

בג"ץ 8276/05
בג"ץ 8338/05
בג"ץ 11426/05

א

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט
הערבי בישראל

ב

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה
זלצברגר

3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

4. אל-חאק – החוק בשרות האדם, הגדה
המערבית

ג

5. המרכז הפלסטיני לזכויות האדם, עזה

6. בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם
בשטחים

7. רופאים לזכויות אדם

8. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל

9. שומרי משפט – רבנים למען זכויות האדם
נגד

ד

1. שר הביטחון

בג"ץ 8276/05

2. מדינת ישראל

ה

1. עזבון המנוחה שאדן עבד אלקאדר אבו חג'לה

2. ד"ר ג'מאל עבד אלכרים אבו חג'לה

3. לנא ג'מאל עבד אלכרים עבד אלהאדי

4. ראאיד ג'מאל עבד אלכרים אבו חג'לה

5. ראאיד ג'מאל עבד אלכרים אבו חג'לה

6. ראמי ג'מאל עבד אלכרים אבו חג'לה

7. פאטמה מוחמד זכי שאכר סאלח

נגד

ו

ז

- א
1. שר הביטחון
 2. שר המשפטים
 3. היועץ המשפטי לממשלה
- בג"ץ 8338/05

- ב
1. עזבון המנוחה אימאן אלהמץ
 2. סמיר אלהמץ
 3. הוידה אלהמץ
 4. ג'אד אללה ג'עברי
 5. עזבון המנוח ד"ר חאלד צלאח מוסא צלאח
 6. עזבון המנוח מוחמד חאלד צלאח צלאח (קטיין)
 7. סלאם נדים סעד צלאח
 8. דיאנא חאלד צלאח צלאח
 9. עלי חאלד צלאח צלאח
 10. בתול טיבי (קטינה)
 11. ג'עפר טיבי
 12. רים טיבי
- ג
13. עזבון המנוחה כאמלה שולי ז"ל
 14. נידאל תייסיר שולי
 15. מוחמד נידאל שולי (קטיין)
 16. רפיף נידאל שולי (קטינה)
- ד
17. מוחמד אסעד סוואלחה
 18. בושרא מוחמד סוואלחה
- נגד

- ה
1. שר הביטחון
 2. מדינת ישראל
- בג"ץ 11426/05
- ו

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[12.12.2006, 30.8.2006, 13.7.2006]

לפני הנשיא (בדימ') א' ברק, הנשיאה ד' ביניש והשופטים א' פרוקצ'יה,
א' א' לוי, א' גרוניס, מ' נאור, ס' ג'ובראן, א' חיות, ד' חשין

העותרות נסבו על תוקפו של חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7),
התשס"ה-2005 (להלן: תיקון מס' 7). עיקרו של התיקון הוא בהוספת סעיפים 5 ו-55
לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 (להלן: חוק הנזיקים
האזרחיים), הפוטר את המדינה מאחריות בנוזיקין על מעשה שנעשה על ידי פעולה
מלחמתית של צה"ל. תיקון מס' 7 סייג עוד את אחריות המדינה בנוזיקין, ולפיו, בין היתר,
לא תהיה המדינה אחראית בנוזיקין לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות
הביטחון. לכלל זה נקבעו כמה חריגים. סעיף 3(ב) לתיקון מס' 7 הסמיך את שר הביטחון
להכריז על שטחים כעל אזורי עימות באופן רטרואקטיבי. שר הביטחון עשה שימוש
בסמכותו לפי סעיף זה והכריז על אזורי עימות לגבי תקופות שקדמו לחקיקת התיקון. כן
התקין השר בשנת 2006 את התקנות המסדירות את פעולתה של הוועדה לתשלום פיצויים
לפנים משורת הדין, לנפגעים ולבני משפחות ההרוגים באזור עימות. נפקותה של הכרזה
זו הינה כי לא יוכלו להתברר תביעות נזיקין שהוגשו בשנים 2000–2005.

עמדת העותרים היא שתיקון מס' 7, ובפרט סעיפים 5 ו-55 בו, הם בלתי חוקתיים
ודינם להתבטל. בין היתר, פוגע התיקון בזכות החוקתית לחיים ולשלמות הגוף, בכך
שהוא שולל סעד ממי שנפגע בחייו או בגופו עקב מעשה זדון או רשלנות. התיקון פוגע
בזכות לקניין, בכך שהוא שולל סעד ממי שרכושו נפגע עקב מעשה זדון או רשלנות. הוא
פוגע גם בזכות החוקתית לפנות לערכאות ובזכות החוקתית לשוויון, שכן הוא נועד לחול
בעיקר על תביעות של פלסטינים. פגיעות אלה אינן עומדות בתנאיה של פסקת ההגבלה
שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לעמדת המשיבים, הפעילות הביטחונית שנועדה להתמודד עם איומי הטרור שבמסגרת
האינתיפדה השנייה הוא רחב ביותר. ארגוני הטרור פועלים, לעתים קרובות, מתוך אזורים
מיושבים. הדבר מחייב פעילות של כוחות הביטחון בתוך אותם אזורים מיושבים. פעילות זו
נועדה לפגוע במחבלים, אך, למרבה הצער, נפגעים לעתים גם תושבים שאינם מעורבים
בפעילות טרור. תושבים אלה מגישים אלפי תביעות בנוזיקין נגד המדינה בגין נזקי גוף ורכוש
שנגרמו להם, לטענתם, עקב פעילותם של כוחות הביטחון. אלא שדיני הנזיקין הרגילים כלל
לא נועדו להתמודד עם מציאות מעין זו. עוד נטען, בין היתר, כי על כל צד לעימות המזוין
לשאת בנזקיו וכי הוראת סעיף 55 מעגנת בחוק עיקרון המקובל במשפט הבינלאומי, במשפט
המקובל האנגלי ובמשפט המקובל הישראלי, ולפיו אין מדינה חבה בנזקיו של נתין מדינת
אויב. עוד טענו המשיבים כי ספק הוא אם חוקי היסוד מקנים זכויות חוקתיות לתושבי האזור.

בית המשפט העליון (מפי הנשיא (בדימ') א' ברק) פסק:

- א. (1) טענה התוקפת את חוקתיותו של תיקון מס' 7 צריך שתמקד עצמה באחד מחוקי היסוד. בענייננו – זהו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. טענות שלפיהן תיקון מס' 7 פוגע בזכויות אדם המוכרות בישראל על פי המשפט המקובל הישראלי, על פי המשפט הבינלאומי הדין בזכויות האדם, או על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, אין בכוחן – על פי המבנה החוקתי של מדינת ישראל – להביא לאי חוקתיותו של חוק (27ה-1).
- ב. (2) הבחינה אם תיקון מס' 7 פוגע שלא כדין בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נעשית, כמקובל, בשלושה שלבים. השלב הראשון בוחן אם החוק פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוק יסוד ומוגנת בו. אם התשובה היא שלילית, נפסקת הבחינה החוקתית. אם התשובה היא בחיוב, עוברת הבחינה החוקתית לשלבה השני. בשלב זה נבחנת השאלה אם החוק הפוגע, כולו או מקצתו, מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה (28ג, ה-1).
- ג. (3) תפישת היסוד החוקתית שלנו הינה כי לא כל פגיעה בזכות אדם חוקתית, הינה פגיעה שלא כדין. אנו מכירים בפגיעות כדין בזכויות אדם חוקתיות. אלה הן אותן פגיעות המקיימות את תנאיה של פסקת ההגבלה (28א – 29א).
- ד. (4) אם הפגיעה בזכות האדם החוקתית הינה כדין, מסתיימת הבדיקה החוקתית. אם הפגיעה אינה מקיימת את אחד מתנאיה של פסקת ההגבלה, הפגיעה אינה כדין. במצב דברים זה יש לעבור לשלב הבחינה השלישי, שעניינו תוצאות אי החוקתיות. זהו שלב הסעד (29א-ב).
- ב. (1) חקיקה ישראלית היא בעלת תחולה טריטוריאלית. כאשר חוק מבקש להחיל עצמו על אנשים או על פעולות שמחוץ לישראל, צריך הדבר להיאמר בחוק (במפורש או במשתמע). חזקה היא כי חוקיה של ישראל חלים על יחסים משפטיים בישראל והם אינם מכוונים להסדיר יחסים משפטיים מחוץ לישראל. חזקה זו ניתנת לסתירה (30ה).
- ה. (2) דין זה חל גם לעניין תחולתה של חקיקה ישראלית באזור. יהודה, שומרון וחבל עזה אינם חלק ממדינת ישראל; לא הוכרו לגביהם כי המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה חלים בהם. חזקה היא כי דברי חקיקה ישראלים חלים בישראל ולא באזור, אלא אם כן נקבע בדבר חקיקה (במפורש או במשתמע) שהוא חל באזור (130).
- ו. (3) דין דומה חל גם לעניין חוקי היסוד. חזקה היא, אפוא, כי חוקי היסוד השונים חלים על פעולות בישראל. חזקה זו ניתנת לסתירה (במפורש או במשתמע) (130).

- א
- (4) אין מקום לבחון את שאלת תחולתו הטריטוריאלית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן הזכויות שתיקון מס' 7 פוגע בהן הן זכויות בישראל, ולא מחוצה לה (31ה).
- ב
- (5) הזכויות של תושבי האזור, אשר תיקון מס' 7 פוגע בהן, הן זכויות המוקנות להם בישראל. אלה הן זכויותיהם על פי המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי. לפיו, בהתקיים הנסיבות המתאימות, ניתן לתבוע בישראל, ועל פי דיני הנזיקין הישראליים, גם בגין עוולה אשר בוצעה מחוץ לישראל. מציאות זו עולה בקנה אחד עם כללי ברירת הדין בניזיקין הנהוגים במשפטנו (31ז – 32ב).
- ג
- (6) מכוח סעיף 5ג שהוסף בתיקון מס' 7, הזכויות בניזיקין בישראל נשללו מתושבי האזור לעניין מעשי נזיקין שבוצעו על ידי כוחות הביטחון באזור עימות. פעולתו של תיקון מס' 7 הינה, אפוא, בישראל. הוא פוגע בזכויות שהיו לניזוקים מהאזור בישראל. לעניין שלילת זכויות אלה חל, עקרונית, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. תחולה זו אינה אקסטרטריטוריאלית. תחולתו הינה טריטוריאלית (32ד-ה).
- ג. (אליבא דשופט א' גרוניט):
- ד
- (1) אחת השאלות הראשונות המתבקשת בתובענה המוגשת לבית משפט ישראלי לגבי אירוע שהתרחש מחוץ לגבולות ישראל היא מהו הדין המהותי שיש להחילו. שאלה זו מתעוררת אף בכל מקרה של תביעת נזיקין המובאת לבית משפט ישראלי לגבי מקרה שאירע ביהודה ובשומרון (51ה-ד).
- ה
- (2) התשובה לשאלה, אם לפי כללי ברירת הדין הנהוגים במשפט הישראלי, חל דין הנזיקין הישראלי על פעולות של כוחות הביטחון באזור יהודה ושומרון, אינה כה ברורה. אף אם כללי ברירת הדין מחילים לגבי אותם אירועים את דין הנזיקין הישראלי, אין בכך כדי לשנות את הנתון העובדתי באשר למקום ביצוע העוולה. החלת דין הנזיקין הישראלי אינה יוצרת פיקציה שלפיה ההתרחשות אירעה בישראל (53ה).
- ו
- (3) העובדה שהעניין נדון בבית משפט ישראלי, על פי הדין הישראלי, אין בה כדי להוביל למסקנה שהזכויות נתונות לנפגעים בישראל. שהרי אם תאמר כן, תנבע מסקנה מרחיקת לכת שלפיה חוקי היסוד יחולו לגבי כל הליך המתנהל בבית משפט ישראלי שלעניינו מפנים כללי ברירת הדין לדין הישראלי (53ה-1).
- ז
- (4) אין לקשור בין כללי המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי לבין גדר תחולתם של חוקי היסוד. לפיכך נראה, כי סדר הדיון היה מחייב הכרעה בשאלת תחולתו האקסטרטריטוריאלית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם, הואיל והמשיבים הודיעו כי, לטעמם, אין נדרשת הכרעה בשאלה זו, אין סיבה להיזקק לה במקרה הנוכחי (153ז).

- א
- ד. (1) שלילת האחריות בנוזיקין פוגעת בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הזכות בנוזיקין הנתונה לניזוק (או ליורשיו או לתלויים בו), ואשר נשללה על ידי תיקון מס' 7, הינה חלק מזכותו החוקתית של הניזוק לקניין. אכן, הדיבור "קניין" בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – "אין פוגעים בקניינו של אדם" – משמעו רכושו של אדם (132 – 135א).
- (2) זכותו של הניזוק על פי דיני הנוזיקין היא חלק מרכושו ועל כן – חלק מקניינו. זכותו של אדם לפיצויים בגין הפגיעה בזכותו נגד המדינה, אף היא חלק מקניינו. הפגיעה בזכות לפיצויים היא גם פגיעה בזכות הקניין (133 – 134א).
- ב
- (3) האחריות בנוזיקין מגינה על זכויות אחדות של הניזוק, כגון הזכות לחיים, לחירות, לכבוד ולפרטיות. דיני הנוזיקין הם אחד המכשירים העיקריים שבאמצעותם מגינה שיטת המשפט על זכויות אלה; הם האיזון שהמשפט קובע בין זכויות הפרטים, בינם לבין עצמם, ובין זכות הפרט לאינטרס הציבור. שלילתה של האחריות בנוזיקין – או צמצומה – פוגעת בהגנה על זכויות אלה. בכך נפגעות זכויות חוקתיות אלה (34 ב-ג).
- ג
- ה. (1) להוראתה של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו תפקיד מרכזי במבנה החוקתי שלנו. היא בעלת שתי פנים. מחד גיסא, היא מגינה על זכויות האדם הקבועות בחוק היסוד; מאידך גיסא, היא קובעת את התנאים לפגיעה בזכות היסוד. אכן, זכויות האדם אינן זוכות להגנת המשפט כדי מלוא היקפן; המבנה החוקתי אינו מאפשר את מימושן של זכויות האדם כדי מלוא פריסתן (35ב-ד).
- (2) פסקת ההגבלה מבוססת על שני מרכיבים עיקריים. המרכיב הראשון הוא מרכיב המטרה. חוק הפוגע בזכות אדם חוקתית חייב לקיים את הדרישה שהוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה. המרכיב השני הוא מרכיב האמצעים. נקבע כי האמצעים שנוקט החוק להגשמת המטרה צריך שיפגעו בזכויות האדם החוקתיות במידה שאינה עולה על הנדרש (1-35ה).
- (3) בין שני מרכיבים אלה קיים קשר הדוק. האמצעים נועדו להגשים את המטרה. יש על כן לבחון את חוקתיות המטרה. משזו נקבעה, יש לבחון אם האמצעים להגשמתה הם חוקתיים (135).
- ה
- ו. (1) שאלת התכלית היא סבוכה. התכלית שיש להתחשב בה היא תכליתו הדומיננטית של החוק. תכלית זו צריך שתהא "ראויה" בהקשר של פגיעה בזכויות האדם (1-135).
- (2) מאפייניה של התכלית הראויה הינם כי היא נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה ככלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל (136א).
- ז

- (3) מבחינת הצורך בהגשמת התכלית, הדין הוא כי צורך זה משתנה על פי מהותה של הזכות ומידת הפגיעה בה. כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית – כגון החיים, החירות, כבוד האדם, הקניין, הפרטיות – על התכלית להגשים מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ (א-36ב).
- א
- ז. (1) בצד התכלית הראויה מונחים האמצעים המידתיים. אין די בכך שתכלית של החוק ראויה היא. על האמצעים הננקטים להגשמתה להיות ראויים. אמצעי הוא ראוי אם הוא מידתי. ביסוד המידתיות מונחת התפישה כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים (ג36).
- ב
- (2) המידתיות מתבטאת בשלושה מבחני משנה. הפעלתם של מבחני המשנה מושפעת ממהותה של הזכות המופרת, מעוצמת הפגיעה בה ומחשיבותם של הערכים ושל האינטרסים שהפגיעה נועדה להגשים (ה-36ד).
- ג
- (3) מבחן המשנה הראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי או מבחן ההתאמה. נדרש כי האמצעי שהחוק נקט מתאים להגשמתה של המטרה שהחוק מבקש להגשימה. מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה או מבחן הצורך. נדרש כי החוק הפוגע לא יפגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש להשגתה של התכלית הראויה. מבחן המשנה השלישי הוא מבחן התוצאה המידתית, או מבחן המידתיות במונח הצר. נדרש כי יתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה לבין הנזק הנגרם מהפגיעה בזכות החוקתית. זהו מבחן ערכי. הוא מתמקד בתוצאתה של החקיקה ובאפקט שיש לה על זכות האדם החוקתית. זהו עיקרון של איזון (ה-36 – 337ב).
- ד
- (4) קיים שוני מהותי בין מבחני המשנה הראשון והשני לבין מבחן המשנה השלישי. שני מבחני המשנה הראשונים מתמקדים באמצעים להגשמת המטרה. מבחן המשנה השלישי אינו מתמקד אך באמצעי להשגת המטרה. הוא מתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמתה של המטרה הראויה. הוא מכיר בכך שלא כל האמצעים – בעלי הקשר הרציונלי ושפגיעתם היא פחותה – מצדיקים הגשמת המטרה. מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפישה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים (ד-337ב).
- ה
- (5) שלושת מבחני המשנה אינם מובילים תמיד לתוצאה אחת ויחידה. לא פעם נוצר מתחם של אפשרויות המקיימות, במידה זו או אחרת, את מבחני המידתיות. התפישה העקרונית הינה כי כל אפשרות שהמחוקק בחר, והמצויה בתוך מתחם המידתיות, היא חוקתית (ה-337א).
- ו
- ח. (1) בנסיבות דנן, טרם בשלה העת להכריע בחוקתיותו של סעיף 5ב. הרבה תלוי באופן יישומו ובפירוש שיוענק להוראות הסעיף. בתי המשפט האזרחיים מוסמכים, במסגרתן של תביעות נזיקין ספציפיות, לבחון טענות נגד חוקתיות הסעיף (ג-338).
- ז

- (2) בנסיבות דנן, קובע תיקון מס' 7 כי המדינה אינה אחראית בנוזיקין לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון, בלא קשר לשאלה אם מעשה הנזק נעשה על ידי "פעולה מלחמתית" או פעולה שאינה מלחמתית. צמצום זה באחריות המדינה פגע בזכותו החוקתית של הפלסטיני (או של יורשיו או עזבונו) שבוצע כלפיו מעשה נזיקין שלא על ידי "פעולה מלחמתית" (39ה-1).
- (3) דיני הנוזיקין הרגילים לא נועדו להתמודד עם מעשי נזק, אשר נגרמו במהלך פעולות מלחמתיות של כוחות הביטחון מחוץ לישראל, במצב של עימות מזוין. שלילת האחריות בנוזיקין במצבים של "פעולה מלחמתית" מקובלת גם בשיטות משפט אחרות. הסדר שמטרתו להתאים את דיני הנוזיקין לתנאים המיוחדים השוררים בעת פעילות מלחמתית של כוחות הביטחון הינו הסדר שנועד לתכלית ראויה (139 – 40א).
- ט. (1) בשאלה, אם סעיף 5ג שהוסף בתיקון מס' 7 הוא מידתי, התשובה היא כי מבחן המשנה הראשון, שעניינו קשר רצינוני בין התכלית הראויה לבין הוראותיו של סעיף 5ג, מתקיים. שלילת האחריות בנוזיקין הקבועה בסעיף 5ג לתיקון מס' 7 מוציאה את הנזקים שכוחות הביטחון גורמים באזור עימות מתחום דיני הנוזיקין הרגילים. בכך מושגת התכלית הראויה שתיקון מס' 7 ביקש להגשים (40ה-1).
- T (2) על פי המבחן השני של המידתיות, סעיף 5ג אינו נוקט את האמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא פחותה. על מנת להגשים את התכלית שבבסיס סעיף 5ג די בקביעת הסדרים חוקיים שלפיהם המדינה פטורה מאחריות בנוזיקין בגין פעולות לחימה (140ז).
- (3) תיקון מס' 7 הולך הרבה מעבר לכך. הוא שולל אחריות בנוזיקין לכל נזק שנגרם באזור עימות על ידי כוחות הביטחון, גם בגין מעשים שנעשו שלא על ידי פעולה מלחמתית של כוחות הביטחון. הרחבה זו של היעדר אחריות המדינה אינה חוקתית (41ב-ד).
- (4) רק פעולות לחימה מצדיקות, כפי שמבקשת תכליתו של תיקון מס' 7, הוצאת ההסדרים מתחום דיני הנוזיקין הרגילים. הוצאתם של מקרי הנוזיקין שבהם מעורבים כוחות הביטחון, ואשר אין להם היבט לחימתי, לא באה להגשים את התכלית הראויה של התאמת דיני הנוזיקין למצבי לחימה. היא באה להגשים תכלית בלתי ראויה של שחרור המדינה מכל אחריות בנוזיקין באזורי עימות. בוודאי כך לאור אופייה הרטרואקטיבי של הוראה זו (41ה-1).
- T (1) החסינות הגורפת הניתנת למדינה מכוח סעיף 5ג משמעה מתן פטור למדינה מאחריות בנוזיקין באשר לתחומים נרחבים של פעולות שאינן פעולות

- א
- מלחמתיות גם על פי הגדרתו הרחבה של ביטוי זה. משמעה הותרת נפגעים רבים, שלא היו מעורבים בכל פעילות עוינת שהיא ושלא נפגעו אגב פעולות של כוחות הביטחון שנועדו להתמודד עם פעילות עוינת כלשהי, ללא סעד על הפגיעה בחייהם, בגופם וברכושם (42-ד-ה).
- 2) פגיעה גורפת זו בזכויות אינה עולה בקנה אחד עם חובתה של ישראל, כמי שמחזיקה ביהודה, בשומרון ובחבל עזה בתפיסה לוחמתית. תפיסה זו מטילה על המדינה חובות מיוחדות על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, שאינן עולות בקנה אחד עם שחרור גורף מכל אחריות בנוזיקין (42-ה-1).
- 3) הדרך המידתית היא בבחינה אינדיווידואלית של כל מקרה ומקרה. בחינה זו תבדוק אם המקרה נופל לגדרה של "פעולה מלחמתית", תהא הגדרתה אשר תהא. ניתן להרחיב הגדרה זו, אך אין להחליף בדיקה אינדיווידואלית זו בשלילת אחריות גורפת (43-ב).
- 4) לסעיף 5 נקבעו כמה סייגים. אין בסייגים ובחריגים אלה כדי להוות חלופה פוגעת פחות בזכויות האדם. נהפוך הוא: אם אמנם שלילת האחריות הקבועה בתיקון מס' 7 אינה חלה במקרים אלה, מדוע זה היא חלה במקרים אחרים של מעשי נוזיקין שאינם נובעים מ"פעולה מלחמתית"? (46-ג, ה).
- 5) (אליבא דשופט א' גרוניט): במקרה הנוכחי נפגעת זכות יסוד זאת, בשל הפריסה הרחבה של סעיף 5 לחוק הנוזיקים. עם זאת, אין להסכים כי כל צמצום או שלילה של אחריות בנוזיקין יהוו פגיעה בזכות חוקתית, כפי שאין לקבל כי כל נורמה פלילית חדשה או החמרה בענישה יהוו פגיעה בזכות חוקתית (54-ד).
- ה
- א. 1) שאלת המידתיות (במובנה הצר) אינה מתעוררת כלל לעניין מעשה נוזיקין שנעשה על ידי "פעולה מלחמתית" של כוחות הביטחון. בגין מעשה נוזיקין זה אין המדינה אחראית בנוזיקין על פי הדין שקדם לתיקון מס' 7. נמצא, כי השאלה שיש להציג הינה אם התועלת לאינטרס הציבורי הנגרמת בשל שלילת אחריות המדינה בגין עוולה שבוצעה שלא על ידי "פעולה מלחמתית" שקולה כנגד הנזק הנגרם לאלה שניזוקו בשל עוולה זו (47-ב-ד).
- 2) שלילה גורפת של אחריות המדינה מייטרת את הצורך לנהל הליכים רבים שבהם נדרשת המדינה להוכיח כי נזקים שבגינם היא נתבעת נגרמו על ידי פעולות מלחמתיות. אלא שתועלת זו לאינטרס הציבורי – תועלת שעיקרה היסכון במשאבים מינהליים – אינה מידתית בהשוואה לנזק לפרטים השונים שנגרם על ידי פעולות שאינן מלחמתיות (49-א-ב).
- 3) מקום שחוסר המידתיות מתבסס על היעדרו של הסדר "לפנים משורת הדין", יש בהקמתו של הסדר מעין זה כדי לשלול את חוסר המידתיות. אך מקום שחוסר המידתיות שבהסדר מקורו בפגיעה בלתי מידתית בזכויות אדם – בוודאי כך כשהזכויות הנפגעות הן מרכזיות וחשובות והפגיעה בהן היא
- ז

קשה וכואבת – אין הפגיעה הופכת למידתית על ידי תשלום לפנים משורת הדין. מי שנפגע על ידי פעולה שאינה מלחמתית של כוחות הביטחון זכאי לפיצוי על פי דין, לא לפיצוי לפנים משורת הדין (49-הז).

א

יב. (אליבא דשופט א' גרוניס):

(1) הדוקטרינה של "מעשה מדינה" מהווה חלק מן המשפט המקובל האנגלי. על כן, לכאורה, נקלטה היא במשפט הישראלי. יטען הטוען כי אף אם נקלטה, הרי שהיא בוטלה עם קבלתו של חוק הנזיקים. כידוע, חוק זה בא לבטל את הכלל שנהג במשפט המקובל ולפיו הוענקה למדינה חסינות בנזיקין. נראה, בלי לקבוע מסמרות, שקבלתו של החוק לא ביטלה את הדוקטרינה של מעשה מדינה (55-ד-ה).

ב

(2) הדוקטרינה חלה לגבי מעשים המבוצעים מחוץ לתחומה של המדינה. סעיף 5א לחוק הנזיקים מתייחס במפורש לאזור, קרי: יהודה, שומרון וחבל עזה, ועל כן נראה שהדוקטרינה הנזכרת לא תחול באזור (155).

ג

חוקי יסוד שאוזכרו:

– חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיפים 3, 8.

ד

חקיקה ראשית שאוזכרה:

– חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, סעיף 3(ב).

– חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, סעיפים 1, 2, 5, 5א, 5א(2), 5א(3), 5א(4) ב, 5ג(ב), 5ג(ב)(3), 5ג, 9א; התוספת הראשונה, התוספת השנייה.

ה

– חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב-2002.

– פקודת הנזיקין [נוסח חדש], סעיפים 38, 41.

ו

חקיקת משנה שאוזכרה:

– תקנות הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (הוועדה לעניין תשלום לפנים משורת הדין – תנאי סף, סדרי עבודה ואמות מידה לתשלום), התשס"ו-2006.

ז

צווים שאוזכרו:

- א – הודעה על הכרזה על אזורי עימות לפי חוק הנזיקים האזרחיים
(אחריות המדינה), התשי"ב-1952.
– הודעה על הכרזה על אזורי עימות לפי חוק הנזיקים האזרחיים
(אחריות המדינה), התשי"ב-1952.

הצעות חוק שאוזכרו:

- ב – הצעת חוק לטיפול בתביעות של כוחות הביטחון ביהודה והשומרון
וחבל עזה, התשנ"ז-1997 (23.7.1997).

פסקי דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- ג [1] ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1 (2002).
[2] בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 447
(2005).
[3] בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2)
(2005).
ד [4] ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד
מט(4) 221 (1995).
[5] בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד
נא(4) 367 (1997).
ה [6] בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999).
[7] בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002).
[8] בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל,
פ"ד סא(1) 619 (2006).
ו [9] בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה (לא
פורסם, ניתן ביום 20.9.2006).
[10] בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ'
ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503 (2004).
ז [11] בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד
ס(3) 464 (2005).

- [12] בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נח (1) 786 (2003).
- [13] בג"ץ 5026/04 דיזין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח במשרד העבודה והרווחה, פ"ד ס (1) 38 (2005).
- [14] בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ (3) 57 (1996).
- [15] ע"א 1432/03 ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן, פ"ד נט (1) 345 (2004).
- [16] ע"א 6521/98 בואטנה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט (4) 218 (2005).
- [17] ע"א 6970/99 אבו סמרה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (6) 185 (2002).
- [18] ע"א 1354/97 עכאשה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט (3) 193 (2004).
- [19] דנ"א 1332/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח (3) (2004).
- [20] בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה (2) 625 (2001).
- [21] ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", פ"ד נז (4) 526 (1999).
- [22] בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא (2) 202 (2006).
- [23] בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו (1) 235 (2002).
- [24] בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא (4) 1 (1997).
- [25] רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נז (5) 385 (2003).
- [26] בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח (5) 807 (2004).
- [27] עע"ם 4436/02 תשעים כדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים, פ"ד מח (3) 782 (2004).
- [28] בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו (6) 352 (2002).
- [29] דנ"א 9524/04 ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן (לא פורסם, ניתן ביום 23.2.2005).
- [30] ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (5) 529 (2002).

פסקי דין אמריקניים שאוזכרו:

- [31] Koohi v. United States, 976 F. 2d 1328 (1992).
[32] Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692 (2004). א

פסקי דין אנגליים שאוזכרו:

- [33] Mulchy v. Ministry of Defence [1996] Q.B. 732.
[34] Bici v. Ministry of Defence [2004] E.W.H.C. 786 (Q.B.). ב

ספרים ישראליים שאוזכרו:

- [35] אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה (1993).
[36] אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית (1994).
[37] אליעזר ריבלין תאונת הדרכים: סדרי דין וחיישוב הפיצויים (מהדורה
חדשה מעודכנת, 1999). ג
[38] יצחק אנגלרד פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מהדורה שלישית,
2005).
[39] אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004). ד

מאמרים ישראליים שאוזכרו:

- [40] אסף יעקב "חסינות תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם
כתוצאה מ'פעולה מלחמתית'" משפטים לג (1) 107 (2003).
[41] יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב 258 (1995). ה

ספרים זרים שאוזכרו:

- [42] ANDRIES JOHANNES VAN DER WALT, CONSTITUTIONAL
PROPERTY CLAUSES (1999).
[43] IZHAK ENGLARD, THE PHILOSOPHY OF TORT LAW (1993). ו
[44] WILLIAM R. WADE & CHRISTOPHER F. FORSYTH,
ADMINISTRATIVE LAW (9th ed., 2004).
[45] O. HOOD PHILLIPS, PAUL JACKSON & PATRICIA LEOPOLD,
CONSTITUTIONAL & ADMINISTRATIVE LAW (8th ed., 2001).
[46] HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, VOL. 18(2) (4th ed., 2000). ז

- א התנגדות לצו על-תנאי מיום 13.7.2006. העתירות נדחו בחלקן.
- א חסן ג'בארין, ארנה כהן, דן יקר, יוסי וולפסון – בשם העותרים בבג"ץ
8276/05;
חוסין אבו חוסין, רים מסארווה – בשם העותרים בבג"ץ 8338/05;
ב אוסאמה סעדי, עאמר יאסין, לאה צמל, ג'אדה חליחל – בשם העותרים בבג"ץ
11426/05;
אבי ליכט, עוזר ראשי לפרקליט המדינה, שי ניצן, משנה לפרקליט המדינה
(תפקידים מיוחדים) – בשם המשיבים בבג"ץ 8276/05, בבג"ץ 8338/05
ובבג"ץ 11426/05.
- ג

פסק דין

- ד הנשיא (בדימ') א' ברק:
- חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, קובע
כי המדינה לא תהיה אחראית בנזיקין לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה
שביצעו כוחות הביטחון. לכלל זה נקבעו כמה חריגים. האם החוק הוא חוקתי?
ה זו השאלה הצריכה הכרעה בעתירות שלפנינו.
- א. רקע עובדתי ונורמטיבי

1. בשלהי 1987 החלה האינתיפדה הראשונה. היא התאפיינה בהפגנות,
בהבערות צמיגים, בהשלכת אבנים ובקבוקי תבערה לעבר כוחות הביטחון
ואזרחים ישראלים ביהודה, בשומרון ובחבל עזה, בדקירות ובשימוש בנשק קר
וחם (ראו ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל [1], בעמ' 4; להלן: פרשת בני
עודה). כוחות הביטחון פעלו בתחומי האזור לשם שמירה על הסדר הציבורי ועל
ביטחון האזור. בין פעולות אלה נעשה שימוש באמצעי לחימה ובנשק חם. כל
אלה הביאו לא פעם לנזקי גוף ורכוש שנגרמו לתושבי האזור, בין שהיו

מעורבים בהפרות סדר ובפעילות עוינת ובין שלא היו מעורבים בהן. כתוצאה מכך הוגשו לבתי המשפט בישראל תביעות בנוזיקין נגד המדינה על ידי תושבי האזור שטענו כי המדינה אחראית בנוזיקין לנזקים שנגרמו עקב פעילות רשלנית או זדונית, לטענתם, של כוחות הביטחון. מנתונים שמסרו המשיבים עולה כי אלפי תביעות מסוג זה הוגשו לבתי המשפט השונים בישראל.

2. תביעות אלה התבררו בבתי משפט בישראל על פי דין הנזיקין הישראלי. על פי דין זה, אחריות המדינה בנוזיקין מוסדרת בחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 (להלן: חוק הנזיקים האזרחיים). עקרון היסוד המעוגן בסעיף 2 לחוק הינו כי "דין המדינה, לענין אחריות בנוזיקים, כדין כל גוף מואגד". לעיקרון זה נקבעו כמה סייגים. הסייג הרלוונטי לענייננו עוסק ב"פעולה מלחמתית", וזו לשונו (סעיף 5):

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

"תביעות האינתיפדה" עוררו את השאלה מהי הפרשנות שיש ליתן למונח "פעילות מלחמתית". פסקי הדין שניתנו בתביעות אלה בבתי המשפט המחוזיים נעו, בהתייחס לשאלה זו, בין "המגמה המרחיבה" ל"מגמה המצמצמת" (ראו אסף יעקב "חסינות תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מ'פעולה מלחמתית'" [40], בעמ' 158-172; להלן: חסינות תחת אש). שתי הגישות קבעו כי פעילות כוחות הביטחון לשמירת הסדר והביטחון באזור במהלך האינתיפדה הראשונה עשויה לחסות תחת חסינות זו. הגישה המרחיבה נטתה לראות במרבית הפעילות המבצעית של כוחות הביטחון, שנועדה לשמירת הסדר והביטחון, כפעילות מלחמתית. הגישה המצמצמת הבחינה בין פעולות שיטור לבין פעולות מלחמתיות, וביקשה לבחון את נסיבותיה של כל פעילות על מנת לקבוע אם מדובר בפעילות מלחמתית.

3. שאלה פרשנית זו הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון בתחילת שנות התשעים, בפרשת בני עודה [1]. במהלך הדיון בערעור, הודיעו המשיבים כי בכוונתם להסדיר את הסוגיה בדבר אחריות המדינה בגין נזקי האינתיפדה בחקיקה של הכנסת. במסגרת זו, פורסמה הצעת חוק ממשלתית לטיפול

א בתביעות של כוחות הביטחון ביהודה והשומרון וחבל עזה, התשנ"ז-1997 (ה"ח 2645, עמ' 497). החוק המוצע ביקש להרחיב את האופן שבו מתפרש המונח "פעילות מלחמתית". הוצע כי יראו כפעולה מלחמתית "כל פעולה מבצעית של צבא הגנה לישראל שתכליתה לחימה בטרור או מניעתו, וכל פעולה אחרת של שמירה על הביטחון ומניעת פעולות איבה והתקוממות שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף [...]". אולם, הליכי החקיקה לא צלחו והצעת החוק לא הבשילה כדי מעשה חקיקה. בנסיבות אלה, נדרש בית המשפט העליון לתת את הכרעתו בפרשת בני עודה [1].

ב 4. השאלה שהתעוררה בפרשת בני עודה [1] הייתה אם ירי של כוחות צה"ל לעבר מבוקשים שנמלטו, בלא שנשקפה לחיי החיילים סכנה כלשהי, הינו בגדר פעולה מלחמתית. לעניין הגדרתה של "פעולה מלחמתית" נקבע כי:

ג "הפעולה היא מלחמתית אם זו פעולת לחימה, או פעולה מבצעית-צבאית, של הצבא. לא נדרש שהפעולה תבצע כנגד צבאה של מדינה. גם פעולות כנגד ארגוני טרור עשויות להיות פעולות מלחמתיות" (שם [1], בעמ' 10).

ד עם זאת, נקבע כי לא כל פעילות של כוחות הביטחון תיחשב כפעילות מלחמתית:

ה "רק פעולת מלחמה ממש במובנו הצר והפשוט של מונח זה [...] שבהם בא לידי ביטוי האופי המיוחד של הלחימה על סיכונים ובעיקר על השלכותיה ועל תוצאותיה, הם אלו שאליהם כווננו מלותיו של סעיף 5' (דברי השופט שמגר בע"א 623/83 לוי נ' מדינת ישראל [פ"ד מ(1) 477] 479). [...] הצבא מבצע באזורי יהודה, שומרון ועזה 'פעולות' שונות היוצרות סיכונים מסוגים שונים. לא כל פעולותיו הן 'מלחמתיות'. כך, למשל, אם הניזוק נפגע מתקיפה שהותקף על-ידי חייל בשל סירובו למלא הוראה באשר למחיקת סמאות שהיו כתובות על הקיר, אין לראות בפעולת התקיפה 'פעולה מלחמתית', שכן הסיכון שפעולה זו יצרה הוא סיכון רגיל של פעולה לאכיפת החוק. לא כן אם סיור צבאי בכפר או בעיר נקלע

למצוקה של סכנת חיים או סיכון חמור לגוף בשל ירי עליו וזריקות
אבנים ובקבוקי תבערה, וכדי לחלץ את עצמו הוא יורה ופוגע
בפלוגני. פעולת הירי היא 'פעולה מלחמתית', שכן הסיכון שבפעולה
זו הוא סיכון מיוחד. בין שני המצבים הקיצונים הללו עשויים
להתקיים מצבי ביניים" (שם [1], בעמ' 8).

לפיכך נקבע כי:

"במתן תשובה לשאלה אם פעולה היא 'מלחמתית' יש לבחון את כל
נסיבות האירוע. יש לבדוק את מטרת הפעולה, את מקום האירוע, את
משך הפעילות, את זהות הכוח הצבאי הפועל, את האיום שקדם לה
ונצפה ממנה, את עוצמת הכוח הצבאי הפועל והיקפו ואת משך
האירוע" (שם [1], בעמ' 9).

5. ביני לביני, פרצה (בספטמבר 2000) האינתיפדה השנייה. מתקפת טרור
עזה ניחתה על ישראל ועל הישראלים שבאזור. אלפי פיגועי טרור, שהופנו
בעיקר כלפי אזרחים, בוצעו בתוככי ישראל ובתחומי האזור. למעלה מאלף
ישראלים קיפחו את חייהם בשנים 2000–2005. כ-200 מהם – באזור יהודה
והשומרון. למעלה מ-7,000 אזרחים ישראלים נפצעו. כ-800 מהם באזור יהודה
והשומרון. רבים מהפצועים הפכו נכים קשים (ראו בג"ץ 7957/04 מראעבה נ'
ראש ממשלת ישראל [2], בפסקה 1 לפסק דיני; להלן: פרשת אלפי מנשה). ארגוני
הטרור ופעילי הטרור הפעילו אמצעים רבים ומגוונים במלחמתם נגד ישראל.
רבים מהם פעלו מתוך האוכלוסייה האזרחית בתחומי האזור. כוחות הביטחון
נדרשו להיערכות מיוחדת ולפעולות מיוחדות על מנת להתמודד עם הטרור
ומבצעיו. לעתים, נדרשה לחימה בתוך אזורים מיושבים בצפיפות. בין השנים
2000–2005 נפגעו אלפי פלסטינים תושבי האזור עקב פעילותם של כוחות
הביטחון. מהם שהשתתפו בפעילות חבלנית ומהם שלא. בעקבות פגיעות אלה
שוב הוגשו תביעות נזיקין רבות נגד המדינה בגין נזקים שנגרמו, לטענת
התובעים, עקב פעילות רשלנית או זדונית של כוחות הביטחון.

6. על רקע אירועים אלה, ולנוכח הפירוש הצר מדי, לטעמה של הכנסת,
שנתן בית המשפט העליון לביטוי "פעולה מלחמתית" בפרשת בני עודה [1],

א התחדש הניסיון להסדיר בחוק את סוגיית אחריות המדינה בגין נזקי האינתיפדה. הצעת החוק הממשלתית שגובשה בשנת 1997 שבה והונחה על שולחן הכנסת. הפעם צלח ניסיון החקיקה, והכנסת קיבלה (ביום 24.7.2002) את חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב-2002 (להלן: תיקון מס' 4). תיקון זה הוסיף לסעיף 1 לחוק הנזיקים האזרחיים הגדרה לביטוי "פעולה מלחמתית", בזה הלשון:

ב "פעולה מלחמתית" – לרבות כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בניסיון לסיכון לחיים או לגוף."

ג עוד הוסיף תיקון מס' 4 את סעיף 5א לחוק הנזיקים האזרחיים, הקובע הסדרים מיוחדים לתביעות שיוגשו לאחר חקיקתו בשל נזק שנגרם כתוצאה מפעילות כוחות הביטחון בתחומי האזור. בין השאר, נקבעו בסעיף 5א חובת הודעה על נזק בתוך 60 יום, כתנאי להגשת תביעה (סעיף 5א(2)); קיצור תקופת ההתיישנות לתביעות אלה לשנתיים במקום שבע שנים (סעיף 5א(3)); אי תחולת הכלל בדבר העברת נטל הראיה ברשלנות לגבי דברים מסוכנים הקבוע בסעיף 38 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], והכלל בדבר "הדבר מעיד על עצמו" הקבוע בסעיף 41 לפקודה (סעיף 5א(4)). החוק מאפשר לבית המשפט לסטות מהוראות אלה מטעמים מיוחדים שיירשמו. מובן כי הגבלות אלה חלות בעניינם של תובעים אשר הראו שניזקם אינו נובע מ"פעולה מלחמתית" כהגדרתה החדשה בחוק. שאם לא כן, הייתה חלה בעניינם חסינות המדינה לפי סעיף 5 לחוק.

ב. תיקון מס' 7

ד 7. המחוקק לא הסתפק בכך. הכנסת שבה ותיקנה (ביום 27.7.2005) את חוק הנזיקים האזרחיים באופן המצמצם עוד יותר את אחריותה של המדינה בגין מעשי נזק שאירעו בתחומי האזור. נחקק חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005 (להלן: תיקון מס' 7). תיקון זה הוא העומד במרכז העתירות שלפנינו. עיקרו של התיקון הוא בהוספת סעיפים 5ב ו-5ג לחוק הנזיקים האזרחיים. זו לשונם:

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 –

א

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

ב

(2) פעיל או חבר בארגון מחבלים;

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

ג

(ב) בסעיף זה –

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

ד

'המדינה' – לרבות רשות, גוף או אדם הפועלים מטעמה.

5ג. (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.

ה

(ב) (1) שר הביטחון ימנה ועדה, אשר תוסמך לאשר, לפני משורת הדין, בנסיבות מיוחדות, תשלום לפונה אשר סעיף קטן (א) חל עליו ולקבוע את שיעורו [...]

ו

[...]

(ג) שר הביטחון רשאי להכריז על שטח כעל אזור עימות; הכריז השר כאמור, יקבע בהכרזה את גבולות אזור

ז

העימות ואת התקופה שלגביה חלה ההכרזה; הודעה על
ההכרזה תפורסם ברשומות".

א

התוספת הראשונה קובעת כי חסינות המדינה לפי סעיף 5ב לא תחול לגבי
נזק שאירע למי שהיה נתון למשמורת של מדינת ישראל. התוספת השנייה
קובעת כי חסינות המדינה לפי סעיף 5ג 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 שבה היה מעורב רכב של כוחות הביטחון שלא במהלך
פעילות מבצעית.

ב

ג

8. סעיף 3(ב) לתיקון מס' 7 מסמיך את שר הביטחון להכריז על שטחים כעל
אזורי עימות באופן רטרואקטיבי לגבי התקופה שמיום תחילת העימות (29.9.2000)
ועד שישה חודשים לאחר פרסומו של תיקון מס' 7. נפקותה של הכרזה זו הינה כי
לא יוכלו להתברר תביעות נזיקין שהוגשו בשנים 2000–2005 ואשר לגביהן הכריז
שר הביטחון כי אירעו באזור עימות. שר הביטחון עשה שימוש בסמכותו לפי סעיף
זה והכריז (בימים 9.2.2006 ו-12.2.2006, י"פ 5492 ו-5493, בהתאמה) על אזורי
עימות לגבי תקופות שקדמו לחקיקת התיקון. אזור יהודה ושומרון חולק ל-88 אזורי
משנה, שאליהם הצטרפו 22 מעברים באזור זה. חלק מאזורים אלה הוכרזו כאזורי
עימות בחלק מהתקופה המדוברת. כך למשל, אזור חברון הוכרז כאזור עימות
במשך 100% מהימים שמספטמבר 2000 ועד לסוף אותה שנה; במשך כ-90%
מהימים בשנים 2002 ו-2003, ובמשך כ-80% מהזמן בשנים 2001, 2004, ו-2005.
אזור טול-כרם רבתי הוכרז כאזור עימות בכ-88% מהימים בשנים 2002 ו-2003,
ובכ-82% מהימים בשנת 2004. אזור רמאללה רבתי הוכרז כאזור עימות בכ-75%
מהימים בשנים 2001–2003. אזור 64, הכולל כפרים מצפון לירושלים, הוכרז כאזור
עימות בכמחצית מהימים מאז פרוץ האינתיפדה השנייה ועד למועד פרסום ההכרזה.
אזור חבל עזה חולק לארבעה אזורי משנה, שאליהם הצטרפו שבעה מעברים. אזור
דרום הרצועה הוכרז כאזור עימות לאורך כל התקופה. אזור מרכז הרצועה הוכרז
כאזור עימות בכ-86% מהימים. אזור צפון הרצועה הוכרז כאזור עימות בכ-95%
מהימים. מיום 12.9.2005, לאחר נסיגת כוחות צה"ל מהרצועה, הוכרז חבל עזה
כולו כאזור עימות.

ה

ו

ז

9. שר הביטחון עשה שימוש בסמכותו לפי סעיף 5(ג)(ב) (3) לחוק הנזיקים האזרחיים והתקין (ביום 13.6.2006) את התקנות המסדירות את פעולתה של הוועדה לתשלום פיצויים לפנים משורת הדין אשר הוקמה מכוח סעיף 5(ב) לחוק (תקנות הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (הוועדה לעניין תשלום לפנים משורת הדין – תנאי סף, סדרי עבודה ואמות מידה לתשלום), התשס"ו-2006). בתקנות נקבע כי הוועדה מוסמכת להעניק תשלומים לבני משפחה של מי שנהרג באזור עימות, ולמי שנפגע פגיעת גוף קשה, בתנאים הקבועים בתקנות. בין השאר, על הוועדה לשקול את חומרת הפגיעה ואת נסיבותיה, את מצבו המשפחתי של הניזוק ואת מידת התועלת שבמתן התשלום לשיקום הניזוק. כן מוסמכת הוועדה להעניק תשלומים בעבור פגיעות גוף ופגיעות רכוש, שאינן קלות ערך, למי שנפגע כתוצאה ממעשה עבירה גם אם לא הורשע בגינה אדם כלשהו.

ג. טענות העותרים

10. העותרים בבג"ץ 8276/05 הם ארגוני זכויות אדם. העותרים בבג"ץ 8338/05 הם עזבוני המנוחה שאדן עבד אלקאדר אבו חג'לה, ושאייריה. לטענתם, בתאריך 11.10.2002 בשעות הערב, ישבה המנוחה יחד עם בעלה ובנה במרפסת ביתם אשר ברפידיא בשכם. שני ג'יפים של צה"ל עצרו בכביש העובר בסמוך לבית. מתוך הרכב נורו יריות אחדות לעבר חלונות הבית. כתוצאה מהירי נהרגה המנוחה במקום, ואילו בעלה ובנה נפצעו. הפרקליט הצבאי הראשי הורה (בחודש דצמבר 2004) על פתיחת חקירת מצ"ח לבירור נסיבות מותה של המנוחה. עוד בטרם הסתיימה החקירה הגישו העותרים תביעת נזיקין נגד המדינה לבית משפט השלום בנצרת. לאחר חקיקתו של תיקון מס' 7, ובטרם התבררה התביעה, הגישה המדינה בקשה לדחיית התביעה על הסף. בבקשתה ציינה המדינה כי שר הביטחון הכריז על אזור שכם כעל אזור עימות בכל התקופה שמחודש יוני 2002 ועד לסוף מארס 2003. לפיכך התבקש בית המשפט לדחות את התביעה על הסף. בבג"ץ 11426/05 עותרות לפנינו שש קבוצות נפרדות של עותרים. כל קבוצה הגישה תביעת נזיקין נגד המדינה הנוגעת למקרי מוות או פציעה קשה שנגרמו, לטענתן, עקב פעילות רשלנית ואף זדונית של כוחות הביטחון באזור. האירועים כולם אירעו בין 2001 ל-2004. לאחר חקיקתו

של תיקון מס' 7, תביעות אלה לא תוכלנה להתברר, אם האזורים שבהם אירעו האירועים יוכרזו כאזורי עימות.

א

11. עמדת העותרים היא שתיקון מס' 7, ובפרט סעיפים 5 ו-5ג שהוספו מכוחו, הם בלתי חוקתיים ודינם להתבטל. לטענתם, חוקי היסוד חלים על הפגיעות הנובעות מתיקון מס' 7, וזאת, מארבעה טעמים. ראשית, חוקי היסוד חלים על הפגיעות הנובעות מהתיקון משום שהתיקון שולל זכויות בישראל עצמה ובבתי המשפט שלה. שנית, משום שהוא חל, על פי לשונו, הן על ישראלים והן על פלסטינים. שלישית, חוקי היסוד חלים בתחומי האזור, שכן חוקים אלה חלים על כל רשויות השלטון. לפיכך, כל חייל נושא בצקלוננו לא רק את עקרונות המשפט המינהלי כי אם גם את חוקי היסוד. רביעית, משום שחוקי היסוד מעניקים זכויות לפלסטינים תושבי האזור בשל היותם תושבים מוגנים מצויים בשטח הנמצא בתפיסה לוחמתית של ישראל.

ב

ג

12. העותרים טוענים לפגיעה במספר זכויות חוקתיות. ראשית, תיקון מס' 7 פוגע בזכות החוקתית לחיים ולשלמות הגוף, בכך שהוא שולל ממי שנפגע בחייו או בגופו עקב מעשה זדון או רשלנות סעד בגין פגיעה זו. שנית, התיקון פוגע בזכות לקניין, בכך שהוא שולל סעד ממי שרכושו נפגע עקב מעשה זדון או רשלנות. שלישית, התיקון פוגע בזכות החוקתית לפנות לערכאות. רביעית, התיקון פוגע בזכות החוקתית לשוויון, שכן הוא נועד לחול בעיקר על תביעות של פלסטינים. חמורה במיוחד, לטענתם, העובדה שפגיעות אלה כולן כוללות גם פגיעה רטרואקטיבית באלה אשר נפגעו מפעולות רשלניות של כוחות הביטחון ואשר הגישו תביעה בשנים שקדמו לחקיקתו של התיקון. לטענת העותרים, הפגיעות חמורות במיוחד עת בוחנים את יישומו של החוק בפועל. לעניין זה, מציינים העותרים כי שר הביטחון הכריז על אזורים נרחבים בגדה המערבית וברצועת עזה כעל אזורי עימות לתקופות זמן ארוכות. בכך נמנעת זכותם של רבים מלקבל סעד בגין נזקיהם. העותרים עומדים על כך שישראל מחזיקה בשטחי האזור בתפיסה לוחמתית. היא מקיימת שליטה אורבנית הדוקה במרבית עריה ויישוביה של הגדה המערבית. שליטה זו, בערים ובכפרים, ברחובות ובמעברים, כרוכה במגע יומיומי הדוק בין חיילים לאזרחים. מגע זה הוא שיטורי באופיו. עם זאת, הוא כרוך לעתים בפגיעות באזרחים, מהן רשלניות

ד

ה

ו

ז

א ולעתים אף זדוניות. תוצאתו של תיקון מס' 7 היא שהחוק משחרר את כוחות הביטחון מאחריות לכל תוצאות פעולותיהם באזורים שהוכרו כאזורי עימות. הוא מכשיר, בין השאר, פגיעות ירי ופגיעות בגוף אגב בדיקות שגרתיות במחסומים, נזקי רכוש אגב חיפוש, וביזה אגב סיורים ומעצרים. בכל אלה לא יוכלו הנפגעים לקבל כל סעד. בכך יש כדי להוביל לזילות חיי האדם של הפלסטינים תושבי האזור ולזילות זכויותיהם לשלמות הגוף והרכוש.

ב 13. עמדת העותרים היא שהפגיעות בזכויות החוקתיות אינן עומדות בתנאי של פסקת ההגבלה. ראשית, אין לומר שחקיקה הפוגעת בזכויות באופן רטרואקטיבי עומדת בתנאי שלפיו על הפגיעה להיעשות "בחוק". שנית, תיקון מס' 7 לא נועד לתכלית ראויה והוא אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל. תכליתה של החקיקה היא לחסום את דרכם של פלסטינים תושבי האזור אל בתי המשפט בישראל. זוהי תכלית שאינה ראויה. היא פוגעת במעמדה של הרשות השופטת. היא גם פוגעת בשלטון החוק. תכלית אחרת שבבסיס החוק היא לפטור את המדינה מהעלות הכספית הכרוכה בתשלום פיצויים. שיקולי עלות כלכלית ויעילות מינהלית אינם מהווים תכלית ראויה לפגיעה בזכויות אדם. תכלית נוספת שבבסיס החוק היא ליתן מענה לקשיים הראייתיים הייחודיים שבפניהם ניצבת המדינה בבואה להתגונן בפני תביעות בנוזיקין הקשורות לאירועי לחימה. עמדת העותרים היא כי המדינה לא הבהירה מהי ייחודיותם של קשיים אלה. זאת, במיוחד בהתחשב בעובדה שנטל ההוכחה בתביעות מעין אלה הוא ממילא על התובעים, ומכאן שקשיי ההוכחה האובייקטיביים נופלים בעיקר על כתפי התובעים. שלישית, אף אם נאמר שמדובר בתכלית ראויה, האמצעים הננקטים בתיקון מס' 7 אינם מידתיים. למדינה ולשלוחיה הוקנתה כבר חסינות מפני תביעות הקשורות לנזקים שנגרמו במהלך פעילות מלחמתית מכוח הוראות סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים. הגדרת "פעולה מלחמתית" אף הורחבה בתיקון מס' 4. בתיקון זה נקבעו גם הקלות מהותיות ודיוניות נוספות למדינה בתביעות נזיקין. די בכל אלה על מנת להגשים את התכלית הראויה והיא – הגנה על המדינה מפני תביעות בנוזיקין הנובעות מפעילות מלחמתית.

ט 14. העותרים מוסיפים וטוענים כי תיקון מס' 7 מפר גם את הוראות המשפט ההומניטרי החל בשטחים המצויים בתפיסה לוחמתית, כמו גם את הוראות

א המשפט הבינלאומי של זכויות האדם. העותרים מציינים כי שליטת ישראל בשטחי האזור הינה תפיסה לוחמתית. על המפקד הצבאי להבטיח, לצד האינטרסים הביטחוניים, את שלומם, את ביטחונם ואת זכויותיהם של התושבים המוגנים בתחומי האזור. בכלל זה, מוטלת על המפקד הצבאי החובה לפצות תושבים מוגנים אשר ניזוקו כתוצאה מפעילות רשלנית של כוחות הביטחון. התיקון שולל חובה זו של המפקד הצבאי ולפיכך הוא עומד בסתירה להוראות המשפט ההומניטרי והוראות המשפט הבינלאומי של זכויות האדם.

ב

ד. טענות המשיבים

א 15. המשיבים עומדים בהרחבה על הרקע הביטחוני לחקיקתו של תיקון מס' 7. עמדתם היא שהאינתיפדה השנייה הינה "מלחמה במובנה היום-יומי" (פסקה 1 לתשובת המשיבים מיום 6.7.2006) המתנהלת ברחובותיה של ישראל כמו גם בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה. היקף הפעילות הביטחונית שנועדה להתמודד עם איומי הטרור שבמסגרת האינתיפדה השנייה הוא רחב ביותר. העימות נושא אופי מיוחד, בשל כך שארגוני הטרור פועלים, לעתים קרובות, מתוך אזורים מיושבים. הדבר מחייב פעילות של כוחות הביטחון בתוך אותם אזורים מיושבים. פעילות זו נועדה לפגוע במחבלים, אך, למרבה הצער, נפגעים לעתים גם תושבים שאינם מעורבים בפעילות טרור. תושבים אלה מגישים אלפי תביעות בנזיקין נגד המדינה בגין נזקי גוף ורכוש שנגרמו להם, לטענתם, עקב פעילותם של כוחות הביטחון. אלא שדיני הנזיקין הרגילים כלל לא נועדו להתמודד עם מציאות מעין זו. זאת, בין השאר, בשל הסיכונים בעת מלחמה, העולים בהיקפם ובסוגם על הסיכונים שבעת שלום, ובשל הקשיים הראייתיים שבניהול תביעות נזיקין בגין נזקי מלחמה. זאת ועוד, אין לקבל מצב שבו מדינת ישראל אחראית לפצות לא רק את אזרחיה שנפגעו במהלך העימות המזוין, כי אם גם את תושבי הרשות הפלסטינית. יש לפעול בהתאם לכלל שלפיו על כל צד לעימות המזוין לשאת בנזקיו. ברשות הפלסטינית קיימים מנגנונים שנועדו לפצות את נפגעי העימות המזוין בגין נזקיהם. נוסף לכך, זוכים הפלסטינים לסיוע מצד ארגונים בינלאומיים. מטעמים אלה, אין מקום להחלת דיני הנזיקין על נזקי העימות המזוין שבין מדינת ישראל לפלסטינים תושבי האזור. נדרשת התאמה של דיני הנזיקין למציאות החדשה שנוצרה. תיקון מס' 7 נועד להשיג התאמה זו. הוראת

ה

ו

ז

סעיף 5ב מעגנת בחוק עיקרון המקובל במשפט הבינלאומי, במשפט המקובל האנגלי וכן גם במשפט המקובל הישראלי, ולפיו מדינה אינה חבה בנוקיו של נתין מדינת אויב.

16. עמדת המשיבים היא שספק אם תיקון מס' 7 פוגע בזכויות חוקתיות, שכן ספק אם חוקי היסוד מקנים זכויות חוקתיות לתושבי האזור. עם זאת, ולאור עמדתם, שלפיה ככל שיש פגיעה בזכויות חוקתיות הרי שהיא עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה, מיקרו המשיבים את טענותיהם בתנאיה של פסקת ההגבלה. עמדת המשיבים היא שהתכליות העומדות בבסיס התיקון הינן ראויות. תכליתו העיקרית של התיקון היא, כאמור, להתאים את דיני הנזיקין למאפייניו המיוחדים של העימות המזוין עם הפלסטינים. התיקון לא נועד לפגוע במעמדה של הרשות השופטת, כי אם לצמצם את גודלי אחריותה של המדינה בנוזיקין. לפיכך, אין בתיקון משום פגיעה בהפרדת הרשויות. אף אין בחוק משום אישור או הסכמה לפעילות רשלנית או בלתי חוקית של כוחות הביטחון. היעדר אחריות נזיקית אינו מונע פיקוח על מעשי החיילים באמצעות המשפט הפלילי והדין המשמעתי. אין לומר, אם כן, שהחוק פוגע בשלטון החוק. נוסף לכך, מבקש החוק למנוע תוצאה בלתי ראויה ובלתי צודקת, שלפיה תישא ישראל גם בנוזקהם של תושבים פלסטינים נוסף לנשיאה בנוזקים הרבים שנגרמו לישראל ולישראלים. המשיבים עומדים על כך שתכלית זו, שאכן מעורב בה מרכיב כלכלי, משקפת תכלית ערכית ראויה. לבסוף, וככל שמדובר בנתיני אויב ובחברי ארגון מחבלים, מבקש תיקון מס' 7 להגביל תביעותיהם על מנת לא לסייע לאויב במלחמתו נגד ישראל.

17. עמדת המשיבים היא שפגיעותיו של תיקון מס' 7 עומדות בתנאי המידתיות. ראשית, הסדרי התיקון מאפשרים להתגבר על הקשיים הערכיים והמעשיים שבשימוש בדיני הנזיקין בעת עימות מזוין. התיקון גם מגשים את העיקרון שלפיו כל צד במלחמה נושא בנוזקיו. בכך מתקיים מבחן הקשר הרציונלי שבין תכלית התיקון לבין ההסדרים הקבועים בו. שנית, הסדרי התיקון מקיימים את מבחן המידתיות השני (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה). בתיקון לא נקבע הסדר שמשמעו שלילה גורפת של הזכות לפיצויים. תחולת התיקון מותנית בהכרזה על אזור מסוים כעל אזור עימות. הכרזות אלה תחומות בזמן

ובמקום וניתנות רק לאחר בדיקה פרטנית של התנאים בשטח. אכן, בשל ההיקף הנרחב של המלחמה, חלקים נרחבים מתחומי יהודה, שומרון וחבל עזה הוכרזו כאזורי עימות, ולפרכי זמן ארוכים. אולם אין מדובר בהכרזה גורפת וכללית כי אם בהכרזה על בסיס ניתוח פרטני ומדוקדק. זאת ועוד, לצד העיקרון הרחב של היעדר אחריות נזיקת, קבועים בתוספת השנייה חריגים לכלל. חריגים אלה מקהים מעוקצה של הפגיעה. זאת ועוד, שר הביטחון רשאי להרחיב את רשימת החריגים. לבסוף, החוק קובע "מנגנון חריגים" המאפשר תשלום פיצויים לפנים משורת הדין. על בסיס כל אלה, עמדת המשיבים היא שתיקון מס' 7 משקף הסדר העומד בדרישות המידתיות. עמדת המשיבים היא שלא ניתן לראות בתיקון מס' 4 הסדר שפגיעתו בזכויות פחותה. זאת, מכמה טעמים. לטענתם, תיקון מס' 4 הוכן לאחר האינתיפדה הראשונה ואין בו כדי לתת מענה לייחודיות של העימות המזוין הנוכחי. זאת ועוד, תיקון מס' 4 אינו משקף את התכלית הערכית שלפיה על כל צד בסכסוך מזוין לשאת בנזקיו. לבסוף, תיקון מס' 4 אינו עוסק בתביעות של נתיני אויב ושל חברי ארגוני מחבלים. לכן אף מטעם זה לא ניתן להסתפק בו. שלישיית, עמדת המשיבים היא שתיקון מס' 7 עומד בתנאי המידתיות השלישי (מבחן המידתיות כמובן הצר). תועלתו של התיקון רבה ביותר. הוא מתאים את דיני הנזיקין לנסיבותיו הייחודיות של העימות המזוין. הוא מעגן קביעות ערכיות ופותר קשיים מעשיים ביישום הדין הקיים. התיקון אף מונע את ניצול הדין הישראלי לצורך קבלת כספים שעלולים לשמש במלחמה נגד ישראל. מנגד, פגיעתו של התיקון אינה קשה כפי שהעותרים טוענים. המשיבים עומדים על כך כי, גם על פי הדין שהיה קיים בטרם נחקק התיקון, הייתה למדינה חסינות מפני תביעה בגין פעולות מלחמתיות. דינן של תביעות רבות העוסקות באירועים שאירעו בתחומי האזור מאז ספטמבר 2000 להידחות מטעם זה כשלעצמו. זאת ועוד, חלק מהתביעות יוכל להתברר במסגרת החריגים לכלל או במסגרת הוועדה לתשלום פיצויים לפנים משורת הדין. לבסוף, יש לזכור כי לתובעים קיים סעד חלופי של קבלת פיצויים מידי הרשות הפלסטינית. בהתחשב בכל אלה עמדת המשיבים היא שהתיקון לחוק הנזיקים האזרחיים מקיים את תנאי המידתיות השלישי.

18. עמדת המשיבים היא שהתיקון אינו מפר את הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי וכן את המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם, שכן שתי מערכות

דינים אלה מגבילות את זכות התביעה של נתיני אויב ומכירות בחסינות המדינה מפני תביעות הנובעות מפעולות מלחמתיות ובעת סכסוך מזוין. המשיבים מצביעים על כך שחריגים לאחריות המדינה מפני תביעות נזיקין הנובעות מפעולות מלחמתיות מוכרים במשפטן של מדינות רבות, כגון ארצות-הברית, אנגליה, קנדה, איטליה, יפן וגרמניה.

ה. ההליך

19. העתירות בבג"ץ 8276/05 ובבג"ץ 8338/05 הוגשו בתחילת ספטמבר 2005. העתירה בבג"ץ 11426/05 הוגשה בדצמבר 2005. הדיון בעתירות נדחה פעמיים (במארס 2006 ובאפריל 2006), בהסכמת הצדדים, עד לאחר התקנת תקנות הוועדה לפיצוי לפנים משורת הדין. דיון ראשון בעתירות התקיים (ביום 13.7.2006) לפני הרכב של שלושה. בסימוני ניתן צו על-תנאי. הדיון בעתירות נקבע (ביום 17.7.2006) לפני הרכב מורחב של תשעה שופטים. בהתאם להודעה מוסכמת שהגישו הצדדים, ניתן (ביום 30.7.2006) צו ביניים שלפיו יותלה הדיון בתביעות תלויות ועומדות שלגביהן טוענת המדינה לתחולתו של תיקון מס' 7. הדיון בעתירות לגופן התקיים לפני הרכב המורחב ביום 30.8.2006.

1. הבעיות המתעוררות

20. העתירות תוקפות את חוקתיותו של תיקון מס' 7. טענה מסוג זה צריך שתמקד עצמה באחד מחוקי היסוד. בענייננו – זהו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. טענות שלפיהן תיקון מס' 7 פוגע בזכויות אדם המוכרות בישראל על פי המשפט המקובל הישראלי, על פי המשפט הבינלאומי הדן בזכויות האדם, או על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, אין בכוחן – על פי המבנה החוקתי של מדינת ישראל – להביא לאי חוקתיותו של חוק. בית המשפט העליון עמד על כך בפרשת המועצה האזורית חוף עזה, בקובעו:

"אין די בכך אם ייקבע שהמתיישבים הישראלים בשטח המפונה נהנים מזכויות האדם המעוגנות במשפט המקובל הישראלי. אין די גם בכך שייקבע שהם נהנים מזכויות אדם המקובלות במשפט הבינלאומי הפומבי. עיגון כזה – שאיננו נוקטים בו כל עמדה – עם כל חשיבותו, אין בו כדי לעורר בישראל בעיה חוקתית. הטעם לכך

- א הוא זה: כאשר הפגיעה בזכות שמקורה במשפט המקובל או במשפט הבינלאומי הפומבי מתנגשת עם הוראה מפורשת בחוק של הכנסת – יד חוק הכנסת על העליונה, ובעיה חוקתית אינה מתעוררת. אכן, בעיה חוקתית תתעורר בישראל רק אם זכותם של המתיישבים הישראליים מעוגנת בהוראה נורמטיבית חוקתית-על-חוקית. כלומר בחוק יסוד. זאת ועוד, אין די בכך שחוק יישום ההתנתקות פוגע בזכות המעוגנת בחוק יסוד. בעיה חוקתית מתעוררת רק אם הפגיעה של חוק יישום ההתנתקות באותה זכות היא פגיעה שלא כדין. בהתקיים תנאים אלו אנו אומרים שהחוק אינו חוקתי ונבחנת שאלת הסעד בגין הפרת הוראות חוק היסוד" (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל [3], בעמ' 544).
- ב הוא הדין בענייננו. עלינו לבחון אם תיקון מס' 7 פוגע שלא כדין בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בחינה זו, כמקובל עלינו, נעשית בשלושה שלבים (ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי [4], להלן: פרשת בנק המזרחי המאוחד; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר [5], להלן: פרשת מנהלי ההשקעות; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון [6], להלן: פרשת צמח; בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת [7], להלן: פרשת אורון; פרשת המועצה האזורית חוף עזה [3], בעמ' 544; בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל [8], להלן: פרשת התנועה למען איכות השלטון; בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה [9], להלן: פרשת בנק המזרחי המאוחד (2)). השלב הראשון בוחן אם החוק – בענייננו תיקון מס' 7 – פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוק יסוד ומוגנת בו. אם התשובה היא שלילית, נפסקת הבחינה החוקתית (ראו בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל [10]; בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר [11]). אם התשובה היא בחיוב, עוברת הבחינה החוקתית לשלבה השני. בשלב זה נבחנת השאלה אם החוק הפוגע, כולו או מקצתו, מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, תפישת היסוד החוקתית שלנו הינה כי לא כל פגיעה בזכות אדם חוקתית הינה פגיעה שלא כדין. אנו מכירים בפגיעות כדין בזכויות אדם חוקתיות. אלה הן אותן פגיעות המקיימות את תנאיה של

פסקת ההגבלה (ראו: בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב ראש הכנסת [12]; בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח במשרד העבודה והרווחה [13], להלן: פרשת דיזיין). אם הפגיעה בזכות האדם החוקתית הינה כדין, מסתיימת הבדיקה החוקתית. אם הפגיעה אינה מקיימת את אחד מתנאיה של פסקת ההגבלה, הפגיעה אינה כדין. במצב דברים זה, יש לעבור לשלב הבחינה השלישי, שעניינו תוצאות אי החוקתיות. זהו שלב הסעד. על חשיבותה של חלוקה משולשת זו – של הבחינה החוקתית – עמדתי בפרשת התנועה למען איכות השלטון [8], בציני –

“חלוקה זו לשלושה שלבים חשובה היא. היא מסייעת בניתוח המשפטי. היא באה 'לשם בהירות הניתוח ודיוק החשיבה' (בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה [פ"ד נב(2) 427], בעמ' 440 [...]). היא מבהירה את ההבחנה הבסיסית, העוברת כחוט השני בתורת זכויות האדם, בין היקפה של הזכות לבין מידת ההגנה עליה והגשמתה הלכה למעשה (ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית [...]). היא משמשת בסיס להבחנה בין איזון אופקי (בשלב הראשון) לבין איזון אנכי (בשלב השני) בין זכויות אדם, בינן לבין עצמן ובינן לבין ערכים ואינטרסים חברתיים (ראו בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה [פ"ד נח(1) 529], בעמ' 537); היא מסייעת בשרטוט ההבחנה בין תפקידו של בית המשפט בפרשנותן של הזכויות שבחוק היסוד (בשלב הראשון) לבין תפקידו בבחינת חוקתיות הפגיעה בהן בחקיקה (בשלב השני). היא מסייעת בבחינתם של הסדרים כמשפט, כגון העדפה מתקנת, תוך בחינת השאלה אם זו נופלת לגדר היקפה של הזכות לשוויון (שלב ראשון), או שהיא מהווה פגיעה בשוויון המקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה (שלב שני) (ראו בג"ץ 10026/01 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' ראש ממשלת ישראל [פ"ד מז(3) 31], בעמ' 40 [...]). היא מבהירה את המחלוקת בשאלת נטל השכנוע” (שם [8], בעמ' 670–671).

נפנה עתה לבחינה החוקתית הנדרשת.

ז. שלב ראשון: הפגיעה בזכות החוקתית

א

1. הצגת הבעיה

21. השלב הראשון של הבחינה החוקתית בוחן אם החוק של הכנסת – בענייננו, תיקון מס' 7 – פוגע בזכות אדם המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שלב זה נחלק בענייננו לשתי שאלות משנה. האחת, אם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חל בעניינם של העותרים, ככל שהנזק נגרם להם מחוץ לישראל. זו שאלה המיוחדת לתיקון מס' 7. אם התשובה על שאלת משנה זו היא בחיוב, קמה שאלת המשנה השנייה. שאלה זו מתעוררת בכל המקרים שבהם מועלית טענה חוקתית. השאלה הינה, אם אכן נפגעה זכות אדם המעוגנת בחוק יסוד. כפי שראינו, אין די בכך שחוק פוגע בזכות אדם. הבעיה החוקתית מתעוררת רק אם זכות האדם מעוגנת בחוק יסוד. לענייננו, זהו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מקובל גם לבחון בגדרי שלב זה אם הפגיעה אינה פגיעה של מה-בכך (ראו: פרשת בנק המזרחי המאוחד [4], בעמ' 431; בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת [14], בעמ' 69). נפנה לשלב המשנה הראשון.

ב

ג

ד

2. שלב המשנה הראשון: תחולת חוק היסוד

22. ככלל, חקיקה ישראלית היא בעלת תחולה טריטוריאלית. כאשר חוק מבקש להחיל עצמו על אנשים או על פעולות שמחוץ לישראל, צריך שהדבר ייאמר בחוק (במפורש או במשתמע). אכן, חזקה היא כי חקיקה של ישראל חלים על יחסים משפטיים בישראל והם אינם מכוונים להסדיר יחסים משפטיים מחוץ לישראל. כך הדין בחקיקה פלילית בישראל; כך הדין בחקיקה שאינה פלילית. חזקה זו ניתנת לסתירה (ראו אהרן ברק פרשנות במשפט: כרך שני – פרשנות החקיקה [35], בעמ' 578). דין זה חל גם לעניין תחולתה של חקיקה ישראלית באזור. יהודה, שומרון וחבל עזה אינם חלק ממדינת ישראל; לא הוכרז לגביהם כי "המשפט והשיפוט והמינהל של המדינה" חלים בהם. חזקה היא כי דברי חקיקה ישראלים חלים בישראל ולא באזור, אלא אם כן נקבע בדבר חקיקה (במפורש או במשתמע) שהוא חל באזור (שם [35], בעמ' 579). דין דומה חל גם לעניין חוקי היסוד. חזקה היא, אפוא, כי חוקי היסוד השונים חלים על פעולות בישראל. כפי שראינו, חזקה זו ניתנת לסתירה (בין במפורש בין במשתמע). האין

ה

ו

ז

לומר כי חזקה זו נסתרת כאשר חוק היסוד עוסק בזכויות אדם? האם הצורך להבטיח זכויות אדם כלפי המדינה אינו מוביל למסקנה כי רשויות השלטון הישראליות חייבות "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה" בכל מקום ומקום? האין לומר כי בעל סמכות ישראלי נושא בכליו את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? האין לומר כי בכל אשר ינוע בעל הסמכות, ינוע עימו חוק היסוד? האין לומר כי גישה זו מקבלת עוצמה מיוחדת אם פעולתו של בעל הסמכות הישראלית היא במקום הנתון לשליטה לוחמתית ישראלית (ראו אהרן ברק פרשנות במשפט: כרך שלישי – פרשנות חוקתית [36], בעמ' 460)? שאלות אלה יפות הן. בחלקן עסקנו בפרשת המועצה האזורית חוף עזה (שם [3], בעמ' 560). קבענו באותה פרשה כי חוקי היסוד בדבר זכויות האדם "מעניקים זכויות לכל מתיישב ישראלי בשטח המפונה. תחולה זו היא אישית. היא נגזרת משליטתה של מדינת ישראל על השטח המפונה" (שם [3], שם). השארנו בצריך עיון את השאלה אם חוקי היסוד בדבר זכויות האדם מעניקים זכויות גם לאלה שאינם ישראלים המצויים באזור. האם אין לומר כי לעניין "תושבים מוגנים" מחליף המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם את המשפט הפנימי בישראל בעניין זה? לשאלות אלה אין תשובה פשוטה כלל ועיקר. אכן, בתשובתה אין המדינה מקדישה לשאלה זו תשומת לב ניכרת, שכן, לדעתה, תיקון מס' 7, אף אם הוא פוגע בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, פגיעתו היא כדוין. אף לדעתנו, אין מקום לבחון את שאלת תחולתו הטריטוריאלית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן הזכויות שתיקון מס' 7 פוגע בהן הן זכויות בישראל, ולא מחוצה לה. הכיצד?

23. סעיף 5ב שהוסף בתיקון מס' 7 חל, על פי לשונו, על מעשי נזיקין המבוצעים בישראל. שאלת התחולה של חוק היסוד אינה מתעוררת אפוא כלל בהקשר זה. לעומת זאת, סעיף 5ג שהוסף בתיקון מס' 7 קובע כי "אין המדינה אחראית בנזיקין לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון". "אזור עימות" הוא מחוץ לישראל. האם שאלת תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מחוץ לישראל מתעוררת לעניינה של הוראה זו? תשובתי היא בשלילה. הזכויות של תושבי האזור, אשר תיקון מס' 7 פוגע בהן, הן זכויות המוקנות להם בישראל. אלה הן זכויותיהם על פי המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי. לפיו, בהתקיים הנסיבות המתאימות, ניתן לתבוע בישראל, ועל

פי דיני הנזיקין הישראליים, גם בגין עוולה אשר בוצעה מחוץ לישראל. אכן, מאז מלחמת ששת הימים, וביתר שאת מאז האינתיפדה הראשונה, מתבררות בישראל על פי דיני הנזיקין הישראליים תביעות נזיקין של פלסטינים תושבי האזור שנפגעו באזור ממזיק ישראלי בכלל (ראו, למשל, ע"א 1432/03 ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן [15], להלן: פרשת ינון), וכתוצאה מפעולותיהם של כוחות הביטחון באזור בפרט (ראו למשל: פרשת בני עודה [1]; ע"א 6521/98 בואטנה נ' מדינת ישראל [16]; ע"א 6970/99 אבו סמרה נ' מדינת ישראל [17]; ע"א 1354/97 עכאשה נ' מדינת ישראל [18]). מציאות זו עולה בקנה אחד עם כללי ברירת הדין בנזיקין הנהוגים במשפטנו (לסקירה נרחבת ראו פרשת ינון [15]). אף המדינה לא טענה דבר נגד תחולה זו של דין הנזיקין הישראלי. בעת הטיעון בעל פה בעתירות שלפנינו שאלנו את נציגי המדינה אם יש בפיהם טענה כלשהי על פי המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי לעניין תחולתם של דיני הנזיקין הישראליים בתביעות האינתיפדה. תשובתם של נציגי המדינה הייתה בשלילה. נמצא, כי תיקון מס' 7 פוגע בזכויות הנתונות בישראל לתושבי האזור הנפגעים ממעשי נזיקין של כוחות הביטחון באזור. כך היה המצב לפני תיקון מס' 7. מצב זה שונה על ידי סעיף 5 שהוסף בתיקון מס' 7. הזכויות בנזיקין בישראל נשללו מתושבי האזור לעניין מעשי נזיקין שבוצעו על ידי כוחות הביטחון באזור עימות. פעולתו של תיקון מס' 7 הינה, אפוא, בישראל. הוא פוגע בזכויות שהיו לניזוקים מהאזור בישראל. לעניין שלילת זכויות אלה חל, עקרונית, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. תחולה זו אינה אקסטררה-טריטוריאלית. תחולתו הינה טריטוריאלית. כמובן, עדיין קמה ועומדת שאלת המשנה השנייה שעניינה השאלה אם תיקון מס' 7 פוגע באחת הזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

3. שאלת המשנה השנייה: האם נפגעה זכות המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?

24. תיקון מס' 7 קובע כי המדינה אינה אחראית בנזיקין בהתקיים התנאים הקבועים בו. האם שלילת האחריות בנזיקין פוגעת בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? התשובה היא בחיוב. ניתן לבסס זאת בשני טעמים עיקריים. ראשית, הזכות בנזיקין הנתונה לניזוק (או ליורשיו או לתלויים בו),

ואשר נשללה על ידי תיקון מס' 7, הינה חלק מזכותו החוקתית של הניזוק לקניין. אכן, הדיבור "קניין" בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – "אין פוגעים בקניינו של אדם" – משמעו רכושו של אדם. בפרשת המועצה האזורית חוף עזה [3] נפסק לעניין הדיבור "קניין" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"הקניין" בהוראה זו משתרע על כל זכות רכושית. חוק היסוד מגן על פגיעה ברכושו של אדם. נמצא כי ההגנה על הקניין משתרעת לא רק על זכויות 'קנייניות' כגון בעלות, שכירות וזיקת הנאה, אלא גם על זכויות 'אובליגטוריות' בעלות ערך רכושי" (שם [3], בעמ' 583. ראו גם פרשת בנק המזרחי המאוחד [4], בעמ' 431, 572).

בפרשת בנק המזרחי המאוחד 2 [9] הוספתי:

"השאלה 'קניין מהו' התעוררה במספר פסקי דין. התשובה עליה אינה פשוטה כלל ועיקר. הקושי נובע מהמורכבות של המושג העיוני 'קניין' ומחוסר ההסכמה באשר לטעמים המונחים בבסיסו [...] דומה שהכל מסכימים כי הקניין בחוק היסוד משתרע על כל הזכויות הקנייניות למיניהן כמשמעותן במשפט הפרטי. כמו כן מוסכם על הכל כי הקניין בחוק היסוד אינו מוגבל לזכויות הקנייניות בלבד. אכן, לא הרי הקניין במובנו החוקתי כהרי הקניין במובנו במשפט הפרטי [...] על כן כולל המושג החוקתי של הקניין גם את הזכות לחזקה ואת הזכויות האובליגטוריות [...] באחת הפרשות נפסק כי הדיבור קניין בחוק היסוד כולל בחובו קיצבת זיקנה [...] על רקע זה נקבע כי הקניין במובנו החוקתי משמעותו זכות רכושית, בין זכות חפצא ובין זכות גברא" (שם [9], בפסקה 9 לפסק הדין).

גישה זו למושג החוקתי של הקניין מקובלת במרבית המדינות שבהן הקניין זוכה למעמד חוקתי (ראו: יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" [41]; ANDRIES JOHANNES VAN DER WALT, CONSTITUTIONAL PROPERTY CLAUSES [42], at p. 22). מתבקשת מכאן המסקנה, כי זכותו של הניזוק על פי דיני הניזוקין היא חלק מרכושו, ועל כן – חלק מקניינו. זאת ועוד: זכותו של אדם לפיצויים בגין הפגיעה בזכותו נגד המדינה אף היא חלק מקניינו. אכן, "הזכות לפיצויים הבאים

א להשיב לקדמותו את מצבו של מי שניזוק [...] היא זכות קניינית כמשמעותה בחוק היסוד" (אליעזר ריבלין תאונת הדרכים: סדרי דין וחישוב הפיצויים [37], בעמ' 932). הפגיעה בזכות לפיצויים היא גם פגיעה בזכות הקניין (ראו: פרשת המועצה האזורית חוף עזה [3], בעמ' 589; דנ"א 1332/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רעננה נ' הורוויץ [19]; בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל [20]; ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" [21]).

ב 25. שנית, האחריות בנוזיקין מגינה על זכויות אחדות של הניזוק, כגון הזכות לחיים, לחירות, לכבוד ולפרטיות. דיני הניזוקים הם אחד המכשירים העיקריים שבאמצעותם מגינה שיטת המשפט על זכויות אלה; הם האיזון שהמשפט קובע בין זכויות הפרטים, בינם לבין עצמם, ובין זכות הפרט לאינטרס הציבור. ג שלילתה של האחריות בנוזיקין – או צמצומה – פוגעת בהגנה על זכויות אלה. בכך נפגעות זכויות חוקתיות אלה. אכן:

"זכות הפיצויים הבסיסית של אדם, הנפגע על-ידי מעשה עוולה, היא זכות חוקתית העולה מן ההגנה על חייו, גופו, ועל קניינו [...]. כל הגבלה של הזכות לפיצויים בגין מעשה עוולה חייבת לעמוד במבחן החוקתי של תכלית ראויה ושל מידה שאינה עולה על הנדרש" (יצחק אנגלרד פיצויים לנפגעי תאונות דרכים [38], בעמ' 9).

ה גם בשיטות משפט אחרות, המעניקות הגנה חוקתית לזכויות האדם, מוכרת התפישה כי דיני הניזוקים נתונים למגבלות החוקתיות וכי שינויים בהם מחייבים בחינה חוקתית (ראו IZHAK ENGLARD, THE PHILOSOPHY OF TORT LAW [43], (at pp. 125–134).

ו ח. שלב שני: האם הפגיעה בזכויות החוקתיות היא כדין?

1. פסקת ההגבלה

26. השלב השני בבחינה החוקתית דן בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זו לשונה:

פגיעה בזכות

א 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".

ב להוראה זו תפקיד מרכזי במבנה החוקתי שלנו. היא בעלת שתי פנים. מחד גיטא, היא מגינה על זכויות האדם הקבועות בחוק היסוד; מאידך גיטא, היא קובעת את התנאים לפגיעה בזכות היסוד (ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים [22], בפסקה 54 לפסק דיני; להלן: פרשת עדאלה). ביסוד פסקת ההגבלה מונחת התפישה 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 התפישה כי את זכויות האדם ניתן להגביל, וכי להגבלות אלה יש גבולות (ראו: פרשת דיזיין [13], בפסקה 11; פרשת התנועה למען איכות השלטון [8], בפסקאות 45 ו-46 לפסק דיני). אכן, זכויות האדם אינן זוכות להגנת המשפט כדי מלוא היקפן; המבנה החוקתי אינו מאפשר את מימושן של זכויות האדם כדי מלוא פריסתן.

ה 27. פסקת ההגבלה מבוססת על שני מרכיבים עיקריים. המרכיב הראשון הוא מרכיב המטרה. נקבע בפסקת ההגבלה כי חוק הפוגע בזכות אדם חוקתית חייב לקיים את הדרישה שהוא "הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה". המרכיב השני הוא מרכיב האמצעים. נקבע כי האמצעים שנוקט החוק להגשמת המטרה צריך שיפגעו בזכויות האדם החוקתיות "במידה שאינה עולה על הנדרש". בין שני מרכיבים אלה קיים קשר הדוק. האמצעים נועדו להגשים את המטרה. יש, על כן, לבחון את חוקתיות המטרה. משזו נקבעה – יש לבחון אם האמצעים להגשמתה הם חוקתיים.

ז 28. שאלת התכלית היא סבוכה. לענייננו, די אם נקבע כי התכלית שיש להתחשב בה היא תכליתו הדומיננטית של החוק (ראו בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה [23], בעמ' 264; להלן: פרשת מנחם). תכלית זו צריך שתהא "ראויה" בהקשר של פגיעה בזכויות האדם (ראו: פרשת המועצה האזורית חוף עזה [3],

א בעמ' 548; פרשת עדאלה [22], בפסקה 61 לפסק דיני). מאפייניה של התכלית הראויה הינם כי היא "נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל" (ראו פרשת עדאלה [22], בפסקה 62 לפסק דיני). מבחינת הצורך בהגשמת התכלית, הדין הוא כי צורך זה משתנה על פי מהותה של הזכות ומידת הפגיעה בה (ראו: פרשת צמח [6], בעמ' 273; פרשת מנחם [23], בעמ' 258; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה [24], בעמ' 52). כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית – כגון החיים, החירות, כבוד האדם, הקניין, הפרטיות – על התכלית להגשים מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ (פרשת עדאלה [22], בפסקה 63).

ג 29. בצד התכלית הראויה מונחים האמצעים המידתיים. אין די בכך שתכליתו של החוק ראויה היא. על האמצעים הננקטים להגשמתה להיות ראויים. אמצעי הוא ראוי אם הוא מידתי. ביסוד המידתיות מונחת התפישת כי "המטרה אינה מקדשת את האמצעים" (השופט אור בפרשת אורון [7], בעמ' 465; ראו גם פרשת התנועה למען איכות השלטון [8], בפסקה 47 לפסק דיני).

ד בפסיקה עקבית ועניפה קבע בית משפט זה כי המידתיות מתבטאת בשלושה מבחני משנה (אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית [39], בעמ' 346). הפעלתם של מבחני המשנה מושפעת ממהותה של הזכות המופרת, מעוצמת הפגיעה בה ומחשיבותם של הערכים ושל האינטרסים שהפגיעה נועדה להגשים. מבחן המשנה הראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי או מבחן ההתאמה. נדרש כי האמצעי שנקט החוק מתאים להגשמתה של המטרה שהחוק מבקש להגשימה. מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה או מבחן הצורך. נדרש כי החוק הפוגע לא יפגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש להשגתה של התכלית הראויה. "האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה" (פרשת מנהלי ההשקעות [5], בעמ' 385; רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן [25], בעמ' 405; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל [26], בעמ' 840, להלן: פרשת בית טוריק). מבחן המשנה השלישי

הוא מבחן התוצאה המידתית, או מבחן המידתיות במוכן הצר. נדרש כי יתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה לבין הנזק הנגרם מהפגיעה בזכות החוקתית (ראו: פרשת בית טוריק [26], בעמ' 850; פרשת אלפי מנשה [2], בפסקה 116 לפסק הדין). זהו מבחן ערכי (ראו פסק דינו של השופט מ' חשין בפרשת עדאלה [22], בפסקה 107 לפסק הדין). הוא מתמקד בתוצאתה של החקיקה ובאפקט שיש לה על זכות האדם החוקתית. זהו עיקרון של איוון.

30. לעניין שלושת מבחני המשנה של המידתיות, מן הראוי לציין שני אלה: ראשית, קיים שוני מהותי בין מבחני המשנה הראשון והשני לבין מבחן המשנה השלישי. שני מבחני המשנה הראשונים – קשר רציונלי והפגיעה הפחותה – מתמקדים באמצעים להגשמת המטרה. אם מתברר על פיהם כי קיים קשר רציונלי בין הגשמת המטרה לאמצעי החקיקתי שנבחר וכי אין אמצעי חקיקתי שפגיעתו פחותה, תקיים הפגיעה בזכות האדם – יהא שיעורה אשר יהא – את תנאי המשנה. מבחן המשנה השלישי הוא בעל אופי שונה. אין הוא מתמקד אך באמצעי להשגת המטרה. הוא מתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמתה של המטרה הראויה. הוא מכיר בכך שלא כל האמצעים – בעלי הקשר הרציונלי ושפגיעתם היא פחותה – מצדיקים הגשמת המטרה. מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפישה החוקתית כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית שאותה מבקשים להגשים היא ראויה. שנית, שלושת מבחני המשנה אינם מובילים תמיד לתוצאה אחת ויחידה. לא פעם, נוצר מתחם של אפשרויות המקיימות, במידה זו או אחרת, את מבחני המידתיות. התפישה העקרונית הינה כי כל אפשרות שהמחוקק בחר והמצויה בתוך מתחם המידתיות, היא חוקתית. זהו מרחב התמרון החוקתי של המחוקק בגדרי מתחם המידתיות (ראו: פרשת בנק המזרחי המאוחד [4], בעמ' 438; פרשת מנחם [23], בעמ' 280; עע"ס 4436/02 תשעים כדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים [27], בעמ' 815; פרשת המועצה האזורית חוף עזה [3], בעמ' 550, 812; פרשת התנועה למען איכות השלטון [8], בפסקה 61 לפסק דיני; פרשת עדאלה [22], בפסקה 77 לפסק דיני).

2. חוקתיותו של סעיף 56 שהוסף בתיקון מס' 7

- א 31. שאלת חוקתיותו של סעיף 56 שהוסף בתיקון מס' 7 עלתה לפנינו באופן שולי בלבד. הצדדים מיקדו את עיקר טענותיהם בהוראותיו של סעיף 56. הם לא הרחיבו בעניינו של סעיף 56. לא הובאו לפנינו מקרים שבהם התעוררה שאלת תחולתו. בכל אלה יש כדי להשליך על שאלת חוקתיותו של הסעיף. בנסיבות אלה, וכל עוד לא התלבנו שאלות אלה כל צורך, טרם בשלה העת להכריע בחוקתיותו של סעיף 56. הרבה תלוי באופן יישומו ובפירוש שיוענק להוראות הסעיף. כך, למשל, לא שמענו טיעונים בשאלה אם פירוש הנכון של הסעיף טומן בחובו קשר סיבתי בין הפעילות והחברות בארגון המחבלים, או בשליחותו, לבין נזקם של הנפגעים. כמובן, שמורה זכותם של הצדדים להעלות טענותיהם לעניין חוקתיותו של סעיף 56 ככל שהיא תתעורר בהקשרם של מקרים ספציפיים. בתי המשפט האזרחיים מוסמכים, במסגרתן של תביעות נזיקין ספציפיות, לבחון טענות נגד חוקתיות הסעיף. בנסיבות העניין, לא ראינו מקום להכריע בשאלת חוקתיותו של סעיף 56 לתיקון מס' 7.

3. חוקתיותו של סעיף 57 שהוסף בתיקון מס' 7

- א 32. סעיף 57 שהוסף בתיקון מס' 7 קובע כי המדינה אינה אחראית בנזיקין לנזק הנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון. לכלל זה נקבעו כמה חריגים. שלילתה של אחריות זו אינה קשורה בזהותו של הנזוק אלא במיקומו של הנזק באזור עימות. על התכלית המונחת ביסוד הוראה זו עמדו המשיבים לפנינו:

”תכליתו העיקרית של התיקון, המצדיקה הגבלת תביעות המוגשות בגין נזקים הנגרמים באזורי עימות, היא להתאים את דיני הנזיקין למאפיינים המיוחדים של המלחמה עם הפלסטינים. במסגרת זו מבקש התיקון גם למנוע תוצאה בלתי ראויה ובלתי צודקת, שלפיה תישא ישראל גם בנזקיהם של תושבים פלסטיניים, מעבר לנשיאה בנזקים העצומים שנגרמו לצד הישראלי” (פסקה 275 לתשובת המשיבים מיום 6.7.2006).

עמדת המשיבים הינה כי דיני הנזיקין נועדו להסדיר "ניהול סיכונים בגין פעולות מזיקות בחיי היום-יום בתוך חברה נתונה" (פסקה 26). אין הם מתאימים לטיפול בנזקים הנגרמים בעת לחימה. זאת – ממספר שיקולים:

א

"ראשית, מערך הסיכונים בעת מלחמה שונה מזה שבעת שלום. מדובר הן בסיכון כלפי החיילים והן בסיכון כלפי המדינה מכישלון פעולתם [...] שנית, במלחמה היקף הנזק הוא רחב יותר, ולעתים הוא נגרם במשך תקופה קצרה [...] שלישית, בעת מלחמה נפגעים לוחמים ואזרחים רבים. [...] רביעית, מלחמה היא, ככלל, מערכה בין מדינות, או בין מדינה לארגונים, הפועלים מתחומה של מדינה אחרת. [...] חמישית, ניהול תביעת נזיקין אינו ישים לחלוטין ביחס לנזקים שנגרמו במלחמה, או שהוא נתקל בקשיים רבים. [...] שישית, דיני הנזיקין מעצם טבעם בוחנים אירוע נתון על בסיס מערכת עובדתית פרטנית ונקודתית. אלא שבחינה פרטנית של אירוע אינה מתאימה לפעילות במסגרת מלחמה. [...] על כן, מכל הטעמים שפורטו לעיל, אין מקום להחלת דיני הנזיקין על נזקי המלחמה" (פסקה 33 לתשובת המשיבים מיום 6.7.2006).

ב

ג

ד

על רקע זה, מתעוררת השאלה אם הוראותיו של סעיף 5ג הן חוקתיות. כפי שראינו, הן פוגעות בזכויותיו של פלסטיני שנפגע באזור עימות ממעשה נזיקין של כוחות הביטחון. בטרם הוחק תיקון מס' 7, הוטלה אחריות על המדינה כלפי פלסטינים באזורי עימות אם מעשה הנזק נעשה שלא על ידי "פעולה מלחמתית" של כוחות הביטחון. עתה נקבע כי המדינה אינה אחראית בנזיקין לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון, בלא קשר לשאלה אם מעשה הנזק נעשה על ידי "פעולה מלחמתית" או פעולה שאינה מלחמתית. צמצום זה באחריות המדינה פגע בזכותו החוקתית של הפלסטיני (או של יורשיו או עזבונו) שבוצע כלפיו מעשה נזיקין שלא על ידי "פעולה מלחמתית". האם פגיעה זו בזכות החוקתית מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה?

ה

ו

33. האם התכלית המונחת ביסוד הוראת סעיף 5ג שהוסף בתיקון מס' 7 היא תכלית ראויה? לדעתי, התשובה על שאלה זו הינה בחיוב. אכן, דיני הנזיקין

ז

א הרגילים לא נועדו להתמודד עם מעשי נזק, אשר נגרמו במהלך פעולות מלחמתיות של כוחות הביטחון מחוץ לישראל, במצב של עימות מזוין. שלילת האחריות בנוזיקין במצבים של "פעולה מלחמתית" מקובלת גם בשיטות משפט אחרות (לסקירה ראו אסף יעקב "חסינות תחת אש" [40], בעמ' 115–125). הסדר שמטרתו להתאים את דיני הנזיקין לתנאים המיוחדים השוררים בעת פעילות מלחמתית של כוחות הביטחון הינו הסדר שנועד לתכלית ראויה. עמדתי על כך בפרשת בני עודה [1]:

ב

א "פעולות מלחמתיות הגורמות נזק לפרט אינן צריכות להיות מוכרעות על-ידי דיני הנזיקין הרגילים. הטעם לכך הוא כי פעולות מלחמתיות יוצרות סיכונים מיוחדים אשר הטיפול בהם צריך להיות מחוץ לגדריה של האחריות הנזיקית הרגילה. [...] פעולות מלחמתיות יוצרות מעצם טיבן וטבען סיכונים אשר מערכת הדינים ה'שיגרתית' לא נועדה להתמודד עמהם. המטרות המונחות ביסוד דיני הנזיקין הרגילים אינן חלות כאשר הנזק נובע מפעולה מלחמתית שהמדינה מנהלת כנגד אויביה [...] ודוק, הגישה אינה כי 'פעולה מלחמתית' היא מחוץ לתחומי המשפט. הגישה הינה כי בעיית האחריות האזרחית בגין פעולות מלחמתיות צריכה להיקבע מחוץ לדיני הנזיקין הקלאסיים" (שם [1], בעמ' 6–7).

ג

ד

ה 34. האם סעיף 5ג שהוסף בתיקון מס' 7 הוא מידתי? מבחן המשנה הראשון, שעניינו קשר רציונלי בין התכלית הראויה לבין הוראותיו של סעיף 5ג, מתקיים. שלילת האחריות בנוזיקין הקבועה בסעיף 5ג מוציאה את הנזקים שכוחות הביטחון גורמים באזור עימות מתחום דיני הנזיקין הרגילים. בכך מושגת התכלית הראויה שתיקון מס' 7 ביקש להגשים.

ו

ז 35. האם מקיים סעיף 5ג שהוסף בתיקון מס' 7 את מבחן המשנה השני של המידתיות? על פי מבחן זה, על החוק לנקוט את האמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא פחותה. האם סעיף 5ג מקיים דרישה חוקתית זו? תשובתי הינה בשלילה. על מנת להגשים את התכלית שבבסיס סעיף 5ג די בקביעת הסדרים חוקיים שלפיהם פטורה המדינה מאחריות בנוזיקין בגין פעולות לחימה. דיני הנזיקין הרגילים

ח

אינם מתאימים לדיון באחריות בגין מעשי נזיקין תוך כדי לחימה. הסדרים מעין אלה נקבעו בסעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים המקורי אשר קבעו כי המדינה אינה אחראית בנזיקין על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא ההגנה לישראל. תיקון מס' 4 הרחיב את ההגדרה של "פעולה מלחמתית" מעבר להיקף שניתן לה בפסיקתם של בתי המשפט. נקבע בתיקון מס' 4 כי פעולה מלחמתית כוללת "כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בנסיבות סיכון לחיים או לגוף". הוא הוסיף וקבע כי יש להודיע על הנזק בתוך שישים יום; הוא קיצר את תקופת ההתיישנות והוא שולל את תחולתם של דינים המעבירים הנטל על המדינה. תיקון זה הוא מידתי ואינו מעורר קושי חוקתי. בכך תוגשם התכלית המונחת ביסוד תיקון מס' 7, שעניינה הצורך "להתאים את דיני הנזיקין למאפיינים המיוחדים של המלחמה עם הפלסטינים" (פסקה 27 לתשובת המשיבים מיום 6.7.2006). תיקון מס' 7 הולך הרבה יותר רחוק מכך. הוא שולל אחריות בנזיקין לכל נזק שנגרם באזור עימות על ידי כוחות הביטחון, גם בגין מעשים שנעשו שלא על ידי פעולה מלחמתית של כוחות הביטחון. הרחבה זו של היעדר אחריות המדינה, אינה חוקתית. היא אינה נוקטת אמצעי שפגיעתו פחותה ושעניינו היעדר אחריות בגין פעולות מלחמתיות. היא משחררת את המדינה ממעשי נזיקין שבינם לבין פעולה מלחמתית – תהא הגדרתה רחבה ככל שתהא – אין ולא כלום. אין כל דבר בפעולות רגילות של שמירת חוק, הנעשות על ידי כוחות הביטחון בשטח הנתון לשליטתם, המצדיק הוצאתו מתחום דיני הנזיקין הרגילים. בוודאי כך כאשר מעשה הנזק אינו קשור כלל לפעילות ביטחונית. רק פעולות לחימה מצדיקות, כפי שמבקשת תכליתו של תיקון מס' 7, הוצאת ההסדרים מתחום דיני הנזיקין הרגילים. הוצאתם של מקרי הנזיקין שבהם מעורבים כוחות הביטחון ואשר אין להם היבט לחימתי, לא באה להגשים את התכלית הראויה של התאמת דיני הנזיקין למצבי לחימה. היא באה להגשים תכלית בלתי ראויה של שחרור המדינה מכל אחריות בנזיקין באזורי עימות. בוודאי כך לאור אופייה הרטרואקטיבי של הוראה זו.

36. סעיף 55 שהוסף בתיקון מס' 7 שולל את אחריות המדינה בנזיקין כאשר לכל תביעת נזיקין אשר הוגשה לגבי אירוע אשר אירע ב"אזור עימות". מהודעת המדינה עולה כי לאחר חקיקתו של תיקון מס' 7, הוכרוזו אזורים נרחבים בשטחי

א יהודה ושומרון ורצועת עזה כאזורי עימות, ולתקופות ממושכות. שטחי האזור חולקו לכמה אזורים רחבי ידיים. לעתים, אזור אחד מקיף ערים שלמות או כפרים ויישובים אחדים. על פי הקריטריונים שנקבעו לעניין זה, די באירוע חבלני שאירע במקום אחד בתחומו של אזור מסוים על מנת להכריז על האזור כולו כעל אזור עימות, למשך מספר ימים. בנסיבות אלה, פגיעתה של שלילת האחריות של המדינה מכוח סעיף 5 בזכויות האדם החוקתיות היא רבה. עלינו לזכור כי שטחי יהודה ושומרון, ועד לחודש אוגוסט 2005 – גם שטחי רצועת עזה, נתונים תחת תפיסה לוחמתית מזה קרוב לארבעים שנה. במסגרת זו, כוחות הביטחון הישראליים שוהים בתחומי האזור באופן קבוע ובהיקף נרחב. תושבי האזור באים עימם במגע הדוק, שוטף ויומיומי, בצאתם ובבואם, בדרכם לעבודה ולבתי הספר, בנקודות ביקורת במחסומים שבתחומי האזור ובמעברים לישראל וממנה. כוחות הביטחון מקיימים בתחומי האזור נוכחות קבועה ומתמשכת. הם פרושים ופועלים בתחומי האזור הן במשימות לחימה והן בפעולות שיטוריות באופיין; הן באזורים בהם מתקיימת פעילות חבלנית עוינת והן באזורים שקטים; הן בתקופות עימות והן בתקופות רגיעה יחסית. בנסיבות אלה, חסינות גורפת מעין זו הניתנת למדינה מכוח סעיף 5 משמעה מתן פטור למדינה מאחריות בניזיקין באשר לתחומים נרחבים של פעולות שאינן פעולות מלחמתיות, גם על פי הגדרתו הרחבה של ביטוי זה. משמעה הותרת נפגעים רבים, שלא היו מעורבים בכל פעילות עוינת שהיא, ושלא נפגעו אגב פעולות של כוחות הביטחון שנועדו להתמודד עם פעילות עוינת כלשהי, ללא סעד על הפגיעה בחייהם, בגופם וברכושם. פגיעה גורפת זו בזכויות אינה נדרשת על מנת להגשים את התכליות שבבסיס סעיף 5 שהוסף בתיקון מס' 7. שלילת האחריות של המדינה בסעיף 5 אינה "מתאימה את דיני הנזיקין למצב המלחמה". היא מוציאה אל מחוץ להיקף תחולתם של דיני הנזיקין פעולות רבות שאינן מלחמתיות. היא אינה עולה בקנה אחד עם חובתה של ישראל, כמי שמחזיקה ביהודה, בשומרון ובחבל עזה בתפיסה לוחמתית. תפיסה זו מטילה על המדינה חובות מיוחדות על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, שאינן עולות בקנה אחד עם שחרור גורף מכל אחריות בניזיקין. אין אנו נוקטים כל עמדה – מפני שהדבר לא התעורר לפנינו – באשר לשינויים שיייתכן שנובעים מהסכמי אוסלו (ראו: פרשת המועצה האזורית חוף עזה [3], בעמ' 523–524; בג"ץ 7015/02

א עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [28], בעמ' 364). כמובן, אין אנו קובעים דבר באשר למעמד המשפטי של חבל עזה לאחר ההינתקות. גם אם התפיסה הלוחמתית של ישראל בו נסתיימה, כטענת המדינה, אין צידוק לשחרור גורף מאחריותה בניזיקין.

ב 37. אכן, הדרך המידתית היא בבחינה אינדיווידואלית של כל מקרה ומקרה. בחינה זו תבדוק אם המקרה נופל לגדרה של "פעולה מלחמתית", תהא הגדרתה אשר תהא. ניתן להרחיב הגדרה זו, אך אין להחליף בדיקה אינדיווידואלית זו בשלילת אחריות גורפת. עמדתי על כך בפרשת עדאלה [22]:

ג "הצורך לנקוט אמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיווידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון [...] הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיווידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. כך הדבר במשפטנו שלנו. כך הדבר במשפט המשווה" (פסקאות 70–96 לפסק דיני).

ה גישה זו התקבלה על דעתם של שופטים נוספים באותה פרשה. המשנה לנשיא (השופט מ' חשין) ציין כי השאלה הינה אם ניתן ליצור "מנגנון בדיקה פרטנית לכל תושב האזור, בן זוג או הורה של אזרח ישראל, תחת הטלתו של איסור גורף על כלל תושבי האזור שהם בני גילאים מסוימים" (בפסקה 105 לפסק דינו). השופטת ד' ביניש ציינה כי "אי ביצוע בדיקה אינדיווידואלית וקביעת איסור גורף מעניקים שוליים רחבים מדי לערך הביטחון בלא לקיים התמודדות הולמת עם ערכים ועם זכויות העומדים אל מול ערך זה" (בפסקה 11 לפסק דינה). בדומה ציינה השופטת א' חיות כי "צרכי הביטחון, עם כל חשיבותם, אינם יכולים להכשיר איסורים קיבוציים-גורפים שאינם קשובים לפרט [...] יש בהחלט מקום לחזקת מסוכנות שמבקשים המשיבים להחיל בסוגיה זו של איחוד משפחות בין ערבים אזרחי ישראל ובין תושבי האזור. יחד עם זאת ועל מנת שאימת הטרור לא תעבירנו על מידותינו הדמוקרטיות, מן הראוי שחזקה זו תהא

א ניתנת לסתירה במסגרת בדיקה אינדיווידואלית ופרטנית שאותה יש לאפשר בכל מקרה ומקרה" (פסקאות 4 ו-5 לפסק דינה). השופטת א' פרוקצ'יה הדגישה בפסק דינה כי "עלינו להישמר מסכנה אורבת הטמונה בפגיעה גורפת בבני אדם המשתייכים לציבור מסוים על ידי הדבקת תווית של סיכון בלא הבחנה [...] נגן על ביטחון חיינו באמצעות אמצעי פיקוח אינדיווידואליים גם אם יש בכך כדי להעמיס עלינו מעמסה נוספת" (פסקה 21 לפסק דינה). השופטת מ' נאור ציינה כי "איני חולקת על חשיבותה של עריכת בדיקה אינדיווידואלית, מקום שהדבר אפשרי [...] ככלל, מקובל עליי כי פגיעה בזכות יסוד תהיה חשודה בחוסר מידתיות אם היא נעשית על בסיס גורף ולא על בסיס של בחינה אינדיווידואלית" (בפסקה 20 לפסק דינה). השופט א' ריבלין הדגיש אף הוא את חשיבותה של הבדיקה האינדיווידואלית, אך סבר כי באותה פרשה אין בבדיקה זו כדי להגשים את מטרת החוק. השופט א' א' לוי הדגיש בפסק דינו כי "בסופו של יום, לא יהיה מנוס מהמרתו של האיסור הגורף שבחוק בהסדר שבבסיסו תעמוד בדיקה פרטנית" (בפסקה 9 לפסק דינו). המקרה שלפנינו שונה מפרשת עדאלה [22]. עם זאת, קיימים קווי דמיון ביניהם. בשני המקרים נפגעו זכויות אדם חשובות ביותר. תיקון מס' 7 שולל את הזכות בנזיקין, ובכך עשוי להעמיד את הניזוק או משפחתו בפני חוסר כל. בשני המקרים, בחרה המדינה בשלילה גורפת ("אין המדינה אחראית בנזיקין") על פני בדיקה אינדיווידואלית של כל מקרה ומקרה, אם יש בו "פעולה מלחמתית". בפרשת עדאלה [22] נטען כי לא ניתן להגשים את תכלית החוק על ידי בדיקה אינדיווידואלית. טענה זו אין לה כל מקום בפרשה שלפנינו. יש בכוחה של הבדיקה האינדיווידואלית כדי להגשים את תכלית החוק.

38. המדינה הרחיבה בכתבי טענותיה אודות ההסדרים הנוהגים במשפט המשווה לעניין זה. עיון בטענותיה של המדינה מעלה כי במדינות שאותן סוקרת המדינה בכתבי טענותיה, ההסדרים שנקבעו לעניין אחריותה של המדינה בנזיקין דומים להסדר שנקבע בתיקון מס' 4, ואילו ההסדר הגורף שנקבע בתיקון מס' 7 הינו חסר תקדים. כך למשל, במשפט האמריקני, מכיר ה-Federal Tort Claims Act, בצד האחריות הכללית של הממשל הפדרלי בנזיקין, בחרג המשחרר את המדינה מאחריות בנזיקין בגין פעולות לחימה (combatant activities). אולם חריג זה מוגבל לפעולות של כוחות הביטחון בעת מלחמה (time of war)

א (סעיף (j) 2680). סעיף זה פורש אמנם בהרחבה. נקבע כי "מצב מלחמה" מתקיים גם בתקופה של עימותים עוינים רציניים בין הצבא האמריקני לבין כוחות צבא אחרים, וכי "פעולות מלחמתיות" כוללות הן את פעולות הלחימה עצמה והן פעולות הקשורות אליהן במישרין (Koochi v. United States [31]). אולם, אף בפרשנותו הרחבה, קובע סעיף זה הסדרים הדומים במהותם להסדר אשר נקבע בתיקון מס' 4, ולא לחסינות הגורפת אשר נקבעה בתיקון מס' 7. כך הדבר גם במשפט האנגלי. במסגרתו מוכרת חסינות למדינה מתביעות נזיקין הנובעות מפעילות מלחמתית (combat immunity). כדברי השופט גליידוול (Glidewell): "During the course of hostilities no duty of care is owed by a member of the armed forces to civilians or their property" (Mulchy v. Ministry of Defence [33]). אף שלילת אחריות זו פורשה באופן מרחיב, אך זאת – בלי לגלוש לשלילה גורפת:

"[Combat immunity] must cover attack and resistance, advance and retreat, pursuit and avoidance, reconnaissance and engagement. But the real distinction does exist between active operations against the enemy and other activities of the combatant services in time of war" (Bici v. Ministry of Defence [34]).

ב (פרשה זו (משנת 2004) נדונה תביעה בנוזיקין של אלבנים תושבי קוסובו שנפגעו מידי של חיילים בריטים ששהו בקוסובו כחלק מכוח נאט"ו שנשלח למקום. בית המשפט קבע כי החיילים התרשלו בכך שהפרו את הוראות הפתיחה באש, ולנוכח נסיבות המקרה, דחה את טענת המדינה שלפיה עליה ליהנות מדין חוסר האחריות בגין פעולה מלחמתית. הנה כי כן, אף ההסדר במשפט האנגלי דומה במהותו להסדר הקבוע בתיקון מס' 4. שלילת אחריותה של המדינה בשל פעולות מלחמתיות היא הרחבה ביותר במשפט הקנדי. סעיף 8 ל-Crown Liability and Proceedings Act קובע כי:

"[N]othing in those sections makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or

authority exercisable by the Crown, whether in time of peace or of war, for the purpose of the defence of Canada or of training, or maintaining the efficiency of, the Canadian Forces".

א

סעיף זה שולל את אחריות המדינה באשר לתביעות בנוזיקין הנובעות מפעולות של הצבא הקנדי שנעשו לשם הגנתה של קנדה. זאת, בין בשעת שלום ובין בשעת מלחמה, ובין שמדובר בפעולת הלחימה עצמה ובין שמדובר באימונים לקראתה. אולם, אף הסדר רחב זה אינו מעניק למדינה חסינות גורפת. על המדינה להראות שפעילות כוחות הביטחון שגרמה לנזק נעשתה להגנתה של קנדה. לעומת זאת, בישראל, פטורה המדינה מכל נטל הוכחת, ודי בכך שהיא מצביעה על כך שהנזק נגרם באזור עימות.

ב

ג

39. לסעיף 5 נקבעו כמה סייגים. התוספת השנייה לתיקון מס' 7 קובעת כי חסינות המדינה לפי סעיף 5 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, נזק שנגרם עקב תאונת דרכים שבה היה מעורב רכב של כוחות הביטחון שלא במסגרת פעילות מבצעית. האם יש בסייגים אלה שנקבעו להסדר הכללי הקבוע בסעיף 5 כדי להצילו מחוסר מידתיות? האם יש בהם כדי לשנות את המסקנה בעניין תנאי המשנה השני? תשובתי על שאלה זו היא בשלילה. אין בסייגים ובחריגים אלה כדי להוות חלופה פוגעת פחות בזכויות האדם. נהפוך הוא: אם אמנם שלילת האחריות הקבועה בתיקון מס' 7 אינה חלה במקרים אלה, מדוע זה היא חלה במקרים אחרים של מעשי נזיקין שאינם נובעים מ"פעולה מלחמתית"? אם האחריות בגין "תאונת דרכים" שבה מעורב רכב צבאי אינה נופלת לגדר שלילת אחריותה של המדינה, מדוע בתאונות אחרות, שאינן תאונות דרכים, נשללת האחריות באופן גורף בלא לאפשר בדיקה פרטנית? אמת הדבר, קיימים קשיי הוכחה. אך הדרך להתגבר על אלה אינה בשלילת האחריות, אלא בבדיקה אינדיווידואלית ובעשיית שימוש בנטלי ההוכחה ובתקופות התיישנות קצרות יותר.

ד

ה

ו

ז

40. האם מקיים סעיף 5ג את מבחן המשנה השלישי של המידתיות, שעניינו המידתיות במובן הצר? האם התועלת הצומחת לאינטרס הציבורי משלילת אחריותה בנוזיקין של המדינה לנזק הנגרם באזור עימות שקולה כנגד ההפסד שנגרם לפרטים שנפגעו כתוצאה ממעשה נזיקין של כוחות הביטחון? ודוקו: שאלת המידתיות במובנה הצר אינה מתעוררת בכל אותם מקרים שבהם היה מתברר במשפט כי לא בוצע כלל מעשה נזיקין, בין בשל היעדר חובה (מושגית או קונקרטיית), בין בשל היעדר התרשלות, בין בשל היעדר קשר סיבתי ובין מכל טעם אחר (לעניין עוולות אחרות). זאת ועוד: שאלת המידתיות (במובנה הצר) אינה מתעוררת כלל לעניין מעשה נזיקין שנבע מ"פעולה מלחמתית" של כוחות הביטחון. בגין מעשה נזיקין זה, אין המדינה אחראית בנוזיקין על פי הדין שקדם לתיקון מס' 7. נמצא, כי השאלה שאותה עלינו להציג לעצמנו הינה זו: האם התועלת לאינטרס הציבורי הנגרמת בשל שלילת אחריותה של המדינה בגין עוולה שבוצעה שלא על ידי "פעולה מלחמתית" שקולה כנגד הנזק הנגרם לאלה שניזוקו בשל עוולה זו? שבנו ושאלנו את המשיבים מהי התועלת הציבורית שאותה מגשים תיקון מס' 7, שלא הייתה מתגשמת על פי המשטר הנזיקי שקדם לה, לרבות תיקון מס' 4. ביקשנו לברר מהן הנסיבות הנוספות שבהן נשללת אחריותה של המדינה באמצעות תיקון מס' 7, בהשוואה למצב המשפטי שקדם לתיקון, וכיצד יש בהן כדי להגשים את תכלית החקיקה ואת האינטרס הציבורי. נענינו בדברים הבאים:

"ראשית, תיקון מס' 4 הוא תיקון שהוכן על רקע האינתיפדה, שפרצה בשנת 1987. הצעת החוק של תיקון מס' 4 הוגשה עוד לפני פרוץ העימות המזוין בשנת 2000, והיא כלל לא נועדה לתת מענה לייחודיות של העימות המזוין עם הפלסטינים. ואכן, גם בפועל, תיקון מס' 4 אינו נותן מענה לעימות המזוין. הדבר בא לידי ביטוי בכך שתיקון מס' 4 הוא תיקון מצומצם. הוא מטפל בעיקר בהיבט הטכני-פרוצדוראלי של תביעות, שנגרמו באזור. תיקון זה מביט על הנזקים מתוך דיני הנזיקין. לעומת זאת תיקון מס' 7 הוא תיקון מהותי.

תכליתו של תיקון מס' 7 שונה מתכליתו של תיקון מס' 4. התיקון מבקש להוציא את נזקי המלחמה מתחום דיני הנזיקין, ולא להתאים

א את דיני הנזיקין לנזקי מלחמה. תכליתו של התיקון היא בעיקרה ערכית. היא שונה לחלוטין מתכליתו של תיקון מס' 4. לכן לא ניתן להסתפק בתיקון 4 בלבד.

ב שנית, תיקון מס' 4 אינו עוסק כלל בתביעות של נתוני אויב ובתביעות של חברי ארגון מחבלים, ולכן אף מטעם זה לא ניתן להסתפק בתיקון מס' 4.

ג טעמים אלה אינם משכנעים בעיניי. ראשית, לא הובהר כיצד מועד הכנתו של החיקוק רלוונטי לשאלת התועלת הציבורית שמגשים החיקוק ומדוע אין בתיקון מס' 4 כדי לתת מענה משפטי גם לעימות שפרץ בשנת 2000. שנית, הקביעה כי תיקון מס' 4 הוא טכני-פרוצדורלי, אין לקבלה. תיקון מס' 4 הכניס שינוי מהותי בהגדרת הביטוי "פעולה מלחמתית". ההגדרה הרחיבה מאוד את הפירוש שניתן לביטוי זה בפסיקה, ובכך צמצמה באופן ניכר את אחריותם של כוחות הביטחון הפועלים במהלך העימות עם הפלסטינים. שלישית, לא הובררה לנו נפקות ההבחנה בין "הוצאת נזקי המלחמה מתחום דיני הנזיקין" לבין התאמת "דיני הנזיקין לנזקי מלחמה". אשר לטעם השני שבפי המדינה, הוא נוגע באופן בלעדי לסעיף 5ב שהוסף בתיקון מס' 7.

41. המשיבים עמדו גם על התועלת הכללית שבתיקון מס' 7:

ה "התיקון מחזיר את האיזון לדיני הנזיקין, ומתאים אותם לנסיבות החדשות של המלחמה. הוא מעגן קביעות ערכיות ופותר קשיים מעשיים ביישום הדין הקיים. הוא מעגן את העיקרון לפיו בעת עימות כל צד נושא בנזקיו, ומונע את התוצאה, הקיימת כיום, שבה ישראל נאלצת לשאת בנטל כפול של תביעות בגין נזקי המלחמה, הן של תושביה והן של תושבי הרשות הפלסטינית".

ו גם בדברים אלה אין כדי להשיב על השאלה כיצד שלילת אחריות המדינה בגין ביצוע מעשי נזיקין שאינם נופלים לגדר "פעולה מלחמתית", כהגדרתה בתיקון מס' 4, מגשימה את התועלת הציבורית מבחינה ערכית. לכאורה, די בשלילת אחריות בגין "פעולה מלחמתית", במובנה הרחב, כדי להתאים את דיני

הנזיקין למצב של מלחמה וכדי לשחרר את המדינה מן הנטל של נשיאה בתביעה בגין נזקי מלחמה. נראה כי עיקר התועלת אינו בהגשמת תכליות אלה, כי אם בשחרור המדינה מניהול הליכים משפטיים לבירור שאלת התקיימותה של "פעולה מלחמתית". אכן, שלילה גורפת של אחריות המדינה מייתרת את הצורך לנהל הליכים רבים שבהם נדרשת המדינה להוכיח כי נזקים שבגינם היא נתבעת נגרמו על ידי פעולות מלחמתיות. אלא שתועלת זו לאינטרס הציבורי – תועלת שעיקרה חיסכון במשאבים מינהליים – אינה מידתית בהשוואה לנזק שנגרם לפרטים השונים על ידי פעולות שאינן מלחמתיות. נזק זה הוא, לעתים קרובות, עמוק וכואב. ניוזקים נפגעים קשות; הם הופכים להיות נכים קשים; יכולתם להתפרנס נפגעת קשות. כל אלה – ונטילת החיים עצמם, כמובן – אינם שקולים כנגד התועלת המוגבלת הצומחת משחרור המדינה מאחריות – וממילא מהצורך להגן על עמדתה בבית משפט – מקום שהנזק נגרם על ידי פעולה מלחמתית ופעולה שאינה מלחמתית.

42. תיקון מס' 7 הקים ועדה אשר הוסמכה "לאשר, לפנים משורת הדין, בנסיבות מיוחדות, תשלום לפונה אשר סעיף קטן (א) חל עליו ולקבוע את שיעורו" (סעיף 5ג(ב)(1)). נקבע עוד כי "שר הביטחון, בהתייעצות עם שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, יקבע את תנאי הסף להגשת בקשה לוועדה, את אופן הגשת הבקשה, את סדרי עבודת הוועדה וכן את אמות המידה לתשלום לפנים משורת הדין" (סעיף 5ג(ב)(3)). האם יש בהקמתה של ועדה זו, ותשלום הפיצוי על ידיה, כדי להפוך למידתיים את הסדריו של סעיף 5ג שהוסף בתיקון מס' 7? תשובתי הינה בשלילה. כמובן, מקום שחוסר המידתיות מתבסס על היעדרו של הסדר "לפנים משורת הדין", יש בהקמתו של הסדר מעין זה כדי לשלול את חוסר המידתיות. אך מקום שחוסר המידתיות שבהסדר מקורו בפגיעה בלתי מידתית בזכויות אדם – בוודאי כך כשהזכויות הנפגעות הן מרכזיות וחשובות והפגיעה בהן היא קשה וכואבת – אין הפגיעה הופכת למידתית על ידי תשלום לפנים משורת הדין. מי שנפגע מפעולה שאינה מלחמתית של כוחות הביטחון זכאי לפיצוי על פי דין, לא לפיצוי לפנים משורת הדין. לא חסד נעשה עימו, כי אם דין נעשה עימו. כמובן, יפה תעשה המדינה כי תשקול הענקת תשלום לפנים משורת הדין למי שנפגע קשות מ"פעולה

בג"ץ 8276/05, 8338, עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי
11426 בישראל ואח' נ' שר הביטחון ואח'
פ"ד סב (1) 1 הנשיא (בדימ') א' ברק, הנשיאה ד' ביניש, השופטים
א' פרוקציה, א' א' לוי, מ' נאור, ס' ג'ובראן, א' חיות

א מלחמתית" של כוחות הביטחון, אך בנסיבות המצדיקות, לדעת המדינה, תשלום
חסד (השוו דברי המשנה לנשיא מ' חשין בפרשת עדאלה [22]), בפסקה 126 לפסק
דינו).

ב התוצאה היא, כי אנו דוחים את העתירות בכל הנוגע לחוקתיותו של סעיף 5
שהוסף בתיקון מס' 7. אנו מקבלים העתירה והופכים הצו על-תנאי למוחלט,
בכל הנוגע לחוקתיותו של סעיף 5ג שהוסף בתיקון מס' 7. סעיף זה בטל.

הנשיאה ד' ביניש:

ג אני מסכימה לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק.

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינו של חברי, הנשיא (בדימ') א' ברק.

ד השופט א' א' לוי:

אני מסכים לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק.

השופטת מ' נאור:

ה אני מסכימה לפסק דינו של חברי הנשיא (בדימ') ברק.

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים לפסק דינו של חברי הנשיא (בדימ') א' ברק.

ו השופטת א' חיות:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי הנשיא (בדימ') א' ברק.

ז

השופט ד' חשין:

א אני מסכים לפסק דינו של חברי הנשיא (בדימ') א' ברק.

השופט א' גרוניס:

ב 1. אני מסכים לתוצאה שבפסק דינו של חברי, הנשיא (בדימ') א' ברק. הסכמתי לתוצאה נובעת בעיקר בשל כך שהמשיבים לא התייחסו, בוודאי לא בדרך מספקת, לשתי שאלות עיקריות: ראשית, מהו הדין המהותי החל – על פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי – על תביעות המוגשות בישראל נגד המדינה ונגד שלוחיה בגין פעולות מחוץ לישראל. שנית, אם חוקי היסוד הינם בעלי תחולה אקסטררה-טריטוריאלית. יצוין כי המשיבים העלו טענות מסוימות שחברי הנשיא (בדימ') א' ברק לא נדרש להן, אף שראוי, לטעמי, להזכירן בהקשר לאותן שתי שאלות שצינתי. כוונתי הינה להסדרים שונים במשפט האנגלו-אמריקני, שאליהם אתייחס בהמשך, אשר חלים על נסיבות עובדתיות הרלוונטיות לענייננו ואשר עשויים למנוע מבתי המשפט ליתן סעד.

ד 2. אחת השאלות הראשונות המתבקשת כתובענה המוגשת לבית משפט ישראלי לגבי אירוע שהתרחש מחוץ לגבולות ישראל היא, מהו הדין המהותי שיש להחילו. שאלה זו מתעוררת אף בכל מקרה של תביעת נזיקין המובאת לבית משפט ישראלי לגבי מקרה שארע ביהודה ובשומרון. המקרים שבהם מדובר עשויים להיות מגוונים ביותר. כך ייתכן, שאזרח ישראלי העובד אצל מעביד ישראלי ביישוב ישראלי בשומרון נפגע בתאונת עבודה, ומגיש תביעה בשל כך לבית משפט בישראל. שינוי קל של הנתונים יציג מקרה שבו העובד שנפגע הינו פלסטיני. אפשרות אחרת, המקרבת אותנו למקרים שאליהם מתייחסות העתירות, עוסקת בתביעה של פלסטיני תושב השומרון הטוען כי נפגע מירי של חיילי צה"ל. בכל אחת מדוגמאות אלה אמור בית המשפט להידרש לשאלה איזה דין יחול על התביעה לפי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי. חברי הנשיא (בדימ') א' ברק קובע כי לפי כללי ברירת הדין הנוהגים במשפט הישראלי, חל דין הנזיקין הישראלי על פעולות של כוחות הביטחון באזור יהודה ושומרון. להשקפתי, אין התשובה לשאלה זו כה ברורה. בע"א

1432/03 ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן [15] (להלן: פרשת ינון;
 א בקשה לדיון נוסף על פסק הדין, נדחתה: דנ"א 9524/04 ינון יצור ושיווק מוצרי
 מזון בע"מ נ' קרעאן [29]), נדונה באופן מקיף השאלה מה עמדת המשפט
 הבינלאומי הפרטי הישראלי לגבי מעשה נזיקין שהתרחש באזור האמור. נפסק,
 כי הכלל הוא שחל דין מקום ביצוע העוולה (*Lex Loci Delicti Commissi*). על
 כן, באופן עקרוני, אמור לחול הדין הירדני. הכלל האמור כפוף לחריג נדיר, שעל
 ב פיו יחיל בית המשפט את דין המדינה שלה הקשר ההדוק ביותר לעוולה (פרשת
 ינון [15], בעמ' 374–375, 377). בפרשת ינון [15] דובר בתביעה של פלסטינית
 שהוגשה לבית משפט בישראל. התובעת נפגעה בתאונת עבודה שעה שעבדה
 במפעל של חברה ישראלית שנמצא בתחומי יישוב ישראלי בשומרון. הנתונים
 הישראליים – מעביד ישראלי, מפעל ישראלי המצוי ביישוב ישראלי בשטחים –
 ג הם שהובילו את בית המשפט לומר כי "החריג זועק ליישום" (שם [15], בעמ'
 378). על כן, באותו מקרה נקבע שיחול דין הנזיקין הישראלי ולא הדין הירדני.
 אכן, כפי שמציין חברי הנשיא (בדימ') א' ברק, תביעות של פלסטינים נגד
 המדינה, בשל מעשי נזיקין נטענים של כוחות הביטחון, נדונו במשך שנים על פי
 דין הישראלי. ניתן לתהות מדוע לא העלתה המדינה באותם מקרים את הטענה
 ט כי הדין המהותי שצריך לחול, לפי כללי ברירת הדין, הינו דין מקום ביצוע
 העוולה. אף בעתירות שלפנינו לא הועלתה טענה בעניין זה. ייתכן שקביעה כי
 חל החוק הירדני הייתה שוללת את הצורך להידרש לשאלה החוקתית. זאת, אם
 החוק הירדני אינו מקנה עילת תביעה בנסיבות שבהן עסקינן, למשל עקב תחולת
 הדין הישראלי של "מעשה מדינה" (בפסקאות 6–7 להלן). אם לא הייתה זכות
 תביעה עד לתיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-
 1952 (להלן: חוק הנזיקים) לפי דין מקום ביצוע העוולה, הרי שלא ניתן היה
 לטעון כי התיקון שלל זכות קיימת וממילא לא הייתה מתעוררת שאלה חוקתית.
 עם זאת נציין, כי נראה שנקודת המוצא שעל בסיסה תוקן חוק הנזיקים בתיקון
 ז מס' 4 ובתיקון מס' 7, הינה כי דין הנזיקין החל על תביעות שעניינן פעולות של
 חיילי צה"ל באזור, הינו הדין הישראלי.

3. השאלה העיקרית הנוספת שמתבקש לדון בה הינה שאלת תחולתם של
 חוקי היסוד, במקרה זה חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על אירועים שהתרחשו

מחוץ לגבולותיה של ישראל. על פי שיטתו של חברי הנשיא (בדימ') א' ברק, אין כלל צורך לבחון את השאלה האמורה. לגישתו, זכויותיהם של הפלסטינים שהם תושבי האזור "הן זכויות המוקנות להם בישראל" ותיקון מס' 7 לחוק הנזיקים פוגע באותן זכויות. ומדוע מדובר בזכויות הנתונות להם בישראל? זאת, משום שעל פי המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי רשאים הם, בנסיבות מסוימות, לתבוע בישראל לפי דין הנזיקין הישראלי לגבי עוולות שבוצעו מחוץ לתחומי ישראל (בפסקה 23 לפסק הדין). כבר ראינו (בפסקה 2 לעיל), כי הכלל של ברירת הדין בישראל קובע שיחול דין מקום ביצוע העוולה. כאשר מדובר באזור יהודה ושומרון, המשמעות היא הפניה לדין הירדני. אכן, הכלל האמור כפוף לחריג, כפי שאכן נפסק בפרשת ינון [15]. לצורכי הדיון בשאלה זו, נכון אני להניח שכללי ברירת הדין הישראליים מביאים לתחולת דין הנזיקין הישראלי לגבי אירוע שבו נפגע פלסטיני עקב ירי של חיילי צה"ל. על פי דרכו של חברי הנשיא (בדימ') א' ברק, "הזכויות בניזיקין בישראל נשללו מתושבי האזור לעניין מעשי נזיקין שבוצעו על ידי כוחות הביטחון באזור עימות. פעולתו של תיקון מס' 7 הינה, אפוא, בישראל. הוא פוגע בזכויות שהיו לניזוקים מהאזור בישראל" (בפסקה 23 לפסק הדין). מכאן מסקנתו של חברי, שאין צורך להידרש לשאלה בדבר תחולתו של חוק היסוד מחוץ לגבולות ישראל. אין בידי להסכים לכך.

נזכור, עסקינן באירועים שהתרחשו מחוץ לתחומי ישראל. אף אם כללי ברירת הדין מחילים לגבי אותם אירועים את דין הנזיקין הישראלי, אין בכך כדי לשנות את הנתון העובדתי באשר למקום ביצוע העוולה. החלת דין הנזיקין הישראלי אינה יוצרת פיקציה שלפיה אירעה ההתרחשות בישראל. העובדה שהעניין נדון בבית משפט ישראלי, על פי הדין הישראלי, אין בה כדי להוביל למסקנה שהזכויות נתונות לנפגעים בישראל. שהרי אם תאמר כן, תנבע מסקנה מרחיקת לכת שלפיה חוקי היסוד יחולו על כל הליך המתנהל בבית משפט ישראלי שלעניינו מפנים כללי ברירת הדין לדין הישראלי. אין לקשור בין כללי המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי לבין גדר תחולתם של חוקי היסוד. לפיכך, נראה כי סדר הדיון היה מחייב הכרעה בשאלת תחולתו האקסטררה-טריטוריאלית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם, הואיל והמשיבים הודיעו כי, לטעמם, אין נדרשת הכרעה בשאלה זו, אין סיבה להיזקק לה במקרה הנוכחי. נראה שיהיה צורך לדון בסוגיה בבוא היום, היה ותיטען טענה בעניין זה.

א 4. בסופו של דבר, קובעים אנו כי סעיף 5ג לחוק הנזיקים אינו חוקתי. לעומת זאת, אין אנו מכריעים בשאלת חוקתיותו של סעיף 5ב לחוק. יש להניח ששאלה זו תחזור ותובא לפתחם של בתי המשפט. לדעתו של חברי הנשיא (בדימ') א' ברק, חל סעיף 5ב לחוק הנזיקים "על פי לשונו, על מעשי נזיקין המבוצעים בישראל". מכאן מסקנתו כי שאלת תחולתו של חוק היסוד אינה מתעוררת. אעיר, כי עיון בסעיף 5ב מלמד כי בהחלט ייתכן שיחול הוא אף לגבי מעשי נזיקין שנעשו על ידי המדינה ועל ידי הפועלים מטעמה מחוץ לישראל. על כן, אפשר שיהיה צורך להידרש בעתיד לשאלת התחולה של חוקי היסוד אף לעניין הסעיף האמור.

ג 5. בעקבות הקביעה כי חוק היסוד חל במקרה זה, עובר חברי לדון בשאלה אם 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 – פוגעת בהגנה על זכויות אלה" (בפסקה 25). נכון אני להסכים, כי במקרה הנוכחי נפגעת זכות יסוד. זאת, בשל הפריסה הרחבה של סעיף 5ג לחוק הנזיקים. עם זאת, אין בידי להסכים כי כל צמצום או שלילה של אחריות בנזיקין יהוו פגיעה בזכות חוקתית, כפי שאין לקבל, לטעמי, כי כל נורמה פלילית חדשה או החמרה בענישה יהוו פגיעה בזכות חוקתית (ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל [30]), בעמ' 553–561, השופטת ט' שטרסברג-כהן; עוד ראו סעיף 2 לחוות דעתי בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים [22]).

ה 6. המשיבים הזכירו בטיעוניהם הסדרים הקיימים בדינים זרים, אף שלא הרחיקו לכת עד כדי טענה שאותם הסדרים מהווים, כשלעצמם, תשובה לעתירות. כך, העלו המשיבים דוקטרינה חשובה הקיימת במשפט האנגלי, זו של "מעשה מדינה" ("Act of State"). על פיה, מעשים מסוימים של המדינה ושל שליחיה לא יעמדו למבחן בבתי המשפט האנגליים אם הם בוצעו מחוץ לתחומי המדינה לגבי אלה שאינם נתינים בריטים. בגדר אלה נכללות אף פעולות בעלות אופי אלים המבוצעות על ידי המדינה ועל ידי שליחיה (ראו: WILLIAM R. WADE & CHRISTOPHER F. FORSYTH, ADMINISTRATIVE LAW [44], at pp.

O. HOOD PHILLIPS, PAUL JACKSON & PATRICIA LEOPOLD, וכן: 838–840
CONSTITUTIONAL & ADMINISTRATIVE LAW [45], at pp. 320–326. כן ראו
HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, Vol. 18(2) [46], at pp. 452–455, וראו
אף: ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל [1], בעמ' 7; אסף יעקב "חסינות
תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מ'מפעולה מלחמתית'" [40]
(להלן: יעקב), בעמ' 124–125, והאסמכתאות הנזכרות שם). היקף פריסתה של
הדוקטרינה אינו ברור. אף נראה כי קיימת בימינו מגמה לצמצם את תחולתה
(יעקב [40], בעמ' 194). במשפט האמריקני קיים כלל דומה לזה של מעשה
מדינה, מכוח הוראת חוק ספציפית. סעיף 2680(k) של ה-Federal Tort Claims
Act קובע, שממשלת ארצות-הברית לא תהיה אחראית "for any claim arising
in a foreign country". הכלל האמריקני, בדומה לדוקטרינה האנגלית, אינו
מוגבל למעשים המבוצעים על ידי כוחות צבאיים ואף אינו מוגבל לפעולות
מלחמתיות. כך, בית המשפט העליון של ארצות-הברית קבע שלא ניתן לתבוע
בנוזיקין בבית משפט אמריקני את ממשלת ארצות-הברית ואת סוכנים של הרשות
ללוחמה בסמים בגין אחריות לחטיפה של אזרח מקסיקני ממקסיקו לארצות-
הברית (Sosa v. Alvarez-Machain [32]).

7. הדוקטרינה של "מעשה מדינה" מהווה חלק מן המשפט המקובל האנגלי.
על כן, לכאורה, נקלטה היא במשפט הישראלי. יטען הטוען כי אף אם נקלטה,
הרי שהיא בוטלה עם קבלתו של חוק הנזיקים. כידוע, חוק זה בא לבטל את
הכלל שנהג במשפט המקובל ולפיו הוענקה למדינה חסינות בנוזיקין. נראה, בלי
לקבוע מסמרות, שקבלתו של החוק לא ביטלה את הדוקטרינה של מעשה מדינה,
כפי שאותה דוקטרינה לא בוטלה באנגליה עם קבלתו של ה-Crown
Proceedings Act 1947. יש לזכור שהדוקטרינה חלה לגבי מעשים המבוצעים
מחוץ לתחומה של המדינה. אכן, סעיף 5א לחוק הנזיקים מתייחס במפורש
לאזור, קרי: יהודה, שומרון וחבל עזה, ועל כן נראה שהדוקטרינה הנזכרת לא
תחול באזור. נעיר, במאמר מוסגר, כי סעיף 5א האמור נתקבל בעת שישאל
שלטה בעזה. שאלה היא – בעקבות היציאה מעזה – אם יש כלל צורך כיום
בהוראה האמורה, אם לגבי אותו שטח חלה הדוקטרינה של מעשה מדינה. מכל
מקום, ייתכן שהדוקטרינה תחול בשטחים אחרים מחוץ לתחום המדינה, למשל
לגבי פעולות הלחימה שהתנהלו בלבנון בקיץ האחרון או לגבי פעולותיהם של

א השירותים החשאיים של ישראל שלא בתחום המדינה. עוד יצוין כי אפשר שניתן למצוא רמז לדוקטרינה של מעשה מדינה בהוראת סעיף 9 לחוק הנזיקים, שנתקבל בתיקון מס' 7. הסעיף קובע כי "אין בהוראות סעיפים 5 ו-5ג כדי לגרוע מכל הגנה, חסינות או פטור, הנתונה למדינת ישראל על פי כל דין". נוסף, כי הדוקטרינה של מעשה מדינה עשויה לחול נוסף לכלל החקיקתי השולל אחריות של המדינה בנוזיקין "על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא-הגנה לישראל" (סעיף 5 לחוק הנזיקים). גם אם אין לדוקטרינה של מעשה מדינה נפקות לגבי הנושאים שעלו בעתירות, אפשר שתהא לה חשיבות במקרים עתידיים.

ג 8. משהמשיבים לא התייחסו לשאלות מרכזיות, ומשהסכימו, למעשה, ולו מכללא, כי על תביעות הנזיקין שבהן מדובר חל החוק הישראלי וכי אין צורך לדון במקרה זה בעניין תחולתו האקסטרה-טריטוריאלית של חוק היסוד, אין לי אלא להסכים לתוצאה המוצעת על ידי חברי הנשיא (בדימ') א' ברק. נראה, שעוד תבוא השעה להכריע בשאלות האמורות.

ד הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק.
ניתן היום, כ"א בכסלו התשס"ז (12.12.2006).

ה

ו

ז