

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8276/05

בג"ץ 8338/05

בג"ץ 11426/05

בפני :

כבוד הנשיא (בדימי) א' ברק
כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' לוי
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט ס' גיבראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ד' חשין

העותרים בבג"ץ 8276/05 :

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

העותרים בבג"ץ 8338/05 :

1. עזבון המנוחה שאדן עבד אלקאדר אבו חגילה
2. ד"ר ג'מאל עבד אלכרים אבו חגילה
3. לנא ג'מאל עבד אלכרים עבד אלהאדי
4. ראאיד ג'מאל עבד אלכרים אבו חגילה
5. ראאיד ג'מאל עבד אלכרים אבו חגילה
6. ראמי ג'מאל עבד אלכרים אבו חגילה
7. פאטמה מוחמד זכי שאכר סאלח

העותרים בבג"ץ 11426/05 :

1. עזבון המנוחה אימאן אלהמץ
2. סמיר אלהמץ
3. הוידה אלהמץ
4. ג'אד אללה גיעברי
5. עזבון המנוח ד"ר חאלד צלאח מוסא צלאח
6. עזבון המנוח מוחמד חאלד צלאח צלאח (קטין)
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
13. עזבון המנוחה כאמלה שולי ז"ל
14. נידאל תייסיר שולי
15. מוחמד נידאל שולי (קטין)
16. רפיף נידאל שולי (קטינה)
17. מוחמד אסעד סוואלחה
18. בושרא מוחמד סוואלחה

נ ג ד

1. שר הביטחון
2. מדינת ישראל

המשיבים בבג"ץ 8276/05
ובבג"ץ 11426/05 :

1. שר הביטחון
2. שר המשפטים
3. היועץ המשפטי לממשלה

המשיבים בבג"ץ 8338/05 :

עותרות למתן צו על תנאי

(30.08.2006)

ו' באלול התשס"ו

תאריך הישיבה :

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

בשם העותרים
בבג"ץ 8276/05 :

עו"ד חוסין אבו חוסין ; עו"ד רים מסארווה

בשם העותרים
בבג"ץ 8338/05 :

עו"ד אוסאמה סעדי ; עו"ד עאמר יאסין

בשם העותרים
בבג"ץ 11426/05 :

עו"ד אבי ליכט ; עו"ד שי ניצן

בשם המשיבים בבג"ץ
8276/05, בבג"ץ 8338/05
ובבג"ץ 11426/05 :

פסק-דין

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 מספר חריגים. האם החוק הוא חוקתי? זו השאלה הצריכה הכרעה בעתירות בפנינו.

א. רקע עובדתי ונורמטיבי

1. בשלהי 1987 החלה האינתיפאדה הראשונה. היא התאפיינה בהפגנות, בהכערות צמיגים, בהשלכות אבנים ובקבוקי תבערה לעבר כוחות הביטחון ואזרחים ישראלים ביהודה שומרון וחבל עזה, בדקירות ובשימוש בנשק קר וחס (ראו ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1, 4; להלן – פרשת בני עודה). כוחות הביטחון פעלו בתחומי האזור לשם שמירה על הסדר הציבורי ועל ביטחון האזור. במסגרת 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. כתוצאה מכך הוגשו לבתי המשפט בישראל תביעות נזיקין כנגד המדינה על-ידי תושבי האזור שטענו כי המדינה אחראית בנזיקין 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 בנזיקין מוסדרת בחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952 (להלן – חוק הנזיקים האזרחיים). עקרון היסוד המעוגן בסעיף 2 לחוק הינו כי "דין המדינה, לעניין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מואגד". לעיקרון זה נקבעו מספר סייגים. הסייג הרלוונטי לענייננו עוסק ב"פעולה מלחמתית", וזו לשונו (סעיף 5):

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

"תביעות האינתיפאדה" עוררו את השאלה מהי הפרשנות אותה יש ליתן למונח "פעילות מלחמתית". פסקי הדין שניתנו בתביעות אלה בבתי המשפט המחוזיים נעו, ביחס לשאלה זו, בין "המגמה המרחיבה" ל"מגמה המצמצמת" (ראו א' יעקב, "חסינות תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מ'פעולה מלחמתית'", משפטים לג(1) (תשס"ג) 107, 158-172; להלן – חסינות תחת אש). שתי הגישות קבעו כי פעילות כוחות הביטחון לשמירת הסדר והביטחון באזור במהלך האינתיפאדה 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 האם מדובר בפעילות מלחמתית.

3. שאלה פרשנית זו הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון בתחילת שנות התשעים, בפרשת בני עודה. במהלך הדיון בערעור, הודיעו המשיבים כי בכוונתם להסדיר את סוגיית אחריות המדינה בגין נזקי האינתיפאדה בחקיקה של הכנסת. במסגרת זו פורסמה הצעת חוק ממשלתית לטיפול בתביעות של כוחות הביטחון ביהודה והשומרון וחבל עזה, התשנ"ז-1997 (ה"ח 2645, ע' 497). החוק המוצע ביקש להרחיב את האופן שבו מתפרש המונח "פעילות מלחמתית". הוצע כי יראו כפעולה מלחמתית "כל פעילות מבצעית של צבא הגנה לישראל שתכליתה לחימה בטרור או מניעתו, וכל פעולה אחרת של שמירה על הביטחון ומניעת פעולת 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.

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

"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" (שס, 7).

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

“רק פעולות מלחמה ממש כמובנו הצר והפשוט של מונח זה ... שבהם בא לידי ביטוי האופי המיוחד של הלחימה על סיכוניה ובעיקר על השלכותיה ועל תוצאותיה, הם אלו אליהם כווננו מילותיו 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 סיסמאות 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 בפלוגי. פעולת הירי היא 'פעולה מלחמתית', שכן הסיכון שבפעולה זו הוא סיכון מיוחד. בין שני המצבים הקיצוניים הללו עשויים להתקיים מצבי ביניים” (שס, 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 וניצפה ממנה, את עוצמת הכוח הצבאי הפועל והיקפו ואת משך האירוע” (שס, 9).

5. ביני לביני, פרצה (בספטמבר 2000) האינתיפאדה השנייה. מתקפת טרור עזה נחתה 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. כמאתיים מהם באזור יהודה והשומרון. למעלה משבעת אלפים אזרחים ישראלים נפצעו. כשמונה מאות מהם באזור יהודה והשומרון. רבים מהפצועים הפכו נכים קשים (ראו בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם), פסקה 1 לפסק דיני; להלן – פרשת אלפי מנשה). ארגוני הטרור ופעילי הטרור הפעילו אמצעים רבים ומגוונים במלחמתם כנגד 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 פעילות כוחות הביטחון. מהם שהשתתפו בפעילות חבלנית, ומהם שלא. בעקבות פגיעות אלה שוב הוגשו תביעות נזיקין רבות כנגד 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, התחדש הניסיון להסדיר בחוק את סוגיית אחריות המדינה בגין נזקי האינתיפאדה. 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:

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

בנוסף, 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)); ואי תחולת הכלל בדבר העברת נטל הראייה 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 איננו נובע מ"פעולה מלחמתית" כהגדרתה החדשה בחוק. שאם לא כן, הייתה חלה בעניינם חסינות המדינה לפי סעיף 5 לחוק.

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 שבפנינו. עיקרו של התיקון הוא בהוספת סעיפים 55 ו-56 לחוק הנזיקים האזרחיים. זו לשונם:

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

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

(2) פעיל או חבר בארגון מחבלים;

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

(ב) בסעיף זה –

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

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

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

(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 ...

...

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

התוספת הראשונה קובעת כי חסינות המדינה לפי סעיף 5 לא תחול לגבי נזק שאירע למי שהיה נתון למשמורת של מדינת ישראל. התוספת השנייה 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; ונזק שנגרם עקב תאונת דרכים בה היה מעורב רכב של כוחות הביטחון שלא במסגרת פעילות מבצעית.

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 ששה חודשים לאחר פרסומו של תיקון מס' 7. משמעותה 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 (ביום 9.2.2006 ו-12.2.2006, י"פ 5942 ו-5943 בהתאמה) על אזורי עימות לגבי תקופות שקדמו לחקיקת התיקון. אזור יהודה ושומרון חולק ל-88 אזורי משנה, אליהם 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 סוף 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 האינתיפאדה השנייה ועד מועד פרסום ההכרזה. אזור חבל עזה חולק לארבעה אזורי משנה, אליהם 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.

9. שר הביטחון עשה שימוש בסמכותו לפי סעיף 5(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. 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 ונסיבותיה, מצבו המשפחתי של הניזוק, ומידת התועלת שבמתן

התשלום לשיקום הניזוק. כמו כן מוסמכת הוועדה להעניק תשלומים עבור פגיעות גוף ופגיעות רכוש שאינן קלות ערך, למי שנפגע כתוצאה ממעשה עבירה, גם אם לא הורשע בגינה אדם כלשהו.

ג. טענות העותרים

10. העותרים בבג"ץ 8276/05 הם ארגוני זכויות אדם. העותרים בבג"ץ 8338/05 הם עזבון המנוחה שאדן עבד אלקאדר אבו חג'לה ושאריות. לטענתם, בתאריך 11.10.2002 בשעות הערב ישבה המנוחה יחד עם בעלה ובנה במרפסת ביתם אשר ברפידיא בשכם. שני ג'יפים צה"ליים עצרו בכביש העובר בסמוך לבית. מתוך הרכב נורו מספר יריות 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 כנגד המדינה לבית משפט השלום בנצרת. לאחר חקירתו 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 סוף מרץ 2003. לפיכך התבקש בית המשפט לדחות את התביעה על הסף. בבג"ץ 11426/05 עותרות בפנינו שש קבוצות נפרדות של עותרים. כל קבוצה הגישה תביעת נזיקין כנגד המדינה הנוגעת למקרי מוות או פגיעה קשה שנגרמו, לטענתן, עקב פעילות רשלנית ואף זדונית של כוחות הביטחון באזור. האירועים כולם אירעו בין 2001 ל-2004. לאחר חקירתו של תיקון מס' 7, תביעות אלה לא תוכלנה להתברר, אם האזורים בהם אירעו האירועים יוכרזו כאזורי עימות.

11. עמדת העותרים היא שת"קון מס' 7, ובפרט סעיפים 5ב ו-5ג בו, הם בלתי-חוקתיים ודינם להתבטל. לטענתם חוקי היסוד חלים על הפגיעות הנובעות מת"קון 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 בצקלונו 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 המצויים בשטח הנמצא בתפיסה לוחמתית של ישראל.

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 כאשר אנו בוחנים את יישומו של החוק בפועל. לעניין זה מציינים העותרים כי שר הביטחון הכריז על אזורים נרחבים בגדה המערבית וברצועת עזה כאזורי עימות לתקופות זמן ארוכות. בכך נמנעת זכותם של רבים לקבל 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 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.

13. עמדת העותרים היא שהפגיעות בזכויות החוקתיות אינן עומדות בתנאיה של פסקת ההגבלה. ראשית, אין לומר שחקיקה הפוגעת בזכויות באופן רטרואקטיבי עומדת בתנאי לפיו 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 מנהלית אינם מהווים תכלית ראויה לפגיעה

בזכויות אדם. תכלית נוספת שבבסיס החוק היא ליתן מענה לקשיים הראייתיים הייחודיים בפניהם ניצבת המדינה בכואה להתגונן בפני תביעות בנזיקין הקשורות לאירועי לחימה. עמדת העותרים היא כי המדינה לא הבהירה מה 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 נזיקין הנובעות מפעילות מלחמתית.

14. העותרים מוסיפים וטוענים כי תיקון מס' 7 מפר גם את הוראות המשפט ההומניטרי החל בשטחים המצויים בתפיסה לוחמתית, כמו גם את הוראות המשפט הבינלאומי של זכויות האדם. העותרים מציינים כי שליטת ישראל בשטחי האזור הינה תפיסה לוחמתית. על המפקד הצבאי להבטיח, לצד האינטרסים הביטחוניים, את שלומם, ביטחונם וזכויותיהם 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.

T. טענות המשיבים

15. המשיבים עומדים בהרחבה על הרקע הביטחוני לחקיקתו של תיקון מס' 7. עמדתם היא שהאינתיפאדה השנייה הינה "מלחמה במובנה היום-יומי" (פיסקה 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 האינתיפאדה השנייה הוא גדול ביותר. העימות נושא אופי מיוחד, וזאת 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 נזיקין כנגד 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 הגדולים בהיקפם ובסוגם מהסיכונים שבעת שלום, ובשל הקשיים הראייתיים שבניהול תביעות נזיקין בגין נזקי מלחמה. זאת ועוד, אין לקבל מצב בו מדינת ישראל אחראית לפצות לא רק את אזרחיה שנפגעו במהלך העימות המזוין, כי אם גם את תושבי הרשות הפלסטינית. יש לפעול בהתאם לכלל לפיו על כל צד לעימות המזוין לשאת בנזקיו. ברשות הפלסטינית קיימים מנגנונים שנועדו לפצות את נפגעי העימות המזוין בגין נזקיהם. בנוסף 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 סעיף 5ב מעגנת בחוק עקרון המקובל במשפט הבינלאומי, במשפט המקובל האנגלי, וכן גם במשפט המקובל הישראלי, לפיו מדינה אינה חבה בנזקיו 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 לפיה ככל שישנה פגיעה בזכויות חוקתיות הרי שהיא עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה, מיקדו המשיבים 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 גדרי אחריותה של המדינה בנזיקין. 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. בנוסף, מבקש החוק למנוע תוצאה בלתי ראויה ובלתי צודקת, לפיה תישא ישראל גם בנזקיהם של תושבים פלסטינים, מעבר לנשיאה בנזקים 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 לפיו כל צד במלחמה נושא בנזקיו. 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 שמשמעותו 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, ולפרקי זמן ארוכים. אולם אין מדובר בהכרזה גורפת וכללית כי אם בהכרזה על בסיס ניתוח פרטני ומדוקדק. זאת ועוד, לצד העיקרון הרחב של היעדר אחריות נזיקית, 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 האינתיפאדה הראשונה, ואין בו כדי לתת מענה לייחודיות של העימות המזוין הנוכחי. זאת ועוד, תיקון מס' 4 איננו משקף את התכלית הערכית לפיה על כל צד במסגרת סכסוך מזוין לשאת בנזקיו. לבסוף, תיקון מס' 4 אינו עוסק בתביעות של נתיני אויב וחברי ארגוני מחבלים. לכן אף מטעם זה לא ניתן להסתפק בו. שלישית, עמדת המשיבים היא שתיקון מס' 7 עומד בתנאי המידתיות השלישי (מבחן המידתיות במובן 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 תוכלנה 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 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 ובג"ץ 8338/05 הוגשו בתחילת ספטמבר 2005. העתירה בבג"ץ 11426/05 הוגשה בדצמבר 2005. הדיון בעתירות נדחה פעמיים (במרץ 2006 ובאפריל 2006), בהסכמת הצדדים, עד לאחר התקנת תקנות הוועדה לפיצוי לפנים משורת הדין. דיון ראשון בעתירות התקיים (ביום 13.7.2006) בפני הרכב שלושה. בסיומו ניתן צו על תנאי. הדיון בעתירות נקבע (ביום 17.7.2006) בפני הרכב מורחב של תשעה שופטים. בהתאם להודעה מוסכמת שהגישו הצדדים ניתן (ביום 30.7.2006) צו ביניים לפיו יותלה הדיון כתביעות תלויות ועומדות לגביהן טוענת המדינה לתחולתו של תיקון מס' 7. הדיון בעתירות לגופן התקיים בפני ההרכב המורחב ביום 30.8.2006.

ו. הבעיות המתעוררות

20. העתירות תוקפות את חוקתיותו של תיקון מס' 7. טענה מסוג זה צריכה למקד עצמה באחד מחוקי היסוד. בענייננו זהו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. טענות לפיהן 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 המפנה 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 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 הישראלים 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 אלה אנו אומרים שהחוק אינו חוקתי ונבחנת שאלת הסעד בגין הפרת חוק היסוד" (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 529, 544).

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, פ"ד מט(4) 221; להלן – פרשת בנק המזרחי המאוחד; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367; להלן – פרשת מנהלי ההשקעות; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241; להלן – פרשת צמח; בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640; להלן – פרשת אורון; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 544; בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (טרם פורסם); להלן – פרשת התנועה לאיכות השלטון; בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה (טרם פורסם); 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, פ"ד נח(3) 503; בג"ץ 366/03 עמותת מחוייבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם)). 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. אכן, תפיסת 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, פ"ד נח(1) 786; בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף

הפיקוח במשרד העבודה והרווחה (טרם פורסם); 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 לאיכות השלטון, בצייני –

“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, 440; ...). היא מבהירה את ההבחנה הבסיסית, העוברת כחוט השני בתורת זכויות האדם, בין היקפה של הזכות לבין מידת ההגנה עליה והגשמתה הלכה למעשה (ראו א’ ברק, שופט בחברה דמוקרטית 135 (2004); ...). היא משמשת בסיס להבחנה בין איזון אופקי (בשלב הראשון) לבין איזון אנכי (בשלב השני) בין זכויות אדם, בין לבין עצמן ובין לבין ערכים ואינטרסים חברתיים (ראו בג”ץ 1435/03 פלונית נ’ בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ”ד נח(1) 529, 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 במשפט, 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, 40; ...). היא מבהירה את המחלוקת בשאלת נטל השכנוע” (עמ’ 15 לפסק-הדין).

נפנה עתה לבחינה החוקתית הנדרשת.

ז. שלב ראשון: הפגיעה בזכות החוקתית

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, האם 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 השניה. שאלה זו מתעוררת בכל המקרים בהם מועלית טענה חוקתית. השאלה הינה, אם אכן נפגעה זכות אדם המעוגנת בחוק יסוד. כפי שראינו, לא 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, עמ' 431; בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 68). נפנה לשלב המשנה הראשון.

2. שלב המשנה הראשון: תחולת חוק היסוד

22. ככלל חקיקה ישראלית היא בעלת תחולה טריטוריאלית. כאשר חוק מבקש להחיל עצמו על אנשים או פעולות שמחוץ לישראל, צריך הדבר להיאמר בחוק (במפורש או במשתמע). אכן, חזקה היא כי חוקיה 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 א' ברק, פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה 578 (כרך שני, 1993)). דין זה חל גם לעניין תחולתה של חקיקה ישראלית באזור. יהודה, שומרון וחבל עזה אינם חלק ממדינת ישראל; לא הוכרו לגביהם כי "המשפט והשיפוט והמינהל של המדינה" חל בהם. חזקה היא כי דברי חקיקה ישראלים חלים בישראל ולא באזור, אלא אם נקבע בדבר חקיקה (במפורש או במשתמע) שהוא חל באזור (שם, עמ' 579). דין דומה חל גם לעניין חוקי היסוד. חזקה היא, איפוא, כי חוקי היסוד השונים חלים על פעולות בישראל. כפי שראינו, חזקה זו ניתנת לסתירה (אם במפורש ואם במשתמע). האין לומר כי חזקה זו נסתרת כאשר חוק היסוד עוסק בזכויות אדם? האם הצורך להבטיח זכויות אדם כלפי המדינה לא 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 א' ברק, פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית 460 (כרך שלישי, 1994))? שאלות אלה יפות הן. בחלקן עסקנו בפרשת המועצה האזורית חוף עזה (שם, עמ' 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" (שס, שם). השארנו בצריך עיון, את השאלה האם חוקי היסוד בדבר זכויות האדם מעניקים זכויות גם למי 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 כדין. 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 לתיקון מס' 7 חל, על פי לשונו, על מעשי נזיקין המבוצעים בישראל. שאלת התחולה של חוק היסוד לא מתעוררת אפוא כלל בהקשר זה. לעומת זאת, סעיף 5ג לתיקון 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 הם 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 האינתיפאדה 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' מאג'דה קרעאן, פ"ד נט(1) 345; להלן - פרשת ינון), וכתוצאה מפעולותיהם של כוחות הביטחון באזור בפרט (ראו למשל פרשת בני עודה; ע"א 6521/98 עודד בואטנה נ' מדינת ישראל (לא פורסם); ע"א 6790/99 אחמד אבו סמרה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 185; ע"א 1354/97 מחמוד עכאשה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 193). מציאות זו עולה בקנה אחד עם כללי ברירת הדין בנזיקין הנהוגים במשפטנו (לסקירה נרחבת ראו פרשת ינון). אף המדינה לא טענה דבר כנגד 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 האינתיפאדה. תשובתם של נציגי המדינה היתה 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 5ג לתיקון מס' 7.

הזכויות בנזיקין בישראל נשללו מתושבי האזור לעניין מעשי נזיקין שבוצעו על ידי כוחות הביטחון באזור עימות. פעולתו של תיקון מס' 7 הינה, איפוא, בישראל. הוא פוגע בזכויות שהיו לניזוקים מהאזור בישראל. לעניין שלילת זכויות אלה חל עקרונית חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. תחולה זו אינה אקסטר-טריטוריאלית. תחולתו הינה טריטוריאלית. כמוכן, עדיין קמה ועומדת שאלת המשנה השניה, שעניינה השאלה אם תיקון מס' 7 פוגע באחת הזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

3. שאלת המשנה השניה: 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" – משמעותו רכושו של אדם. בפרשת המועצה האזורית חוף עזה 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 רכושני" (שם, עמ' 583. ראו גם פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 431, 572).

בפרשת בנק המזרחי המאוחד 2 הוספת:

"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" (שס, פסקה 9 לפסק הדין).

גישה זו למושג החוקתי של הקניין מקובלת במרבית המדינות בהן הקניין זוכה למעמד חוקתי (ראו ויסמן, "הגנה חוקתית לקניין", הפרקליט מב 258 (1995); ראו גם A. J. (1999) Van der Walt, Constitutional Property Clauses 22). מתבקשת מכאן המסקנה, כי זכותו של הניזוק על פי דיני הנזיקין 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 להשיב לקדמותו את מצבו של מי שניזוק ... היא זכות קניינית כמשמעותה בחוק היסוד" (א' ריבלין, תאונת הדרכים - סדרי דין וחישוב הפיצויים (מהדורה חדשה מעודכנת, תש"ס), 932). הפגיעה בזכות לפיצויים היא גם פגיעה בזכות הקניין (ראו פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 589; דנ"א 1332/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' הורוויץ (טרם פורסם); בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625; ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", פ"ד נז(4) 526).

25. שנית, האחריות בנזיקין מגינה על מספר זכויות של הניזוק, כגון הזכות לחיים, לחירות, לכבוד ולפרטיות. דיני הנזיקין הם אחד המכשירים העיקריים באמצעותם מגינה שיטת המשפט על זכויות אלה; הם האיזון שהמשפט קובע בין זכויות הפרטים, בינם לבין עצמם, ובין זכות הפרט ואינטרס הציבור. שלילתה של האחריות בנזיקין או צמצומה פוגעות 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 חיי, גופו, ועל קניינו ... כל הגבלה של הזכות לפיצויים בגין מעשה עוולה חייבת לעמוד במבחן החוקתי של תכלית ראויה ושל מידה שאינה עולה על הנדרש" (י' אנגלרד, פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, מהדורה שלישית (תשס"ה), 9).

גם בשיטות משפט אחרות המעניקות הגנה חוקתית לזכויות האדם, מוכרת התפיסה כי דיני הנזיקין נתונים למגבלות החוקתיות, ושינויים בהם מחייבים בחינה חוקתית (ראו I. (Englard, *The Philosophy of Tort Law* (1993) 125-134).

1. פסקת ההגבלה

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

“פגיעה בזכות

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

להוראה זו 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 (ראו בג”ץ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ’ שר הפנים (טרם פורסם), פסקה 54 לפסק דיני; להלן – פרשת עדאלה). ביסוד פסקת ההגבלה מונחת התפיסה כי בצד זכויות האדם קיימות גם חובות האדם; כי האדם הוא חלק מהחברה; כי האינטרסים של החברה עשויים להצדיק פגיעה בזכויות האדם; כי זכויות האדם אינן מוחלטות אלא יחסיות. פסקת ההגבלה משקפת את התפיסה כי את זכויות האדם ניתן להגביל, וכי להגבלות אלה יש גבולות (ראו פרשת דיזיון, פסקה 11; פרשת התנועה לאיכות השלטון (פיסקאות 45 ו-46 לפסק דיני)). אכן, זכויות האדם אינן זכות להגנת המשפט כדי מלוא היקפן; המבנה החוקתי אינו מאפשר את מימושן של זכויות האדם כדי מלוא פריסתן.

27. פסקת ההגבלה מבוססת על שני מרכיבים מרכזיים. 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 בהם נוקט החוק להגשמת המטרה צריכים לפגוע 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.

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, פ"ד נז(1) 235, 264; להלן – פרשת מנחם). תכלית זו צריכה להיות "ראויה" בהקשר של פגיעה בזכויות האדם (ראו פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 548; פרשת עדאלה (פסקה 61 לפסק דיני)). מאפייניה של התכלית הראויה הינם כי היא "נועדה להגשים מטרת חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה ככלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל" (ראו פרשת עדאלה, פסקה 62 לפסק דיני). מבחינת הצורך בהגשמת התכלית, הדין הוא כי צורך זה משתנה על פי מהותה של הזכות ומידת הפגיעה בה (ראו פרשת צמח, עמ' 273; פרשת מנחם, עמ' 258; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 52). כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית – כגון החיים, החירות, כבוד האדם, הקניין, הפרטיות – התכלית צריכה להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ (פרשת עדאלה, פסקה 63).

29. בצד התכלית הראויה מונחים האמצעים המידתיים. לא די בכך שתכליתו של החוק ראויה היא. על האמצעים הננקטים להגשמתה להיות ראויים. אמצעי הוא ראוי אם הוא מידתי. ביסוד המידתיות מונחת התפיסה כי "המטרה אינה מקדשת את האמצעים" (השופט ת' אור בפרשת אורון, עמ' 465; ראו גם פרשת התנועה לאיכות השלטון, פסקה 47 לפסק דיני). בפסיקה עקבית ועניפה קבע בית משפט זה כי המידתיות מתבטאת בשלושה מבחני משנה (ראו א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 346 (2004)). הפעלתם של מבחני המשנה מושפעת ממהותה של הזכות המופרת, מעוצמת הפגיעה בה ומחשיבותם של הערכים והאינטרסים שהפגיעה נועדה להגשים. מבחן המשנה הראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי או מבחן ההתאמה. נדרש כי האמצעי שהחוק נקט בו 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, עמ' 385; רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נז(5) 385, 405; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 840; להלן – פרשת בית סוריק). מבחן המשנה השלישי הוא מבחן התוצאה המידתית, או מבחן המידתיות במובן הצר. נדרש כי יתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה לבין הנזק הנגרם מהפגיעה בזכות החוקתית (ראו פרשת בית סוריק, עמ' 850; פרשת אלפי מנשה, פסקה 116 לפסק הדין).

זהו מבחן ערכי (ראו פסק דינו של השופט מ' חשין בפרשת עדאלה, פסקה 107 לפסק הדין). הוא מתמקד בתוצאתה של החקיקה, ובאפקט שיש לה על זכות האדם החוקתית. זהו עקרון של איזון.

30. לעניין שלושת מבחני המשנה של המידתיות, מן הראוי לציין שני אלה: ראשית, קיים שוני מהותי בין מבחן 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, הפגיעה בזכות האדם – יהא שיעורה אשר יהא – מקיימת את תנאי המשנה. מבחן המשנה השלישי הוא בעל אופי שונה. הוא 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 התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה 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. התפיסה העקרונית הינה, כי כל אפשרות שהמחוקק בחר בה, והמצויה במסגרת מתחם המידתיות, היא חוקתית. זהו מרחב התמרון החוקתי של המחוקק בגדרי מתחם המידתיות (ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 438; פרשת מנחם, עמ' 280; עע"מ 4436/02 תשעים כדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים, פ"ד מח(3) 782, 815; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 550, 812; פרשת התנועה לאיכות השלטון, פסקה 61 לפסק דיני; פרשת עדאלה, פסקה 77 לפסק דיני).

2. חוקתיותו של סעיף 5ב לתיקון מס' 7

31. שאלת חוקתיותו של סעיף 5ב לתיקון מס' 7 עלתה בפנינו באופן שולי בלבד. הצדדים מיקדו עיקר טענותיהם בהוראותיו של סעיף 5ג. הם לא הרחיבו בעניינו של סעיף 5ב. לא הובאו בפנינו מקרים בהם התעוררה שאלת תחולתו. בכל אלה יש כדי להשליך על שאלת חוקתיותו של הסעיף. בנסיבות אלה, וכל עוד לא התלבנו שאלות אלה כל צרכן, טרם בשלה העת להכריע בחוקתיותו של סעיף 5ב. הרבה תלוי באופן יישומו ובפירוש שיוענק להוראות הסעיף. כך, למשל, לא שמענו טיעונים בשאלה האם

פירושו הנכון של הסעיף כולל 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 5 ככל שהיא תתעורר בהקשרם של מקרים ספציפיים. בתי המשפט האזרחיים מוסמכים, במסגרתן של תביעות נזיקין ספציפיות, לבחון טענות כנגד חוקתיות הסעיף. בנסיבות העניין, לא ראינו מקום להכריע בשאלת חוקתיותו של סעיף 5 לתיקון מס' 7.

3. חוקתיותו של סעיף 5 לתיקון מס' 7

32. סעיף 5 לתיקון מס' 7 קובע כי המדינה אינה אחראית בנזיקין לנזק הנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון. לכלל זה נקבעו מספר חריגים. שלילתה של אחריות זו אינה קשורה בזהותו של הניזוק אלא במיקומו של הנזק באזור עימות. על התכלית המונחת ביסוד הוראה זו עמדו המשיבים בפנינו:

“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:

“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 תביעות 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" (פיסקה 33 לתשובת המשיבים מיום 6.7.2006).

על רקע זה מתעוררת השאלה, אם הוראותיו של סעיף 5ג לתיקון מס' 7 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 יורשיו או עזבונו) שבוצע כלפיו מעשה נזיקין שלא על ידי "פעולה מלחמתית". האם פגיעה זו בזכות החוקתית מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה?

33. האם התכלית המונחת ביסוד הוראת סעיף 5ג לתיקון מס' 7 היא תכלית ראויה? לדעתי, התשובה על שאלה זו הינה בחיוב. אכן, דיני הנזיקין הרגילים לא נועדו להתמודד עם מעשי נזק אשר נגרמו במהלך פעולות מלחמתיות של כוחות הביטחון מחוץ לישראל במסגרתו של עימות מזוין. שלילת האחריות בנזיקין במצבים של "פעולה מלחמתית" מקובלת גם בשיטות משפט אחרות (לסקירה ראו חסינות תחת אש, 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:

"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 עמם. 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, עמ' 6).

34. האם סעיף 5ג לתיקון 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 לתיקון מס' 7 מוציאה את הנזקים שכוחות הביטחון גורמים באזור עימות מתחום דיני הנזיקין הרגילים. בכך מושגת התכלית הראויה שתיקון מס' 7 ביקש להגשים.

35. האם מקיים סעיף 5ג לתיקון מס' 7 את מבחן המשנה השני של המידתיות? על פי מבחן זה, על החוק לנקוט באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. האם סעיף 5ג מקיים דרישה חוקתית זו? תשובתי הינה בשלילה. על מנת להגשים את התכלית שבבסיס סעיף 5ג לתיקון מס' 7 די בקביעת הסדרים חוקיים לפיהם המדינה פטורה מאחריות בנוזיקין בגין פעולות לחימה. דיני הנזיקים הרגילים 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 בנוזיקין 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 ששים 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 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. היא אינה נוקטת באמצעי 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 לא 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 בהם 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 5 ג לתיקון מס' 7 שולל את אחריות המדינה בנזיקין ביחס לכל תביעת נזיקין אשר הוגשה לגבי אירוע אשר אירע ב"אזור עימות". מהודעת המדינה עולה כי לאחר חקיקתו של תיקון מס' 7, הוכרזו אזורים נרחבים בשטחי יהודה ושומרון ורצועת עזה כאזורי עימות, ולתקופות ממושכות. שטחי האזור חולקו למספר אזורים רחבי ידיים. לעתים אזור אחד מקיף ערים שלמות או מספר כפרים ויישובים. 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, וזאת למשך מספר ימים. בנסיבות אלה, פגיעתה של שלילת האחריות של המדינה מכוח סעיף 5 בזכויות האדם החוקתיות היא רבה. עלינו לזכור כי שטחי יהודה והשומרון, 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 עמם 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 לתיקון מס' 7 משמעה מתן פטור למדינה מאחריות בנזיקין ביחס 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 לתיקון 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, שומרון וחבל עזה בתפיסה לוחמתית. תפיסה זו מטילה על המדינה חובות מיוחדות על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, שאינן עולות בקנה אחד עם שחרור גורף מכל אחריות בנזיקין. איננו נוקטים כל עמדה – מפני שהדבר לא התעורר בפנינו – באשר לשינויים

שיתכן ונובעים מהסכמי אוסלו (ראו פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 4-523; בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 364). כמובן איננו קובעים דבר באשר למעמד המשפטי של חבל עזה לאחר ההתנתקות. גם אם התפיסה הלוחמתית של ישראל בו נסתיימה כטענת המדינה, אין צידוק לשחרור גורף מאחריותה בנוזיקין.

37. אכן, הדרך המידתית היא בבחינה אינדיבידואלית 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 אינדיבידואלית זו בשלילת אחריות גורפת. עמדתי על כך בפרשת עדאלה:

"הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עיקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון... הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. כך הדבר במשפטנו-שלנו. כך הדבר במשפט המשווה." (פיסקה 69 לפסק דיני).

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 אזרחי ישראל, תחת הטלתו של איסור גורף על כלל תושבי האזור שהם בני גילאים מסוימים" (פיסקה 105 לפסק דינו). השופט ד' ביניש ציינה כי "אי ביצוע בדיקה אינדיבידואלית וקביעת איסור גורף מעניקים שוליים רחבים מדי לערך הביטחון בלי לקיים התמודדות הולמת עם ערכים וזכויות העומדים אל מול ערך זה" (פיסקה 11 לפסק דינה). בדומה ציינה השופטת א' חיות כי "צורכי 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 ניתנת לסתירה

במסגרת בדיקה אינדיבידואלית ופרטנית אותה 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 אבחנה... נגן על ביטחון חיינו באמצעות אמצעי פיקוח אינדיבידואליים גם אם יש בכך כדי להעמיס עלינו מעמסה נוספת" (פיסקה 21 לפסק דינה). השופטת מ' נאור ציינה כי "איני חולקת על חשיבותה של עריכת בדיקה אינדיבידואלית, במידה שהדבר אפשרי... ככלל מקובל עלי כי פגיעה בזכות יסוד הינה חשודה בחוסר מידתיות אם היא נעשית על בסיס גורף ולא על בסיס של בחינה אינדיבידואלית" (פיסקה 20 לפסק דינה). השופט א' ריבלין הדגיש אף הוא את חשיבותה של הבדיקה האינדיבידואלית, אך סבר כי באותה פרשה אין בבדיקה זו כדי להגשים את מטרת החוק. השופט א' לוי הדגיש בפסק דינו כי "בסופו של יום לא יהיה מנוס מהמרתו של האיסור הגורף שבחוק, בהסדר שבכיסו תעמוד בדיקה פרטנית" (פיסקה 9 לפסק דינו). המקרה שלפנינו שונה מפרשת עטאלה. 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 אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה, אם יש בו "פעולה מלחמתית". בפרשת עטאלה נטען כי לא ניתן להגשים את תכלית החוק על-ידי בדיקה אינדיבידואלית. טענה זו אין לה כל מקום בפרשה שבפנינו. יש בכוחה של הבדיקה האינדיבידואלית כדי להגשים את תכלית החוק.

38. המדינה הרחיבה בכתבי טענותיה על ההסדרים הנוהגים במשפט המשווה לעניין זה. עיון בטענותיה של המדינה מעלה כי במדינות אותן 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 האמריקאי, מכיר ה-Federal Tort Claims Act, בצד האחריות הכללית של הממשל הפדרלי בנזיקין, בחריג המשחרר את המדינה מאחריות בנזיקין בגין פעולות לחימה (combatant activities). אולם חריג זה מוגבל לפעולות של כוחות הביטחון בעת מלחמה (time of war) (סעיף (j) 2680). סעיף זה פורש אמנם בהרחבה. נקבע כי "מצב מלחמה" מתקיים גם בתקופה של עימותים עוינים משמעותיים בין הצבא האמריקאי לבין כוחות צבא אחרים, וכי "פעולות מלחמתיות" כוללות הן את פעולות הלחימה עצמה, והן פעולות הקשורות אליהן במישורין (Koohi v. United States, 976 (F.2nd 1328 (1992)). אולם אף בפרשנותו הרחבה, סעיף זה קובע 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): "[D]uring 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 [1996] QB 732). אף שלילת אחריות זו פורשה באופן מרחיב, אך זאת מבלי 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, EWHC 786 [2004]).

בפרשה זו (משנת 2004) נדונה תביעה נזיקית של אלבנים תושבי קוסובו שנפגעו מירי של חיילים בריטיים ששהו בקוסובו במסגרת כוח נאט"ו שנשלח למקום. בית המשפט קבע כי החיילים התרשלו בכך שהפרו את הוראות הפתיחה באש, ולנוכח נסיבות המקרה, דחה את טענת המדינה לפיה עליה ליהנות מדין חוסר האחריות בגין פעולה מלחמתית. הנה כי כן, אף ההסדר במשפט האנגלי דומה במהותו להסדר הקבוע בתיקון מס' 4. שלילת אחריות 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"

סעיף זה שולל את אחריות המדינה ביחס לתביעות בנזיקין הנובעות מפעולות של הצבא הקנדי שנעשו לשם הגנתה של קנדה. זאת, בין בשעת שלום ובין בשעת מלחמה, ובין אם מדובר בפעולת הלחימה עצמה או באימונים לקראתה. אולם אף הסדר רחב זה אינו מעניק למדינה חסינות גורפת, ועל המדינה להראות שפעילות כוחות הביטחון

שגרמה לנזק נעשתה להגנתה של קנדה. לעומת זאת, בישראל פטורה המדינה מכל נטל הוכחתי, ודי בכך שהיא מצביעה על כך שהנזק נגרם באזור עימות.

39. לסעיף 5 ג נקבעו מספר סייגים. התוספת השנייה לתיקון מס' 7 קובעת כי חסינות המדינה לפי סעיף 5 ג לא תחול לגבי נזק שנגרם עקב מעשה עבירה, נזק שנגרם למי שהיה נתון במשמורת של מדינת ישראל, נזק שנגרם עקב מעשה של המינהל האזרחי שנעשה שלא במסגרת העימות, ונזק שנגרם עקב תאונת דרכים בה היה מעורב רכב של כוחות הביטחון שלא במסגרת פעילות מבצעית. האם יש בסייגים אלה שנקבעו להסדר הכללי הקבוע בסעיף 5 ג 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" בה 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 אינדיבידואלית, תוך שימוש בנטלי ההוכחה ובתקופות התיישנות קצרות יותר.

40. האם מקיים סעיף 5 ג לתיקון מס' 7 את מבחן המשנה השלישי של המידתיות, שעניינו המידתיות במובן הצר? האם התועלת הצומחת לאינטרס הציבורי משלילת אחריותה בנזיקין של המדינה לנזק הנגרם באזור עימות שקולה כנגד ההפסד שנגרם לפרטים שנפגעו כתוצאה ממעשה נזיקין של כוחות הביטחון. ודוק: שאלת המידתיות במובנה הצר אינה מתעוררת בכל אותם מקרים בהם היה מתברר במשפט כי לא בוצע כלל מעשה נזיקין, אם בשל היעדר חובה (מושגית או קונקרטי), אם בשל היעדר התרשלות, אם בשל היעדר קשר סיבתי או מכל טעם אחר (לעניין עוולות אחרות). זאת ועוד: שאלת המידתיות (במובנה הצר) אינה מתעוררת כלל לעניין מעשה נזיקין שנעשה על ידי "פעולה מלחמתית" של כוחות הביטחון. בגין מעשה נזיקין זה אין המדינה אחראית בנזיקין על פי הדין שקדם לתיקון מס' 7. נמצא, כי השאלה אותה עלינו להציג לעצמנו הינה זו: האם התועלת לאינטרס הציבורי הנגרמת בשל שלילת אחריות המדינה בגין עוולה שבוצעה שלא על ידי "פעולה מלחמתית" שקולה כנגד הנזק הנגרם למי שניזוקו בשל עוולה זו? שבנו ושאלנו את המשיבים מהי התועלת הציבורית אותה מגשים תיקון מס' 7, שלא הייתה מתגשמת על פי המשטר הנזיקי שקדם לה, לרבות

תיקון מס' 4. ביקשנו לברר מהן הנסיבות הנוספות בהן 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 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.

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."

טעמים אלה אינם משכנעים בעיני. ראשית, לא הובהר כיצד מועד הכנתו של החיקוק רלוונטי לשאלת התועלת הציבורית אותה מגשים 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 משמעותי את אחריות כוחות הביטחון הפועלים במסגרת העימות עם הפלסטינים. שלישיית, 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 לתיקון מס' 7.

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

"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.

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 אינה 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 במסגרתם נדרשת המדינה להוכיח כי נזקים בגינם היא נתבעת נגרמו על-ידי פעולות מלחמתיות. אלא שתועלת זו לאינטרס הציבורי – תועלת שעיקרה חסכון במשאבים מינהליים – אינה מידתית בהשוואה לנזק לפרטים השונים, שנגרם על ידי פעולות שאינן מלחמתיות. נזק זה הוא לעתים קרובות עמוק וכואב. ניזוקים 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 – במקום 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, 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-ידה, כדי להפוך את הסדריו של סעיף 5ג לתיקון מס' 7 למידתיים? 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 על-ידי פעולה שאינה מלחמתית של כוחות הביטחון זכאי לפיצוי על-פי דין, לא לפיצוי לפנים משורת הדין.

לא חסד נעשה עמו, כי אם דין נעשה עמו. כמובן, יפה תעשה המדינה כי תשקול הענקת תשלום לפנים משורת הדין למי שנפגע קשות מ"פעולה מלחמתית" של כוחות הביטחון, אך בנסיבות שלדעת המדינה מצדיקות תשלום חסד (השוו דברי המשנה לנשיא מ' חשין בפרשת עדאלה, פסקה 126 לפסק דינו).

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

ה נ ש י א (בדימ')

הנשיאה ד' ביניש:

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

ה נ ש י א ה

השופטת א' פרוקצ'יה:

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

ש ו פ ט ת

השופט א' א' לוי:

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

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

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

ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן:

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

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

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

ש ו פ ט ת

השופט ד' חשין:

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

ש ו פ ט

השופט א' גרוניס:

1. אני מסכים לתוצאה שבפסק דינו של חברי, הנשיא (בדימ') א' ברק. הסכמתי לתוצאה נובעת בעיקר בשל כך שהמשיבים לא התייחסו, בוודאי לא בצורה מספקת, לשתי שאלות מרכזיות: ראשית, מהו הדין המהותי החל - על פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי - על תביעות המוגשות בישראל נגד המדינה ונגד שלוחיה בגין

פעולות מחוץ לישראל. שנית, האם חוקי היסוד הינם בעלי תחולה אקסטרא-טריטוריאלית. יצוין, כי המשיבים העלו טענות מסוימות שחברי הנשיא (בדימ') א' ברק לא נדרש להן, אף שלטעמי ראוי להזכירן בהקשר לאותן שתי שאלות שציינתי. כוונתי הינה להסדרים שונים במשפט האנגלו-אמריקאי, אליהם אתייחס בהמשך, אשר חלים על סיטואציות עובדתיות הרלוונטיות לענייננו ואשר עשויים למנוע מבתי המשפט ליתן סעד.

2. אחת השאלות הראשונות המתבקשת בתובענה המוגשת לבית משפט ישראלי לגבי אירוע שהתרחש מחוץ לגבולות ישראל היא, מהו הדין המהותי שיש להחיל. שאלה זו מתעוררת אף בכל מקרה של תביעת נזיקין המובאת לבית משפט ישראלי לגבי מקרה שארע ביהודה ובשומרון. המקרים בהם מדובר יכולים 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 בו העובד שנפגע הינו פלשתינאי. אפשרות אחרת, המקרבת אותנו למקרים אליהם מתייחסות העתירות, עוסקת בתביעה של פלשתינאי 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') 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, פ"ד נט(1) 345 (להלן - פרשת ינון); בקשה לדיון נוסף על פסק הדין נדחתה: דנ"א 9524/04 ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן (לא פורסם)), 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 פיו יחיל בית המשפט את דין המדינה שלה הקשר ההדוק ביותר לעוולה (פרשת ינון, עמ' 374-375, 377). בפרשת ינון מדובר היה בתביעה של פלשתינאית 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 - הם שהובילו את בית המשפט לומר כי "החריג זועק ליישום" (שם, עמ' 378). על כן, באותו מקרה נקבע שיחול דין הנזיקין הישראלי ולא הדין הירדני. אכן, כפי שמציין חברי הנשיא (בדימ') א' ברק, תביעות של פלשתינאים נגד המדינה בשל מעשי נזיקין נטענים

של כוחות הביטחון, נדונו במשך שנים על פי הדין הישראלי. ניתן לתהות מדוע באותם מקרים לא העלתה המדינה את הטענה כי הדין המהותי שצריך לחול, לפי כללי ברירת הדין, הינו דין מקום ביצוע העוולה. אף בעתירות שבפנינו 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 בסיטואציות בהן עסקינן, למשל עקב תחולת הדוקטרינה של "מעשה מדינה" (פיסקאות 6-7 להלן). אם לא הייתה זכות תביעה עד לתיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952 (להלן - חוק הנזיקים) לפי דין מקום ביצוע העוולה, הרי לא 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 במסגרת תיקון מס' 4 ותיקון מס' 7, הינה כי דין הנזיקין החל ביחס לתביעות שעניינן פעולות של חיילי צה"ל באזור, הינו הדין הישראלי.

3. השאלה המרכזית 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 הפלשתינאים שהינם 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 יכולים הם, בנסיבות מסוימות, לתבוע בישראל לפי דין הנזיקין הישראלי לגבי עוולות שבוצעו מחוץ לתחומי ישראל (פיסקה 23 לפסק הדין). כבר ראינו (פיסקה 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. לצרכי הדיון בשאלה זו נכון אני להניח, שכללי ברירת הדין הישראליים מביאים לתחולת דין הנזיקין הישראלי לגבי אירוע בו נפגע פלשתינאי עקב ירי של חיילי צה"ל. על פי דרכו של חברי הנשיא (בדימ'), "הזכויות בנזיקין בישראל נשללו מתושבי האזור לעניין מעשי נזיקין שבוצעו על ידי כוחות הביטחון באזור עימות. פעולתו של תיקון מס' 7 הינה, איפוא, בישראל. הוא פוגע בזכויות שהיו לניזוקים מהאזור בישראל" (פיסקה 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 לפיה ההתרחשות אירעה בישראל. עצם העובדה שהעניין נדון בפני בית משפט ישראלי, על פי הדין הישראלי, אינה יכולה להוביל למסקנה שהזכויות נתונות לנפגעים בישראל. שהרי אם תאמר כן, תנבע מסקנה מרחיקת לכת לפיה חוקי היסוד יחולו לגבי 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 האקסטר-טריטוריאלית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם, הואיל והמשיבים הודיעו כי טעמם לא נדרשת הכרעה בשאלה זו, אין סיבה להיזקק לה במקרה הנוכחי. נראה, שיהיה צורך לדון בסוגיה בבוא היום, היה ותיטען טענה בעניין זה.

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

5. בעקבות הקביעה כי חוק היסוד חל במקרה זה, עובר חברי לדון בשאלה האם תיקון מס' 7 לחוק הנזיקים פוגע בזכות הכלולה בחוק היסוד. מסקנתו היא כי אכן קיימת פגיעה כזו, בהקשר לזכות לחיים, לחירות, לכבוד, לפרטיות ולקניין. חברי אף מוסיף, כי "שלילתה של האחריות בנזיקין או צמצומה פוגעות בהגנה על זכויות אלה" (פיסקה 25). נכון אני להסכים, כי במקרה הנוכחי נפגעת זכות יסוד. זאת, בשל הפריסה הרחבה של סעיף 5 לחוק הנזיקים. יחד עם זאת, אין בידי להסכים, כי כל צמצום או שלילה של אחריות בנזיקין תהווה פגיעה בזכות חוקתית, כפי שאין לטעמי לקבל כי כל נורמה פלילית חדשה או החמרה בענישה יהוו פגיעה בזכות חוקתית (ע"פ 4424/98 טילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 553-561 (השופט ט' שטרסברג-כהן); עוד ראו, סעיף 2 לחוות דעתי בבג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (טרם פורסם)).

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 בפני בתי המשפט האנגליים, אם הם בוצעו מחוץ לתחומי המדינה לגבי מי שאינם נתינים בריטיים. בגדר אלה נכללות אף פעולות בעלות אופי אלים המבוצעות על ידי המדינה ועל ידי שליחיה (ראו: 9th H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, Administrative Law (ed., 2004), p. 838-840 O. Hood Phillips & Jackson: Constitutional & Administrative Law (8th ed., 2001), p. 320-326 Halsbury's Laws of England, ; vol. 18(2) (4th ed., 2000), p. 452-455 ; וראו אף ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1, 7, וכן א' יעקב, חסינות תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מפעולה מלחמתית, משפטים לג(1) 107 (2003) (להלן - יעקב), עמ' 124-125 והאסמכתאות הנזכרות שם). היקף פריסתה של הדוקטרינה אינו ברור. אף נראה, כי בימינו קיימת מגמה לצמצם את תחולתה (יעקב, עמ' 194). במשפט האמריקאי קיים כלל דומה לזה של מעשה מדינה, וזאת 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 האמריקאי, 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 בנזיקין בבית משפט אמריקני את ממשלת ארצות הברית וסוכנים של הרשות ללוחמה בסמים, בגין אחריות לחטיפה של אזרח מקסיקני ממקסיקו לארצות הברית (Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692 (2004)).

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 בנזיקין. 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 כנראה שהדוקטרינה הנזכרת לא תחול באזור. נעיר במאמר מוסגר, כי סעיף 5א האמור נתקבל

