויה כזכות חוקתית מוגנת בחוקי היסוד, למרות שהיא נכללה במספר הצעות חוק שקדמו לחקיקת חוקי יסוד. עם זאת, בפסיקתו של בית המשפט העליון קיימים אזכורים רבים להיותה של זכות הגישה לערכאות זכות יסוד וזכות חוקתית מוגנת.³⁸ לעניין המקור החוקתי של הזכות כזכות חוקתית קיימות מספר גישות. יש הרואים בה חלק מכל זכות המעוגנת בחוקי היסוד ולא כזכות עצמאית, העומדת על רגליה היא. על פי גישה זו כל זכות חוקתית מכילה את הזכות לפנות לערכאות בעת הפרתה; יש הרואים בה זכות הנגזרת מהזכות לכבוד ומהזכות לחירות ויש הרואים בה חלק מהזכות החוקתית להגנה על הקנין.

131. באשר להיקף הזכות, הן בפסיקתו של בית המשפט העליון והן בכתבי המלומדים, הדיון בזכות החוקתית התמקד בכללים דיוניים, שהגבילו את הגישה לבתי המשפט. הדיון בנושא הגבלת הגישה לערכאות התמקד בנושאים כמו מתן ערבות כתנאי להגשת תביעה או השגה; החלת הסדרי התיישנות והעלאת טענת שיהוי; ופרשנות סמכותו של בית המשפט לדון בסוג תביעה מסוים, למרות שהנושא אינו מוסדר באופן מפורש. פסקי דין אחרים עסקו בפרשנות של הסדרים חוזיים, שהגבילו את עצם הגשת ההליך לערכאה שיפוטית.

132. נקודת המוצא המשותפת כמעט לכל הדוגמאות לעיל, היא יצירת הנחה בדבר קיומה של עילה בדין המהותי, המוגבלת באמצעות הוראות דיוניות או הסכמות חוזיות. כלומר, זכות הגישה לבית המשפט איננה עוסקת בתיחום הדין המהותי, אלא בהגבלות דיוניות על בירורה של העילה בדין המהותי.

כפי שהסבירה כב' הש' פרוקצ'יה בע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי נ' הועדה המחוזית:³⁹

"12. מוסד ההתיישנות והיקף פרישתו קשורים קשר אמיץ בערך משפטי - חברתי נוסף והוא - זכות הגישה של האזרח לערכאות המשפט. ההלכה הפסוקה הכירה בזכות זו כזכות יסוד אף שאינה כתובה עלי חוק יסוד. טעמה של הזכות בהבטחת יכולתו של הפרט שבידו עילת תביעה להיזקק

³⁸ ר' למשל ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ פ"ד נא(3) 577, 590, 628.

³⁹ פ"ד נז(5) 433, עמ' 444.

לערכאות המשפט ולברר במסגרתן את ענייננו... עקרון זה עולה מן התפיסה כי במשטר דמוקרטי הפונקציה הבסיסית המוטלת על הרשות השופטת היא הכרעה בסכסוך, בין אם סכסוך בין פרטים ובין אם מחלוקת בין פרט לבין רשות שלטונית. תפיסה זו הולידה את הכלל כי שערי בית המשפט לא יינעלו בפני מי שמבקש סעד מרשות שיפוטית אלא מטעמים כבדי משקל... כך הוא גם בפרשנות וביישום הוראות ההתיישנות בדין האזרחי, אשר אינן מביאות לביטולה של הזכות המהותית נוכח מעבר הזמן אלא מבקשות לחסום את הגשתה בחסימה פרוצדוראלית כדי להשיג תכליות שונות שפורטו לעיל. חסימה פרוצדוראלית זו מצביעה על גישה מצרה להחלת ההתיישנות ומתלווים להצרה זו סימני היכר נוספים...".

133. על כן, ככל שזכות הגישה לערכאות היא אכן זכות חוקתית, אין למתוח אותה בצורה רחבה, כדרישת התובעים. יש לפרש את הזכות כעוסקת במניעת מגבלות דיוניות או פיסיות על הנגישות לערכאות לשם בירור עילה בדין המהותי. עניינה של הזכות אינו במניעת הגבלות בדין המהותי. דהיינו, זכות הגישה לערכאות, ככל זכות, אינה מוחלטת אלא זכות יחסית אותה יש לאזן מול ערכים נוגדים, שגם להם חשיבות בשיטת המשפט הישראלית.⁴⁰ עמד על כך בית המשפט העליון בבג"צ 2171/06 שני כהן נ' מדינת ישראל,⁴¹ כדלקמן:

"אכן, דומה כי בשיטתנו, לצד מעמדה החשוב של זכות הגישה לערכאות, אין היא זכות מוחלטת. זכות הגישה לערכאות אין משמעה הזכות לפנות לבית המשפט בכל הליך, בכל צורה ובכל עת. ככל הזכויות האחרות, גם את זכות הגישה לערכאות יש לאזן אל מול זכויות או אינטרסים נוגדים, באופן שיאפשר לאדם לזכות בסעד בגין פגיעה בזכות מהותית שלו תוך שמירה מפני פגיעה אפשרית בזכויות או באינטרסים של פרט אחר או של החברה בכללותה".

134. ואכן, לא אחת הכיר בית המשפט העליון בהגבלה של זכות הגישה לערכאות, כאשר זכות זו התנגשה עם זכויות ואינטרסים נוגדים, הראויים גם הם להגנה. כך, למשל, נעשה הדבר באשר לפגיעה בזכות הגישה לערכאות במסגרת דיני ההתיישנות; באשר לחיוב התובע בתשלום אגרה; באשר לחיוב התובע בהפקדת ערובה להוצאות הנתבע ועוד. בכל אחד ממקרים אלו, זכות הגישה לערכאות לא זכתה להגנה מוחלטת, כי אם להגנה יחסית, בהתאם לערכים החברתיים בעלי המשקל שעמדו מנגד.

135. ברע"א 993/06 דיראני צוין כי בדומה ליתר הזכויות החוקתיות, כך גם זכות הגישה לערכאות איננה זכות מוחלטת. ככל זכות בעלת אופי חוקתי, גם היא עשויה להתנגש בזכויות אדם אחרות או בערכים ואינטרסים ציבוריים שונים המחייבים איזון ראוי ביניהם.

136. חרף האמור קבע בית המשפט באותו עניין, כי אין בסדרי הדין האזרחי, כשלעצמם, כדי להוביל במישור הדיוני לשלילה מלכתחילה של זכותו של דיראני להמשיך בניהול התובענה אותה הגיש מכוח הזכות הדיונית שעמדה לו בעת שהותו בישראל.⁴²

137. בדעת מיעוט ציין כב' הש' מלצר כי הפגיעה בזכות הגישה לערכאות של דיראני עומדת

40 ר', ברק, ספר שלמה לוי, בעמ' 51-53.

41 פורסם בנבו.

42 פסקה 35 לפסק דינה של הש' פורקציה.

בתנאי פסקת ההגבלה. לחלופין סבר, כי בהתבסס על הוראת סעיף 9א לפקודת המסחר עם האויב, יש לעכב את בירור התביעה עד שדיראני יחדל להיות בגדר "אויב".⁴³

138. הלכת הפסק באותו עניין הייתה, כי אין מקום לשלול את זכות הגישה לערכאות מאדם שלפי הנטען חוללו זכויות-האדם שלו באופן קשה וחמור, בהיותו במשמורת המדינה, על ידי נציגי המדינה, וזאת בתקופה שקדמה לחקיקת הסעיפים האמורים בחוק הנזיקים.⁴⁴

139. אולם כפי שקבע בית המשפט הנכבד בענין אלדין, "אין בהלכת הפסק בענין דיראני, אפוא, כדי לשלול את הקביעה כי מחוק הנזיקים עולה כרסום מסוים במשקל הסגולי של זכות נתין - אויב לגישה לערכאותיה של מדינת ישראל".⁴⁵

140. ודוק, בענין אלדין נקבע כי הסייגים בחוק הנזיקים האזרחיים באשר לזכות הגישה לערכאות אין בהם משום "התנכרות לזכויות אדם בסיסיות של נתני אויב" שהרי מבררים תביעות ועתירות של נתני אויב המצויים במשמורת המדינה. מדובר, אפוא, "בהיעדר תחושת מחויבות לפתוח לרווחה את דלתות בתי המשפט של המדינה לתביעותיהם של נתני אויב, שהיו ועודם חיים בשטח הנתון לשליטתו, ולהתדיין עמם אודות אופן ניהול המלחמה נגד אותו אויב".

141. נכוחים הם דבריו של בית המשפט הנכבד בענין אלדין בהתייחס לזכות הגישה לערכאות של נתני אויב על רקע האמור בחוק הנזיקים האזרחיים:⁴⁶

"חוק הנזיקים אינו שולל באופן גורף את הזכות האמורה; אלא אך מסייג אותה, בהקשרו של העימות... אולם, אין זה מובן-מאליו כי יש ליתן שירותי-שפיטה לזה שנגדו נלחמים, ולנתיניו. אין בכך שאדם הנו נתין-אויב כדי לגרוע מזכויות-האדם שלו. אולם, אין בכך שנתין-אויב הנו אדם כדי להשוות את סבירות ציפייתו לגישה בלתי-מסויגת לערכאותיה של המדינה היריבה, בענייני העימות, לזו של אזרח, תושב וגר של אותה מדינה. לפיכך, לא ראי הציפייה והזכות לגישה לערכאות של אזרח, תושב או תייר כראי הציפייה והזכות לגישה-לערכאות של נתין-אויב. משקלה הסגולי השונה של זכות הגישה-לערכאות בהקשרים שונים אלה משליך על האיזון בין זכות הגישה-לערכאות לבין זכות הקניין של הנתבע בתביעה אזרחית; כגון לעניין חיוב תובע בערובה להוצאותיו של נתבע".

142. בית המשפט הנכבד חזר על עמדתו זו גם בהחלטה שנתן בענין גבון כחודש ימים לאחר מכן.

143. בסיכומם של דברים, אליבא דנתבעת, זכות הגישה לערכאות אינה רלוונטית לענייננו באשר סעיף החוק אינו מטיל מגבלות דיוניות על הגישה לבתי המשפט. הסעיף קובע העדר עילה בתביעה כגון דא. ואין בכך, על פניו, פגיעה בזכות חוקתית. כאן המקום להדגיש, כאמור בענין גבון לעיל, מדובר בנתין של ישות עוינת, השוללת, הלכה למעשה, את קיומה של מדינת ישראל וכפועל יוצא - את מערכת המשפט שלה ואת ערכאותיה.

144. חרף האמור, וככל שתתקבל הטענה כי בסעיף החוק יש משום פגיעה בזכות הגישה

43 פסקה 15 לפסק דינו של השי' מלצר.

44 פסקאות 57 ו-77 לפסק דינה של השי' פורקציה.

45 שם, פסקה 18 לפסק הדין.

46 שם, פסקה 19 לפסק הדין.

לערכאות או כל זכות אחרת של התובעים, הרי שלשיטת הנתבעת, הפגיעה נעשתה כדין והיא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

▪ **הפגיעה הנטענת בזכות חוקתית היא כדין ועומדת בתנאי פסקת ההגבלה**

145. גם אם נניח כי הסעיף פוגע בזכות חוקתית כלשהי של נתיני אויב או מי שנגרם לו נזק באזור שהממשלה הכריזה עליו כשטח אויב, הרי שפגיעה זו עומדת במבחני חוק היסוד.
146. כדי להוכיח זאת נבחן את השלב השני של הניתוח החוקתי, המבקש לבדוק האם הפגיעה בזכות החוקתית נעשתה כדין. עניינו של שלב זה בפסקת ההגבלה, שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובעת בהאי לישנא:

“פגיעה בזכות

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

147. ביסוד פסקת ההגבלה מונחת התפיסה כי בצד זכויות האדם קיימות גם חובות האדם; כי האדם הוא חלק מהחברה; כי האינטרסים של החברה עשויים להצדיק פגיעה בזכויות האדם; כי זכויות האדם אינן מוחלטות אלא יחסיות. **פסקת ההגבלה משקפת את התפיסה כי את זכויות האדם ניתן להגביל, וכי להגבלות אלה יש גבולות.**

148. אכן, זכויות האדם אינן זוכות להגנת המשפט כדי מלוא היקפן; המבנה החוקתי אינו מאפשר את מימושן של זכויות האדם כדי מלוא פריסתן.

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

150. התובעים טוענים כי סעיף החוק הינו בלתי חוקתי כיוון שהוא חל למפרע, הוא לא קובע את ההסדרים הראשוניים בדבר תחולתו ובחלקו הוא עמום וסתום. עוד טוענים, כי הסעיף אינו עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, וכי תכליותיו אינן ראויות. עד כאן טיעוניהם לענין זה בתמצית. המדינה טוענת מנגד, כי כל ארבעת תנאי פסקת ההגבלה מתקיימים בענייננו, ולהלן נתייחס לכל תנאי ותנאי, ראשון ראשון ואחרון אחרון.

▪ **הפגיעה הינה בחוק או לפי חוק או מכח הסמכה מפורשת בו**

151. הבקשה לדחיית התביעה על הסף נסמכת על סעיף 5ב(א)(1) לחוק הקובע כי המדינה אינה אחראית בניזיקין לנזק שנגרם לנתין של מדינה שהיא אויב או מי שאינו אזרח ישראלי, שהוא תושב שטח מחוץ לישראל שהממשלה הכריזה עליו, בצו, כשטח אויב, אלא אם כן הוא שוהה כדין בישראל.

152. סעיף החוק הוא יצירתו של המחוקק הראשי במסגרת תיקון מס' 8 לחוק הניזקים

האזרחים. בתיקון נקבעים עקרונות מפורטים לשם יישום תכליותיו של התיקון. התיקון מסמיך את הממשלה להגדיר מהו שטח אויב בהתאם לתנאים המנויים בו. מדובר בהסדר ברור ומפורט. עוד נבקש לציין כי המחוקק טרח וקבע בתיקון עצמו לא רק את הכלל בדבר סייג האחריות, אלא אף את החריגים לכלל, המנויים בתוספת.

153. זאת ועוד. ה"חוק" הנזכר בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל גם את משפט מקובל אנגלי, שנקלט בישראל כאמור בדנ"א 5698/11 דיראני ומשפט מקובל "תוצרת הארץ".⁴⁷ ודוק, לעניין זה, הובעה בספרות המשפטית העמדה כי כלל שהוא חלק מן המשפט המקובל, עונה על הדרישה כי הפגיעה נעשתה "בחוק".⁴⁸

154. התובעים טוענים כי מדובר בסעיף עמום ולא ברור, ועל כן לא ניתן לומר כי הפגיעה הינה "בחוק". מבלי לקבוע עמדה בשאלה האם חוק עמום אינו מקיים את מבחן המשנה הראשון, עמדתנו היא, כי מדובר בחוק ברור ומפורש. הטכניקה החקיקתית של קביעת עקרונות ברורים בחקיקה ראשית, והעברת הסמכות ליישום העקרונות בחקיקת משנה, היא טכניקה מקובלת. אין לומר עליה כי היא בלתי חוקתית.

155. נוכח האמור לעיל טוענת המדינה, כי התנאי הראשון הקבוע ב"פיסקת ההגבלה" הדורש שהפגיעה בזכות החוקתית "שלפי חוק היסוד" תיעשה באמצעות חוק (או לפי חוק מכח הסכמה מפורשת) מתקיים במקרה דנא באשר הפגיעה מוסדרת בדבר חקיקה של הכנסת.

▪ סעיף החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

156. חוק היסוד קובע כי אין פוגעים בזכויות שלפי חוק היסוד אלא בחוק ההולם את "ערכיה של מדינת ישראל". ערכיה של מדינת ישראל הם ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. התנאי השני הקבוע ב"פיסקת ההגבלה" דורש שהחוק יהלום את ערכיה של מדינת ישראל. פיסקה זו פורשה כמפנה בראש ובראשונה לערכיה של ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית" אותם יש לכבד ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל, הכול כאמור בסעיפים 1 ו-1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מעבר לכך אפשרית במסגרת זו אף התחשבות בערכי בסיס נוספים של מדינת ישראל.

157. התובעים לא התייחסו לתנאי זה בתגובתם, והתמקדו בטענה כי תיחום האחריות הנזיקית של המדינה פוגע בעקרונות המשפט הבין לאומי. לטענה זו אין כל בסיס.

158. כל עניינו של הסעיף הוא בתיחום אחריות נזיקית של המדינה לגבי נזקים במהלך עימות מזוין מתמשך. בניגוד לטענת התובעים, דיני הנזיקין אינם באים לפצות על כל נזק שנגרם בתחומי חברה נתונה, אלא רק על נזק שנגרם לאינטרס מוגן.

159. תיחום אחריותה הנזיקית של המדינה הוא מהלך מקובל, בעיקר בארצות המשפט המקובל. בישראל קובע חוק הנזיקים האזרחיים מספר הסדרים מיוחדים הנוגעים לאחריות המדינה. ראו לעניין זה, למשל, סעיף 3, העוסק בפטור בנזיקין, בתנאים מסוימים, לגבי

47. ראו: ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 156-166. השוו: *Sunday Times v United Kingdom* (1979) 2 EHRR 245. עיינו גם: בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה [פורסם בנבו], 20.8.08.

48. אהרן ברק, פרשנות במשפט 507-514 (כרך שלישי - פרשנות חוקתית), תשנ"ה.

מעשה שנעשה בהרשאה חוקית; סעיפים 6 ו-7 המסייגים את אחריותה של המדינה בנוזיקין לגבי חבלה ומוות שנגרמו במהלך השירות הצבאי ועקב השירות הצבאי.

160. בחקיקה הישראלית קיימים מספר הסדרים, הקובעים סייגים לאחריות בנוזיקין, שרק אחדים מהם פוטרים את המדינה דווקא. כך, לדוגמא, סעיפים 40 ו-41 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב - 1982 מעניקים פטור מאחריות בנוזיקין לבעל רישיון שהוענק על פי החוק בתנאים הנקובים בסעיפים אלה. הוראות דומות קיימות אף בסעיפים 77 ואילך לחוק הדואר, התשמ"ו - 1986.

161. לעניינו רלוונטיות אף הוראות סעיפים 7 ו-8 לחוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה) תשנ"ו - 1996 הקובעים כך:

7. תובענות לפי סעיף XX להסכם

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

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

8. תחולת פרק ד'

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

162. סעיפים אלה נועדו למנוע הגשת תביעות נגד המדינה לגבי מעשים של המפקד הצבאי שבוצעו בתחומי אחריות, שהוקנו לו בעבר, ושהועברו לרשות הפלסטינית, במסגרת הסכם הביניים. עתירות שהוגשו נגד חוקתיות סעיפים אלה נדחו ע"י בית המשפט העליון.⁴⁹

163. כל אחד מהסדרים אלה בא להתאים את כללי האחריות של דיני הנוזיקין למעוולים מיוחדים או לסיטואציות מיוחדות. התוצאה של הסדרים אלה היא צמצום האחריות הנוזיקית, שלילתה, או תיעול חלק מהתביעות למסלולים אחרים של הטבת הנוזק.

164. אין לומר שעצם תיחום האחריות הנוזיקית הוא מעשה פסול מבחינה חוקתית, גם אם המשמעות היא שנוק מסוים לא יזכה לפיצוי, או שמעשה מסוים לא יקים אחריות בנוזיקין, או שיוקם עבורם מנגנון פיצוי חלופי, שלא דרך דיני הנוזיקין. תיחום שכזה אינו פוגע בשלטון החוק או בעקרון הפרדת הרשויות.

165. אף אין לומר כי סייג לאחריות הנוזיקית יביא להיעדר תמריץ להתנהגות ראויה מצדם של החיילים ורשויות המדינה. זאת בשל הכלים המשפטיים האחרים-הפליליים,

המשמעותיים, והמינהליים, המונעים התנהגות זו, ומטילים סנקציות שונות על מי שאינם עומדים בתנאיהם. רוצה לומר: היעדר אחריות בנזיקין אינו מונע הטלת חובות מתחומי משפט אחרים על מבצעי המעשה, בין היתר במטרה הבטיח כללי התנהגות ראויים.

166. ככל עקרון, אף העקרונות עליהם מדברים התובעים הם עקרונות יחסיים. אף אותם ניתן להגביל לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, ואין לפסול אותם ללא בחינה חוקתית שלמה.

167. נוכח האמור טוענת המדינה, כי הסעיף עומד גם במבחן השני של פסקת ההגבלה.

▪ סעיף החוק נועד לתכלית ראויה

168. לעניין פרשנות הביטוי "תכלית ראויה" נפסק בעניין **התנועה לאיכות השלטון** כך:

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

169. תכלית ראויה, לענייננו, היא תכלית המבקשת לקדם את אינטרס הציבור או לקדם תכלית חברתית אחרת. אולם בכך לא די. יש לבחון אף את הצורך בהגשמת אותה תכלית. ככל שהפגיעה בזכות החוקתית קשה יותר, כך יש להראות כי הצורך בהגשמת התכלית חזק יותר. כך, במקרה של פגיעה קשה בזכות החוקתית, יש להראות כי התכלית משרתת "מטרה חברתית מהותית (substantial) או צורך חברתי לוחץ".⁵¹

170. אף אם ייאמר כי סעיף 5ב(א)(1) לחוק פוגע בזכות חוקתית של התובעים, אין מדובר בפגיעה קשה בזכות חוקתית, המחייבת תכלית המגשימה צורך חברתי מהותי. מנגד, **הסעיף מגשים מטרה חברתית מהותית**, ולכן עומד גם במבחן המחמיר ביותר, שנקבע לעמידה בתנאי של התכלית הראויה.

171. תכליתו של סעיף החוק היא, **בין היתר**, להתאים את דיני הנזיקין למאפיינים המיוחדים של המלחמה עם נתיני שטח אויב תוך עיגון הכלל לפיו "אין מבררים תביעתו של אויב", וזאת על רקע **המציאות הקשה, החריגה והייחודית של העימות המזוין למול ארגון טרור הפועל בשטח הרצועה. במסגרת זו מבקש הסעיף למנוע תוצאה בלתי ראויה ובלתי צודקת, שלפיה תשאיר גם בנזיקיהם של תושבי עזה מעבר לנשיאה בנזקים העצומים שנגרמו לה לכל אורך שנות העימות כך שעל כל צד לשאת בנזקיו שלו.**

⁵⁰ ראו לעניין זה גם בג"ץ 6893/05 ח"כ לוי נ' ממשלת ישראל פ"ד נט(2) 876 בפסקה 15 לפסק הדין. **התנועה לאיכות השלטון**, פסקה 53 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו לעניין זה גם: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון פ"ד נג(5) 241, 273. בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 258.

172. כפי שפורט לעיל, בדנ"א 5698/11 דיראני כבר קבע בית המשפט העליון, כי "הכלל במשפט המקובל האנגלי שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה, נקלט במשפט הישראלי". הנשיא גרוניס אף ראה לנכון "להציע צעד נוסף" את הכלל כך שיתאים ללחימה בטרור בעת המודרנית.

173. באותו האופן, מצא לנכון המחוקק להתאים את הדין לנסיבות הייחודיות של העימות המתמשך אל מול רצועת עזה, אשר נסיבותיו, התפתחותו והתעצמותו פורטו בהרחבה בתחילת תגובתנו.

174. חשוב לציין, כי בין יתר הפטורים המוענקים למדינה בעיסוקיה מול אויבים ועימותים מזוינים, מוקנה למדינה הפטור בגין "פעולה מלחמתית". לעניין זה נפסק בע"א 1459/11 עיזבון המנוח חדראן ואח' נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו) בהאי ליסנא:

"14. בבסיס חסינות המדינה בפעולה מלחמתית, עומדת התפיסה כי תביעות נזיקיות אזרחיות אינן מתאימות מעצם טיבן וטבען למצב לוחמתי... "כללי המשחק" במצבים של מלחמה ולחימה, אינם מתאימים לכללים, לנורמות ולסטנדרטים של זהירות בימי שלום, ואינם תואמים את המטרות הקלאסיות של דיני הנזיקין. מכאן, שיישומם של דיני הנזיקין המסורתיים במצבים של פעולה מלחמתית עלול לגרום לעיוותים משפטיים, כמו גם לחשוף את המדינה לתשלום פיצויי עתק בגין נזקי רכוש ונפש. הרציונל של חסינות המדינה במצבי לחימה אינו ייחודי למשפט הישראלי והוא מיושם במרבית שיטות המשפט האנגלו-סכסי, על פי מבחנים ואיזונים שונים, לרוב תוך מתן פרשנות מרחיבה למונח פעולה מלחמתית... 15. בפסיקה התעוררו קשיים מעשיים ועיוניים בהחלתה של חסינות המדינה, אשר נובעים, בין היתר, מהמורכבות של המצב המלחמתי בשטחי יהודה ושומרון (ורצועת עזה לפני ההינתקות), לאור האופי הלוחמתי באזורים אלו".

175. הכלל המוציא את נזקי המלחמה מתחום דיני הנזיקין הוא הסדר כללי. הוא חל הן לגבי אזרחי המדינה, הן לגבי אויביה והן לגבי מי שמצויים תחת תפיסה לוחמתית של המדינה. לצד הסדר זה קיים הכלל מהמשפט המקובל, ולפיו נתיני אויב אינם יכולים לתבוע את מדינת האויב במהלך המלחמה אשר כאמור נקלט במשפט הישראלי. במלחמה כל צד נושא בנזקיו, ובתום המלחמה המדינות יכולות להגיע להסדר בעניין הפיצויים. פיצוי נזיקי במהלך המלחמה נתפס אף כסיוע לכלכלת האויב. הסדר זה נהג גם בישראל.

176. הגיונו של הסדר זה, הוא הכלל לפיו "אין מבררים תביעתו של אויב", חל באופן מוחלט גם בעימות המזוין עם החמאס ברצועת עזה. וזאת, ממספר טעמים.

177. ראשית, מדינת ישראל, הצד המתגונן מול מתקפת הטרור, נאלצה לשאת במימון הוצאות הלחימה, וכן במימון כלל הפיצויים הנזיקיים. התובעים טוענים כי מטרת הסעיף היא כלכלית, דהיינו חסכון בכסף. אכן, אין לזלזל בעלות הכספית של הלחימה. אולם אין מדובר בשיקול כלכלי בלבד, אלא בראש ובראשונה בשיקול ערכי. אין זה ראוי שהצד המותקף יאלץ לשאת בכל ההיבטים הנזיקיים של העימות המזוין.

178. שיקול ערכי זה, העומד ביסוד הכלל לפיו אין המדינה יכולה להיתבע על ידי נתיני אויב, רלוונטי ובעל משקל גם למצב הדברים ברצועת עזה. מצב הדברים, אשר פורט ותואר

בהרחבה לעיל, הינו של עימות מזוין ארוך שנים, אשר הולך ומעצים במידת הסיכון שנגרם לאזרחי מדינת ישראל ובמידת הנזק הממשי הנגרם לאזרחי ישראל, וכן במידת ההשקעה הנדרשת לצורך מאבק בטרור כאמור.

179. שנית, מכיוון שדיני הנזיקין כלל אינם מתאימים להחלה בזמן עימות מזוין, ניהול התביעות מצדה של המדינה קשה ביותר. על פי הדין שהיה קיים עד לתיקון, העלאת טענת הסייג לאחריות מפני נזק שנגרם ב"פעולה מלחמתית" היא טענת הגנה. אלא שבנסיבות העניין, הוכחת טענה זו מעלה קושי רב, אף לאחר ההסדרים שבתיקון מס' 4 לחוק.

180. במקרים רבים לא ניתן לאתר את החיילים שפעלו בשטח, בשל ריבוי הכוחות והאירועים; השטח בו מתבצעת הלחימה - **ברצועת עזה בפרט** - הוא שטח עוין, ולכן לא ניתן להגיע אליו, לשם בירור העניין וביצוע בדיקות בשטח; העדים לאירוע אף הם תושבי השטח העוין, ולכן לא ניתן להגיע לעדים, או לברר מהימנות של רישומים רפואיים; החיילים שפעלו בשטח מתקשים לזכור אירוע נתון בתוך רצף לחימה כולל; תביעות מסוימות מתייחסות לאירועים בהם פעל צה"ל על בסיס מידע מודיעיני, לכן לא ניתן לחשוף מידע זה, על מנת להוכיח את טענת המדינה; וכו'.

181. מלבד הגדלת הסיכון לתביעות כזב, כחלק מהלחימה בישראל, מדגימים קשיים אלה את חוסר ההתאמה של הדינים לסיטואציה שבה נתונה מדינת ישראל.

182. שלישית, העימות המזוין מחייב את צה"ל לנקוט באמצעים רבים, שלא ניתן לקשור אותם לאירוע לחימתי כזה או אחר. אולם בראייה רחבה מדובר במהלכים שהם חלק אינטגרלי מפעולות הלחימה. מדובר על פעולות הנובעות מצורך צבאי כמו חישוף שטחים במטרה למנוע ירי משטחים נסתרים והריסת מבנים, פעולות מודיעיניות וכו'. בחינה נקודתית של אירועים אלה, על פי הדין, שקדם לתיקונים מס' 7 ו-8 לחוק, אינה מאפשרת לבחון את המלחמה בהיבט הרחב שלה.

183. קיימת תכלית נוספת, והיא מניעת סיוע לאויב בזמן עימות מזוין ומתמשך. כפי שהראינו, במשפט המקובל קיים כלל עתיק יומין, המונע הגשת תביעות מצדם של נתיני אויב. זהו צעד שהוא אחד מהצעדים בהם נוקטת המדינה, במטרה למנוע העברת כספים מהמדינה לאויביה, שעלולים לסייע לאויב במלחמה.

184. במתקנות שבמדינות קיים הכלל לפיו אין מבררים תביעות של אויב וזהו כלי בידי מדינה ריבונית לחסום את אויביה ולמנוע מהם כספים, העלולים לסייע להם במלחמתם כנגדה. התכלית ביסוד כלל זה ברורה - מדינה איננה חייבת לעזור לאויביה. המדובר אפוא בתכלית ראויה ומוצדקת.

185. ניתן לראות אם כן, כי התכליות השונות שפורטו לעיל הן תכליות המתאימות מעצם טיבן וטבען לעימות מזוין ומתמשך, ובמיוחד עימות מזוין רב עצימות ורחב היקף כעימות של ישראל אל מול חמאס ברצועת עזה. יוטעם שוב - כל שטחה של רצועת עזה נתון לשליטתו

האפקטיבית של החמאס המוגדר כארגון טרור והמצוי ביחסי איבה ועימות עם מדינת ישראל. הטרור הוא לחם חוקו של ארגון זה. בימים אלה הוא נערך לקראת סבב האלימות הבא נגד ישראל באופן חסר תקדים, אם בהגדלת כמות האמל"ח שברשותו, אם בחפירת מנהרות חוצות גבול ועוד.

186. מדינת ישראל, מצידה, עושה כל שלא ידה, כדי להגן על חיי אזרחיה וחייליה. היערכות זו, טובה ככל שתהיה, לא תמנע, אבידות בנפש ובגוף משני הצדדים. ברי כי אנו מצויים במצב של עימות מזוין ומתמשך עם ארגון זה.

187. ומכאן, שהטעמים וההיגיון העומדים ביסוד סעיף החוק, והתכליות המצדיקות אותו, הן תכליות הנכונות לעימות המזוין המתמשך והחריף מול חמאס, ממש כפי שהן נכונות לכלל הגורף לפיו אין מבררים תביעתו של אויב. כפי שאין זה ערכי וראוי כי מדינת ישראל, הנושאת בעלות הלחימה מצידה ובעלות הנזקים הנגרמים לאזרחיה וחייליה, תשא בעלות נזקי "האויב בזמן מלחמה", כך הדבר גם ביחס לעימות מול חמאס ברצועת עזה.

188. כפי שניהול תביעות נזיקיות ביחס לאירועים שקרו בשטח לחימה זר הנשלט על-ידי אויב, עומד בבסיס ההיגיון של הכלל לפיו אין מבררים תביעתו של אויב, כך נכון הגיון זה גם למצב הדברים ברצועת עזה. וברי כי בכל עימות מזוין שהוא, לרבות העימות המזוין אל מול ארגון החמאס ברצועת עזה, נדרש הצבא לא פעם לפעולות הכרוכות בלחימה ואין זה נכון שלא ייבחנו בהיבט הרחב של העימות כולו.

189. לבסוף, ממש כפי שאין המדינה הנלחמת באויב מעוניינת "להעשיר" את אויביה, כך גם בענייננו - מדינת ישראל אינה מעוניינת, ואינה צריכה, לסייע לחמאס, ובמצב דברים בו ארגון החמאס משליט מרותו על תושבי רצועת עזה - הסיכון שבסיוע לאויב באמצעות מתן אפשרות תביעה לאזרחיו על נזק, הוא סיכון ממש. תכליות אלו, שפורטו בהרחבה לעיל, הן שעומדות ביסוד הכלל לפיו אין מבררים תביעתו של אויב, והן שעומדות גם ביסוד ההסדר החוקי הנדון כאן. את הכלל מהמשפט המקובל יש להחיל, בנסיבות המפורטות, על כלל תושבי הרצועה בהתאם למקום מגוריהם.

190. התאמת הדין נעשתה באמצעות קביעת הסדר לגבי תביעות שמקורן בשטח אויב. הסדר זה קבע היעדר אחריות בנזיקין, ולצדו חריגים, כפי שהסברנו לעיל. התכלית של התאמת דיני הנזיקין למציאות הנוכחית, ומניעת כל העיוותים שפורטו לעיל, היא תכלית ראויה, המשרתת אינטרס ציבור מהותי.

191. נוכח האמור טוענת המדינה, כי סעיף 5ב(א)1 לחוק עומד אף בתנאי זה של פסקת ההגבלה, מכיוון שהוא משרת תכליות ראויות. לעניין זה ר' את שנפסק בבג"צ 8276/05 עדאלה⁵²:

"... האם התכלית המונחת ביסוד הוראת סעיף 5ג לתיקון מס' 7 היא תכלית ראויה? לדעתי, התשובה על שאלה זו הינה בחיוב. 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".

ובהמשך: 53.

"כך נראה שאין חולק שתכליתו של הכלל, מניעת סיוע לאויב, מהווה תכלית ראויה".

▪ ההסדרים בחוק הם מידתיים

192. עיקר הבחינה בענייננו מתרכזת בשאלה אם הפגיעה בזכויות הפרט היא "במידה שאינה עולה על הנדרש" - זהו תנאי של מידתיות. אין די בכך, שהתכלית היא ראויה ויש להגשימה באמצעים ראויים. הבחינה אם פגיעה בזכות לשם הגשמת ערך חברתי היא מידתית, נעשית באמצעות שלושה מבחני משנה מצטברים: 54: **מבחן הקשר הרציונאלי**, שלפיו על האמצעי שנבחר להוביל באופן רציונאלי להגשמת מטרתו; **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**, שלפיו על האמצעי שנבחר להגשים את המטרה שלשמה ננקט תוך פגיעה בזכויות הפרט במידה הקטנה ביותר; **ומבחן המידתיות "במובן הצר"**, שלפיו יש לבחון קיומו של יחס סביר בין הפגיעה בזכות לבין התועלת החברתית הצומחת - מעין בדיקה של "עלות" מול "תועלת". 55.

193. **בדנ"א 5698/11 דיראני** קבע הנשיא גרוניס, כי הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב (כשהוא מוחל על פעילים בארגוני טרור הנמצאים במדינה זרה) עונה על שלושת מבחני המשנה האמורים.

194. הנשיא גרוניס לא בחן את השאלה בדבר **תחולתו של הכלל** על תושבי עזה לאחר שזו הוכרזה כשטח אויב, שהרי ענין זה הוסדר בתיקון מספר 8 וכלשונו: "... **אם התביעה עוסקת במעשים שנעשו לאחר מכן, יחול לגביה ההסדר הקבוע בחוק הנזיקים האזרחיים, שלפיו המדינה אינה אחראית בנזיקים בהתקיימותם של תנאים מסוימים**". בצד זאת, ראוי לומר כבר עתה כי אם הכלל לפיו אין מבררים תביעתו של אויב (כשהוא מוחל על פעילי טרור) עומד בשלושת מבחני המידתיות, ואם סעיף החוק בענייננו אינו אלא התאמת הדין באופן שתכליותיו זהות או דומות לתכליות שביסוד הכלל - **הרי שניתן לומר כי גם סעיף החוק, כמו הכלל בדבר בירור תביעתו של אויב, עומד בשלושת המבחנים**.

195. גם בבחינה פרטנית של הדברים בעניין דנא, כפי שיבואר להלן, דעתנו היא כי סעיף החוק עונה על שלושת מבחני המשנה האמורים. האמצעי שהחוק נקט בו מתאים להגשמת המטרה אותה הוא מבקש להגשים (מבחן הקשר הרציונאלי); המדובר באמצעי שמידתו פחותה, ובתוצאה שהיא מידתית במובן הצר (מבחן היחסיות).

▪ סעיף החוק עומד במבחן הקשר הרציונאלי

53 פסקה 69 לפסק דינו של הנשיא גרוניס בדנ"א דיראני.

54 ראו, למשל, בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל**, [פורסם בנבו] פסקה 21 לחוות - דעתה של הנשיאה ד' ביניש (21.2.2012).

55 עיינו, בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (11.2.2010); בג"ץ 6784/06 **רס"ן שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות** [פורסם בנבו] (12.1.2011).

196. מבחן המשנה הראשון למידתיות דורש התאמה בין המטרה לאמצעי. דהיינו, התאמה בין התכלית הראויה, לבין האמצעי שנבחר להגשמתה.
197. התכלית העיקרית של סעיף החוק היא להתאים את דיני הנזיקין למצב של עימות מזוין מתמשך - בפרט מול ארגון טרור המבקש להשמיד את מדינת ישראל - ולהוציא מתחום דיני הנזיקין נזקים שנגרמו במהלך עימות מזוין מתמשך, שאינם מתאימים לבירור נזיקי. במובן זה, סעיף החוק מבקש להגשים את העיקרון על פיו אין זה צודק וראוי כי מדינת ישראל תישא בנזקי 'הצד השני לעימות' בנוסף לנשיאה בנזקיה ועלויותיה.
198. הסדר זה מאפשר לבדוד את אותם מקרים הקשורים לאירועים שהתרחשו בשטח אויב, הנבחנים בראייה כוללת, ומותיר מחוץ לתחומו את אותם מקרים שאינם קשורים לעימות. הלכה למעשה, מאפשר סעיף 5ב(א)(1) לחוק להתגבר על הקשיים המהותיים והמעשיים, שנבעו משימוש בדיני הנזיקין למצבי לחימה; הוא מגשים את העיקרון, על פיו כל צד למלחמה נושא בנזקיו, ומעביר את האחריות לטיפול בתושבי עזה לשלטון השולט שם גם אם בארגון טרור מדובר. הוא מגשים את העיקרון לפיו נזקים שאירעו במהלך העימות ייבחנו שלא על פי דיני הנזיקין ומאפשר להתגבר על הקושי האינהרנטי לבסס, מבחינה ראייתית, טענת הגנה של פעולה מלחמתית.
199. נוסף על כך, סעיף החוק מבקש למנוע סיוע כלכלי לאויב אשר יסייע במלחמה נגד ישראל. ההסדר הקיים מגשים תכליות אלה, בכך שהוא מונע מתושב שטח שהוכרז בצו כשטח אויב, גם אינו בתחום מדינת אויב, לתבוע את המדינה בנזיקין.
200. לא למותר לציין כי בשטח כאמור, בו משליט ארגון טרור רצחני את מרותו על התושבים, כל הטבה או רווח כלכלי לתושביה עשויה להיות למעשה 'סיוע לאויב'.
201. מן המקובץ לעיל ניתן לראות כי התיקון מגשים את מבחן הקשר הרציונאלי, במובן זה שהוא מגשים את העיקרון לפיו אין זה צודק שישראל תשא בנזקו של 'הצד השני לעימות'; הוא מונע סיוע כלכלי לצד השני והוא מגשים את העיקרון לפיו נזקים שאירעו במהלך עימות מזוין אינם מסוג האירועים אשר ראוי לטפל בהם בכלים של דיני הנזיקין.

▪ **סעיף החוק עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**

202. על פי מבחן המשנה השני למידתיות, יש לבחון האם המחוקק בחר באמצעי שפגיעתו בזכויות האדם היא פחותה יחסית, בהשוואה לאפשרויות האחרות שעמדו או שעומדות בפניו. הדרישה איננה שהבחירה תהיה באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפחות פוגעני, אלא די בכך שהאמצעי יהיה בגדרו של "מתחם המידתיות".
203. המבחן דורש, כי החוק הפוגע לא יפגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש להשגתה של התכלית הראויה. השימוש במבחן זה יכול להביא לעיתים לפסילת כלל המגביל בצורה גורפת זכות יסוד, ולהעדיף על פניו הסדר, המבוסס על בחינה אינדיבידואלית של מקרים פרטניים. עם זאת, מבחן משנה זה אינו פוסל, קטגורית, הסדר גורף. יש לבחון את ההסדר לגופו, על מנת להראות אם רק הסדר גורף יכול להגשים את התכלית הראויה, אם לאו.

204. לטעמנו, לא ניתן לראות בסעיף 5ב(א)1) כקובע כלל גורף. זאת מכיוון שלצד הכלל קובע חוק הנזיקים האזרחיים מספר חריגים, המביאים את ההסדר לעמידה גם במבחן המשנה השני. כך למשל נקבע חריג להיעדר אחריותה של המדינה, והוא אם מדובר ב"נזק שנגרם בסוגי תביעות או לסוגי תובעים כאמור בתוספת הראשונה". התוספת הראשונה לחוק מכילה פרט יחיד והוא: "תביעה שעילתה נזק שנגרם לאדם כאמור בסעיף 5ב(א) בעת שהיה מצוי במשמורת של מדינת ישראל כעצור או כאסיר ואשר לאחר שהותו במשמורת לא חזר להיות פעיל או חבר בארגון מחבלים או לפעול מטעמו או בשליחותו של מי מהם".

205. במילים אחרות, סעיף 5ב לחוק קובע כלל, חריג, וחריג לחריג: הכלל הוא, שאין המדינה חבה בנזיקים לנזק שנגרם למי מהמנויים בסעיפים 5ב(א)1) - 5ב(א)3) לחוק. החריג לכך הוא תביעות שעילתן בנזק שנגרם בעת שהניזוק היה מצוי במשמורת של מדינת ישראל כעצור או כאסיר. בתביעות כאלו, יש עילת תביעה כלפי המדינה בנזיקין.

עם זאת, לכך נקבע חריג לחריג, במקרה שהניזוק, לאחר שהותו במשמורת, שב להיות פעיל או חבר בארגון מחבלים או לפעול מטעמו או בשליחותו. אז, שוב, אין המדינה אחראית לנזק שנגרם. לעניין זה ר' התייחסותו של הש' מלצר בדנ"א 5698/11 דיראני, כדלקמן:⁵⁶

"יתר על כן, אצלנו, כאשר נתין של אויב (לרבות עציר בטחוני) מצוי בשטח שבשליטת המדינה הוא מקבל גישה ישירה לערכאות השיפוטיות (ולא רק בענייני הביאס קורפוס)... הן היחידות היכולות להבטיח באופן אפקטיבי את זכויותיו החוקתיות והאחרות... כך, כאשר איסור האפשרות על בירור תביעתו של האויב עלולה לגרום לנזק מצרפי גדול יותר לישראל ולאזרחיה מאשר התועלת שביישום האיסור יש מקום לברר את התביעה (השוו: Rodriguez v. Speyer Bros. [1918] AC 59 (H.L.)). כך, כאשר מקום מושבו של העותר הוא במדינת אויב, אך הוא טוען כי עומדת לו זכות חוקתית להיכנס לישראל, או זכות אחרת ממין זה - אין הצדקה שלא לברר את עתירתו (השוו: עניין חכים). וכך ייתכנו טעמים אחרים, שאינני רואה צורך לגודרם לעת הזו, שבעטיים ימצא בית המשפט כי אין מקום להחלת הכלל האוסר על בירור תביעות אויב באופן גורף".

206. כיום מונה התוספת חריג אחד, הנוגע לנזק שנגרם במהלך שהות במשמורת ישראלית, ובתנאי שהנפגע לא חזר לפעילות נגד מדינת ישראל במסגרת ארגון מחבלים. אף במקרה זה, מבקש החריג להותיר על כנה את אחריות המדינה בנזיקין על מעשים במתקני משמורת, בשל האחריות המוגברת המוטלת על המדינה במצבים אלה. עם זאת, המחוקק סבר, כי אין מקום לפצות את מי שבעת ניהול התביעה אינו במשמורת, אם הוא שב לסורו, ומבקש אף לפגוע בקיומה של מדינת ישראל.

207. במקרה זה שב ומתעורר הטעם העומד ביסוד התיקון, המבקש למנוע סיוע לאויב במלחמתו בישראל. כן ר' דבריו של הנשיא גרוניס באותו עניין כדלקמן:⁵⁷

"... באשר למבחן המשנה השני, שלפיו יש לבחור באמצעי המגשים את המטרה והפוגע כמה שפחות בזכויות הפרט, הרי שגם מבחן זה מתקיים בענייננו. מן העבר האחד שומה לזכור, כי הכלל הקיים במשפט המקובל

⁵⁶ שם, פסקה 173 לפסק דינו.
⁵⁷ שם, פסקה 73 לפסק דינו.

אינו שולל באופן מוחלט את זכות הגישה לערכאות של האויב (או את יתר זכויותיו). בהתאם לכלל במשפט המקובל, בירור התביעה מושהה עד לסיום המלחמה (ולענייננו, עד לסיום העימות המזוין עם ארגון הטרור). נמצא, כי השהיית בירור התביעה למשך המלחמה (או העימות המזוין) היא בחירה באמצעי שפגיעתו בזכות הפרט היא פחותה מאשר שלילה מוחלטת של זכות הגישה לערכאות. בנוסף, גם צמצום היקפו של הכלל במשפט המקובל, כפי שהוא מוחל במהלך עימות מזוין עם ארגון טרור, לתובעים שהם פעילים בארגוני טרור במדינה זרה, ואי-החלתו על תושבי המדינה הזרה כולם, מהווים גם הם בחירה באמצעי שפגיעתו בזכויות הפרט היא פחותה. כמו כן, גם העובדה כי לפי הכלל במשפט המקובל, יש לברר תביעות של תושב מדינה זרה הנמצא כדין בישראל או עצור בה, ממתנת את הפגיעה בזכויות הפרט. באותו אופן, גם ההבחנה בין תביעות אזרחיות לבין עתירות במשפט הציבורי מקטינה את הפגיעה בזכויות הפרט (וראו לעניין זה, פסקה 41 לעיל)."

208. אליבא הנשיא גרוניס, הכלל מהמשפט המקובל עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, בין היתר בשל העובדה, שהוא אינו שולל באופן קטגורי את זכות הגישה לערכאות ובשים לב לכך שהוא מעגן בחובו מנגנונים המקטינים את הפגיעה בזכויות הפרט. כל אלה מוצאים את מקומם גם בסעיף החוק הנתקף כעת, אך ביתר שאת, ולשיטתו של הנשיא גרוניס כזכור, יש מקום להחילו על האירועים שהתרחשו לאחר המועד הקבוע בחוק, כבמקרה דעסקין.

209. נוסף על החריג האמור לעיל להסדר הקבוע בסעיף החוק, ניתן לציין 'חריגים' נוספים המדגימים כי אין בסעיף זה כדי "לחסום" את גישתם של תושבי רצועת עזה לערכאות בישראל. כך למשל, כאשר תושב השטח הרלוונטי מצוי כדין בישראל, הרי שיש לו את האפשרות לתבוע בנזיקין את המדינה; אין כל מניעה כי תושב השטח האמור ינהל תביעות שונות כנגד גופים שאינם שייכים למדינה (למשל, במסגרת סכסוכים עסקיים עם גורמים ישראלים); ולבסוף, ראוי לציין כי אין כל מניעה 'גורפת' (או בכלל) של יכולתם של תושבי רצועת עזה לפנות בעתירות לבתי המשפט לעניינים מנהליים או אף לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ ובכך למעשה להביא את החלטות המדינה בענייניהם הפרטניים ובעניינים עקרוניים, בפני בתי המשפט הישראלים. בכל המובנים הללו, לא ניתן להגיד כי "נחסמת" גישתם של תושבי רצועת עזה לערכאות, באופן גורף.

210. לסיכום, הראינו כי לסייגים לאחריות בנזיקין שקובע החוק יש מספר חריגים. חלק מן החריגים וההקלות מבוססים על הסדרים גמישים, המאפשרים להתאים את ההסדר, כך שפגיעתו, אם בכלל, לא תהא מעבר לנדרש.

211. יחד עם זאת, גם אם נקבל כי מדובר בהסדר רחב כולל, מדובר בהסדר מחויב המציאות. זאת מכיוון שבירור פרטני של תביעות על נזקי מלחמה אינו מתאים לדיני הנזיקין.

212. על כן סעיף החוק עומד גם בתנאי המשנה השני של עקרון המידתיות.

▪ **סעיף החוק עומד במבחן המידתיות ב"מובן הצר" (מבחן היחסיות)**

213. גם לאחר שסברנו כי החוק משרת תכליות מותרות, ומצוי במסגרת "מתחם המידתיות"

כדי להשיג תכליות אלו, שומה עלינו לבחון את מידתיותו של החוק "במובן הצר", הוא מבחן המשנה השלישי של ה"יחסיות". ההשוואה כאן איננה בין היתרון שבהגשמת המטרה לבין הנזק שבפגיעה בזכות. אלא ש"ההשוואה מצטמצמת לתוספת היתרון ולתוספת הנזק הנגרמות בעקבות החוק. ההשוואה עוסקת בתוספת השולית".⁵⁸

214. על פי מבחן זה יש לבחון קיומו של יחס סביר בין הפגיעה בזכות לבין התועלת החברתית הצומחת מכך. זהו מבחן של איזון ושל סבירות. עלינו לשאול, האם התועלת הצומחת לאינטרס הציבורי משלילת אחריותה בניזיקין של המדינה לנזק הנגרם בשטח אויב שקולה כנגד ההפסד שנגרם לפרטים שנפגעו כתוצאה ממעשה ניזיקין של כוחות הביטחון.

ובתוך כך - האם התועלת לאינטרס הציבורי הנגרמת בשל שלילת אחריות המדינה בגין עוולה שבוצעה שלא על ידי "פעולה מלחמתית" שקולה כנגד הנזק הנגרם למי שניזוקו בשל אותה עוולה?

215. בענין זה סבורים אנו, כי סעיף החוק עומד גם במבחן המשנה השלישי של המידתיות, כפי שנמק מיד בסמוך.

216. התועלת הנעוצה בסעיף החוק היא משמעותית ביותר באשר הוא מחזיר את האיזון לדיני הניזיקין, ומתאים אותם לנסיבות החדשות של העימות המזוין. הוא מעגן קביעות ערכיות ופותר קשיים מעשיים ביישום הדין הקיים. הוא מעגן את העיקרון לפיו בעת עימות כל צד נושא בנזקיו, ומונע את התוצאה, הקיימת כיום, שבה ישראל נאלצת לעיתים לשאת בנטל כפול של תביעות בגין נזקי העימות המזוין, הן של תושביה והן של תושבי רצועת עזה.

217. הסעיף אף מונע את ניצול הדין הישראלי לצורך קבלת כספים, שעלולים לשמש במלחמה נגד ישראל. מנגד, הנזק שייגרם כתוצאה ממנו אינו רחב היקף. יש לזכור כי גם בדין שהיה קיים עובר לתיקון מס' 8 היו קיימות דוקטרינות משפטיות שתחמו את הסעד הניזיקי באשר לתביעות נתיני אויב כאשר סעיף 5(א) לחוק בא לעגן.

218. מנגד, הנזק שייגרם כתוצאה מהסעיף זה אינו רחב היקף, כפי שמנסים לטעון התובעים. יש לזכור כי גם על פי הדין הקיים, קיימים תנאים התוחמים את הסעד הניזיקי של תושבי מדינות אויב, וממילא תחימות אלה מצמצמות את הנזק שיגרום להם התיקון.

219. לגבי תביעות של נתיני שטח אויב יש לזכור כי על פי הדין הקיים קיימת למדינה חסינות מפני תביעה בגין "פעולה מלחמתית" ככל שתוכח כזאת. דינן של תביעות רבות, העוסקות באירועים שאירעו בשטחים מאז ספטמבר 2000, להדחות מטעם זה כשלעצמו. וכך קרה.

220. ההבדל בהקשר זה שיוצר הסעיף עיקרו בכך שעל פיו לא יהיה צורך להוכיח בכל מקרה נתון כי הנזק נגרם כתוצאה מ"פעולה מלחמתית", אלא די יהיה להוכיח כי הנזק נגרם לתושב שטח אויב. יחד עם זאת, חלק מן התביעות ימשיך להתברר בשל קיומם של החריגים

עליהם הרחבנו לעיל.

221. על כן, סעיף החוק עומד גם בתנאי המבחן המשנה השלישי של המידתיות.
222. מבחן המידתיות הוא מבחן היורד לקרביו של החוק. אלא שמלאכת החקיקה אינה מדע מדויק. הדבר נכון גם לגבי הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. לעיתים ניתן לחשוב על פתרונות אחרים להגשמת התכלית, אלא שאין בכך כדי להביא לפסילת הסעיף. למחוקק מוענק מרחב תמרון, לשם מציאת ההסדר המידתי. כך נפסק בבג"צ 7052/03 **עדאלה** :
- "77. מבחן המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלו, אינו מבחן מדויק. בין מבחני המשנה יש לעתים חפיפה ניכרת. בתוך כל אחד מהם יש מקום לשיקול דעת. לא תמיד מובילים מבחני המשנה למסקנה אחת ויחידה (ראו פרשת מנחם, עמ' 280). אין בהם הדיוק המאפשר חד-משמעויות זו. ניתן לעתים לנקוט במספר פתרונות שיש בהם כדי לצאת ידי חובת המידתיות. לעתים המקרה הוא גבולי... נוצר מיתחם של מידתיות (בדומה למיתחם הסבירות). כל בחירה של אמצעי או מיזוג של אמצעים בתוך המיתחם מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. למחוקק יש מרחב תמרון בתוך המיתחם. הבחירה נתונה לשיקול דעתו."
223. לסיכום פרק זה- לשיטתנו, דחייתה של התביעה על הסף, אפילו היא פוגעת בזכויות חוקתיות - מצויה בתוככי מתחם המידתיות, והיא אף עונה על יתר תנאיה של פסקת ההגבלה. לפיכך דין הטענות לפגיעה בלתי חוקתית בזכויות - להדחות.
224. הסברנו והדגמנו כיצד עומד סעיף החוק בשלושת מבחני המידתיות. שבנו והדגשנו, לאורך הניתוח החוקתי, כי בבסיס ההגיונות העומדים ביסוד סעיף 5ב(א)(1) לחוק עומדות תכליות הדומות ואף זהות לאלו העומדות ביסוד הכלל לפיו "אין מבררים תביעתו של אויב". וכמו הכלל, כך גם סעיף 5ב(א)(1) לחוק אשר נועד לכך שהתכליות וההגיונות העומדים ביסוד הכלל, יתמשו לכדי הסדר משפטי ראוי המביאים לידי ביטוי את מצב העימות המזוין הממושך הקיים בין ישראל לחמאס.
225. ודוק, בין ישראל לחמאס מתקיים עימות מזוין ארוך שנים, רב היקף, בעצימות הולכת ומתגברת. ארגון זה משליט את מרותו על תושבי רצועת עזה ושטחה, ועושה בה כרצונו לשם מימוש רצונותיו בדבר הוצאת פעילות טרור ופגיעה באזרחים ובחיילים ישראלים. מציאות זו אך הלכה והחמירה, הלכה והעמיקה, בעשור האחרון. מציאות זו חייבה כלל משפטי, מעוגן כדין בחקיקה, אשר יאפשר להתמודד עימה. מציאות זו חייבה ועודנה מחייבת, התאמה של דיני הנזיקין אליה, כפי שמגולם בסעיף החוק.
226. לקראת סוף הדברים, אף שלא בשוליהם, נבקש להזכיר כי נכון היה בית המשפט העליון להכיר בייחודיותה של רצועת עזה, במספר הזדמנויות, והכיר בחוקיות (ואף נאמר, חוקתיות) של הסדרים שונים שנועדו להתאים תחומי דין שונים למציאות הביטחונית הייחודית של רצועת עזה. בבג"צ 466/07 **גלאון נ' היועמ"ש** (פורסם בנבו) נפסק כדלקמן :

“דומני שגם בלא שתהא בפנינו חוות דעת מקצועית בעניין, ניתן להבחין בין היכולת לעמוד על הסיכון הנשקף מתושבי יהודה והשומרון, לבין היכולת לעמוד על הסיכון הנשקף מנתיני מדינות הסיכון, כמו-גם מתושבי רצועת עזה. רצועת עזה ומדינות הסיכון הן ישות ומדינות עוינות שאין לישראל קשרים עימן. קשה להניח על כן כי לישראל יכולת לבצע בידוק עובדתי-ביטחוני ממשי בעניינו של בן הזוג הזר מול הרשויות במדינות אלה. במצב זה, קשה יהיה לקבל מידע מהימן על אודות בן הזוג הזר או לבדוק את המידע שסיפק. לפיכך, נראה כי במקרים אלה, יקשה על גורמי הביטחון לעמוד מבחינה מעשית, ובאופן מספק, על הסיכון הנשקף מבן זוג זר עבורו מתבקש המעמד בישראל. קושי זה רלוונטי כאמור, גם ביחס לבני זוג שהם תושבי רצועת עזה, שבה אין לישראל עוד שליטה אפקטיבית והיא נשלטת על-ידי ארגון טרור שמטרתו פגיעה בביטחון המדינה. לאור האמור, אני סבורה כי ככלל, ביחס לבני זוג שהם נתיני מדינות סיכון ורצועת עזה, יקשה לקיים בידוק פרטני של מסוכנותם”.

227. ואם כך בעניין אחד אשר נמצא כי הוא חוקתי, הרי שכך גם בעניינו - המציאות הייחודית ברצועת עזה, מצדיקה את קביעתו של סעיף 5(א)(1) לחוק, ואת ההתאמה הגלומה בו של דיני הנזיקין למצב העימות המזוין בין ישראל ובין ארגון חמאס ברצועת עזה.

■ אין פגם בהחלה רטרואקטיבית של סעיף החוק

228. ראשית, אין כל רלוונטיות לטענה בעניינו, שעה שהאירוע נושא התביעה התחולל לאחר תיקון מס' 8 ולאחר ההכרזה על עזה כשטח אויב. שנית, וכמפורט לעיל, בצו הנזיקים האזרחיים נקבע כי מועד תחולתו הוא 3 חודשים קודם למועד פרסומו, דהיינו מועד תחילת מבצע "צוק איתן".

229. לטענת התובעים, צו הנזיקים האזרחיים קובע הסדר רטרואקטיבי ועל כן הוא פסול. עם כל הכבוד דין טענה זו להידחות. אין כל איסור בחוקי היסוד על חקיקה רטרואקטיבית. אי לכך, עצם החלה רטרואקטיבית, קל וחומר של שלושה חודשים, אינה פוסלת את החוק. לעניין זה נפסק בע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל כדלקמן:⁵⁹

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

הכלל הוא אם כך כי:

“חקיקה אזרחית רטרואקטיבית, כלשעצמה, אינה נוגדת את ערכיה של מדינת ישראל, הכל תלוי בתוכן החקיקה”.⁶⁰

230. על כן, יש לבחון את הפגיעה החוקתית, שיוצרת ההוראה הרטרואקטיבית, בחינה חוקתית רגילה, על פי שיטת הניתוח שהתוונו לעיל. אין לומר שחקיקה רטרואקטיבית פסולה על

⁵⁹ פ"ד מו(2) 775, 765.

⁶⁰ בג"צ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור פ"ד נ(2) 793, 817.

פני הדברים, ומכל מקום, ודאי שחקיקה מעין זו עומדת בתנאי הראשון של פסקת ההגבלה. אכן, חקיקה שכזו פוגעת באינטרס ההסתמכות של הפרט, הן במערכת היחסים בינו לבין השלטון, והן במערכת היחסים בינו לבין פרטים אחרים בחברה. היא פוגעת במי שהסתמך על החקיקה ושינה מצבו לרעה. על כן, חוק המשנה מצב משפטי למפרע, אך אינו פוגע באינטרס ההסתמכות, אינו פוגע בכל זכות חוקתית מוגנת.

231. במקרה שלפנינו, מדובר בסעיף חוק המשנה את הדין המהותי בתחום דיני הנזיקין אשר מסייג את אחריותה של המדינה בנזיקין. על פי ההלכה, אין מקום רב לטענת ההסתמכות בדיני הנזיקין. לעניין זה נפסק ברע"א 8925/04 **סולל בונה נ' עיזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל** (לא פורסם) כך:

"23. מה משקל יש ליתן לאינטרס ההסתמכות בשינוי הלכתי בתחום דיני הנזיקין? כדי להשיב על שאלה זו יש לבחון כל סוגיה לגופה. יש לבדוק עד כמה סמכו עצמם הצדדים על ההלכה הישנה, ועד כמה נפגמת ההסתמכות זו בשינויה של אותה הלכה. הדעה המקובלת בספרות הינה כי ככלל ההסתמכות בתחום דיני הנזיקין היא מועטה... עם זאת, גם בתחום דיני הנזיקין, יש מקום להתחשב באינטרס ההסתמכות. בעיקר כך לענין הטלת חובות חדשות שלא היו מוכרות בעבר... היה זה דווקא בתחום דיני הנזיקין בו הכירו בתי משפט באמריקה לראשונה באפשרות של ביטול פרוספקטיבי בלבד של הלכה קודמת. הם עשו כן בעבר באותם המקרים בהם ההלכה הישנה לא הכירה באחריות בנזיקין (כגון ההלכה שקבעה כי בתי חולים חסינים מאחריות בנזיקין), ואילו ההלכה החדשה הכירה באחריות (תוך ביטול החסינות). בתי המשפט קבעו תחולה פרוספקטיבית בלבד להלכה החדשה, שכן בתי החולים לא ביטחו עצמם בסמכם על הדין הישן... כמובן, שיקולים אלה אינם חלים במקום שקיים ביטוח. בדרך כלל אין לתת משקל ניכר לטיעון כי היקפה של ההלכה הישנה קבע את שיעור דמי הביטוח השיקולים על פיהם נקבעים דמי הביטוח הם רבים ומגוונים, והיקפה של החבות מכח ההלכה השיפוטית הוא רק אחד מהם. על כל פנים, כוחן של חברות הביטוח "לפזר את הנזק" על כל המבוטחים מקטין את משקלו של אינטרס ההסתמכות שלהן. יכולים להיות, כמובן, מצבים יוצאי דופן, בהם לשיעור הפיצויים השפעה מכרעת על הביטוח, אך זה אינו המקרה הרגיל".

232. על כן, מלכתחילה, מקומה של טענת ההסתמכות בדיני הנזיקין אינו ברור כלל ועיקר. אם בכלל יש מקום להכיר בטענת ההסתמכות, אזי יש להכיר בה בעת שמטילים חובה, למפרע, על מזיקים פוטנציאליים, או ניזוקים פוטנציאליים. מטבע הדברים הוראה זו רלוונטית יותר כלפי מזיקים פוטנציאליים. אזי יכולה להיטען הטענה, כי החלה למפרע של חובות חדשות מונעת יכולת לבטח את יצירת הסיכון, קודם ליצירתו.

233. אלא שטענה זו כלל אינה רלוונטית במקרה שלפנינו: במקרה שלפנינו לא הטיל המחוקק כל חובה חדשה, שחייבה נקיטה בצעדים מונעים כלשהם. כמו כן, לא ניתן לטעון, כי הניזוקים יכולים היו לשנות את התנהגותם לפני הפגיעה, לו היו יודעים, מבעוד מועד על הוראות התיקון. יש לזכור כי מדובר בפגיעות הנלוות למלחמה, שככלל אינן ניתנות למניעה.

234. על כן, הוראת התחולה של הצו אשר פורסם מכוח חוק אינה פוגעת בכל זכות חוקתית

מוגנת. לחלופין, גם ייקבע כי הוראה זו אכן פוגעת בזכות כלשהי, הרי שמדובר בפגיעה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

235. הפגיעה נעשתה בחקיקה ראשית, והיא אף עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, מהטעמים שפרטנו לעיל, בעת הניתוח הכללי של פסקת ההגבלה. אף תכלית ההחלה הרטרואקטיבית היא תכלית ראויה.

236. הוראת התחולה היא אף הוראה מידתית, המקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה: ראשית, היא מקיימת קשר ראוי בין התכלית לאמצעי שנבחר לה.

237. זאת מכיוון שהוראות התחולה מביאה את תחולת החוק למועד בו פרץ מבצע "צוק איתן", ויוצרת הסדר אחיד לגבי כלל נזקי המלחמה. יתר על כן, כאמור, תחולה פרוספקטיבית של הצו עולה להביא לנטרול חלק מתכליתו של התיקון. שנית, היא מקיימת אף את התנאי של הפגיעה שמידתה פחותה. אין מדובר בהסדר גורף. הוא חל רק לגבי נזקים, שטרם גובשו לתביעה משפטית או שהתביעה בעניינם נמצאת בשלבים ראשוניים בלבד. לגבי תביעות שנמצאות בהליכים מתקדמים, דהיינו, שהוחל בשמיעת הראיות בהן לפני כניסת הצו לתוקף, לא יחולו הוראות סעיף החוק. שלישית, היא מקיימת יחס ראוי בין התועלת לנזק שנגרם לתובעים. כפי שהסברנו, ללא הוראת התחולה, יעוקר חלק מרכזי מתכלית החקיקה. מנגד כאמור, לא ניתן לבסס טענת הסתמכות על הדין שקדם לתיקון.

ח. המשפט הבין - לאומי

238. נבקש עתה לבחון את עמדת המשפט הבינלאומי בסוגיות דומות ונראה כי מעשה החקיקה אינו סותר את המשפט הבין לאומי.

239. ההלכה בישראל היא, שהמשפט הבין - לאומי המינהגי מהווה חלק ממשפט הארץ. אולם זאת רק בהעדרו של חוק מקומי סותר. המשפט הבין - לאומי ההסכמי מהווה חלק מהמשפט הפנימי רק לאחר הליך קליטה מתאים.

240. עוד קובעת ההלכה, כי מעשה חקיקה צריך שיתפרש, במידת האפשר, באופן שימנע התנגשות בין המשפט הישראלי למשפט הבין - לאומי.⁶¹ עם זאת, כאשר קיימת חקיקה ראשית ברורה וחד משמעית, היא גוברת על המשפט הבין - לאומי, אף אם הוא מהווה חלק מן המשפט הישראלי.⁶²

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

242. הדיון במשפט הבין - לאומי יתחלק לשני חלקים נפרדים. חלקו הראשון של הדיון הוא המשך לדיון בנוגע למשפט הפנימי במדינות. הוא יעסוק בשאלה, האם קיימת עילת תביעה לפיצויים מכח המשפט הבין - לאומי בדין המקומי של מדינות העולם. לעניינו נתמקד בשאלה האם אזרח או תושב זר יכול לתבוע מדינה מסוימת בבתי המשפט המקומיים שלה,

61 ר' אהרון ברק פרשנות החקיקה (1993) בעמוד 575 ואילך.
62 ר' בג"צ 256/01 רבאח נ' בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים פ"ד נו(2), 930, 935.

על נזקים, שנגרמו לו כתוצאה מהפרת המשפט הבין - לאומי בעת עימות. זאת להבדיל מתביעה על פי דיני הנזיקין המקומיים של אותה מדינה.

243. דיון זה אינו עומד במוקד ענייננו. זאת מכיוון שבמשפט הישראלי לא הוכר סעד של פיצויים על הפרת המשפט הבין - לאומי, ככל שהוא מהווה חלק מן המשפט הפנימי, לא בישראל ולא באיו"ש (ועל אחת כמה וכמה שלא ברצועת עזה). אף התביעה מושא תגובה זו, מתייחסת לדיני הנזיקין ולא להפרת הדין הבין - לאומי.

244. יחד עם זאת, הדיון בסוגיה מעלה טיעוני ושיקולי מדיניות, הרלוונטיים אף לענייננו. חלקו השני של הדיון במשפט הבין - לאומי יעסוק בשאלה מובחנת, וחלופית, והיא האם סעיף החוק סותר את הוראות המשפט הבין - לאומי. **דהיינו, האם קיים כלל במשפט זה המונע ממדינה לתחום ולסייג את דיני הנזיקין שלה, כפי שעשתה ישראל, וזאת כלפי תושבים המתגוררים בשטח אויב.**

▪ דיני הלחימה

245. דיני הלחימה מכונים גם "דיני הסכסוך המזוין". ההוראה המרכזית בדינים אלה העוסקת בפיצויים בגין נזקי מלחמה, היא סעיף 3 לאמנת האג בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה, משנת 1907. הסעיף קובע כך:

"3. A belligerent party which violates the provisions of the said regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces".

246. יוטעם כי סעיף זה, אינו מקים עילת תביעה ליחיד, אלא עילת תביעה למדינה. משכך, הסעיף ממילא אינו רלוונטי לעימות המזוין ברצועת עזה, שאינו בין שתי מדינות. בנוסף לכך, וחשוב לא פחות - סעיף זה אינו מעניק זכויות כלשהן לפרט בדבר פיצויים, ומכאן שסעיף זה אינו רלוונטי לעניין תביעות של פרטים כנגד המדינה ואינו מעניק לאותם פרטים כל עילת תביעה כלפי מדינה מחד או מחייב מדינה מצידה לפצות פרטים מאידך.

הוראה דומה מצויה אף בסעיף 91 לפרוטוקול הנוסף הראשון משנת 1977 לאמנות ז'נבה (להלן: "הפרוטוקול").

247. בשל הדמיון הרב בין הוראותיו של סעיף 91 לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה להוראותיו של סעיף 3 לאמנת האג, לא נידרש לתחולתו של הפרוטוקול בכלל בעניין שלפנינו או הוראות סעיף 91 בפרט אך נזכיר כי ישראל אינה צד לפרוטוקול.

248. ההוראה בסעיפים האמורים קובעת כי צד לאמנה, שהפר את התקנות חייב בפיצויים. אולם שאלה היא האם סעיף 3 וסעיף 91 לפרוטוקול מקימים עילת תביעה נפרדת ליחיד במדינה, שהפרה לכאורה את דיני הלחימה. כפי שנבהיר להלן, עמדת דיני הלחימה, ככל שניתן לקבוע כללים ברורים בתחום זה, היא שהפרת דיני הלחימה אינה מקימה זכות תביעה ליחיד. אמנות האג ואמנות ז'נבה, המשתייכות לדיני הלחימה, עוסקות במהותן בסכסוכים בין מדינות. לעניין זה נאמר כך:

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

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

249. כפי שהסעיפים הקובעים את כללי העשה ואל תעשה חלים במישור שבין מדינה לרעותה, כך נכון הדבר גם ביחס לסעיפים באמנות המתייחסים לחובת הפיצוי. אמנם, הפיצויים עשויים להיות מנותבים בסופו של דבר, כולם או חלקם, בין היתר על מנת להיטיב את נזקי הפרט (נוסף על מטרות נוספות כגון סיוע בשיקום תשתיות מדינתיות ועוד). אולם הזכות לדרוש פיצויים אלה מוקנית למדינה ולא ליחיד. לעניין זה נאמר כך:

"While this liability to pay compensation is, at least in part, aimed at ultimately benefiting the victims of the unlawful conduct, the provision does not seek to empower individuals to claim this compensation by themselves. Article 2 stipulates that the Convention applies between "Contracting Parties"; nowhere in the Convention are individuals named as direct beneficiaries or claimants of the said compensation Compensation for violations of the Convention is available only to states. Article 3 of the Hague Convention therefore did not constitute a departure from the traditional principle according to which only states can claim compensation from one another for violations of international law, the fact that an individual was harmed being only the basis for the claim ("mediatization" of the individual)".

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

250. מדובר בסקירה מקיפה ביותר של המצב הנוהג כיום, בכל האמור לפיצויים של נפגעי מלחמה בהתאם למשפט הבין לאומי - להלן "ריינר והופמן". גם במישור כללי אחריות מדינה במשפט הבין לאומי, במקרה של הפרת הדין הבין לאומי, אותה ניתן לייחס למדינה, אחת הדרכים המרכזיות לרפא את ההפרה היא באמצעות פיצויים למדינה הנפגעת, ולא כלפי היחיד כפי שבא לידי ביטוי בסעיף 36 ל- Articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts⁶³ על מדינה שהפרה את הדין הבין לאומי מוטלת חובה לספק פיצוי על הנזק שנגרם ממעשה ההפרה.

251. על פי דברי הפרשנות לסעיף, היקף חובת הפיצוי מכסה נזקים ברי-הערכה שנגרמו למדינה הנפגעת עצמה, וכן מכסה:

"...damage suffered by nationals, whether persons or companies, **on whose behalf the state is claiming** within the framework of diplomatic protection".⁶⁴

2001. Available at: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf&lang=EF aft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, at p. 99.

63

64

משמע, המדינה היא שתובעת וזכאית לקבלת הפיצוי, בשם ומטעם אזרחיה הפרטיים שסבלו נזק כתוצאה מההפרה. בעניין זה גם פסק בית הדין הבין לאומי לצדק בהאג:

"It is a well-established rule of international law that an injured state is entitled to obtain compensation from the state which committed an internationally wrongful act for the damage caused by it".⁶⁵

252. בתום עימות מזוין ולאחר שוך הקרבות, הסדרת מערך הפיצויים, אם בכלל, היא תוצאה אפשרית של הסכמים בין המדינות. קיימות מספר דרכים מקובלות להסדרת עניין הפיצוי לאחר מלחמה: קביעת פרוצדורה מיוחדת באמנת שלום לשם בירור תביעות כספיות העולות מן המלחמה; קביעה של הטלת סכום פיצויים גלובאלי; קביעת הוראה באמנת השלום בדבר ויתור הדדי על תביעות בגין הפרות דיני המלחמה, וכו'.

253. דרכים אלה מצביעות כולן על כך, שתביעות מסוג זה מוסדרות בין מדינה לרעותה, ולא בין יחידים למדינת הצד השני.⁶⁶

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

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

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

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

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

Available at: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf
Gabčíkovo-Nagymaros Project, (Hungary v Slovakia), Judgment, Merits, ICJ Rep 88, (1998), at pp.81
 ראו לעניין זה: י. דינשטיין **דיני מלחמה** (תל אביב, 1983) 268.

65

66

■ יישום הכללים בבתי המשפט המקומיים

259. בהתבסס על עמדה עקרונית זו דחו בתי משפט במדינות השונות ניסיונות להגשת תביעות פרטניות על בסיס עילות מדיני הלחימה. כך, כפי שהראינו לעיל דחו בתי המשפט בגרמניה ויפן תביעות שהתבססו על הפרת דיני הלחימה. נפסק כי דיני הלחימה אינם מעניקים זכות תביעה ליחיד, והם נועדו להסדרי פיצוי בין מדינות (ר' **ריינר והופמן** עמוד 19 ואילך).

260. לתוצאה דומה הגיעו אף בתי המשפט בארצות הברית, כדלקמן:

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

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

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

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

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

263. **דיני הלחימה קובעים אמנם חובת פיצוי על הפרתם. עם זאת חובה זו אינה מהווה עילה**

לתביעה פרטית. זכותו של היחיד מוגשמת באמצעות מדינתו שלו או באמצעות הסדרים בין לאומיים אחרים. דיני הלחימה אינם אוסרים הגבלת זכויות של נתיני אויב במהלך העימות. הגבלות מעין אלה הן פרקטיקה מקובלת בעולם. אי לכך, סעיף החוק אינו סותר את דיני הלחימה.

▪ דיני זכויות האדם

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

265. מדינת ישראל היא צד למספר אמנות בין לאומיות שעניינן הגנה על זכויות האדם, וביניהן האמנה הבין לאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות, משנת 1966. בהקשר הנדון בהליך זה, של יחסי העימות המזוין שבין ישראל לרצועת עזה, צפות ועולות שתי שאלות מרכזיות, הראשונה, נוגעת לתחולתן "האקסטרה טריטוריאלית" של אמנות זכויות האדם, כלומר מחוץ לשטחה הריבוני של מדינת ישראל.

266. השנייה, לתחולת דיני זכויות האדם בזמן עימות מזוין בשטח מחוץ למדינת ישראל, דהיינו, היחס הנורמטיבי בין דיני זכויות האדם לדיני הלחימה בעת עימות מזוין.

267. עמדתה העקבית של מדינת ישראל, בכל הנוגע לתחולת אמנות זכויות האדם, הינה שמשפט זכויות האדם הבין לאומי (ובכלל זה האמנות שמדינת ישראל חתומה עליהן) אינו חל על פעולות ישראל במסגרת העימותים המזוינים להם היא צד, לרבות מול רצועת עזה (בוודאי לאחר ביצוע תכנית ההתנתקות) ובאזור יהודה ושומרון.

268. נבקש לציין, כי תחולתן של זכויות האדם הבין לאומיות מחוץ לשטח ישראל ו/או במהלך עימות מזוין, נדונה במספר פסקי דין על ידי בית המשפט העליון, בהקשרים של פעילות באזור יהודה ושומרון ורצועת עזה (על שהייתה תחת ממשל צבאי ישראלי בטרם ביצוע תכנית ההתנתקות), ולא הוכרעה.

269. בתוך כך, בשאלת התחולה האקסטרה טריטוריאלית של דיני זכויות האדם הבין לאומיים בשטחי איו"ש ורצועת עזה (טרם ההתנתקות), לא הכריע בית המשפט העליון ולא אימץ באופן מפורש את הפרשנות המרחיבה לתחולתן הטריטוריאלית.⁶⁷

270. ואילו לסוגיית היות דיני הלחימה "דין מיוחד" על פני דיני זכויות האדם בסיטואציות של עימות מזוין, התייחס בית המשפט העליון ב**בג"ץ עג'ורי**,⁶⁸ באומרו כי הוראות מדיני העימות המזוין (באותו מקרה ספציפי, מתוך ענף דיני התפיסה הלוחמתית) מהווים "הוראת דין מיוחדת" אליה יש לפנות ועל פיה יש להכריע בבעיות המשפטיות המתעוררות בנסיבות המקרה.

⁶⁷ ר' בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל; בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם ו-21 אח' נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון; בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל; בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'.

⁶⁸ בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפס' 17. בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, בפס' 18.

271. משכך הם פני הדברים, ומכיוון שממילא הדיון במשפט הבין לאומי נעשה למעלה מן הצורך, אנו סבורים שאין מקום וצורך להרחיב היריעה עוד יותר בסוגיות מורכבות אלו בגדרי פרק זה. גם לו נניח כי קיימת תחולה אקסטרה טריטוריאלית לאמנות זכויות האדם, אזי הדין המיוחד (Lex Specialis) במקרה שלפנינו הוא דיני הלחימה.

ט. מידת התערבותו של בית המשפט בחקיקה ראשית של הכנסת

272. עדיפה פרשנות של דבר חקיקה המכניסה אותו לגבולות החוקתיות - על פני פסילתו.⁶⁹ הפרופוזיציה הנ"ל נותנת תוקף לגישה הגורסת שפסילת חוק היא בבחינת **אמצעי אחרון**, שיש לפנות אליו רק כאשר כלו כל הקיצין, כדברי השופט א' ריבלין (כתוארו אז) בבג"צ 9098/01 **גניס נ' משרד הבינוי והשיכון**⁷⁰ (להלן: "**ענין גניס**"). בהקשר זה פותחה בבית המשפט העליון התפיסה של העדפת הנתבי הפרשני, אשר לגביה התבטאה השופטת ד' ביניש (כתארה אז) **בענין גניס** כך:

"הכל מסכימים כי כאשר תוקפו של חוק מועלה לדיון ומתעורר ספק בדבר חוקתיותו, שומה על בית המשפט לבחון תחילה אם אפשרית פרשנות סבירה, אשר תימנע את הצורך להכריע בחוקתיותו ותאפשר קיומו של החוק בהתאמה לעקרונות היסוד של החוקה והשיטה...".

273. ודוק, התובעים מבקשים כי בית המשפט הנכבד יבטל חקיקה ראשית של הכנסת אך אין מדובר במעשה של מה בכך. סעיף החוק הוא פועל יוצא של תיקונים מס' 7 ומס' 8 לחוק הניזקים האזרחיים אשר עבר הליך חקיקה ארוך ויסודי. בסופו של ההליך נבנה הסדר המשקלל את האינטרסים העומדים על הכף בצורה קפדנית ונקודתית. **ביטול מעשה חקיקה שכזה הינו מעשה דרמטי, שיעשה רק במקרים נדירים**. לענין זה נפסק כך:

"זהיר-זהיר נהלך עד שנורה על פסלותה של הוראה שבחוק הכנסת ולו במקום שהדברים אמורים בזכויות-יסוד של היחיד. זהירות-יתר זו עטפה עצמה בדוקטרינה, ואותה דוקטרינה מזהירה אותנו באורח מפורש ומפורט מפני התערבות במעשי חקיקה של הכנסת, שמא יעבור בית המשפט ויחרוש שלא בהיתר בשדה של הרשות המחוקקת: ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 349 ואילך; בג"צ 5503/94 **לילי סגל נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד נא(4) 524, 547 ואילך. לענייננו שלנו ייאמר, כי הפגיעה בזכותו של היחיד חייבת שתהא פגיעה מהותית, פגיעה יסודית ועמוקה, פגיעה שיש בה עוצמה שלילית בכמות, במישקל ובמידה כדי כך שמכריעה היא הוראת-חוק מפורשת...".

בסוף כל הסופות - ובעצם: בתחילת כל התחילות - לא הרי ביטולו של חוק הכנסת, כולו או מיקצתו, כהרי ביטול רשיון דיג או רשיון לניהולה של חנות מכולת, גם לא כביטול תקנות שהותקנו בידי רשות מוסמכת ולו בידי שר או בידי הממשלה בכבודה ובעצמה. דרך הכרעתנו תתלה עצמה גם בטיבה של הזכות, במקומה של הזכות במערכת הכוללת של זכויות האדם ועוד. אשר לכבוד האדם - והוא לענייננו עתה - נזכור שמבקשים אנו למצות ממנו זכות שמחוקק חוק היסוד לא דיבר בה מפורשות... עקרון-היסוד שעליו מושתתת הדמוקרטיה בישראל - עקרון ביזור הסמכויות והפרדת הרשויות - מעניק לרשות המחוקקת, היא בית הנבחרים

פסקה 56 לפסק דינו של כבי' השי' מלצר בבג"צ 5239/11 **אורי אברני נ' הכנסת** מיום 15.4.15 (פורסם בנבו).⁶⁹
פ"ד נט(4) 286 (2004).⁷⁰

של המדינה, מרחב מחיה שבו רשאית היא לנוע באורח חופשי, ומרחב זה מרחב רחב-ידיים הוא. הפגיעה בזכותו של היחיד חייבת שתהא כה-קשה, עד שהמחזיק באיזמל המשפטי יתיר לעצמו לחדור אל מעבה החקיקה ולחתוך מתוכה את חלקה הפסול".⁷¹

274. ודוק, חוק הנוזקים האזרחיים, מעגן בחובו את הסדרת ניהול מדיניות החוץ והביטחון של המדינה, תחום שממילא בית המשפט העליון נוטה שלא להתערב בו, וזאת אף אם מדובר "רק" בהחלטות של רשויות מנהליות. לעניין זה נפסק כך:⁷²

"בית משפט זה כבר הבהיר לאורך שנים כי הוא אינו נוהג להתערב בשיקול דעתה של הרשות השלטונית בעניינים הקשורים במדיניות הממשלה, ובכלל זה ביחסי החוץ של המדינה. התייחס לכך בית המשפט בפרשת פולארד הראשונה, באומרו (שם, עמ' 248, מפי השופט זמיר): "בית המשפט אינו חלק מן המינהל הציבורי ואין הוא נוהג לנהל את ענייני המדינה... התפקיד של בית המשפט מוגבל לביקורת החוקיות של החלטות ומעשים של רשויות המינהל, לרבות הממשלה. אך הסעד המבוקש על ידי העותר מערב את בית המשפט במינהל השוטף. הוא חורג מן התפקיד של בית המשפט, ומן הסעד שבית המשפט נוהג לתת. במיוחד כך בעניין הנדון, בגלל מהות העניין. העניין הנדון מצוי בכל הנוגע לפעילות הממשלה המכוונת לשחרור העותר, בתחום מדיניות החוץ של ישראל. הוא מחייב מגעים עם ממשלת ארצות הברית ברמות שונות, לרבות הרמה של ראשי המדינות. בתחום זה, כידוע, שיקול הדעת של הממשלה רחב מאוד, ובהתאם לכך הביקורת של בית המשפט מצומצמת מאוד..." אין הכרח בענייננו לנקוט עמדה כאשר לגישות השיפוטיות השונות העוסקות בתחום התערבותו של בית משפט זה בעניינים מדיניים שבתחום פעולתה של הממשלה. על פי גישה אחת, תחום זה גורר אי שפיטות מוסדית, המוציאה מלכתחילה עניין מדיני מתחומיה של הרשות השיפוטית... הגישה האחרת, שאני שותפה לה, גורסת כי בית המשפט אינו משולל סמכות להתערב גם בעניין בעל אופי מדיני המובא בפניו, אלא שסמכות זו טעונה שיקול דעת שיפוטי, ומכח שיקול דעת זה, בית המשפט יימנע דרך כלל מלהתערב בעניינים בעלי אופי מדיני מובהק, אלא בנסיבות חריגות ביותר. ענייניה המדיניים ויחסי החוץ של המדינה מופקדים על פי מהותם בידי הממשלה, והיא הגוף המוסמך והראוי לעסוק בהם ולנהלם. בידיה מצויים מלוא המידע והמומחיות הנדרשים לקביעת המדיניות ודרכי הפעולה בתחום המדיני. בתנאים אלה, לא בנקל יחליט בית המשפט לבחון את פעולת השלטון בעניין מדיני מובהק, ומכל מקום, התערבותו בדרכי פעולתה של הרשות המבצעת בעניינים אלה הינה מצומצמת ביותר..."

275. אנו עוסקים בחקיקה ראשית שיצאה מלפני המחוקק הראשי, שביטולה ייעשה ממילא רק בנדיר ובנסיבות יוצאות דופן. לכן, לטעמנו, הכלל האמור, בדבר ההתערבות המצומצמת בית המשפט הנכבד, חל, וביתר שאת. על כן, אף מטעם זה אין מקום לביטול סעיף החוק.

ג. סיכום

276. התביעה מושה הבקשה עניינה אירוע מיום 16.11.14 במהלכו נפצע התובע 1, תושב רצועת

⁷¹ בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר ואח' (טרם פורסם) בפסקה 5 בפסקה דינו של המשנה לנשיא מ' חשין. ראו לעניין זה גם: בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד (3) 485, 496. בג"צ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת פ"ד (3) 57, 67-68.

⁷² בג"צ 7712/05 יהונתן פולארד נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 8.6.06)

עזה שנפצע סמוך לגדר ההפרדה. יש לזכור כי חבל עזה היה ועודנו נתון לשליטת החמאס, המוגדר כארגון טרור והנתון ביחסי איבה ועימות עם מדינת ישראל.

277. מאחר והתובע מתגורר בשטח הרצועה, הרי שהסעיף הדרוש לעניינו הוא 5ב(א)(1) לחוק הקובע כי המדינה אינה אחראית בנוזיקין. מילים אחרות, המדינה אינה אחראית בנוזיקין לנוק שנגרם לתושב של שטח מחוץ לישראל, שהממשלה הכריזה עליו בצו כ"שטח אויב".

278. מתוקף סמכותה לפי סעיף 5ב(א)(1) לחוק, פרסמה הממשלה ביום 7.10.14 את צו הנוזיקים האזרחיים שבו הוכרז שטח רצועת עזה כשטח אויב לעניין החוק. הצו נכנס לתוקפו ביום 7 ביולי 2014, כ- 4 חודשים קודם לאירוע נשוא התביעה. מאחר והתובע מתגורר בעזה, דהיינו, "הוא תושב שטח מחוץ לישראל שהממשלה הכריזה עליו בצו כשטח אויב" הרי שדין התביעה להידחות על הסף.

279. אף מבחינה חוקתית, סעיף החוק עומד במבחני פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכול כמפורט לעיל.

280. נוכח האמור, דין התביעה להידחות על הסף.

אשר על כן ונוכח המקובץ מעלה, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את התביעה שבכותרת על הסף. לחילופין, ובאם תדחה בקשת המדינה, מתבקש בית המשפט הנכבד להאריך לנתבעת את המועד להגשת כתב הגנה ו/או כל בקשה אחרת ב- 30 ימים מיום מתן ההחלטה. כן מתבקש בית המשפט לחייב את התובעים בהוצאות ובשכ"ט עו"ד.

עופר שובל, עו"ד
פרקליטות מחוז תל - אביב (אזרחי)
ב"כ המדינה - הנתבעת