

בעניין:

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

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

וכן:

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

וכן:

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

העותרים

- נ ג ד -

1. שר הביטחון
2. מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע, כי חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005 הינו בטל.

בקשה למתן צו ביניים

מוגשת בזאת בקשה למתן צו ביניים, לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על עיכוב כניסתו לתוקף של חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005 (להלן: החוק המתקן או החוק) עד למתן פסק-דין סופי בעתירה זו.

לחלופין מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים, המורה למשיבים כדלקמן:

1. להימנע מלהגיש תעודת אזור עימות בתביעות תלויות ועומדות;
2. להימנע מלטעון טענת התיישנות לגבי התקופה שמיום כניסת החוק לתוקף ועד למתן פסק דין סופי בעתירה זו לגבי כל ארוע נזק, שהחוק המתקן חל עליו, ושטרם הוגשה בגינו תביעה.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. עתירה זו על כל חלקיה וטיעוניה מהווה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.
2. החוק המתקן מפר באופן בוטה את העקרונות בדבר תחולתו של המשפט ההומניטרי בשטחים הכבושים והוא פוגע בזכויות יסוד, בניגוד לאמור בפיסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עתירה זו מתבססת על ההלכה הפסוקה, המשפט הבינלאומי והמשפט המשווה, לפיהם הוראות חוק זה הינן בלתי חוקתיות.
3. אי הוצאת צו ביניים יפגע קשות בזכויות יסוד של נפגעים רבים ויגרום להם לנזקים בלתי הפיכים, וזאת במיוחד לאור הגורפות הקיצונית של החוק. הנזק, שייגרם לנפגעים אינדיבידואלים מאי הוצאת צו ביניים, עולה לאין שיעור על הנזק שייגרם, אם בכלל, למשיבים, במיוחד לאור העובדה שהוצאת הצו תשמר, לעת עתה, את המצב המשפטי שהיה קיים עובר לחקיקת החוק נשוא עתירה זו.
4. מאזן הנוחות נוטה בענייננו בבירור לטובת הוצאת צו הביניים. יפים לעניין זה דברי השופטת ביניש בפרשת אחים סקאל בע"מ:

"בבוא בית המשפט להכריע בבקשה למתן צו ביניים עליו לבחון שני עניינים עיקריים. האחד, "מאזן הנוחות", שבו בוחן בית המשפט את הנזק שייגרם למבקש במידה שלא יינתן צו ביניים אל מול הנזק שייגרם למשיב במידה ויינתן צו כמבוקש; והאחר, סיכויי העתירה להתקבל. במסגרת שיקולי מאזן הנוחות יבחן בית המשפט, בין יתר שיקוליו, אם אי מתן הצו יסכל את בירור ההליך העיקרי, וכן יבחן את הצורך לשמר מצב קיים לעומת יצירת מצב חדש בטרם התברר ההליך לגופו. אבן הבוחן העיקרית היא מאזן הנוחות..."

בר"ם 301/03 אחים סקאל בע"מ ואח' נ' רשות שדות התעופה ואח', תק-על 2003(1) 279, 281.

ראו גם:

בר"ם 5756/03 חלף ואח' נ' אוחיון ואח', תק-על 2003(3) 770;

בר"ם 1557/02 מגמארט ציוד ספורט בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 2002(2) 1807;

בר"ם 10812/02 חן המקום נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, תק-על 2003(1) 650;

בשג"ץ 2598/95 אדם טבע ודין נ' המועצה הארצית לתכנון, תק-על 95(2) 147, עמ' 148.

5. לחלופין מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים, המורה על עיכוב ביצועו של החוק ככל שהוא חל למפרע, הן על התביעות, המתנהלות בפני בתי המשפט, והן על עילות תביעה, שהתגבשו עובר לחקיקת החוק.
6. לגבי תביעות שהוגשו קודם לחקיקת החוק המתקן - התובעים בתביעות אלו השקיעו מאמצים וכספים, לרבות תשלום אגרה, הפקדת ערובה, תשלום למומחים, שכר טרחה, ימי עבודה והוצאות נוספות. התובעים הוציאו הוצאות אלו בהסתמך על המצב המשפטי הקיים עובר לחקיקת החוק. לכן,

אי הוצאת צו ביניים יגרום להם לנזקים בלתי הפיכים ויפגע הן בזכויותיהם הדיוניות והן בהסתמכות ובציפיות שלהם.

7. לגבי ארוע שטרם הוגשה בגינו תביעה – תקופת ההתיישנות הקצרה בת השנתיים, שנקבעה בתיקון מס' 4 לחוק, עלולה לגרום לכך, שאף אם תתקבל העתירה לא תהיה לכך נפקות מעשית לגבי מרבית המקרים שהחוק מתיימר לחול עליהם, ובכך תיגרם פגיעה בלתי הפיכה בזכויות היסוד של הניזוקים.

8. בנוסף, אי הוצאת צו ביניים יפגע ביציבות המשפטית, בכל המטריה של תביעות הנזיקין המתנהלות בבתי המשפט ואשר החוק מתייחס אליהן. הוא יוביל לפגיעה בעצמאות השפיטה ובאמון הציבור בה.

9. בית משפט נכבד זה היה עקבי וברור בפסיקתו, שהתייחסה לתחולה למפרע, כאשר תחולה זו פגעה בעקרון ההסתמכות. בית המשפט הנכבד קבע לאחרונה בפרשת גניס, כי חקיקה חדשה לא תחול למפרע על מי שהסתמך עובר לחקיקתה על מצב משפטי קיים ונוצרו אצלו ציפיות ראויות. בדומה, בית משפט נכבד זה הכריז על בטלות חקיקה, שנגעה להוראות המעבר בפרשת לשכת מנהלי ההשקעות, משום שחקיקה זו פגעה באינטרס ההסתמכות של מנהלי ההשקעות, שהסתמכו על המצב המשפטי, שהיה קיים עובר לחקיקת הוראות המעבר, וכמו כן, כיוון שהנזק, שהחלת החוק היתה גורמת להם באם לא יעמדו בבחינות, עולה על התועלת לחברה כתוצאה מהחלת הוראות המעבר. בפרשת תלמי נידונה השפעתה של חקיקה למפרע על הליכים משפטיים קיימים ועל פגיעתה ב"זכויות מוקנות". השופט חשין (כתארו אז) קבע את הכלל בדבר איסור פגיעתה של חקיקה חדשה בציפיות, שהתגבשו לכלל "זכויות מוקנות" עובר לחוק וציין, כי:

"עוולה שנעשתה לא תיפסק מהיותה עוולה אך באשר לאחר מעשה בוטל אותו ראש עוולה, ולהפך: מעשה שלא עלה כדי עוולה בעת עשייתו, לא יהפוך עוולה אך באשר לאחר מעשה קבע המחוקק אותו מעשה כעילה לעוולה; ועוד ועוד".

ע"פ 4912/91 ירון תלמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1), 581, 621;

בג"ץ 9098/01 ילנה גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, תק-על 2004(4), 1390, פסקאות 22-23 לפסק הדין;

בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד נא (1) 367.

10. הנה כי כן, תחולת החוק למפרע נוגדת את הדין באופן ברור, והנזק החמור שייגרם לתובעים הינו מובן מאליו. לכן, מאזני הנוחות במקרה דנן נוטים לטובת הוצאת צו כמבוקש.

תוכן העניינים

5	מבוא.....
7	העותרים.....
7	ההיסטוריה החקיקתית.....
11	ניתוח הוראות החוק המתקן ומשמעותן המעשית.....
11	הוראות סעיף 5ב.....
12	הוראות סעיף 5ג.....
13	תביעות באזור עימות.....
14	הוראות סעיף 5ג(ב) - הוועדה.....
14	הוראות החריגים לסעיף 5ג - התוספת השנייה.....
16	הוראות סעיף 3 לחוק המתקן - הוראות תחילה ותחולה.....
17	סיכום.....
17	החוק המתקן מפר את המשפט ההומניטרי.....
18	חובת הפיצויים על פי המשפט ההומניטרי.....
19	החוק המתקן מפר את משפט זכויות האדם הבינלאומי.....
21	תחולת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בענייננו.....
22	הזכויות הנפגעות.....
23	זכות הגישה לערכאות.....
25	פיסקת ההגבלה.....
25	התנאי הראשון: הפגיעה חייבת להיעשות בחוק.....
25	התחולה הרטרואקטיבית של החוק המתקן.....
27	הפגיעה בשלטון החוק בהיותו עמום וסתום.....
30	התנאי השני: החוק המתקן אינו הולם את הערכים הדמוקרטיים.....
34	התנאי השלישי: תכלית החוק המתקן אינה ראויה.....
35	תכלית המשנה הראשונה - עיגון בחוק של עקרון לפיו "על כל צד לשאת בנזקיו ולטפל בנפגעיו".....
36	תכלית המשנה השנייה - לפטור את המדינה מהעלות הכספית הכרוכה בתשלום הפיצויים.....
37	תכלית המשנה השלישית - הקלת הנטל הנגרם כתוצאה מתביעות המוגשות על ידי מי שניזוק מפעולות המדינה בשטחים הכבושים.....
39	תכלית המשנה הרביעית - להתגבר על הפרשנות ה"שגויה" של בית המשפט למונח "פעולה מלחמתית".....
40	סיכום לענין התכלית.....
40	במקום סיכום - חוסר מידתיות.....

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

1. ביום 27.7.05 אישרה הכנסת בקריאה שנייה ושלישית את חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005 (להלן: החוק המתקן או החוק). תכליתו של החוק המתקן היא לשלול מתושבי השטחים הכבושים, מנתיני "מדינות אויב" ומפעילי "ארגוני מחבלים" את הזכות לפיצויים בגין נזקים שנגרמו להם על ידי כוחות הביטחון, אף שלא במסגרת פעולה מלחמתית, למעט חריגים מינוריים ביותר. כמו כן, החוק המתקן מעניק סמכות לשר הביטחון להכריז על כל אזור מחוץ לגבולות מדינת ישראל כ"אזור עימות", גם אם לא התקיימה בו לחימה כלשהי. הכריז שר הביטחון על אזור מסוים כאזור עימות, תישלל מכל מי שניזוק בו הזכות לגשת לבית המשפט ולתבוע את נזקו. החוק המתקן חל באופן רטרואקטיבי על נזקים, שנגרמו החל מיום 29.9.00, ועל תביעות התלויות ועומדות בבתי המשפט.

העתק חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005 [ס"ח 2026, 10.8.05], מצורף ומסומן ע/1.

2. נקודת המוצא של דיני הנזיקין המודרניים היא, שהאוטונומיה האישית של האדם, על כל מרכיביה (חיי, שלמות גופו, כבודו, חירותו, קניינו וכו') מהווה ערך חשוב, המחייב הגנה מפני נזקים לא מוצדקים. לכן ההגנה על נזק לפרט הינה עניין למשפט. החוק המתקן מוסר מסר ערכי חמור וקיצוני, לפיו לחייהם ולזכויותיהם של נפגעים אלו אין ערך, בית המשפט לא יתן להם כל סעד והפוגע בהם יצא פטור בלא כלום. מכאן חוסר המוסריות והגזענות שבחוק זה.

3. דיני העונשין, אשר התפתחו, בין היתר, על יסוד דיני הנזיקין, קבעו, כי פגיעה בפרט אינה עניינו של הפרט בלבד אלא עניינה של הקהילה או החברה. מכאן נובעת הלגיטימציה של המדינה להעמיד לדין את האחראים לפגיעה בפרט. הערך החברתי של דיני הנזיקין אינו שונה - ומכיוון שהחוק המתקן לא מכיר בזכותם הנזיקית של הנפגעים הפלסטינים, ושולל אותה על רקע שייכותם הלאומית-קבוצתית, הרי שהוא מאיין את הרציונל של דיני הנזיקין ופוגע בהרתעה מפני פגיעה בפלסטינים. בכך החוק המתקן מורה, כי בסוגי הפגיעות והנזקים, שהחוק חל עליהם בשטחים הכבושים, אין דין ואין דיין.

4. הוראותיו של החוק המתקן מסלקות, הלכה למעשה, את הבקרה על פעולות הצבא בשטחים הכבושים. הן מעודדות אי קיום חקירות ואי העמדה לדין של האחראים למקרי מוות ופציעה, שנגרמו מירי רשמי או בזדון, להתעללות ולעינויים, לביזה ולהרס של רכוש אזרחי. פרופ' אריאל פורת, דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב ומומחה לנזיקין, התייחס להשלכותיו אלו של החוק המתקן בדיון ועדת חוקה, חוק ומשפט, שהתקיים ביום 15.6.05:

"מצב שבו מותר לחיילים, מבחינה משפטית, לעשות ככל העולה על רוחם בלי שאף אחד משלם את המחיר, זה מצב שאני חושב שאם הוא יקרה, כל אחד מאתנו פשוט צריך להתבייש בו... ההרחבה הזאת משמעה שמותר לעסוק בפעילויות שהן לא לחימה, גם לא לחימה בטרור: חייל מוצב במקום, לא קרה כלום שבועיים, נכנס לבית כלשהו ומשתולל - שלא יספרו לכם שבמדינות אחרות אין אחריות נזיקית במצבים כאלה. זה לא נכון... יותר מזה, שלא יספרו לכם שיש עוד חוק מהסוג הזה במקום כלשהו בעולם. אין חוק כזה בשום מקום בעולם. אנחנו כאזרחי ישראל - אני לא יכול כאזרח להשלים עם זה שיהיה חוק שיאפשר לחיילים שלנו, לילדים שלי, לעשות כאוות נפשם בלי שמישהו משלם על זה מחיר. זה מה שיקרה".

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-06-15.rtf>

5. אחד מטעוניהם המרכזיים של יוזמי החוק המתקן להצדקת הצורך בחקיקתו היה, כי על כל צד לשאת בנוזקיו. קרי, מדינת ישראל תישא בנוזקי אזרחיה, והצד הפלסטיני ישא בנוזקי נפגעיו. לא רק שאין אח ורע לעקרון גורף זה במשפט הבינלאומי ההומניטרי, אלא שהוא מבוסס על ההנחה, כי יחסי הכוח והשליטה בין הישראלים לבין הפלסטינים הינם שווים, וכי המדובר בשתי מדינות עצמאיות, או לכל הפחות בשתי ישויות מדיניות, השוות בכוחן, אשר אין ביניהן יחסי שליטה וכפיפות. היגיון זה מתעלם מהעובדה הברורה והידועה, שלפיה היחסים בין שתי הקבוצות הם יחסים של מדינה כובשת לבין נכבשים, וכי המדינה הכובשת מחויבת לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, שהרי כדברי הנשיא ברק :

"יהודה, שומרון וחבל עזה אינם מדינה ואינם דמוקרטים. השליטה הישראלית בהם הינה מכוח תפיסה לוחמתית (billigerent occupation). השליטה הישראלית לא באה מבחירת התושבים המקומיים אלא היא פרי הפעילות הלוחמתית."

אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית (הוצאת הספרים של אוני' חיפה, כתר, נב 2004) עמ' 147.

6. החוק המתקן פוגע קשות בזכויות היסוד לחיים ושלמות הגוף, שוויון וכבוד, קניין, והזכות החוקתית לגישה לבתי המשפט. הפגיעה הינה חמורה במיוחד, כי היא שוללת באופן גורף מתן תרופה או סעד בגין הפגיעה בזכויות היסוד. שלילת סעד בשל פגיעה בזכות יסוד כמוה כשלילת הזכות עצמה.

7. החוק המתקן אינו עומד באף תנאי מתנאי פיסקת ההגבלה. הוא מנוגד לתנאי הראשון, המורה כי הפגיעה חייבת להיות "לפי חוק", בהיותו עמום, סתום, עם תחולה רטרואקטיבית ומעניק שיקול דעת מוחלט למשיב. בכך הוא נוגד מושכלות יסוד של המשפט, אשר קיבלו משנה תוקף לאחר חקיקת חוקי היסוד.

בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696, 702.

8. החוק המתקן חל רטרואקטיבית על כל הליך משפטי, התלוי ועומד בפני בתי המשפט, מלבד זה שנמצא בשלב שמיעת ראיות. הוא למעשה מורה, כי בתי המשפט לא יקיימו את תפקידם בדבר העברת ביקורת שיפוטית על מעשים שלטוניים; כי מעשים אלה אינם שפטים; כי הרשות השופטת תפסיק גם את הטיפול בתביעות התלויות ועומדות בפניה בעניינים אלה; וכי הפסקת ההליכים תיעשה על ידי הכרזה של שר הביטחון. לפיכך, החוק המתקן לא רק מסכל את זכות הגישה לבתי המשפט, אלא הוא מאפשר לרשות המבצעת להתערב בשיקול הדעת העצמאי של השופטים, המטפלים בתיקים אלה. לכן החוק המתקן אינו הולם את הערכים הדמוקרטיים, כנדרש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיותו פוגע באופן יסודי בעקרון הפרדת הרשויות, בעצמאות השפיטה וביציבות המשפט.

9. בפרק המתייחס לסוגיית התכלית הראויה נדון בפרוטרוט בתכליתו הסובייקטיבית של החוק המתקן, כפי שהיא עולה מהאמור בדברי ההסבר של הצעת תיקון החוק ומניירות העמדה, שהוגשו מטעם משרד המשפטים למחוקק. כמו כן נוכיח, כי תכליתו האובייקטיבית של החוק המתקן, כפי שהיא עולה מלשונו ומתוכנו, ותכליתו הסובייקטיבית, הינן זהות ובלתי ראויות. מאחר שאין בנמצא כל תכלית ראויה לחוק המתקן, ולו במישור התיאורטי, הרי יש להכריז על בטלותו ואין להידרש כלל למבחני המידתיות.

העותרים

10. העותרים הם ארגוני זכויות אדם ישראלים ופלסטיניים הפועלים, בין היתר, למען ההגנה על זכויות האדם בשטחים הכבושים.

ההיסטוריה החקיקתית

11. חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952 (להלן: החוק העיקרי) נחקק במטרה להסדיר את מעמדה של המדינה כבעלת דין בהליכים אזרחיים. עקרון היסוד של החוק העיקרי הוא, כי **"דין המדינה, לענין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מאוגד"** (סעיף 2 לחוק העיקרי). החוק העיקרי קובע מספר חריגים לעקרון יסוד זה, בהם אין המדינה אחראית לנזק.

12. אחד החריגים הכלול בחוק העיקרי מתחילתו הוא חריג "הפעולה המלחמתית". חריג זה קבע, כי **"אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא-הגנה לישראל"**. הרציונל שעמד מאחורי חריג זה הינו:

"דומה שהגישה הינה, כי 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".

ע"א 5964/92 בני עודה ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (4) 1, 5.

13. בפסק הדין בני עודה הנזכר לעיל, קבע בית המשפט העליון, בהרכב של תשעה שופטים, כי המדינה תשא באחריות על נזקים שגורמים חיילי הצבא בשטחים, לרבות באינתיפאדה הראשונה, אלא אם יוכח החריג של פעולה מלחמתית. בית המשפט קבע, כי גם באינתיפאדה ביצעו כוחות הביטחון פעולות בהן הסיכונים היו רגילים, סיכונים המתאימים להיבחן במסגרת דיני הנזיקין הרגילים.

14. המדינה לא שבעה רצון מהעובדה, שהיא נתבעת על נזקים שגורם הצבא לפלסטינים, מכך שעליה להתגונן מהתביעות ומכך שאינה מקבלת חסינות אוטומטית, ומזה כעשור היא פועלת בדרכים שונות להסיר מעליה כל אחריות למעשיהם של חייליה בשטחים הכבושים.

15. כבר בשנת 1997 יזם משרד המשפטים תזכיר חוק, שהוראותיו דומות להפליא להוראות החוק המתקן. על-פי התזכיר, "אין המדינה אחראית בנזיקין בשל נזקי גוף שנגרמו כתוצאה ממעשה שנעשה באזור על-ידי כוחות הביטחון בתקופה הקובעת". "האזור" הוא "יהודה והשומרון וחבל עזה" ו"התקופה הקובעת" היא "התקופה שבין 9 בדצמבר 1987 לבין 13 בדצמבר 1993". עוד נקבע בתזכיר, כי החסינות לא תחול על "תובענה של מי שרשום במרשם האוכלוסין בישראל או של תייר לישראל". דהיינו, מדובר היה בחסינות על בסיס פרסונאלי וטריטוריאלי, שמטרתה לחסום תביעות של תושבי השטחים הכבושים בגין כל נזק, שנגרם בתחום השטחים הכבושים בתקופת האינתיפאדה הראשונה, במנגנון דומה להפליא למנגנון שיושם בחוק המתקן.

העתק תזכיר החוק מיום 20.3.97 מצורף ומסומן ע/2.

16. עוד טרם הנחת ההצעה על שולחן הכנסת הבינו המשיבים, כי הוראות שכאלו אינן חוקתיות. הם זנחו את התפיסה של חסינות על בסיס טריטוריאלי-פרסונאלי, והחליפו אותה בהצעה להרחיב את היקף החסינות בגין "פעולה מלחמתית", בשילוב עם הוראות פרוצדוראליות וראייתיות, המקלות עם

המדינה, בנוגע לתביעות שיסודן במעשי כוחות הביטחון בשטחים. הצעה זו, אשר הונחה על שולחן הכנסת ביום 23.7.97, נועדה לסכל את התביעות שהוגשו על ידי נפגעי האינתיפאדה הראשונה, בדומה לחוק נשוא עתירה זו. כבר אז השתמשו המשיבים באותם נימוקים, בהם הם משתמשים כיום: "עד כה הוגשו למעלה מ-4000 תביעות נזיקין נגד המדינה", "בפסיקת בית המשפט העליון פורש הפטור בשל פעולה מלחמתית בצמצום", "אין למדינה אף קצה חוט כדי לבדוק את הטענות בדבר מעורבות כוחות הביטחון באירוע", "תביעות כזב וניסיונות הונאה מצד התובעים" וכיוצא בזה.

העתק הצעת החוק לטיפול בתביעות של פעולות כוחות הביטחון ביהודה והשומרון וחבל עזה, התשנ"ז 1997- [ה"ח 2645, 23.7.97] מצורף ומסומן ע/3.

והשוו להצעת החוק המתקן, נספח ע/12 להלן.

17. הצעת החוק משנת 1997, אשר ביקשה להעניק חסינות גורפת לכל פעולה מבצעית שבוצעה בשטחים בנסיבות של סיכון, לקצר את ההתיישנות על תביעות של פלסטינים לשנה וזאת באופן רטרואקטיבי על כל מעשה שאירע לפני תחילתו של החוק, עוררה גלי התנגדות בארץ ובעולם, ואף גונתה על ידי ועדת האו"ם לזכויות אדם. הלחץ הפנימי והבינלאומי גרם בסופו של דבר לכך שהליכי החקיקה הוקפאו. אחד המתנגדים להצעת החוק היה יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט, ח"כ חנן פורת, אשר סבר כי הצעת חוק, המפקיעה זכות לפיצוי ממי שאינו מעורב באינתיפאדה, היא בלתי מוסרית ובלתי יהודית.

העתקי שתי כתבות מ"הארץ" בעניין, מיום 20.7.98 ומיום 21.7.98, מצורפים ומסומנים ע/4 ו-ע/5.

18. ביום 16.7.01 החליטה ועדת השרים לענייני חקיקה לבקש להחיל את דין הרציפות על הצעת החוק משנת 1997. במקביל, כפי שפורסם באמצעי התקשורת, החליטה מערכת הביטחון להימנע מתשלום פיצויים לנפגעי האינתיפאדה השנייה, אלא אם תוגש תביעה ובית המשפט יחייב אותה לעשות כן. החלטות אלו הוצגו כניסיון "לבלום" את "גל התביעות", ולמנוע הגשת תביעות שקריות.

העתקי שתי כתבות מעיתון "הארץ", מיום 24.7.01 ומיום 9.8.01, מצורפים ומסומנים ע/6 ו-ע/7.

19. ביום 22.10.01 החילה הכנסת, לבקשת הממשלה, את דין הרציפות על הצעת החוק משנת 1997 וביום 25.12.01 החלה ועדת חוקה, חוק ומשפט לדון בהצעת החוק (להלן: תיקון מס' 4). בנוסחה החדש כללה הצעת החוק הרחבה ניכרת של הגדרת "פעולה מלחמתית", קיצור רטרואקטיבי של תקופת ההתיישנות משבע שנים לשנתיים, חיוב הניזוקים בהגשת הודעות על נזק תוך חודשיים מיום האירוע ועוד. דיוני הוועדה הושהו עד למתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין בני עודה, שם ביקשה הפרקליטות מבית המשפט להכיר בכל אירועי האינתיפאדה הראשונה כ"פעולה מלחמתית". ביום 20.3.02 ניתן פסק הדין בעניין בני עודה. בית המשפט העליון, בהרכב של תשעה שופטים, דחה את טענות הפרקליטות, וקבע כי גם באינתיפאדה יש לבחון את הפעולה ולא את המלחמה:

"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".

ע"א 5964/92 בני עודה ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1, 8.

20. משנדחתה טענתה העיקרית של הפרקליטות בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת בני עודה

הוחל בקידום הצעת החוק, שבשלה לאחרונה לחקיקת החוק המתקן. במקביל המשיכו בקידום הצעת החוק של תיקון מס' 4, שנדונה באותה עת בוועדה.

העתק כתבה מ"הארץ" מיום 26.3.02 מצורף ומסומן ע/8.

21. הצעת החוק של תיקון מס' 4, אשר זכתה לקיתונות של ביקורת ובכלל זה מבכירי האקדמיה ומכל ארגוני זכויות האדם, אושרה על ידי ועדת חוקה ביום 27.6.02, לאחר מאמצים רבים של שר המשפטים, וביום 24.7.02 עברה את הקריאה השנייה והשלישית בכנסת.

העתק מכתבו של פרופ' דוד קרצמר מיום 24.6.02 מצורף ומסומן ע/9.

העתק מכתבו של פרופ' אריאל פורת מיום 23.6.02 מצורף ומסומן ע/10.

העתק חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב-2002 [ס"ח 1862, 1.8.02], מצורף ומסומן ע/11.

22. תיקון מס' 4 הרחיב בצורה משמעותית ביותר את יכולתם של המשיבים להתגונן בפני תביעות נזיקיות, שהוגשו נגדה על ידי פלסטינים, שנפגעו על ידי כוחות צבא בשטחים הכבושים. קודם לכול הוכנסה הגדרה רחבה מאוד למושג "פעולה מלחמתית", באופן המכניס לגדרה כמעט כל פעולה שעושה הצבא בשטחים הכבושים:

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

23. תיקון מס' 4 הוסיף לחוק העיקרי את סעיף 5א, הקובע הסדרים מיוחדים לתביעות בשל נזק, שנגרם בשטחים הכבושים על ידי כלל כוחות הביטחון ולא רק על ידי הצבא, ובכלל זה:

א. **חובת הגשת הודעה על נזק תוך 60 יום** (ראו גם תקנות הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (הודעה בכתב על נזק), התשס"ב-2002);

ב. **קיצור תקופת ההתיישנות** לגבי תביעות של פלסטינים, לרבות תביעות של קטינים, **לשנתיים**;

ג. **אי תחולה של הכלל בדבר העברת נטל הראיה** ברשלנות לגבי דברים מסוכנים (סעיף 38 לפקודת הנזיקין) ו"כשהדבר מעיד על עצמו" (סעיף 41 לפקודה);

ד. **סמכות לדחות התביעה** במקרה של חוסר שיתוף פעולה של הרשות הפלסטינית בנוגע להסדר העזרה המשפטית.

24. עוד בטרם הסתיים הליך חקיקת תיקון מס' 4, הניחה הממשלה ביום 15.7.02 בפני הכנסת את הצעת תיקון החוק המתקן (להלן: תיקון מס' 5). הצעה זו, המהווה גלגול של הצעת החוק המקורית משנת 1997, כפי שבאה לידי ביטוי בתזכיר החוק, עברה בקריאה ראשונה במליאת הכנסת ביום 16.7.02. לאחר פיזור הכנסת החמש-עשרה וקיום הבחירות החדשות לא התקיימו בה דיונים עד לסוף שנת 2004, עת אישרה מליאת הכנסת את הודעת הממשלה, כי ברצונה להחיל עליה את דין הרציפות.

העתק הצעת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 5) (הגשת תביעות נגד המדינה על ידי נתין מדינת אויב או תושב אזור עימות) התשס"ב-2002 [ה"ח 3173, 15.7.02], מצורף ומסומן ע/12.

25. ביום 31.5.05 החלו הדיונים בוועדת החוקה בהצעת תיקון החוק, דבר שעורר גל של תגובות קשות.

ארגוני זכויות אדם בארץ ובעולם ומומחי משפט הביעו עמדה נחרצת נגד חוקתיות הצעת תיקון החוק.

העתק נייר העמדה של העותרים מצורף ומסומן ע/13.

העתק נייר העמדה של ועדת משפט בינלאומי פומבי של לשכת עורכי הדין מצורף וסומן ע/14.

העתק מכתב שנשלח לכנסת על ידי Amnesty International מצורף ומסומן ע/15.

העתק מכתב שנשלח לכנסת על ידי Human Rights Watch מצורף ומסומן ע/16.

26. במהלך הדיונים בהצעת תיקון החוק הופיעו בפני ועדת החוקה מומחים בעלי שם מהאקדמיה, אשר רובם הביעו התנגדות נחרצת לעצם הקונספציה של התיקון המוצע, ובהם פרופ' אריאל פורת, פרופ' מרדכי קרמניצר וד"ר יובל שני, וכן ד"ר ניצה שפירא-ליבאי, יו"ר ועדת משפט בינלאומי פומבי של לשכת עורכי הדין. כך, פרופ' דפנה ברק ארז, מומחית למשפט ציבורי, אמרה בדיון שקיימה ועדת חוקה ביום 15.6.05 את הדברים הבאים:

"מהי "פעולה מלחמתית"? האם ההגדרה בחוק עושה את העבודה או לא? מרבית היושבים מסביב לשולחן הזה סבורים שיש מקום לחריג לגבי פעולה מלחמתית, אך יש הטוענים שמה שקיים בחוק מספיק ויש הטוענים שהוא לא מספיק. אם זאת הבעיה, אם רובנו מסכימים שזאת הבעיה, זאת השאלה שצריך לדון בה, כפי שאמרו חלק מקודמי. לא צריך לדון בשום דבר אחר. לא צריך לקחת הצעת חוק שמעמידה את כל דיני הנזיקים ודיני זכויות האדם על הראש, רק כדי לפתור בעיה ניסוחית. הרי המשפט צריך להתאים עצמו למציאות. נניח שיש בעיה לגבי פעולה מלחמתית, אני לא בטוחה שהשתכנעתי בזה, אבל אם כן – בואו נטפל בהגדרה הזאת. אולי לפני שלוש שנים לא הייתה לנו נקודת מבט די טובה ואנחנו צריכים לשכלל את ההגדרה. אבל בשביל זה לא צריך להפוך את כל המשפט על ראשו. כשיש אריח בבית וצריך לתקנו, לא הורסים את הבית. בדיוק את אותו היגיון פשוט אפשר להפעיל כאן... גם אם נשתכנע שצריך להרחיב את ההגדרה של פעולה מלחמתית גם למעשה כלשהו של עימות, ואמרתי שאפשר להתווכח על זה, לא ברור למה צריך חסינות נוספת באזור עימות, כלומר על בסיס טריטוריאלי? כמו שאמר פרופ' גלעד הוא נוטה להיות פרסונאלי אף שאינו מוגדר כך."

לפרוטוקול הדיון מיום 15.6.05 ראו:

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-06-15.rtf>

לפרוטוקולים של הישיבות האחרות שקיימה הוועדה ראו:

פרוטוקול הדיון מיום 31.5.05:

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2005-05-31-02.html>

פרוטוקול הדיון מיום 23.6.05:

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-06-23.rtf>

פרוטוקול הדיון מיום 30.6.05:

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2005-06-30.html>

פרוטוקול הדיון מיום 14.7.05:

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2005-07-14.html>

פרוטוקול הדיון מיום 20.7.05:

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2005-07-20-01.html>

פרוטוקול הדיון מיום 25.7.05:

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-07-25-02.rtf>

27. ביום 25.7.05 אישרה הוועדה את הצעת תיקון החוק לאחר שהוכנסו בה מספר שינויים מינוריים

וביום 27.7.05 אישרה הכנסת בקריאה שנייה ושלישית את תיקון החוק, שהפך בינתיים מתיקון מס' 5 לתיקון מס' 7. ביום 10.8.05 פורסם החוק המתקן ברשומות ונכנס לתוקף.

ניתוח הוראות החוק המתקן ומשמעותן המעשית

28. סעיף 1 לחוק המתקן מוסיף לחוק העיקרי את סעיף 5ב, המקנה חסינות מפני תביעות של אויב ופעיל או חבר בארגון מחבלים, ואת סעיף 5ג, לב ליבו של החוק המתקן, המקנה חסינות מפני תביעות באזור עימות. להלן נדון בנפרד בהוראות כל אחד מהסעיפים הנ"ל ובמשמעותן הלכה למעשה.

הוראות סעיף 5ב

29. סעיף 5ב מורה כדלקמן:

(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.

הוראת התוספת הראשונה הרלבנטית לסעיף 5ב מורה כדלקמן:

תביעה שעילתה נזק שנגרם לאדם כאמור בסעיף 5ב(א) בעת שהיה מצוי במשמורת של מדינת ישראל כעצור או כאסיר ואשר לאחר שהותו במשמורת לא חזר להיות פעיל או חבר בארגון מחבלים או לפעול מטעמו או בשליחותו של מי מהם.

30. בסעיף זה חסינות המדינה קמה ללא שנדרש כל קשר סיבתי בין היגרמות הנזק לבין היותו של הניזוק "נתין מדינת אויב" או חברותו ב"ארגון מחבלים", כלומר די בנתינותו של התובע וב"פעילותו" או ב"חברותו" ב"ארגון מחבלים" כדי להעניק למדינה חסינות מוחלטת. ויודגש, החוק המתקן אינו מגדיר את המושגים "מדינת אויב" או "ארגון מחבלים", אלא מסתפק בהפניה להגדרות, הקבועות בסעיף 91 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, הקובעות:

"אויב" - מי שהוא צד לוחם או מקיים מצב מלחמה נגד ישראל או מכריז על עצמו כאחד מאלה, בין שהוכרזה מלחמה ובין שלא הוכרזה, בין שיש פעולות איבה צבאיות ובין שאינן וכן ארגון מחבלים;

"ארגון מחבלים" - ארגון שמטרותיו או פעולותיו מכוונות למיגור המדינה או לפגיעה בבטחונה של המדינה או בבטחון תושביה או ביהודים במדינות אחרות.

31. הוראות סעיף 5ב חלות גם לגבי אירועים שהתרחשו בישראל, והחסינות מכוח סעיף 5ב(א)-(2)-(3) קמה גם כשמדובר באדם שהוא אזרח ישראל, אשר מרכז חייו בישראל וחשוף לפגיעות שונות ומשונות מצד המדינה - החל מתאונות דרכים, בהן מעורב רכב ממשלתי, רשלנות רפואית בבית חולים ממשלתי או תאונת עבודה כשהמעסיק הוא המדינה או מי שפועל מטעמה, וכלה ברשלנות כזו או אחרת מצד רשויות המינהל.

32. החסינות מפני תביעות של ניזוק מכוח סעיף 55 אינה מוגבלת לנזקים, שנגרמו במהלך ביצוע שליחות בלתי חוקית מטעם הארגון או מדינת האויב, אלא חלה אף בהעדר כל קשר אליה. כך, למשל, אישה לבנונית, הנשואה לתושב השטחים וחיה עמו בהיתרים חוקיים בשטחים, לא תוכל לתבוע מהמדינה פיצויים, ויהיו נסיבות גרימת הנזק שנגרם לה אשר יהיו. המדינה תהיה חסינה מפיצוי אדם, רק בשל היותו פעיל פת"ח, אשר נפגע בתאונת דרכים בה היה מעורב רכב ממשלתי, בשעה ששהה בישראל לצורך ניהול מו"מ מדיני עם רשויות המדינה. פלסטיני ממזרח ירושלים, שהוכה מכות נמרצות על ידי שוטרים, בשטח ישראל, די בהיותו חבר בפת"ח כדי לסכל את תביעתו. בדומה, זכותו לפיצויים של אזרח ישראלי, שריגל לטובת מדינת אויב, ונפגע בתאונת עבודה ללא כל קשר לפעולות הריגול שלו, תיקבע בהתאם לזהות המעסיק – ממשלתי אם לאו.

33. מעבר לתוצאה הקשה במקרים, בהם אין כל זיקה בין שייכותו של הנפגע לבין הנזק שנגרם לו, חסינות מוחלטת על-בסיס פרסונאלי חוסמת עשיית צדק גם כשזיקה כזו מתקיימת. היא מונעת מבית המשפט להחיל אמת מידה גמישה, המתחשבת בתרומתה של הפעילות הלא חוקית של התובע לנזקו – כמקובל כיום.

34. שני חריגים נקבעו להוראת סעיף 55. הראשון, כאשר הנזק נגרם לנתין מדינת אויב השוהה כדין בישראל (כגון לוחמי צד"ל לשעבר). השני, כאשר הנזק נגרם למי שניזוק במאסר או במעצר. אולם גם במצב זה חסינות המדינה תקום אם "חזר להיות פעיל או חבר בארגון מחבלים או לפעול מטעמו או בשליחותו של אחד מהם" - ותהא אשר תהא הפגיעה שפגעו בו בעת חקירתו, מעצרו או כליאתו, רמת הרשלנות של הרשויות כלפיו או אף הפשע שהוא נפל קורבן לו. בכלל זה נזקי גוף ונפש מעינויים. בכך שולל החוק המתקן את אחד המנגנונים היחידים, שנועדו להרתיע חוקרים, שוטרים וסוהרים מפגיעה באלו המצויים בסיכון גבוה במיוחד לפגיעה בעת שהם נתונים למשמורת. חוסר הרציונליות של הסייג לחרגי הינו קיצוני. הוא מופעל באופן גורף, רטרואקטיבי ובלא שנדרש כל קשר סיבתי לאירוע גרימת הנזק.

35. להבנת הקף פרישתה של החסינות הקבועה בחוק המתקן, יש לזכור כי הארגונים הקיימים בשטחים, ושהם מבחינתה של ישראל "ארגוני מחבלים", מפעילים כולם זרועות אזרחיות לצד הזרועות הצבאיות והחוק יחול באופן גורף על כל מי שחבר או פעיל בהם.

36. ואכן, לאחר ישיבת ועדת החוקה, בה הוטחה בחוק ביקורת מצד מלומדים, התכנסה ישיבה בלשכת היועץ המשפטי לממשלה. היועץ המשפטי לממשלה ביקש מהוועדה, בעקבות ישיבה זו, לשנות את הצעת החוק: לבטל את החסינות על בסיס פרסונאלי ולהתנותה בכך שהנזק נגרם במדינת אויב או בזיקות לשליחות מטעם האויב או ארגון המחבלים. שינוי נוסח זה, שהציע היועץ המשפטי לממשלה, לא נתקבל.

העתק הנוסח שהניח היועץ המשפטי לממשלה בפני ועדת החוקה, ביום 14.7.05, מצורף ומסומן ע/17.

הוראות סעיף 55

37. סעיף 55 מאפשר לשר הביטחון להכריז על שטח מחוץ לשטח מדינת ישראל כאזור עימות, ובאזור זה תהיה למדינה, לרבות רשות, גוף או אדם הפועלים מטעמה, חסינות גורפת כלפי נזקים שגרמו כוחות הביטחון. סעיף זה מורה כדלקמן:

תביעות באזור עימות

ג5(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.

ג5(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.

ג5 (ה) - בסעיף זה –

"אזור עימות" – אזור מחוץ לשטח מדינת ישראל ששר הביטחון הכריז לגביו כאמור בסעיף קטן (ג), שכוחות הביטחון פעלו או שהו באזור במסגרת העימות; "המדינה" – לרבות רשות, גוף או אדם הפועלים מטעמה; "עימות" – מצב דברים שבו מתרחש אירוע או מתרחשים אירועים בעלי אופי צבאי בין כוחות הביטחון לבין גורמים סדירים או בלתי סדירים העוינים לישראל או מצב דברים שבו מתבצעות פעולות איבה של ארגון עוין לישראל.

38. לפי הוראות סעיף זה, די בכך שייטען כי בגינין יש "עימות", על מנת להכריז על כל אזור צפון הגדה כ"אזור עימות" שכן, כפי שוודאי ייטען על ידי המדינה, כל פעולות הצבא בצפון הגדה מיועדות לסכל מעבר של טרור מגינין לישראל. למעשה אין ולו פעילות אחת של כוחות הביטחון בשטחים הכבושים שלא עשויה ליפול לגדר המושג "במסגרת עימות" ובכלל זה, המחסומים, בניית גדר ההפרדה, פיזור הפגנות ועוד. סעיף זה מקנה למדינה חסינות גורפת כלפי תביעות של היולדת שעוכבה במחסום וכתוצאה מכך נפטר תינוקה, הילד שנדרס על ידי ג'יפ סיור, שבדק את ציר הטשטוש של ההתנחלות, האיכר שעציו ופרנסתו נגדעו במסגרת הקמת החומה או ביצוע פעולות "חישוב", הורי הנער שנהרג עקב שימוש מופרז בכוח בפיזור הפגנה ועוד.

39. להלן מספר דוגמאות לפסקי דין אשר התייחסו לאירועים, שהתרחשו באינתיפאדה הראשונה, אשר דומים להם התרחשו גם באינתיפאדה השנייה, והמשקפים את המצב שהיה ואת הסיכונים שהיו באותה עת. ההתייחסות הינה לפסקי דין אלו, שכן התביעות שהוגשו על עוולות באינתיפאדה השנייה טרם בשלו לכדי פסקי דין. לו היה חל החוק המתקן על המקרים המתוארים בדוגמאות אלו, היתה המדינה חסינה מאחריות בנזיקין:

בפרשת ד'אהר פסק בית המשפט העליון כי המדינה אחראית לפציעת ראש קשה של תובע, שנגרמה עקב ירי רשלני ובלתי מבוקר של כדורי גומי. בית המשפט פסק כן גם בהתבססו על רשלנות חמורה בחקירת טענות התובע. המשנה לנשיא מצא קבע באותו עניין, כי:

"סיווג פעילותם של שלושה או ארבעה חיילים, עליהם הוטל לפזר התפרעות של אזרחים המבעירים צמיגים ומשליכים אבנים, כ"פעילות מלחמתית", נראה לי מרחיק-לכת".

ע"א 361/00 ד'אהר ואח' נ' סרן יואב ואח', תק-על 2005(1), 1253, עמ' 1266.

בפסק הדין בעניין עבד אלרחמן פסק בית המשפט, כי על המדינה לפצות את הניזוק, באומרו:

"ביום 9/7/88 בשעות הלילה התרחש אירוע קשה ביותר המחייב חשבון נפש נוקב: בכפר עורורה שבנפת רמאללה, נכנס בשעות הלילה כח צה"ל שמנה מספר בחורים לביתו של התובע שהוא תושב הכפר, העיר אותו משנתו, היכה אותו קשות בכל חלקי גופו, הוריד אותו אל הרחוב תוך הכאתו, שם אזיקים על צווארו והשליכו על הכביש. אחד מאנשי הכח לקח אבן והלם בתובע בראשו. הוא איבד את הכרתו

והובהל לבית החולים ברמאללה כשהוא מחוסר הכרה. בצילום CT נמצא כי לתובע שבר בראש, וכתוצאה מכך ... הפך נכה לצמיתות".

ת"א (מחוזי י-ם) 709/95 עבד אלרחמן נ' מ"י, תק-מח (3)99, 10882.

ראו גם:

ת"א (מחוזי י-ם) 371/94 פלאח סלים מוחמד נ' מ"י, תק-מח (3)96, 931, שם פסק בית המשפט פיצויים לתושב הכפר רנטיס שהפך עקר עקב ירי בלתי מוצדק של חיילים במידי אבנים.

ת"א (מחוזי י-ם) 1200/95 בשאראת ואח' נ' מ"י, פס"ד מיום 14.1.98, שם פסק בית המשפט פיצויים לילד שנפגע מחפץ נפיץ שהושאר על ידי הצבא בשטח פתוח, מאוכלס באזרחים, ליד שכם.

ע"א (מחוזי י-ם) 2163/04 אבו ריאן נ' מ"י, פס"ד מיום 8.7.02, שם פסק בית המשפט פיצויים לבחור שנפצע מירי בלתי חוקי של חייל, אשר רדף אחריו ופתח עליו באש לאחר שסבר שהוא השתתף קודם לכן בזריקת אבנים.

ת"א (שלום נצי) 4386/02 עלאונה נ' מ"י, פס"ד חלקי מיום 26.5.05, שם קבע בית המשפט, כי המדינה אחראית למותה של אשה ופציעתן של בנותיה. בית המשפט קבע, כי המדינה התרשלה כשציוותה על האשה ובנותיה לצאת מהבית, ועם יציאתן נפתחה עליהן אש חיה.

הוראת סעיף 5(ב) - הוועדה

40. סעיף 5(ב) קובע:

(1) שר הביטחון ימנה וועדה, אשר תוסמך לאשר, לפני משורת הדין, בנסיבות מיוחדות, תשלום לפונה אשר סעיף קטן (א) חל עליו ולקבוע את שיעורו (בסעיף קטן זה – הוועדה);
(2) חברי הוועדה יהיו:

(1) עורך דין הכשיר להתמנות שופט מחוזי, והוא יהיה היושב ראש;
שר הביטחון ימנה את היושב ראש בהתייעצות עם שר המשפטים;

(2) נציג משרד הביטחון;

(3) נציג משרד המשפטים;

(3) 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 לפני משורת הדין.

41. סעיף זה מקים ועדה המוסמכת לאשר תשלום "לפנים משורת הדין" וזאת "בנסיבות מיוחדות". הסעיף מבהיר, כי דלתה של הוועדה אינה פתוחה לכולם - תנאי הסף להגשת בקשה לוועדה ייקבעו על ידי שר הביטחון ושר המשפטים, באישור ועדת חוקה. כלומר, יהיו מי שתחסם גישתם הן לבית המשפט והן לוועדה. גם אם צלחה דרכו של הניזוק והוא יעמוד בתנאי הסף, הרי שהוועדה מוסמכת לקבל את בקשתו רק בנסיבות מיוחדות, קרי, בנסיבות רגילות הניזוק יידחה על ידי הוועדה. ואותו ניזוק שיעמוד בכל האמור לעיל, גם הוא יזכה, לכל היותר, לתשלום "לפנים משורת הדין", קרי, שלא על פי אבות הנזק כמקובל בדיני הנזיקין.

הוראות החריגים לסעיף 5 - התוספת השנייה

42. סעיף 5 קובע:

שר הביטחון, לאחר התייעצות עם שר המשפטים, ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי לשנות בצו את התוספת הראשונה והתוספת השניה.

43. התוספת השנייה כוללת מספר מצומצם של חריגים, בהם תוסר חסינות המדינה. גם חריגים אלו, אשר מהווים את ההגנה המינימאלית ביותר על זכויות האדם, נתונים לביטול בצו של שר הביטחון.

44. החריג הראשון, הקבוע בסעיף 1 לתוספת השנייה של החוק המתקן, קובע:

"תביעה שעילתה נזק שנגרם בשל מעשה שביצע המשרת בכוחות הביטחון, ובלבד שהורשע בעבירה בשל אותו מעשה בפסק דין חלוט בבית דין צבאי או בבית משפט בישראל; לעניין זה "עבירה" - למעט עבירה מסוג העבירות של אחריות קפידה, כמשמעותה בסעיף 22 בחוק העונשין, התשל"ז-1977; בתביעות לפי סעיף קטן זה, לענין תקופת ההתיישנות להגשת תובענה, כאמור בסעיף 5א(3), יום המעשה נושא התובענה - היום שבו פסק הדין נעשה חלוט".

45. הנה כי כן, לפי סעיף זה נדרש, כי יתקיימו כל התנאים המצטברים המפורטים בו. קרי, חייל אשר בזז ב"אזור עימות" והורשע בדין משמעתי אצל מפקדו, יקבל חסינות מפיצוי הניזוק. חייל שהכה והשפיל עובר אורח במחסום ב"אזור עימות", והועמד לדין פלילי, אך זוכה מחמת הספק או בשל פגמים בניהול התביעה, יהיה פטור מתשלום פיצויים לקורבנו. חייל שהרג תינוק ברשלנות נוראית, ולא הועמד לדין במסגרת מדיניות להעמיד לדין רק בעבירות של זדון, ייהנה, בנוסף לחנינה שקיבל, גם מחנינה מתשלום פיצויים ובכך תהנה גם המדינה מחסינות. הקשר שהוראה זו יוצרת בין הרשעתו בדין של חייל לבין אחריות המדינה בנזיקין יוצר מצב בלתי נסבל, בו למדינה יש תמריץ שלא להעמיד לדין חיילים, פן יורשעו, והמדינה תאלץ לשאת בנטל הפיצוי.

46. החריג השני, הקבוע בסעיף 2 לתוספת השנייה של החוק המתקן, קובע:

תביעה שעילתה נזק שנגרם באזור עימות למי שהיה מצוי במשמורת של מדינת ישראל כעצור או כאסיר ואשר לאחר שהותו במשמורת לא חזר להיות פעיל או חבר בארגון מחבלים או לפעול מטעמו או בשליחותו של מי מהם.

חריג זה מדבר על נזק שנגרם לאסיר או עציר במשמורת של ישראל. חריג זה קובע למעשה את המובן מאליו, שכן רוב האסירים והעצירים מצויים ממילא במתקני כליאה בשטח ישראל, ואולם הוא אינו כולל סוגים אחרים של משמורת ישראלית, כמו עיכוב במחסום או השתלטות על בית וכליאת המשפחה באחד החדרים. המשמעות היא שאדם כפות במחסום המצוי ב"אזור עימות", אדם אשר הוכה או התייבש בשמש ונגרם לו נזק, אף שהיה חסר אונים מול קני רובי החיילים, לא יוכל לקבל פיצוי.

47. בנוסף, החריג מותנה במעשי הכלוא לאחר שחרורו. יהיה אשר יהיה מה שארע לאדם במעצרו – טיפול רפואי כושל שהותירו נכה לכל חייו; עינויים שהשאירו אותו פגוע בנפשו או בגופו; גניבה של ציוד אישי; הפרה של זכויות יסוד – המדינה פטורה מלשלם את המחיר על כל אלו, אם האדם חזר להיות ולו "חבר" בארגון מחבלים (ויש לזכור שמרבית ההתארגנויות הפוליטיות בשטחים נתפסות מבחינת ישראל במושג זה). גם בהקשר זה זונח המחוקק את עקרונות דיני הנזיקין והמשפט בכלל, דהיינו: כל אירוע צריך להישקל כשלעצמו, זכויות שנתגבשו אינן נמחקות רטרואקטיבית, גם העברייני – דמו אינו מותר ואין עונשין אדם אלא בהתאם לדיני העונשין ולפי העונש הקצוב בחוק.

48. החריג השלישי, הקבוע בסעיף 3 לתוספת השנייה של החוק המתקן, קובע:

תביעה שעילתה מעשה של המינהל האזרחי, כהגדרתו בחוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (הסדרים כלכליים והוראות שונות)(תיקוני חקיקה), התשנ"ה-1994, או מעשה של מינהלת הממשל, התיאום והקישור, ובלבד

שהמעשה נעשה שלא במסגרת עימות.

49. החרג מסיר את החסינות מפני נזקים, שנגרמו על ידי פעולות של המינהל האזרחי ומינהלת התיאום והקישור, ובלבד שהן לא "במסגרת עימות". פעולותיהם של גופים אזרחיים אלו נעשות רובן ככולן במשרדים ממוזגים. הפעולות כוללות הנפקת רישיונות ביקור, רישיונות בנייה, היתרי מעבר, תיאום וקישור וטיפול בבקשות שונות. למעשה, עצם קיומו של החרג מצביע על הגורפות של החסינות המוענקת למדינה, שכן קשה להעלות על הדעת סיטואציה כלשהי, בה יהיה זה מוצדק להעניק חסינות למת"ק על נזקים שגרם. מה בין מצב עימות לבין רשלנות בטיפול בבקשות אזרחיות?!

50. החרג הרביעי, הקבוע בסעיף 4 לתוספת השנייה של החוק המתקן, קובע:

תאונת דרכים כמשמעותה בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, שבה מעורב רכב של כוחות הביטחון אשר מספר הרישוי שלו או זהותו של מי שנהג בו בעת התאונה ידועים, זולת אם התאונה אירעה אגב פעילות מבצעית של הרכב או פעילות עוינת של הנפגע נגד המדינה או נגד אוכלוסייה אזרחית. נזקי רכוש שנגרמו לרכב עקב תאונת דרכים כמשמעותה בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, אף אם לא נגרם באותה תאונת דרכים נזק גוף, ובלבד שהתקיימו יתר התנאים הקבועים בסעיף 4 בתוספת זו.

51. חריג זה מסיר את החסינות הגורפת של המדינה לנזקי גוף ורכוש (ר') גם החרג החמישי בתוספת השנייה לחוק המתקן), שנגרמו ב"אזור עימות" עקב תאונת דרכים. החסינות תוסר רק אם מתקיימים כל התנאים המצטברים, המפורטים בסעיף ובכלל זה התנאי של נזק, שנגרם "אגב פעילות מבצעית של הרכב", כלומר החרג לא יקום כלל, שהרי נסיעתם של רכבים צבאיים בשטחים הכבושים תחשב תמיד ל"מבצעית" או "אגב פעילות מבצעית".

52. מקוממת במיוחד היא הדרישה, כי הנפגע יספק את מספר לוחית הזיהוי או פרטים על זהות הנהג. משמעותה היא, שילד שנפגע בתאונה על ידי רכב צבאי שנסע תוך התרשלות רבתי, במהירות מופרזת וללא אורות, ולא רשם את מספר לוחית הזיהוי של הרכב, לא יוכל לקבל פיצוי על נזקיו. אפילו היו עדים רבים לפגיעה, אך איש לא הספיק לרשום את מספר לוחית הזיהוי, גם אז תהיה המדינה פטורה מלפצותו. דרישה זו מהווה תמריץ לתאונות פגע וברח. המסר, שדרישה זו שולחת לכל חייל, הוא שאם פגע הוא בילד פלסטיני, מוטב שייעלם מהזירה בטרם יספיקו לברר את זהותו, פן יצטרך לפצותו כאחד האדם.

הוראות סעיף 3 לחוק המתקן - הוראות תחילה ותחולה

53. סעיף 3 לחוק המתקן קובע:

(א) הוראות סעיפים 5ב עד 5ד לחוק העיקרי, כנוסחם בסעיף 1 בחוק זה, יחולו על מעשה שארע ביום כ"ט באלול התש"ס (29 בספטמבר 2000) ואחריו, אך למעט מעשה שבשלו הוגשה תובענה והחלו בשמיעת הראיות בה לפני מועד פרסומו של חוק זה.
(ב) עד תום שישה חודשים מיום פרסומו של חוק זה רשאי שר הביטחון, על אף הוראות סעיף 5(ד), להכריז על שטח כעל אזור עימות לגבי התקופה שמיום כ"ט באלול התש"ס (29 בספטמבר 2000) ועד יום פרסומו של חוק זה.

54. סעיף זה קובע את תחולתו הרטרואקטיבית של החוק המתקן, על כל מעשה שארע בחמש השנים האחרונות, לרבות אירועים שהוגשה בגינם תביעה. הוראת המעבר היחידה שנקבעה היא, כי תביעה שהגיעה לשלב של שמיעת הראיות, תמשיך להתנהל על פי הדין הקיים. המשמעות היא, שתביעות רבות, שהוגשו בהסתמך על הדין שהיה קיים בעת הגשתן, ירדו לטמיון על פי הדין החדש, והדבר

יגרום נזק עצום לתובעים ולבאי כוחם, אשר השקיעו זמן רב, עבודה ומשאבים בתביעות אלו, לרבות תשלום האגרה, הפקדת ערובה, תשלום למומחים, שכר טרחה וימי עבודה. התובעים אף הסתמכו על סיכוייהם הטובים לזכות בתביעה, על פי הדין שהיה קיים בעת הגשתה, עת השקיעו מחסכונותיהם בטיפולים רפואיים, בשטחים ובחוו"ל, בסיעוד הניזוק, בקניית אביזרי טיפול וכדומה.

55. בהקשר זה יצויין, כי לנוכח תקופת ההתיישנות הקצרה שנקבעה בתיקון מס' 4, ברוב אירועי האינתיפאדה, שמתאימים לתביעה נזיקית, כבר הוגשו תביעות. הוראת המעבר היחידה שנקבעה היא, כי תביעה שהגיעה לשלב של שמיעת הראיות תמשיך על פי הדין הקיים. אולם הוראה זו היא בבחינת לעג לרש, שהרי מרבית התביעות טרם הגיעו לשלב שמיעת הראיות. הסיבה לכך הינה, בעיקרה, מדיניות הסחבת, בה נוקטת פרקליטות מחוז ת"א, המתבטאת בהגשת בקשות רבות לדחיית מועד הגשת כתב הגנה, ובשנה האחרונה גם בהגשת בקשה סטנדרטית, אחידה וגורפת, בכל התיקים, לארכה של חצי שנה לפחות להגשת כתב ההגנה. על בקשות אלו חתומה מנהלת מחלקת הנזיקין, ולא הפרקליט המטפל בתיק, ואין בה התייחסות פרטנית כלשהי לתיק בו מתבקשת הדחייה.

העתקי דוגמאות ספורות מיני רבות לבקשות סטנדרטיות להארכת מועד להגשת כתב הגנה, אשר הוגשו בת.א. (שלום י-ם) 8967/04, בת.א. (שלום י-ם) 9168/04, בת.א. (שלום י-ם) 9190/04, מצורפות ומסומנות ע/18-ע/20.

העתק תשובה לבקשה הדחייה הסטנדרטית שהוגשה בת"א (שלום י-ם) 8967/04, מצורף ומסומן ע/21.

סיכום

56. הנה כי כן, המדובר בחוק השולל באופן גורף מתושבי השטחים הכבושים, ממי שהינו אזרח "מדינת אויב" וממי שהוא "פעיל או חבר ארגון מחבלים", את הזכות לפיצויים על נזק, שגרמה להם המדינה גם שלא בפעולה מלחמתית וזאת גם באופן רטרואקטיבי.

החוק המתקן מפר את המשפט ההומניטרי

57. החוק המתקן מפר את הוראות המשפט ההומניטרי, אשר חל בשטחים הכבושים. בית משפט נכבד זה עמד על תחולת המשפט ההומניטרי בשטחים הכבושים בשורה של פסקי דין. נקודת המוצא הינה, כי המדובר בשטחים כבושים, ומכאן נובע שהמשפט ההומניטרי חל עליהם, ובכלל זה דיני הכיבוש ודיני המלחמה. לא למותר לציין, כי הלכה פסוקה היא, שגם בעיצומה של לחימה חלה על המדינה חובה להגן על המשפט ההומניטרי ולקיים אותו.

בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח' (טרם פורסם) פסקה 77 לפסק הדין (להלן: בג"ץ חוף עזה);

בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח (5) 385;

בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם) תק-על (2) 2004, 3035, פסקה 23;

בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פ"ד נו (2) 349;

בג"ץ 7015/02 עגירי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו (6) 352, פסקה 13;

בג"ץ 3451/02 אלמדני ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נו (3) 30, 34-35;

בג"ץ 3114/02 חבר הכנסת ברכה נ' שר הביטחון (לא פורסם);

בג"ץ 615/85 אבו סתיחה נ' מפקד כוחות צה"ל, (לא פורסם), תק-על (4) 85, 10, 13;

בג"ץ 102/82 צמל ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לו (3) 365, 374-375, פסקה 7.

58. על תחולת המשפט ההומניטרי בשטחים הכבושים עמד ה-ICJ בעניין החומה, בהחלטתו מיום 9.7.04.

ראו פסקאות 89 ו-101 להחלטה ב:

<http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>

חובת הפיצויים על פי המשפט ההומניטרי

59. חובת הכובש לפצות על נזקים שנגרמו למוגנים נובעת ישירות מהכלל הבסיסי של המשפט ההומניטרי, המהווה משפט מינהגי, כי על הכובש חלה חובה להגן על האוכלוסיה הכבושה, המכונה, ולא בכדי, "המוגנת". החובה להגן על האוכלוסיה הכבושה אינה מוגבלת לחובה השלילית, קרי, להימנע מלפגוע במוגנים, אלא היא כוללת גם את החובה הפוזיטיבית, קרי, למנוע פגיעה במוגנים ולפעול להבטחת שלומם וביטחונם. כלל זה מעוגן בתקנות 43 ו-46 לתקנות האג משנת 1907 ובסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, ובדומה קובעות הוראות סעיפים 48, 51, 57 ו-58 לפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1977, המהוות חלק מהמשפט המינהגי.

60. המשפט ההומניטרי כולל הוראות מפורשות בדבר חובת הכובש לפצות בגין נזקים שנגרמו למוגנים. כך, סעיף 3 לאמנת האג משנת 1907 קובע:

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

על הכוונה, כי סעיף זה יחול על ניזוקים אינדיבידואלים ראו:

Frits Kalshoven, "State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces: From Article 3 of Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I of 1977 and Beyond", 40 *International and Comparative Law Quarterly* (1991), 827-858, 830.

העתק המאמר מצורף ומסומן ע/22.

61. על האחריות החלה על הכובש עומדת גם תקנה 29 לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובעת:

"The Party to the conflict in whose hands protected persons may be is responsible for the treatment accorded to them by its agents, irrespective of any individual responsibility which may be incurred".

ובדומה, סעיף 91 לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה הרביעית, המהווה משפט מינהגי, קובע:

"A Party to the conflict which violates the provisions of the Conventions or of this Protocol shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces".

ראו גם את כללים 149 ו-150 של הצלב האדום, המהווים חלק מהמשפט המנהגי.

62. בדיון, שקיימה ועדת חוקה, חוק ומשפט בהצעת החוק ביום 23.6.05, התייחס ד"ר יובל שני, מומחה למשפט בינלאומי, לסוגיה זו באומרו:

"התפיסה ההיסטורית שבאמת אי אפשר לתבוע תביעות בתוך המדינה, היא

תפיסה שנתפסת יותר ויותר כאנכרוניסטית ויש לנו יותר ויותר תקדימים שמדברים על כך שהחובות שדיני זכויות האדם מטילים, מחייבים גם מתן סעד אפקטיבי בתוך הרמה הפנים-מדינתית ואם הייתה שאלה אם זה תופס גם לגבי הפרות של דיני המלחמה, באה חוות דעת של גדר ההפרדה וקובעת בצורה חד משמעית, אפשר לקבל את חוות הדעת אפשר לא לקבל את חוות הדעת, אבל רוח התקופה היא שמדינות, כאשר הן מפירות את המשפט ההומניטארי הן צריכות לתת סעד למי שנפגע. לדעתי הצעת החוק הזאת הולכת בניגוד לרוח התקופה... בכך שאנחנו נלך, נתקדם קדימה ובעצם נעניק למדינה יותר חסינות ממה שמקובל היום בזירה הבינלאומית, אנחנו בעצם נכוון ביקורת ונכוון תשומת לב בינלאומית למה שקורה היום. צריך לומר שמה שקורה היום הוא פחות או יותר מה שבאמת קורה במקומות אחרים. למשל אם מסתכלים על פסק דין BICI מבריטניה מלפני שנה, זאת בדיוק האבחנה שאנחנו עושים בחוק שלנו בין COMBAT ACTIONS ל NON COMBAT ACTIONS זה בדיוק מה שהם עושים. הם שם קבעו שחיילים בריטיים צריכים לפצות אזרחים קוסוברים בקוסובו בגין פעולות ירי שבוצעו על ידי כוחות שמירת השלום הבריטיים, כי המצב לא מצב של לחימה פעילה וזה בדיוק המצב שמקיים בבג"ץ... התיקון הזה הוא מנוגד למגמה, התיקון הזה מסכן את מה שיש היום, אני מסכים עם פרופ' קרמניצר שבדין הקיים היום יש את כל הכלים שהמדינה צריכה על מנת להתמודד עם סיטואציות של לחימה...".

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-06-23.rtf>

החוק המתקן מפר את משפט זכויות האדם הבינלאומי

63. משפט זכויות האדם הבינלאומי מכיר אף הוא בחובת המדינה לפצות בגין הפרת זכויות מוגנות. כך, סעיף 2(3) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות קובע:

"Each State Party to the present Covenant undertakes:

(a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity"

סעיף זה פורש בפיסקה 16 להערה כללית מס' 31 של ועדת האו"ם לזכויות האדם, המהווה את הפרשנות הרשמית לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, כדלקמן:

"Article 2, paragraph 3, requires that States Parties make reparation to individuals whose Covenant rights have been violated. Without reparation to individuals whose Covenant rights have been violated, the obligation to provide an effective remedy, which is central to the efficacy of article 2, paragraph 3, is not discharged. In addition to the explicit reparation required by articles 9, paragraph 5, and 14, paragraph 6, the Committee considers that the Covenant generally entails appropriate compensation. The Committee notes that, where appropriate, reparation can involve restitution, rehabilitation and measures of satisfaction, such as public apologies, public memorials, guarantees of non-repetition and changes in relevant laws and practices, as well as bringing to justice the perpetrators of human rights violations".

<http://www.ohchr.org/english/bodies/treaty/comments.htm>

64. האמנה הבינלאומית נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, 1984 קובעת במפורש את זכות הקרבן לפיצויים ואת חובת המדינה בהקשר זה בסעיף 14 לאמנה, הקובע כדלקמן:

"1. Each State Party shall ensure in its legal system that the victim of an

act of torture obtains redress and has an enforceable right to fair and adequate compensation including the means for as full rehabilitation as possible. In the event of the death of the victim as a result of an act of torture, his dependents shall be entitled to compensation. 2. Nothing in this article shall affect any right of the victim or other person to compensation which may exist under national law".

65. עוד יצוין, כי בית הדין הבינלאומי לצדק פסק לא פעם, כי כל הפרת חובה מקימה את החובה לפצות, וכי כלל זה הינו מעקרונות המשפט הבינלאומי. כך בפרשת Chorzow נקבע:

"It is a principle of international law and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation [...] Reparation is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself".

Permanent Court of International Justice, *Chorzow Factory Case*, 13 September 1928, (Series A, No. 17 p. 29).

http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf

66. למותר לציין, כי החוק המתקן מפר את הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי גם בישראל, הן באמצעות סעיף 55 לחוק המתקן, אשר תחולתו הינה בישראל, והן באמצעות סעיף 5 לחוק המתקן, אשר מונע קבלת סעד מבית המשפט בישראל. ויודגש, כי הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי, ובפרט הוראות האמנות הבינלאומיות, אשר מדינת ישראל הינה צד להן ואף אישרה אותן, חלות בישראל וכי חלה חובה משפטית לכבדן ולקיימן.

בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו (2) 197, 234 ;

Eyal Benvenisti "The Influence of International Human Rights Law on the Israeli Legal System: Present and Future", 28 *Is.I.Rev.* 137 (1994)

י' דינשטיין, המשפט הבינלאומי והמדינה (הוצאת שוקן – 1971) 146.

67. בהחלטת ה- ICJ דלעיל, נדונה סוגיית תחולת הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי ונקבע במפורש, כי האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות והאמנה בדבר זכויות הילד, חלות בשטחים הכבושים:

"111. In conclusion, the Court considers that the International Covenant on Civil and Political Rights is applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory.

112. ... For the reasons explained in paragraph 106 above, the Court cannot accept Israel's view. It would also observe that the territories occupied by Israel have for over 37 years been subject to its territorial jurisdiction as the occupying Power. In the exercise of the powers available to it on this basis, Israel is bound by the provisions of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Furthermore, it is under an obligation not to raise any obstacle to the exercise of such rights in those fields where competence has been transferred to Palestinian authorities.

113. As regards the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989, that instrument contains an Article 2 according to which "States

Parties shall respect and ensure the rights set forth in the . . . Convention to each child within their jurisdiction... "That Convention is therefore applicable within the Occupied Palestinian Territory".

68. קביעה זו עולה בקנה אחד עם מסקנות ועדת האו"ם לזכויות האדם מאוגוסט 2003 ומאוגוסט 1998, וכן עם מסקנות ועדת האו"ם לביעור האפליה הגזעית, ממרץ 1998.

Concluding observations of the Human Rights Committee: Israel, UN Doc.CCPR/CO/78/ISR, at 11. 21 August 2003.

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.CO.78.ISR.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.CO.78.ISR.En?Opendocument)

Concluding observations of the Human Rights Committee: Israel, UN Doc.CCCPR/C/79/Add, at 10. 18 August 1998.

<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/7ea14efe56ecd5ea8025665600391d1b?OpenDoc>

Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Israel, UN Doc.CERD/C/304/Add.45, at 4. 30 March 1998.

<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/2d7b93508a831869802565d90058c005?Opendocument>

תחולת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בענייננו

69. לכאורה, לצורך בחינת חוקתיות החוק המתקן יש להכריע תחילה בשאלה האם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חל בתחולה אקס-טריטוריאלית בשטחים הכבושים. בבג"ץ חוף עזה, נפסק, כי חוק היסוד חל בתחולה אקס-טריטוריאלית פרסונלית על ישראלים, שהתנחלו בשטחים הכבושים, אך הושארה בצריך עיון השאלה, אם החוק חל טריטוריאלית בשטחים (פיסקאות 79-80 לפסק הדין). ואולם בענייננו, אף אם הפגיעות בזכויות היסוד, שהסעד בגינן נשלל בחוק המתקן, התרחשו בשטחים הכבושים, הרי שפגיעתו הרעה של החוק המתקן היא בשלילת זכות התביעה בישראל עצמה, במסגרת מערכת בתי המשפט שלה.

70. אם יידרש בית המשפט הנכבד לסוגייה זו, הרי שמתבקש הוא לקבוע, שחוק היסוד חל אף על פלסטינים בשטחים, וזאת מהטעמים הבאים: ראשית, בניגוד לחוק יסוד: חופש העיסוק, החל על כל אזרח או תושב, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חל על כל אדם. כשביקש מחוקק חוק היסוד לסייג את תחולתו, קבע זאת במפורש (ראו סעיף 6(ב) לחוק לגבי זכותו של אזרח להיכנס לישראל). שנית, החוק המתקן חל במפורש על כל רשויות השלטון, ומורה להן לכבד את הזכויות שלפי חוק היסוד (סעיף 11). כל חייל נושא בצקלונו לא רק את עקרונות המשפט המינהלי הישראלי, אלא אף את חוק היסוד, והוא מחויב לכבד את הזכויות המעוגנות בו. לפיכך, החוק חל כל אימת שרשות מרשויות השלטון פוגעת בזכויות היסוד של כל אדם באשר הוא אדם. למצער, החוק המתקן חל בכל אזור, הנתון לשליטתה של מדינת ישראל.

71. מסקנה זו מתחזקת לגבי אזור, המצוי בתפיסה לוחמתית, בו מצד אחד מתגוררים תושבים מוגנים חסרי זכויות וכוח פוליטיים, הזקוקים להגנה מוגברת על זכויותיהם, ומצד שני רשויות הצבא הכובש חבות חובות מיוחדות לשמור על זכויותיה של האוכלוסיה האזרחית.

72. כל מסקנה אחרת תוביל לתוצאה, שאין הדעת סובלת, של יצירת משטר של אפרטהייד חוקתי, לפיו ישראלי הנמצא בשטחים זכאי להגנה על זכויות היסוד שלו, בעוד פלסטיני משולל הגנה שכזו.

הזכויות הנפגעות

73. זכויות היסוד הנפגעות על ידי החוק המתקן הינן הזכות לחיים ולשלמות הגוף, זכות הקניין, הזכות לשוויון ולכבוד והזכות לגישה לבתי המשפט.

74. החוק המתקן פוגע פגיעה קשה בזכויות לחיים ולשלמות הגוף ולקניין. הפגיעה היא בכך, שמי שנפגע מפעולת כוחות הביטחון בחייו, בגופו או ברכושו בתנאים הקבועים בחוק, נשלל ממנו סעד כלשהו בשל פגיעה זו.

75. הכלל של פיצוי על נזק, שמטרתו החזרת המצב לקדמותו, הוא עקרון יסוד בשיטתנו המשפטית. במקרים בהם פיצוי מעין זה אינו אפשרי (כמו בכל המקרים של פגיעות בנפש או בגוף), מטרת הפיצוי היא "להעמיד את הניזוק, במונחים כספיים, קרוב למצב בו היה נתון בעת הפגיעה בזכות לולא הפגיעה".

בג"ץ חוף עזה, פסקה 138.

76. בעידן שלאחר חקיקת חוק היסוד הולך הסעד אחר הזכות – מקום בו קיימת זכות, אף קיים סעד. "משהופרה זכות חוקתית יש להכיר בסעד חוקתי הנגזר ממנה" (בג"ץ חוף עזה, פסקה 136). ענייננו נושא חומרה מיוחדת, שכן הפגיעה בזכויות המוגנות מתבטאת בשלילתו של סעד קיים עבור הפגיעה בהן. שלילת סעד בשל פגיעה בזכות יסוד כמוה כשלילת הזכות עצמה. דיני הניזקין מהווים את אחד המקורות המרכזיים להבטחת הזכויות המוכרות בחוקי היסוד:

המשפט הפרטי הישראלי בכלל ודיני הניזקין בפרט, מהווים מקור ראשוני במעלה להענקת סעד בגין פגיעה (פיזית) בזכות אדם מוגנת... פקודת הניזקין היא המקור לסעד, ואילו הזכות מעוגנת בחוקי היסוד.

אהרן ברק, פרשנות במשפט (חלק שלישי, נב 1994), בעמ' 785.

77. הפגיעה בקניין היא, בראש ובראשונה, הפגיעה במי שרכושו נפגע בשל מעשה של כוחות הביטחון, ונשלל ממנו כל סעד בשל פגיעה זו. אך לכך מצטרפת פגיעה נוספת, המתבטאת בשלילת זכות התביעה עצמה. הזכות לקניין פורשה באופן רחב ככוללת כל אינטרס בעל ערך כלכלי.

ע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נו (5) 385, 398 והאסמכתאות שם.

78. החוק המתקן פוגע בזכות לשוויון, שהרי תכליתו היא לחול רק על פלסטינים, בפרט, וכל מי שאינם ישראלים, בכלל. כך עולה מהשימוש במושגים "מדינת אויב" ו"ארגון מחבלים" בהוראת סעיף 5ב, מדברי ההסבר להצעת החוק, בהם נאמר, כי "הכוונה, כפי שהובהרה בעת אישור הצעת החוק בממשלה, היא שההגדרה אזור עימות לא תחול על אזורי ההתיישבות הישראלית", ומדברי נציגת משרד המשפטים בדיון ועדת חוקה, חוק ומשפט שהתקיים ביום 20.7.05:

"נכון, התפיסה שלנו לכל אורך הדרך היתה שהחוק לא נועד לשלול עילת תביעה מישראלים. המצב המשפטי היום - נכון לאזרחים ישראלים בכלל, לא משנה איפה הם יושבים, בתוך שטח מדינת ישראל או בשטחים - הוא שיש להם עילת תביעה כמו לכל האזרחים... בנוסח המקורי היה כתוב "תושב אזור עימות", והכוונה היתה שבאמצעות הגדרת אזורי העימות זה לא יחול על אזרחים

ישראלים. אך מאחר שהורדנו את הזיקה הפרסונלית, ואמרנו שזה יחול על מעשה שנגרם באזור עימות, זה ודאי יחול גם על אזרחים זרים. עדיין הכוונה היא שזה לא יחול על אזרחים ישראלים. תכלית החוק לא השתנתה".

יצויין, כי הגב' שרית דנה הביעה באותה הישיבה עמדה שונה.

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2005-07-20-01.html>

79. העולה מכל האמור לעיל הוא, ששר הביטחון לא יכריז כ"אזור עימות" על אזור, בו נמצאות התנחלויות, ולא יעשה שימוש בהכרזה בכל מקרה, בו ישראלי יגיש תביעת נזיקין בשל פגיעה, שנגרמה על ידי כוחות הביטחון בשטחים.

80. משמעות הדברים היא, שמדובר בחוק גזעני, אשר יוחל בתחולה פרסונלית אך ורק על פלסטינים ולא על ישראלים.

השוו על אכיפה בררנית בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג (3) 289, 304-309.

81. הזכות לשוויון מעוגנת כיום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן היא חלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד.

בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח (3) 353, 362-363;

בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (5) 501, 526;

בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח (5) 749, 760;

בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94, 133;

בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז (2) 812, 830;

בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד נד (2) 164, 186-187.

82. חומרה מיוחדת נודעה לאפליה על רקע גזע או לאום, הסותרת את ערכיה הבסיסיים של מדינת ישראל.

בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258, 282.

83. החוק אף מפלה בשל נתינות ומקום תושבות. אלה הבחנות שרירותיות, המשפילות אדם בשל השתייכותו הקבוצתית.

השוו רע"א 5817/95 רוזנברג נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד נ (1) 221, 235-231 (אפליה בשל מקום מגורים, השופט חשין (כתארו אז) בדעת מיעוט).

זכות הגישה לערכאות

84. שלילת זכותם של פלסטינים לפנות לערכאות שיפוטיות מהווה פגיעה קשה בזכות יסוד של נפגעים רבים לקבל סעד מן המערכת השיפוטית. חמורה במיוחד הינה הפגיעה הרטרואקטיבית בזכות הגישה לערכאות של הניזוקים, אשר נפגעו מפעולות כוחות הביטחון והגישו תביעה או החלו בהליכים לשם הגשת תביעה בבתי המשפט הישראליים.

85. זכות הגישה לערכאות הינה זכות עצמאית, אשר מהווה זכות יסוד במשפט הישראלי.

ע"א 3833/93 לוינ' לוינ' ואח', פ"ד מח (2) 862, 874;

ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא (3) 577, 595 ;
ע"א 197/89 הסתדרות אגודת ישראל בארץ ישראל נ' שורץ, פ"ד מה (3) 320, 327 ;
ע"א 579/90 רוזין נ' בן נון, פ"ד מו (3) 738, 742 ;
ע"א 4980/01 כהן ואח' נ' גלאם ואח', פ"ד נח (5) 629, 625 ;
רע"א 9572/01 דדון נ' וייסברג, פ"ד נו (6) 918, 921 ;
רע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרויקטים נ' מצפה כנרת, פ"ד נו (5) 156, 163.

86. עם חקיקת חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו התחזק מעמדה של זכות הגישה לערכאות, והיא הוכרה כחלק מן הזכות לכבוד, לחירות ולקניין. לעניין מעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות יפים דבריו של הנשיא ברק :

"אמת, הזכות לפנות לבית-המשפט היא זכות חוקתית. בעבר היא הייתה חלק מהזכויות ההילכתיות. כיום היא נגזרת מחוקי היסוד עצמם. יש לה מעמד חוקתי-על-חוקי (ראו: רע"א 7608/99 הנ"ל [8]; רבין בספרו הנ"ל [53], בעמ' 148; ש' לוי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" [59], בעמ' 453. השוו גם [51] [Minister of the Interior v. Harris (1952)]. מכוחה של זכות חוקתית-על-חוקית זו נגזר הכוח לפנות לבתי-המשפט".

ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה נ' הוועדה המקומית, פ"ד נו (5) 433, 460.

ראו עוד בג"ץ חוף עזה, פסקה 174.

87. זאת ועוד, הגישה המקובלת הינה, כי זכות הגישה לערכאות מהווה את התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושלטון החוק, והיא שמאפשרת הגנה על הזכויות המהותיות של הפרט :

"זכות הגישה לבית משפט אין היא זכות יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות יסוד... קיומה היא תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות היסוד."

ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא (3) 577, 629.

88. כפי שפורט לעיל, הזכות לקבל סעד מהווה חלק אינטגרלי מהזכות המהותית, על כן סיכול האפשרות לקבל סעד כמורה כפגיעה בזכות יסוד חוקתית. בעניין זה יפים דבריו של הנשיא ברק :

"חוקי היסוד יעשו פלסטר אם הזכויות החוקתיות לא יגררו אחריהן סעדים מתאימים. הכרה בזכות אדם חוקתית, גוררת אחריה הכרה בתרופה מתאימה אם הזכות מופרת; קיומה של זכות מחייב קיומה של תרופה."

אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי, נבו 1994), עמ' 703-704.

89. לאור זאת, שלילת סעדים משפטיים על-ידי החוק המתקן וחסמת נפגעים מהגשת תביעות בגין נזיקה, פוגעת בזכויותיהם המהותיות של הנפגעים לכבוד, לשוויון, לחיים, לשלמות הגוף ולקניין. הפגיעה בזכויות היסוד המהותיות ובאינטרס ההסתמכות של נפגעים, אשר כבר הגישו תביעות בבתי המשפט בישראל או נקטו צעדים לשם הגשת תביעה, חריפה וקשה עוד יותר.

90. בענייננו לפגיעה בזכויות היסוד נודעת חומרה מיוחדת, שכן לנפגעים לא מוצע סעד חלופי כלשהו. בצעד יוצא דופן (ולמיטב הידיעה חסר תקדים בחקיקה הישראלית) כונן החוק המתקן ועדת "לפנים משורת הדין", שתוסמך להעניק פיצויים בנסיבות מיוחדות, שטעמן לא פורש בחוק עצמו. הרי זהו תרתי דסתרי – ועדת לפנים משורת הדין, המעוגנת בדין. אין זה אלא שאפילו המשיבים זעו באי נוחות מוסרית בעת חקיקת החוק המתקן, וחשבו להפיג, ולו במעט, את החומרה הקשה של תוצאותיו

בהקמת ועדה זו. או שמא ביקשו הם להתהדר בה כעלה תאנה, שאין בו כדי להסתיר את בושנתו של החוק.

91. השוו לעניין זה את ההסדר המפורט, שנקבע בחוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 לגבי ועדת הזכאות והוועדה המיוחדת, סמכויותיהן, דרכי הדיון והערעורים בזכות לבית משפט השלום ולבית המשפט המחוזי וערעור ברשות לבית המשפט העליון (בג"ץ תוף עזה, פסקאות 155-174, 178-184). בניגוד לענייננו, שם דובר בהליך מקביל של דיון בפני הוועדה, כשברשות המפונה נשמרה זכותו להגיש תביעה בפני בית המשפט. על אף כל זאת פסל בג"ץ את הוראת החוק, שחייבה את המפונים לבחור מראש איזה מסלול תביעה הם מעדיפים (שם, פסקה 193).

פיסקת ההגבלה

92. החוק המתקן אינו מקיים את ארבעת תנאי פיסקת ההגבלה, הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

התנאי הראשון: הפגיעה חייבת להיעשות בחוק

93. החוק המתקן אינו מקיים את התנאי הראשון של פיסקת ההגבלה, שלפיו הפגיעה בזכויות חוקתיות חייבת להיעשות "בחוק". על מהותו ומרכיביו של תנאי זה עמד פרופ' אהרן ברק:

"המרכיב 'בחוק' או 'לפי חוק' משקף את עקרון שלטון החוק בהיבטו הפורמלי ובהיבטו המהותי-הצד. בהיבטו הפורמלי, שלטון החוק משמעותו 'חוקיות'... על כן, הרשות המבצעת אינה רשאית לפגוע בזכות יסוד של האדם אלא אם כן יש לה הסמכה 'בחוק' או 'לפי חוק'. שלטון החוק בהיבטו המהותי, הצד, מתייחס לכל אותם יסודות שהם חיוניים לקיומו של חוק כנורמה המדריכה (מכוונת) התנהגות בשיטת המשפט."

אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי, נבו 1994), עמ' 490.

94. כפי שיפורט להלן, החוק המתקן הינו בלתי חוקתי כיוון שהוא חל למפרע, הוא לא קובע את ההסדרים הראשוניים בדבר תחולתו ובחלקו הוא עמום וסתום:

התחולה הרטרואקטיבית של החוק המתקן

95. כאמור, סעיף 3 לחוק המתקן קובע, כי הוראותיו יחולו באופן רטרואקטיבי על מעשה שארע החל ביום 29.9.2000, למעט מעשה שבשלו הוגשה תובענה והחלו בשמיעת הראיות בה לפני מועד פרסומו של החוק. כמו כן, החוק המתקן מסמיך את השר להכריז בכל עת על אזור כאזור עימות, לרבות אזור שהמעשה בו אירע לפני ההכרזה.

96. חוק שתחולתו הינה למפרע פוגע, בין היתר, בעקרון הוודאות והיציבות, ועל כן הוא לא מקיים את התנאי הראשון של פיסקת ההגבלה, שהרי כדברי השופט ברק (כתוארו אז):

"חקיקה רטרואקטיבית או רטרואקטיבית נוגדת "מושגים מקובלים של צדק"... עקרון שלטון החוק דורש וודאות ובטחון ביחסים הבינאישיים. חקיקה למפרע פוגמת בשני אלה... היא איננה מאפשרת תכנון מראש של ההתנהגות..."

עע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (2) 765, 776-777.

97. המבחן לחוק המוחל רטרואקטיבית, כפי שעולה מפסיקת בית המשפט העליון, הינו כי אל לו לחוק

לפגוע בזכויות קנויות, באינטרס ההסתמכות ובציפיותיו הראויות של הנפגע.

בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, תק-על 2004(4), 1390, פסקה 16 לפסק הדין; ע"א 10/55 "אל-על" בע"מ נ' עיריית תל אביב-יפו ואח', פ"ד י 1586, 1589; ע"א 27/64 בדר נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד יח (1) 295, 300.

98. בית משפט נכבד זה קבע לאחרונה בפרשת גניס דלעיל, כי חקיקה חדשה לא תחול למפרע על מי שהסתמך על מצב משפטי עובר לחקיקתה, שבעקבותיו נוצרו ציפיות ראויות. במקרה זה דובר בחקיקה חדשה, אשר ביטלה את תחולתה של הטבה כלכלית (סיוע בדיוור) גם כלפי אלה שכבר הסתמכו על הטבה זו. יודגש, כי לא היתה מחלוקת בין השופטים בדבר בטלות הוראת החקיקה החדשה למפרע על מי שהסתמך על המצב שקדם לה. המחלוקת נסבה סביב התרופה הרלוונטית - האם לבטל את החקיקה החדשה או ליתן לה פרשנות שתמנע את תחולתה על מי שהסתמך עליה בפועל. השופט חשין (כתארו אז), שביטא את עמדת הרוב, קבע, בין היתר, את העקרון שלא היה במחלוקת בין כלל שופטי ההרכב:

"התחולה למפרע של הוראת סעיף 20 לחוק ההסדרים לא יועדה מעיקרה - כמעט אמרנו: אין בכוחה לחול על מי שהסתמך על הבטחת המחוקק ושינה מצבו בעליל... המחוקק לא יעשה עוול ליחיד ולא יפנה עורף למי שהלכו אחריו והסתמכו על הבטחות שהבטיח והתחייבויות שהתחייב בהן...".

פרשת גניס, פסקאות 22-23 לפסק הדין.

99. בדומה, בית משפט נכבד זה הכריז על בטלות חקיקה, שנגעה להוראות המעבר בבג"ץ לשכת מנהלי ההשקעות, משום שחקיקה זו פגעה באינטרס ההסתמכות של מנהלי ההשקעות, שנשענו על המצב המשפטי עובר לחקיקת הוראות המעבר. הוראות המעבר הציבו תנאים חדשים כגון שנות ותק וחובת בחינות, אשר יחולו על אלה שעסקו בניהול השקעות עובר לחקיקה, אך לא יעמדו בתנאי הוראות המעבר. נפסק, כי אינטרס ההסתמכות של מנהלי ההשקעות האלה הוא כבד, והנזק שייגרם להם, אם לא יעמדו בבחינות, עולה על התועלת לחברה כתוצאה מהוראות המעבר.

בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד נא (1) 367.

100. ההלכה, אשר נקבעה בפרשת גניס ובפרשת לשכת מנהלי ההשקעות, אמורה לחול על החוק המתקן שוא עתירה זו. כפי שבית משפט נכבד זה סירב, ובצדק, להחיל בפרשת גניס חקיקה למפרע על מי שהסתמך על חקיקה קודמת, שהעניקה להם הטבות בסיוע לדיוור, וכפי שסירב בפרשת לשכת מנהלי ההשקעות לאפשר פגיעה רטרואקטיבית באינטרס הכלכלי-עסקי של מנהלי ההשקעות, הרי שיש לקבוע בדומה לגבי החוק המתקן. קביעה זו תהא בגדר קל וחומר, שהרי החוק המתקן פוגע בזכות לחיים ולשלמות הגוף, בזכות לשוויון ובזכות לכבוד, הנמצאות במדרג היררכי גבוה יותר מהזכויות החוקתיות שנפגעו בפרשת גניס ובפרשת לשכת מנהלי ההשקעות.

101. בפרשת תלמי נדונה השפעתה של חקיקה למפרע על הליכים משפטיים קיימים ועל פגיעתה ב"זכויות מוקנות". השופט חשין (כתארו אז) קבע, כי יש לשקול ולבחון את פגיעתה של החקיקה החדשה בציפיות שהתגבשו לכלל "זכויות מוקנות" עובר לחוק, וכי יש לתת את הדעת לציפיות שלא נתגבשו עובר לחוק לכלל היותן "זכויות מוקנות", אך ניתן לסווגן כציפיות ראויות להגנה:

"התורה שעניינה "זכויות מוקנות" הינה מכשיר מועיל בחיי המשפט, ועל הרוב נותנת היא ביטוי משפטי לתחושתו האינטואיטיבית של המשפטן-המומחה,

ולחוש ההגינות הטבוע בנו; לא כל שכן שכל אלה עולים בקנה אחד עם הסדר הציבורי והביטחון המשפטי. חוזה שנכרת והוא מחייב על-פי הדין שבעת כריתתו, יחייב את הצדדים לו גם אם נשתנה לאחר מכן החוק ועמו נשתנו התנאים המוקדמים לכריתתו של חוזה; עוולה שנעשתה לא תיפסק מהיותה עוולה אך באשר לאחר מעשה בוטל אותו ראש עוולה, ולהפך: מעשה שלא עלה כדי עוולה בעת עשייתו, לא יהפוך עוולה אך באשר לאחר מעשה קבע המחוקק אותו מעשה כעילה לעוולה; ועוד ועוד.” (ההדגשה לא במקור).

ע"פ 4912/91 תלמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1), 581, 621.

ראו גם:

ע"א 975/97 המועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים בע"מ, פ"ד נד (2) 433, 450;

ע"א 4452/00 ט.ט. טכנולוגיה מתקדמת בע"מ נ' עיריית טירת הכרמל, פ"ד נו (2) 773;

דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש-עיריית ראשון לציון, פ"ד נו (5) 673.

102. החוק הנדון הינו בטל בהיותו פוגע למפרע בזכויות חוקתיות שהתגבשו, בזכויות מוקנות, ובציפיות לגיטימיות של אלה שניזוקו ואשר עילת תביעתם התגבשה על בסיס עילה נזיקית, שהיתה קיימת בעת האירוע או עובר לחקיקת החוק הנידון. בנוסף, החוק פוגע באינטרס ההסתמכות הלגיטימי של אלה שהגישו תביעותיהם וציפו כי ההליך המשפטי בעניינם יסתיים ללא הפרעה של גורם חיצוני. החוק פוגע באופן שרירותי באלה שהגישו את תביעותיהם, אך טרם התקיים בעניינם שלב ההוכחות, ללא סיבה התלויה בהם, והוא מפלה אותם לרעה לעומת אלה, שההליך בעניינם הסתיים.

הפגיעה בשלטון החוק בהיותו עמוס וסתום

103. לפי החוק המתקן, שר הביטחון יהיה מוסמך להכריז, לפי שיקול דעתו המוחלט, מראש או בדיעבד, על אזור, מחוץ לגבולות ישראל, כאזור עימות. ההתניות היחידות בדבר השימוש בשיקול דעת זה הן אלו הנוגעות להגדרת "עימות ו"אזור עימות". למעט העובדה כי האזור יהיה מחוץ לשטח ישראל, אין בהגדרות אלו כל הגבלה מהותית על השר. לכן, הגדרות אלו הינן רחבות (במובן: **overbreadth**) והן נעדרות מידה מינימאלית של ספציפיקציה (במובן של **sufficient precision**).

104. במה דברים אמורים? בספר החוקים ישנם מקרים נוספים בהם מעניק החוק לגורמים מקצועיים את הסמכות להכריז על אזור מסוים כאזור בו מופקעות זכויות אדם בסיסיות באופן זמני. כך, למשל, פקודת מחלות בעלי חיים [נוסח חדש], התשמ"ה-1985, מעניקה למנהל השירותים הוטרינריים את הסמכות להכריז על אזור כאזור נגוע במחלה. ההכרזה תינתן רק באזור בו מצויה "מחלה" (המוגדרת בצורה מפורטת בחוק ובתוספת לחוק), וההכרזה תציין את המקום המדויק של האזור הנגוע (סעיפים 1 ו-18 לפקודה). חוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, התשנ"ח-1998, מעניק לשר הפנים סמכות להכריז על אזור כשמורת טבע בכפוף לאישור תוכנית מתאר, זכויות טיעון, חובות היועצות ובהתאם להגדרה המפורטת של המונח "שמורת טבע" (סעיפים 1 ו-22 לחוק). דא עקא, שאותם עקרונות רחוקים מלהתקיים בחוק המתקן נשוא עתירה זו: ההכרזה של השר מבוססת כולה על הנתון האמורפי ש"כוחות הביטחון פעלו או שהו באזור במסגרת העימות", ו"עימות" מוגדר בהרחבה, והוא חל גם על אירוע בודד וגם על "מצב דברים שבו מתבצעות פעולות איבה של ארגון עוין לישראל".

105. היעדר קריטריונים ברורים ומפורשים מבטל, לכאורה, כל אפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על

ההכרזה, ולמעשה מעניק שיקול דעת בלתי מוגבל לשר. אדם, שנפגע מההכרזה על אזור כשמורת טבע, יכול לנסות להוכיח, כי לא קיימים באזור ערכי טבע מוגנים. מה יעשה אדם, שייפגע מההכרזה על אזור עימות? יהיה עליו להוכיח, לכאורה, כי כוחות הביטחון שהו באזור בלי כל קשר לפעילותם הצבאית "במסגרת העימות" (מידע שידוע, מטבע הדברים, רק למשיבים), כי לא הייתה באזור העימות הנטען ולו פעולה אחת בעלת אופי צבאי, וכי לא היה מצב דברים, בו נעשו פעולות איבה נגד ישראל.

106. כינונו של החוק נתון, לכאורה, באופן בלעדי לשיקול הדעת הרחב של השר. ברצותו יחיל את החוק וברצותו לא יחילהו, ובכך נפגעים עקרון שלטון החוק, והחובה כי הפגיעה תיקבע במפורש בדבר חקיקה. נקודה זו חמורה במיוחד לאור העובדה, כי המשיבים, אשר להם נתונה הסמכות הבלעדית להחיל את החוק, הם גם הצד הנתבע.

107. בנוסף, גם האפשרות לממש את עילת התביעה וקבלת הסעד תלויה, לכאורה, לחלוטין במשיבים, אשר בכל שלב של התביעה יכולים לטעון, כי התובע הוא, למשל, חבר ארגון מחבלים, ואפילו יהא זה יום לפני מתן פסק הדין. למעשה, מקנה החוק למשיבים סמכות רחבה להחיל את סעיפי החוק השונים בשלבים שונים של התביעה המתנהלת, ולסכל, כרצונם, תביעות שמוגשות נגדם.

108. לפיכך, חוסר הוודאות שבחוק המתקן אינו רק בקביעת מקום תחולתו אלא גם לגבי מועד הפעלת שיקול הדעת. המסקנה מכך היא, שהחוק המתקן יוצר חוסר ידיעה וחוסר ודאות בכל הקשור ליצירת עילות תביעה ולמימושו.

109. במאמר מוסגר יצויין, כי חוסר הוודאות שיוצר החוק המתקן, עלול גם להשפיע על החלטותיהם של נפגעים רבים לא לפנות מלכתחילה לעורכי-דין ולא להוציא הוצאות כספיות לצורך הגשת תביעותיהם, כיוון שלא יהיה ברור להם מה יחליט השר בעתיד בעניין ה"אזור" בו נפגעו (דומה לסיטואציה של chilling effect).

110. לא למותר לציין, כי האמור לעיל, המתייחס לחוסר הוודאות ולשיקול דעתו הרחב של שר הביטחון, הינו רלוונטי, מקל וחומר, לוועדה שהחוק מסמיך את שר הביטחון להקים על מנת שתעניק בנסיבות מיוחדות תשלום לפנים משורת הדין. יפים לעניין זה דברי בית המשפט הנכבד בבג"ץ חוף עזה, וזאת מכח קל וחומר לנוכח הפער העצום בין סמכות הוועדה ליתן פיצויים מעבר לקבוע בחוק יישום תוכנית ההתנתקות, לבין סמכות המוגבלת של הוועדה מכח החוק נשוא עתירה זו:

"ככלל, מודל של פיצויים בגין נזק המבוסס על אמות מידה סטנדרטיות ("תעריפיות") עשוי לקיים את אמות המידה החוקתיות. זאת, מקום שכנגד הפגיעה בזכותו של הניזוק בגין האופי התעריפי של הפיצוי עומדת הרחבת אחריותו של הפוגע והסדרים מיטיבים אחרים... מהו, איפוא, הגורם המאזן בחוק יישום ההתנתקות, שיש בו כדי לקיים את הדרישות החוקתיות שבפסקת ההגבלה לגבי אותם ניזוקים שבסופו של יום יקבלו על פי החוק פיצוי הנופל מהפיצוי ההוגן והראוי? המדינה משיבה על שאלות אלה בהפנותה לאותן הוראות בחוק, המבוססות על הסדרים אינדיבידואליים. הוראות אלה מקטינות, כמוכן, את הפער. נתקשינו עם זאת בשאלה אם מבטלות הן אותו. הדבר מותנה באופן היישום של הוראות אלה ובפירוש שיינתן להן. לא נוכל כיום ליתן תשובה מקיפה לעניין זה. יש, על כן, לקבוע גורם מאזן נוסף, שיהא בכוחו להתגבר על הפער בין הפיצוי ההוגן והנאות לבין סכומי הפיצויים שיתקבלו על פי חוק יישום ההתנתקות. לדעתנו, הגורם המאזן הוא בכוחו של הישראלי המפונה, הסבור כי הפיצוי שניתן לו נופל מהפיצוי ההוגן והמלא, לפנות אל מחוץ לחוק, לעבר הדין הכללי, ולבקש בו את הפיצוי שהוא ראוי לו. זאת בנוסף לתיקונים בחוק עליהם

נעמוד בהמשך".

בג"ץ חוף עזה, פסקה 141 לפסק הדין.

111. הנה כי כן, החוק המתקן לא עומד בדרישת פסקת ההגבלה, המורה כי פגיעה תהא "בחוק" או "לפי חוק" והמחייבת שמירה על עקרון שלטון החוק בהיבטו המהותי-הצר: על החוק להיות נגיש, מכוון את ההתנהגות העתידית, ברור וודאי. כדברי פרופ' אהרן ברק:

"שלטון החוק בהיבטו המהותי הצר, מתייחס לכל אותם יסודות שהם חיוניים לקיומו של חוק כנורמה המדריכה (מכוונת) התנהגות בשיטת המשפט. כך, למשל, תנאי הוא לשלטון החוק שהחוק יהיה כללי, פומבי, ידוע ומפורסם, ושהוא יהיה ברור, ודאי, וניתן להבנה באופן שבני הציבור יוכלו לנהל על פיו את ענייניהם... {הרכיב} "בחוק" – אין משמעותו אך זאת שחוק של הכנסת מכיל את ההגבלה. הדרישה אינה באה להצביע אך על הצורך במקור משפטי פורמלי להגבלת זכות אדם... לדעתי, הוא מוסיף וקובע, כי מקור פורמלי זה צריך לקיים דרישות נוספות שהן טבעיות ומהותיות לקיומו של משפט כגורם המכוון התנהגות אנושית... חקיקה הקובעת כי זכויות האדם יוגבלו על פי שיקול דעתו של פלוני, אינה מקיימת את דרישות המינימום של הגבלה "בחוק" במשפטנו. על פי גישה זו הדרישה כי ההגבלה על זכות האדם תהא "בחוק" היא בעלת חשיבות רבה. אין זו אך דרישה פורמלית (שלטון חוק פורמלי), אלא גם דרישה מהותית... המהותיות נבחנת מבחינת תיפקודו של המשפט כמערכת מדריכה ומכוונת התנהגות אנושית. גישה דומה באשר לתכליתה של פסקת ההגבלה נוקטים בית-המשפט האירופאי לזכויות האדם ובתי המשפט הקנדיים."

אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי, נבו 1994), עמ' 490-491.

ראו גם האסמכתאות ופסקי-הדין מהמשפט המשווה בעניין בטלותם של חוקים שלא קיימו את ההתנייה "בחוק" בעמ' 491-507.

112. השופט חשין (כתוארו אז) עמד על חשיבות פניו של שלטון החוק הן בתור מיידע ומזהיר מראש את בני האדם והן בתור מכוון ברור להתנהגות שלהם, לאמור:

"פינו מלא שבח לעקרון שלטון החוק, ובהללנו אותו מבקשים אנו להעמיד את שלטון החוק כנגד שלטון האדם. החוק ישלוט בנו – החוק ולא האדם... שלטון האדם: שרירותי לגופו ושרירותי במועדו... כך הוא שלטון האדם – ומנגד יעמוד שלטון החוק. גם חוק הוא יציר רוחו של האדם, אך באשר הוא חוק – להבדילו מאדם – אמור הוא על-פי הגדרתו להינתן ולהיוודע מראש... כך מזהיר אדם מראש על נורמות התנהגות האמורות לחייב אותו, וכך הוא יוכל לכוון דרכו על פי אותן נורמות שנקבעו והובאו לידיעתו מראש."

רע"פ 1127/93 מ"י נגד קליין ואח', פ"ד מח (3) 485, 515.

113. במקום אחר עמד הנשיא שמגר על סוגייה זו, לאמור:

"ביטויו העיקרי של שלטון החוק הוא בכך שהוא אינו שלטונם של אנשים – לפי החלטותיהם, שיקוליהם, ומאווייהם הבלתי מוגבלים – אלא בכך שהוא נשען על הוראותיהן של נורמות יציבות, השוות לכול ואשר מחייבות את הכל במידה שווה."

ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225, 261.

114. בית המשפט האירופאי לזכויות אדם פסק, שחקיקה המעניקה שיקול דעת רחב לרשות המבצעת ללא התווייתה בתנאים ברורים בחוק, אינה עומדת בתנאי, שנקבע באמנה האירופאית לזכויות האדם, המחייב שהפגיעה בזכויות יסוד תהא לפי חוק. כך למשל נקבע בפרשת Sunday Times:

"In the Court's opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression "prescribed by law". Firstly, the law must be

adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail."

Sunday Times v. United Kingdom 6538/74 [1979] ECHR 1 (Judgment Delivered on 26 April 1979).

115. בית המשפט בקנדה קבע הלכה דומה, המתייחסת לפירוש "חוק" שבצירטר הקנדי, בהקשר לחקיקה, שהגבילה את חופש הביטוי על ידי מתן שיקול דעת רחב לצנזורה על סרטים :

"In our view, although there has certainly been a legislative grant of power to the board to censor... it is not enough to authorize a board to censor or prohibit the exhibition of any film of which it disapproves. That kind of authority is not legal... that kind of regulation cannot be considered as "law". It is accepted that law cannot be vague, undefined and totally discretionary; it must be ascertainable and understandable. Any limits placed on the freedom of expression cannot be left to the whim of an official; such limits must be articulated with some precision or they cannot be considered to be law".

Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors 45 O.R. (2d) 80 ; 1984 Ont. Rep

116. הנה כי כן, החוק הנדון פוגע בעקרון שלטון החוק בהיבטו המהותי-הצר בהיותו לא מקיים את התנאי הראשון שבפסיקת ההגבלה "לפי חוק", המורה, כי על החוק ליידע מראש את הציבור בדבר תחולתו העתידית, להיות נגיש, ברור וודאי.

התנאי השני: החוק המתקן אינו הולם את הערכים הדמוקרטיים

117. החוק המתקן אינו הולם את הערכים הדמוקרטיים, כנדרש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בנוסף לכל האמור לעיל, גם בהיותו פוגע בעקרון הפרדת הרשויות, בעצמאות השפיטה, ביציבות המשפט, בשלטון החוק ובעקרונות המשפט הבינלאומי.

118. החוק המתקן מורה, כי בתי המשפט לא יקיימו את תפקידם בדבר העברת ביקורת שיפוטית על מעשים שלטוניים מסוג אלה שהחוק מצביע עליהם; כי מעשים אלה אינם שפיטים, כי הרשות השופטת תפסיק גם את הטיפול בתביעות התלויות ועומדות בפניה בעניינים אלה, וכי הפסקת ההליכים תעשה על ידי הכרזה של שר הביטחון, הממונה על הנתבעים בתביעות אלו.

119. על הקשר בין הערכים הדמוקרטיים לבין עקרון הפרדת הרשויות והנגישות לבתי המשפט, עמד השופט חשין (כתארו אז) בפרשת ארפל:

"מטרתם של חוקי-היסוד הינה לעגן, לקבע, לנטוע בתוכנו את ערכי המדינה; ערכים אלה - ערכים הקיימים לבר-חוק-היסוד... אלה הם "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". מושג הדמוקרטיה משמיע - אף זועק - קיומה של רשות שופטת. מוחה של הדמוקרטיה עשוי שלוש אונות: האונה

המחוקקת, האונה המבצעת והאונה השופטת. המוח - על שלוש האונות - הוא השולט על הגוף, נותן לגוף חיות ומעצב את חייו. שיתקת אחת משלוש אונות אלו, והדמוקרטיה נעלמה ואיננה. מסקנה נדרשת מאליה היא, כי קיומה של רשות שופטת - כאונה חיונית בגופה של המדינה הדמוקרטית - משמיע מעצמו איסור חסימת צינורות הדם המוליכים אליה, איסור חסימת דרכו של אדם לבית-המשפט. הסדר ראוי לפנייה לבית-משפט - כן; חסימת הדרך - בין במישרין בין בעקיפין - לא ולא. מה הוא "הסדר ראוי" ומה היא "חסימה" - בין במישרין בין בעקיפין", על כך ידובר בבוא היום.

ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא (3) 577, 629-630.

120. לפני חקיקת חוקי היסוד קבע בית משפט נכבד זה קביעות ברורות על היות עצמאות השפיטה והפרדת הרשויות מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי:

"כידוע, אין בתי-המשפט מביטים בעין טובה על הגבלת סמכותם זאת, לא בגלל דאגה עצמית להאדיר כוח ולהרבות חשיבות, אלא מתוך ידיעה ברורה ואמונה עמוקה כי סמכות השיפוט והביקורת של בתי המשפט על מעשי השלטונות היא חלק בלתי נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע אחד מעמודי התווך של בניין המדינה."

בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה, פ"ד יח (4) 249, 172.

121. הנה כי כן, החוק הנדון נוטל מהרשות השופטת את הסמכות המיועדת לה, להכריע בסכסוכים ולקיים בקרה שיפוטית על מעשים שלטוניים. פגיעה בסמכות זו הינה בלתי חוקתית, כדברי הנשיא ברק:

"חקיקה או פעולת מינהל המנוגדות לערך בדבר הפרדת הרשויות אינן חוקתיות, וניתן להצהיר על בטלותן. כך למשל אם המחוקק יחוקק חוק שלפיו הכרעה בשאלה אם חוק הוא חוקתי תופקד בידי המחוקק עצמו ולא תהא נתונה עוד לבתי המשפט יהא חוק כזה בלתי חוקתי. הוא נוטל מהרשות השופטת את הסמכות שהוענקה לה בחוקה... דוגמה זו אינה בעלת אופי היפותטי. היא התרחשה הלכה למעשה בדרום אפריקה. חוק הנהיג את ההפרדה הגזעית שהונחה ביסוד האפרטהייד. בית המשפט העליון של דרום אפריקה קבע כי החוק אינו חוקתי, שכן הוא נוגד דבר חקיקה בעל רמה נורמטיבית גבוהה יותר."

אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, כתר, נבו 2004), עמ' 112.

122. בפרשת ולנר נדונה חוקיות ההסכם הקואליציוני בין מפלגת העבודה לתנועת ש"ס, אשר כלל סעיף הקובע כי במידה שיפור הסטאטוס-קוו בענייני דת, הצדדים מתחייבים לתקן את ההפרה בחקיקה מתאימה. השופט ברק (כתוארו אז) התייחס (בדעת מיעוט) להוראת הסעיף וקבע:

"הוא פוגע בעקרון הפרדת הרשויות. לדעתי, זו אינה רק החלטה בלתי ראויה. זו החלטה פסולה, שכן היא פוגעת עמוקות בתפיסות היסוד של משטרנו החוקתי. היא נוגדת את תקנת הציבור החוקתית שלנו."

בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט (1) 758, 791.

123. אף לפני חקיקת חוקי היסוד, בית משפט נכבד זה קבע בשורה של פסקי-דין, כי על אף הקביעות המפורשות של החקיקה, החלטותיהן של הרשויות האחרות לעולם אינן סופיות. וזאת מתוך נקודת מוצא משפטית, לפיה אין לשלול את סמכות הבקרה השיפוטית של בתי המשפט על מעשיהן של שאר הרשויות. כך, למשל, קבע השופט ברנזון:

"אמנם, לפי פסיקתו העקיבה של בית-משפט זה, 'סופיות' זו אינה סופית כל כך. היא סופית רק במישור השלטוני במובן זה שאין זכות חוקית לבחון את ההחלטה אצל הרשות נוספת, גבוהה יותר. אבל בשביל בית-משפט זה, המופקד

על שמירת חוקיות פעולותיהם של גופי ואישי השלטון, אין הדבר סופי כלל ועיקר...".

בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה, פ"ד יח (4) 249, 172;

בג"ץ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים, פ"ד מה (5) 445.

124. הוראת סעיף 5ג(ב), המעבירה את סמכות הרשות השופטת להכריע בסכסוכים בין היחידים לרשויות לועדה, שתחליט על תשלום לפני משורת הדין ובנסיבות מיוחדות, לוקה בחוסר חוקתיות חמור, וזאת מסיבות רבות: החוק אינו קובע אמות מידה ידועות; שלילת הגישה לבתי משפט הינה בכל התביעות, למעט אלו שהחל בהם הליך שמיעת הראיות; הוראתו של שר הביטחון תחול על כל הליך שיפוטי שהחוק מתייחס אליו, ותקבע את מועד הפסקתו וסיומו של הליך זה, וזאת אף אם הצדדים נמצאים בשלב משא ומתן מתקדם לצורך פשרה, נקבע מועד לדיון בראיות, או התקבלו החלטות ביניים, המחייבות צד מסויים לקיים סעד זמני או הוראה שיפוטית כלשהי. הוראתו של שר הביטחון תתערב בהליך שיפוטי התלוי ועומד בפני השופטים, תגבר על כל החלטת ביניים שהתקבלה, והיא זו שתפסיק את ההליכים אף אם העיכוב בהגעה לשלב שמיעת הראיות היה מקרי ולא תלוי בצדדים (או שנגרם בעטיים של המשיבים). כלומר, הרשות המחוקקת מסמיכה את הרשות המבצעת להתערב בשיקול דעתה העצמאי של הרשות השופטת.

125. המסר הערכי השלילי, אשר עולה מתוכן החוק ומההיסטוריה החקיקתית של החוק, הוא: הרשות השופטת אינה ראויה להיות הנאמן על ההכרעות השיפוטיות בתיקים אלה. מסר ציבורי זה אמור, מאליו, להשפיע גם על התנהלותן של תביעות, שנותרו בפני בתי המשפט; ובוודאי יש בו כדי להשפיע על מעמדו הציבורי של בתי המשפט. לעניין זה מתאימים הם דבריו של הנשיא שמגר לאמור:

"ביסוד הדמוקרטיה עומדת רשות שופטת, עצמאית ובלתי תלויה, העושה צדק על-פי משפט, והנהנית מאמון הציבור. בזכות אמון זה מסוגלת הרשות השופטת לבצע את משימותיה, אשר במרכזן עומדת הכרעת הדין האינדיבידואלית ופיתוח המשפט, לשם הגשמת ערכי היסוד של השיטה. ... הצורך לקיים את אמון הציבור בשפיטה הוא הצורך של כלל המתדיינים ברשות שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה, והצורך של המשטר הדמוקרטי כולו, ברשות שופטת חזקה, אובייקטיבית, השומרת על שלטון החוק, הפורמלי והמהותי יחד...".

בג"ץ 506/89 בארי נ' ראש מדור תביעות, פ"ד מד (1) 604, 609.

126. ההיסטוריה החקיקתית, המעידה על הרציונל מאחורי החוק, כפי שיפורט בהרחבה להלן, תוכל להצדיק בנקל כל פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. על בסיס רציונל, זה ניתן יהיה לשלול בחוק את סמכותו של בית המשפט לדון וליתן סעד בכל עניין, לגבי הרשות המבצעת הינה בעלת עניין, ומעדיפה כי לא תתקיים בו כל התדיינות משפטית. מכאן פגיעתו הקשה של החוק המתקן בעיקרון שלטון החוק.

127. יתר על כן, ההתערבות הבוטה בהליכים השיפוטיים, על ידי מתן חסינות גורפת, פוגעת בעקרון שלטון החוק. הסרת כל אחריות מעל כתפיהם של כוחות הביטחון למעשיהם (אף אם במקרים הקיצוניים יופעל הדין הפלילי) תדרדר את שלטון החוק, תגרום להפרות חוזרות ונשנות של החוק ותעודד התנהגות רשלנית וחסרת אחריות. מדיניות הצבא ליישם בצורה מצומצמת מאוד את הדין הפלילי על פעולות הצבא בשטחים ידועה, ומכאן גם המדיניות המוצהרת שלא לחקור חשדות להפרת החוק, אלא במקרים קיצוניים. הוסיפו על כך חסינות גורפת מפני נזקים אחרים, לרבות ביזה, התעללות וירי

רשלני, וקבלו צבא ומשטרה, הפועלים בשטחים ללא כל מורא מהדין, ותוך ידיעה כי לא יצטרכו לשלם כל מחיר על מעשיהם, גם על מעשים בלתי מוסריים בעליל. ואם לא די בכך, הרי שהחוק אף מתמרץ שלא לחקור חשדות, שיעלו לגבי עבירות פליליות, שכן הרשעה בדין עלולה להסיר את החסינות מהמדינה. קל וחומר לגבי מעשים, שהם רשלניים בעיקרם, שכן במקרים אלו ממילא לא תוגש תביעה כשיש חסינות גורפת למדינה, ובהעדר צורך להסביר את מעשיהם בבתי המשפט, יחדלו הרשויות מלחקור אירועים אלו.

128. כך נוצר מצב שאין בו דין ואין דיין. דבריו של השופט חשין (כתארו אז) הינם ישירים ומהותיים לעניין זה:

"זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט... נדע מכאן, כי חסימת הדרך לבית-משפט - בין במישרין בין בעקיפין - ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה-RAISON D'ETRE של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד. בחסימת הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עמו."

ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא (3) 577, 628-629.

129. הפגיעה בעקרון שלטון החוק הינה מקיפה ביותר, עד כדי שהיא פוגעת בשלושת היבטיו: הפורמלי, התורתי והמהותי, כדברי הנשיא ברק:

"עקרון יסוד בדמוקרטיה הוא זה של שלטון החוק (או נכון יותר שלטון המשפט)... שלטון החוק, על שלושת היבטיו, הוא עקרון יסוד בדמוקרטיה שלנו. כל שופט צריך להגשימו; כל שופט צריך לשמור כנגד פגיעה בו. מכאן המגמה של פתיחת דלתות בית המשפט לעותר המבקש להגן על שלטון החוק, שכן באין דיין אין דין. מכאן הצורך בביקורת שיפוטית על פעולות השלטון. זהו שלטון החוק בשלטון. נגזרת מכך ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, השומרת על "שלטון החוק במחוקק". מכאן גם הצידוק לביקורת שיפוטית על חוקיות חקיקת משנה ופעולות אחרות של המינהל הציבורי."

אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית (הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, כתר, נבו 2004), עמ' 116-117.

130. החוק המתקן פוגע באופן מהותי בעקרונות יסוד של המשפט הבינלאומי כפי שפורט בפרקים לעיל. הפגיעה בנורמות בסיסיות של המשפט הבינלאומי נוגדת את הערכים הדמוקרטיים. שכן, עיקרן של נורמות אלו, ובמיוחד אלו המתאייחסות לליבת זכויות האדם, נקבעו על רקע ההיסטוריה של העמים. מכאן נובעת תחולתן ותפיסתן האוניברסאלית. קביעות אלו מקבלות משנה תוקף בעידן הגלובלי של זכויות האדם. על הקשר בין הנורמות של המשפט הבינלאומי ולערכים דמוקרטיים עמד הנשיא ברק לאמור:

"המשפט הבינלאומי המנהגי הוא חלק ממשפט הארץ. במסגרת המשפט המנהגי כלולים גם כללי משפט בדבר זכויות האדם. כך, למשל, הדעה המקובלת הינה כי איסור העבדות ואיסור הפליה על בסיס גזע מהווים חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי. ייתכן גם כי במסגרת המשפט הבינלאומי המנהגי בדבר זכויות האדם כלול גם האיסור על מעצר שרירותי, על ענישה אכזרית, ולא אנושית, על עינויים בחקירה ופגיעות בזכויות אדם. המשפט הבינלאומי ההסכמי אינו חלק ממשפט הארץ, אלא אם אומץ לתוכנו. עם זאת, גם בהעדר אימוץ יש למשפט הבינלאומי ההסכמי בדבר זכויות אדם חשיבות פרשנית... התפיסה כי הגנת זכויות האדם במישור הבינלאומי צריכה להוות השראה פרשנית להבנת הזכויות בישראל. כך לעניין כל זכות בנפרד, וכך לעניין התכלית הכוללת, המסתמכת בין השאר גם על היותה של מדינת ישראל מדינה

דמוקרטיה. על ערכיה של מדינה דמוקרטית ניתן ללמוד מתפיסתן הכללית והפרטיקולרית של האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם...חזקה כי תכליתה של החקיקה המקומית הינה להגשים את המשפט הבינלאומי ולא לסתור אותו". (ההדגשה לא במקור)

אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי, נבו 1994), עמ' 353-354.

131. הנה כי כן, החוק הנדון פוגע בערכים הדמוקרטיים - הוא מנוגד למחויבויותיה הבינלאומיות של ישראל, הוא פוגע בעקרון הפרדת הרשויות ושלטון החוק, הוא קובע, בהקשר לזכויות מהותיות, כי אין דין ואין דיין.

התנאי השלישי: תכלית החוק המתקן אינה ראויה

132. חקיקה הפוגעת בזכויות יסוד חייבת להיות לתכלית ראויה, כקבוע בפיסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הלכה פסוקה היא, כי תכלית ראויה:

"נועדה להגן על זכויות האדם, לרבות על ידי קביעת איזון סביר והגן בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים באופן המוביל לפשרה סבירה בתחום הענקה הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט. זאת ועוד, תכלית תימצא ראויה אם היא משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן".

בג"ץ 4769/95 מנחם ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד נו (1) 235, 264.

133. בפרשת לוי קבע בית המשפט הנכבד, כי:

"השאלה אם תכלית היא ראויה נבחנת בשני מישורים. המישור הראשון, בוחן את התוכן של התכלית; המישור השני בוחן את מידת הצורך בהגשמתה. במישור הראשון, תכלית היא ראויה אם היא מקיימת את האיזון הראוי בין האינטרס הציבורי לבין זכויות האדם. כפי שראינו, בענייננו איזון זה מתקיים אם הפגיעה בזכויות האדם באה כדי למנוע את התרחשותה הקרובה לוודאי של פגיעה קשה, רצינית וחמורה בביטחון ובסדר הציבורי. במישור השני, התכלית היא ראויה אם הצורך בהגשמתה הוא חשוב לערכיה של החברה והמדינה. לא כל תכלית ראויה עשויה להצדיק פגיעה בזכויות יסוד. ייתכן כי פגיעה בזכויות יסוד חשובות במיוחד תהיה מוצדקת רק אם הצורך החברתי שהפגיעה נועדה להגשים הוא חיוני במיוחד. מידת חשיבות הצורך הנדרשת על מנת להצדיק פגיעה, עשויה להשתנות על פי מהותה של הזכות הנפגעת. בעניין זה נקטנו מספר פעמים - בלא להכריע בדבר - באמת מידה מחמירה. על פיה, התכלית היא ראויה אם היא נועדה להגשים "מטרה חיונית, או צורך חברתי לוחץ, או עניין חברתי מהותי" (פרשת חורב, עמ' 53; ראו גם פרשת המועצה האזורית חוף עזה, פסקה 98 לפסק דין הרוב)".

בג"ץ 6893/05 ח"כ יצחק לוי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', טרם פורסם, ניתן ביום 3.8.05.

ראו גם בג"ץ חוף עזה, פסקאות 62-64 לפסק הדין והפסיקה המאוזכרת בהן.

134. כפי שפורט לעיל, החוק המתקן פוגע בפגיעה קשה בזכויות יסוד, הנמצאות במדרג הנורמטיבי הגבוה ביותר, ובכלל זה בזכות לחיים ולשלמות הגוף, בזכות לשוויון על בסיס לאום ובזכות לכבוד האדם. לפיכך נדרשת בחינה קפדנית ודווקנית במיוחד של תכליתו.

135. ראשית נעמוד על תכליתו הסובייקטיבית של החוק המתקן, אותה אנו למדים מדברי ההסבר שצורפו להצעת החוק, מהמסמכים שהוגשו על ידי משרד המשפטים לוועדת חוקה, חוק ומשפט ומדברי נציגי המשיבים בישיבות הוועדה.

136. מכל אלה עולה, כי תכליתו הסובייקטיבית של החוק המתקן הינה לשלול מתושבי השטחים הכבושים, מנתני "מדינות אויב" ומפעילי "ארגוני מחבלים" את הזכות לפיצויים בגין נזקים שנגרמו להם על ידי כוחות הביטחון, אף שלא במסגרת פעולה מלחמתית.

137. מאחר ולמדינה ולשלוחיה הוקנתה כבר חסינות מכוח הוראות סעיף 5 לחוק העיקרי, בכל האמור לפעולה מלחמתית, ומאחר שהגדרת "פעולה מלחמתית" הורחבה בהוראות סעיף 5א לחוק, אשר במסגרתו גם נקבעה שורה של הקלות דיוניות וראייתיות למדינה בתביעות נזיקין, שהוגשו נגדה על ידי תושבי השטחים הכבושים עולה, כי תכליתו הסובייקטיבית של החוק המתקן הינה לשלול מתושבי השטחים הכבושים, מנתני "מדינות אויב" ומפעילי "ארגוני מחבלים" את הזכות לפיצויים בגין נזקים שנגרמו להם על ידי כוחות הביטחון, אף שלא במסגרת פעולה מלחמתית.

138. תכליתו הסובייקטיבית של החוק המתקן מורכבת מארבע תכליות משנה, בהן נדון כעת, אחת לאחת.

תכלית המשנה הראשונה - עיגון בחוק של עקרון לפיו "על כל צד לשאת בנזקיו ולטפל בנפגעיו"

139. תכלית זו הוצגה כבר בדברי ההסבר להצעת תיקון החוק: "מקובל ככלל כי בעת מאבק מזוין בין עמים, על כל צד לשאת בנזקיו ולטפל בנפגעיו". ואולם, העיקרון, שהחוק המתקן נועד לעגן, לא קיים ככלל רחב במשפט הבינלאומי, אלא רק, אם בכלל, במצבים מסוימים הנופלים לגדר פעולה מלחמתית והמקיימים את הוראות החוק הבינלאומי. למעשה, המשפט הבינלאומי, כפי שפורט לעיל, מחייב את הכובש להגן על המוגנים, וזאת גם במצב בו ישנה התקוממות נגד הכוחות הכובשים, ולפצות את המוגנים בגין נזקים, שלא נגרמו באופן ישיר על ידי פעולה מלחמתית המקיימת את כללי המשפט הבינלאומי. מכאן, כי התכלית של עיגון עקרון זה הינה לבטל את הוראות המשפט ההומניטרי ואת הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי, החלות על השטחים הכבושים. תכלית משנה זו הינה בלתי ראויה באופן קיצוני.

ראו: נספח ע/12 - דברי ההסבר להצעת החוק, עמ' 892, פסקה רביעית למבוא.

140. קושי נוסף טמון בהנחת היסוד של תכלית משנה זו, לפיה העימות בשטחים הינו עימות בין שתי מדינות, מדינת ישראל והרשות הפלסטינית. ואולם לא זהו המצב העובדתי או המשפטי. הרשות הפלסטינית אינה מדינה וגם העברת חלק מהסמכויות אליה לא שינתה את שליטתה האפקטיבית של ישראל בשטחים הכבושים. היחס של המדינה לשטחים הכבושים מעולם לא היה יחס של מדינה אחת לשנייה אלא של כובש לשטח כבוש.

141. בהסבר לצידוקה של תכלית זו ציינו המשיבים, כי המדובר ביצירת איזון, כפי שישראלים אינם יכולים לתבוע את הרשות הפלסטינית, כך יש למנוע מפלסטינים לתבוע את ישראל. טענה זו רחוקה מלהיות נכונה. על אירועי האינתיפאדה השנייה הוגשו לא מעט תביעות על ידי ישראלים נגד הרשות הפלסטינית בבתי משפט בישראל ובעולם. בתי המשפט אף הטילו עיקולים זמניים בסכומים נכבדים על כספי הרשות הפלסטינית.

142. תכלית משנה זו מבקשת לשחרר את ישראל מהחובה, המוטלת עליה ככוח כובש, לאפשר לתושבים המוגנים גישה לערכאות לשם תביעת נזקיהם. המשפט ההומניטרי אוסר במפורש על חסימת גישת המוגנים לבית המשפט. ראו לעניין זה את תקנה 23 לתקנות האג 1907 הקובעת:

"In addition to the prohibitions provided by special Conventions, it is especially forbidden:

...

(h) To declare abolished, suspended, or inadmissible in a court of law the rights and actions of the nationals of the hostile party".

143. בהקשר לתכלית משנה זו ופסלותה יפים דברי בית המשפט הגבוה הבריטי, בהתייחסו לאחריות בנזיקין של הצבא הבריטי כשהוא פועל מחוץ לגבולות המדינה, ולמשמעותה המסוכנת של הקניית חסינות:

"Soldiers are human; from time to time mistakes are inevitable ... The Queen's uniform is not a licence to commit wrongdoing, and it has never been suggested that it should be. The Army should be held accountable for such shortcomings ... A proper system of justice requires no less."

Bici and Another v. Ministry of Defence [2004] EWHC 786 (QB) (hearing date 7 April 2004).

תכלית המשנה השנייה - לפטור את המדינה מהעלות הכספית הכרוכה בתשלום הפיצויים

144. תכלית זו, אשר התייחסות אליה הוזכרה במסמך של משרד המשפטים שהוגש לוועדת חוקה, חוק ומשפט, עוברת כחוט השני בכל ההליכים מאז החלו תביעות האינתיפאדה הראשונה להגיע לבתי המשפט. שוב ושוב התריע משרד הביטחון, כי "גל" של תביעות על סך "מיליונים" מאיים על קופת המדינה.

145. במסמך שהוכן על ידי פרקליטות מחוז ת"א והוגש על ידי משרד המשפטים לוועדת חוקה, הודגש סכום התביעות, 621,920,264 ש"ח של 384 התביעות בגין אירועי האינתיפאדה השנייה. סכום זה מבוסס על הסכומים הנתבעים בתביעות (לרבות תביעות בנזקי גוף המוגשות בבית-משפט השלום, בהן לא נקוב סכום התביעה וככל הנראה הפרקליטות אימצה לגביהן את סכום התביעה בהתאם לגבול הסמכות של בית המשפט) ולא על הסכומים שנפסקו לטובת התובעים. על פי אותו מסמך, מבין 12 התביעות שכבר אינן תלויות ועומדות, שלוש נסתיימו בפשרה והיתר נדחו או נמחקו, כלומר: רק רבע מהתביעות הסתיימו בתשלום פיצוי. סך התביעות שנמחקו היה כ-35 מיליון שקל. בפועל שולמו כ-60 אלף שקלים, שהם 0.17% מסך התביעות. הסכומים במסמך מתייחסים, אם כן, למצב התיאורטי, שבו כל התביעות תסתיימנה בניצחון מוחלט של התובעים ובקבלת מלוא הסעד הנדרש. ברי כי לא זה המצב בתביעות אלו ובתביעות בכלל.

העתק המסמך שהוכן על ידי פרקליטות מחוז ת"א מצורף ומסומן ע/23.

146. גם אם נניח, כי המדינה צפויה לשלם את מלוא הסכום הנקוב בתביעות, הרי שאין בכך כדי להכשיר את פסלותה של תכלית המשנה השנייה. הלכה פסוקה היא, כי עלות כלכלית בפרט, ושיקולים של יעילות ונוחות מינהלית בכלל, אינם מהווים תכלית ראויה לפגיעה בזכויות אדם. בבג"ץ חנף עזה ביטל בית המשפט הנכבד את הוראות סעיף 37(ה) לחוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 בקובעו, כי הוא אינו חוקתי, כיוון שתכלית של השגת יעילות מינהלית וחסכון תקציבי אינה יכולה להצדיק שלילת פיצויים הוגנים וראויים, וההגנה על זכויות אדם גוברת עליה:

"האם נימוקים אלה, שיסודם בשיקולי יעילות אדמיניסטרטיבית, יכולים להצדיק הסדר שיש בו כדי לשלול מזכאי מסלול א' ו-ב' את הפיצויים הסטטוטוריים שקבע המחוקק במסלולים אלה – "פיצויים הוגנים וראויים" – המהווים תנאי למידתיות הפגיעה בזכויותיהם הקניניות? לדעתנו, במדינה דמוקרטית אשר בה יש לזכויות אדם מעמד בכורה חוקתי, התשובה לשאלה זו כמו מתבקשת מאליה. עמד על כך א' ברק בצינו: "שיטת משפט המגנה על זכויות אדם ונותנת להן מעמד חוקתי, אינה מוכנה לאפשר פגיעה בזכויות אלה מטעמים של נוחות מינהלית או חסכוניות כספיים גרידא (א' ברק, פרשנות במשפט 527 (כרך שלישי, 1994); ראו גם פרשת מילר). ברוח זו נפסק כי תכלית ראויה אינה יכולה להימצא "בחסכון הכספי כשלעצמו" (בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר (טרם פורסם), פסקה 13 לפסק הדין). בחינה של משפט השוואתי תלמד כי גישה זו, לפיה גובר הצורך בהגנת זכויות חוקתיות על שיקולים של יעילות ונוחות מנהלית, אומצה באופן עקבי בשורה ארוכה של מדינות".

בג"ץ חוף עזה, פסקאות 235-236 לפסק הדין.

ראו גם :

בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ (1), 19, 27-28;

בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט (4), 94, 113.

147. הנה כי כן, התשתית העובדתית, עליה נשענת תכלית זו, רעועה היא עד מאד, ואין בה כדי לבסס את היות התכלית ראויה. אפילו היה לה בסיס עובדתי, אין לה בסיס נורמטיבי להיותה תכלית ראויה לפגיעה בזכויות אדם מוגנות.

תכלית המשנה השלישית - הקלת הנטל הנגרם כתוצאה מתביעות המוגשות על ידי מי שניזוק מפעולות המדינה בשטחים הכבושים

148. המשיבים הצביעו על התכלית של הקלת הנטל התקציבי והלוגיסטי, המוטל על הפרקליטות ועל חיילים הנקראים להעיד ועל בתי המשפט, כתוצאה מתביעות המוגשות על ידי מי שניזוק מפעולות המדינה בשטחים הכבושים, בדברי ההסבר להצעת החוק וכן במסמך שהוגש על ידי משרד המשפטים לוועדת חוקה, חוק ומשפט.

149. מהמסמך, שהוכן על ידי פרקליטות מחוז ת"א והוגש על ידי משרד המשפטים לוועדה, בו פורטו הנתונים אודות התביעות שהוגשו, אכן עולה לכאורה, כי חלה עלייה במספר התביעות בשנים 2004 ו-2005. ואולם הגורם המרכזי לעלייה במספר התביעות הינו קיצור תקופת ההתיישנות משבע שנים לשנתיים בתיקון מס' 4, ומכאן הזינוק במספר התביעות בשנת 2004. תיקון זה אילץ את כל מי שניזוקו בין השנים 1997 עד 2003 להגיש את תביעותיהם עד ל"דד-ליין" אחד משותף, וזאת אף בטרם התבררו העובדות לאשורן, עקב מחדליהם והשתהותם של גורמי אכיפת החוק, שנדרשו לחקור את התלונות. לכך יש להוסיף את החלטת משרד הביטחון שלא לפצות נפגעים כלל, אלא אם הדבר נכפה על ידי בית המשפט, החלטה שאילצה הגשת תביעות גם על ידי מי שבעבר היה מפוצה בסמוך לאחר קרות הנזק בלא שייזקק להגשת תביעה.

העתק המסמך שהגיש משרד המשפטים לוועדת חוקה, חוק ומשפט מצורף ומסומן ע/24.

ראו גם : נספח ע/23 לעיל, עמ' 3-4.

150. עוד יודגש, כי ההגבלות הדרסטיקות, שהוטלו על תובעים פוטנציאליים במסגרת תיקון מס' 4, לא לוו

בהתארגנות מתאימה מצד המדינה - לא נערכו חקירות מהירות וממצות, וזאת אף שהודעות על נזק הוגשו למשרד הביטחון תוך חודשיים לכל היותר מיום האירוע, לא תוגבר כוח האדם בפרקליטות ולא שופר מערך התייעוד על פעולות הצבא. במקום להשקיע משאבים בבחינת תלונות וביורון בערכאות המשפטיות, נבחרה הדרך של קידום תיקון של החוק העיקרי, כך שתינתן למדינה חסינות גורפת. יפים לענין זה דברי הנשיא ברק:

"חברה המבקשת ביטחון, מזה, וחירות, מזה, צריכה לשלם את המחיר. אין להצדיק הימנעות מחקירה רק בשל מחסור בחוקרים".

בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פ"ד נו (2) 349, 384.

151. גם אם נקבל, כי המדובר במספר גדול של תביעות, וכי הן יוצרות נטל ועומס תקציבי ולוגיסטי על הפרקליטות ועל בתי המשפט, הרי שאין בכך להפוך תכלית זו לראויה. תפקידה של הפרקליטות לייצג את המדינה בתביעות, ובתביעות בגין נזקים שגרמה המדינה לפרטים בכלל זה, ותפקידו של בית המשפט הוא לדון בתביעות ולהכריע בהן. כך אף באשר לחיילים הנקראים להעיד. הלכה פסוקה היא, כי קשיים תקציביים ולוגיסטיים אינם מהווים תכלית ראויה לפגיעה בזכויות אדם ובכלל זה הטלת עומס על בתי המשפט. בבג"ץ חוף עזה דן בית המשפט הנכבד בהכבדה על מערכת בתי המשפט וקבע:

"מודעים אנו לכך, כי קביעתנו בעניין אי חוקתיות ההסדרים בעניין ברירת העילה ומיצויה - כל עוד לא תשונה כדין על ידי המחוקק (ראו פסקה 479 להלן) - עשויה להכביד על מערכת בתי המשפט. יש הטוענים כי הדבר יביא להצפת בתי המשפט בתביעות על פי הדין הכללי. נימוק זה כוחו עמו. עם זאת, אין לדעת אם אמנם תהא זו התוצאה. ברבים מהעניינים בהם נטען טיעון ההצפה הוא לא התגשם הלכה למעשה. על כל פנים, אין בכוחו של טיעון זה להכריע את הכף. עמד על הדברים בית הלורדים באנגליה:

"[I]t could not be right to allow 'floodgates' arguments of this nature to stand in the way of claims which, as a matter of ordinary legal principle, are well founded" (Malik v Bank of Credit and Commerce International SA (in liquidation) [1997] 3 All ER 1)."

בג"ץ חוף עזה, פסקה 194 לפסק הדין.

ראו גם:

בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט (4) 94, 113;

עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136, 170;

בג"ץ 6055/95 צמח ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נג (5) 241, 281.

152. בדומה, בית המשפט העליון של קנדה דחה את הטענה, כי אין לאפשר שימוע בפני טריבונל בעל סמכות מעין שיפוטית לכל אדם, המגיע לגבולות קנדה וטוען כי הוא פליט, כיוון שמדובר באלפי מקרים בכל שנה והדבר ייצור עומס תקציבי ולוגיסטי על הרשויות. בית המשפט קבע, כי השיקול של העומס והעלות הכרוכים בקיום הדיונים אינו מהווה תכלית ראויה למניעת זכות השימוע:

"I have considerable doubt that the type of utilitarian consideration brought forward by Mr. Bowie [counsel for the Attorney General of Canada] can constitute a justification for a limitation on the rights set out in the Charter. Certainly the guarantees of the Charter would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient to do so. No doubt considerable time and money can be saved by adopting administrative procedures which ignore the

principles of fundamental justice but such an argument, in my view, misses the point of the exercise under s. 1. The principles of natural justice and procedural fairness which have long been espoused by our courts, and the constitutional entrenchment of the principles of fundamental justice in s. 7, implicitly recognize that a balance of administrative convenience does not override the need to adhere to these principles. Whatever standard of review eventually emerges under s. 1, it seems to me that the basis of the justification for the limitation of rights under s. 7 must be more compelling than any advanced in these appeals.”

Singh v. M.E.L. 1 Can.S.C.R. 177 (1985).

153. מכאן, כי תכלית המשנה השלישית אינה מהווה תכלית ראויה.

תכלית המשנה הרביעית - להתגבר על הפרשנות ה"שגויה" של בית המשפט למונח "פעולה מלחמתית"

154. משרד המשפטים ציין מפורשות במסמך, שהגיש לוועדת חוקה, חוק ומשפט, כי "פסיקת בתי המשפט פירשה את הסעיף ["פעולה מלחמתית"] בצמצום רב, עד כי ניתן לומר שרוקנה אותו מתוכנו ומכאן הצורך בהצעת החוק".

ראו: נספח ע/24, עמ' 2.

155. ככל הנראה מכוונת הביקורת לפסק הדין בעניין בני עודה, שבו נדונה עוולה שנגרמה באינתיפאדה הראשונה ואולם ביקורת זו על בית המשפט הינה חסרת יסוד, שהרי פסק דין ניתן לפני שנחקק תיקון מס' 4, בו הורחבה באופן ניכר ההגדרה של "פעולה מלחמתית". יתר על כן, מאז תיקון מס' 4, למיטב ידיעתם של העותרים, לא ניתן ולו פסק דין אחד בבית משפט שלום, מחוזי או עליון, המפרש את המושג "פעולה מלחמתית" לאור הגדרתו החדשה. יתר על כן, הצעת החוק של תיקון מס' 5 (הוא התיקון נשוא העתירה כתוארו אז) הוגשה לכנסת עובר לחקיקת תיקון מס' 4, כך שממילא לא ניתן היה לדעת איך יפורש תיקון מס' 4 בפסיקה. מכאן, כי המצג, שהציגו נציגי משרד המשפטים בוועדת חוקה, כאילו עקב הפרשנות המצומצמת של בתי המשפט נוצר מצב, המחייב שינוי חקיקה כה דרסטי, אינו אלא אחיזת עיניים.

156. בדומה, טענת המדינה בדבר "הקושי" הראייתי עימו היא מתמודדת הינה תמוהה ביותר. ראשית, כיוון שנטל ההוכחה בתביעה הוא מראש על התובע ולא על הנתבע ומכאן, כי קשיי ההוכחה האובייקטיביים נופלים גם ובעיקר על כתפי התובעים. שנית, הוראות תיקון מס' 4 נתנו למדינה כלים רבי משקל להתמודד עם הקשיים לקיומם טענה, ובכלל זה ביטול היפוך נטל הראיה (הוראות סעיפים 38 ו-41 לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש)), הטלת חובה על תובעים פלסטינים להגיש הודעה על נזק תוך 60 ימים מיום האירוע וקיצור תקופת ההתיישנות לשנתיים. הסדרים מיוחדים אלו נועדו בדיוק למנוע מצב, בו המדינה תטען, כי אין לה יכולת להתגונן מפני תביעות המוגשות שנים לאחר מעשה העוולה.

157. ייתכן שההתעקשות להרחיב את תחולת החוק באופן שמאפשר להכריז על אזורים נרחבים כאזורי עימות נובע גם מהמדיניות הברורה של הצבא לא לחקור ולא לתעד את מעשיו בשטחים, בין אם יש עימות ובין אם אין כל עימות, בין אם קיימים קשיים לעריכת חקירה ובין אם לאו. בנסיבות, בהן אין מי שחוקר ואין מי שמתעד, ברור, כי חסינות גורפת היא המענה הטוב ביותר להתגוננות מפני תביעות.

כבר היום חקירת מעשיהם של חיילים מתבצעת בעיקר בשל קיומן של תביעות או החשש מתביעה. הצורך של משרד הביטחון לחקור תלונות על מנת להתגונן מפני תביעות נזיקיות עומד ביחס הפוך למדיניות המובהקת של הצבא לא לחקור ולא להעמיד לדין. את ההתנגשות הזאת פתרה המשיבה באמצעות הענקת חסינות גורפת מפני תביעות – זו התכלית האמיתית של החוק המתקן.

158. כיוון שתכלית המשנה הרביעית מתבססת על תשתית של מידע מוטעה ומטעה, הרי שאין בה כל ממש ואין היא יכולה להוות תכלית ראויה.

סיכום לענין התכלית

159. תכליתו של החוק המתקן איננה להקים למדינה חסינות בשל פעולה מלחמתית, שהרי זו כבר הוקנתה לה, אלא להרחיב את חסינות המדינה מעבר לקבוע בסעיף 5 לחוק העיקרי ובתיקונים שהוכנסו בו במסגרת תיקון מס' 4. מכאן כי תכליתו האובייקטיבית של החוק המתקן, כפי היא עולה מלשון החוק, ותכליתו הסובייקטיבית, כפי שפורט לעיל, הינן זהות - להקים למדינה חסינות מנזק שנגרם שלא במסגרת פעולה מלחמתית ולאין את סמכות בית המשפט מלקבוע האם המדובר בפעולה מלחמתית.

160. מכל האמור לעיל עולה בבהירות, כי תכלית החוק המתקן, על כל חלקיה, אינה ראויה. היא נועדה לשלול זכויות יסוד על בסיס אתני, להפקיע את סמכות בית המשפט, לגבור על הוראות משפט זכויות אדם הבינלאומי ועל הוראות המשפט ההומניטרי החלות על השטחים הכבושים, ולשלול זכויות יסוד בשל שיקולים כלכליים ושיקולים של נוחות מינהלית. כל אחד מטעמים אלו די בו כדי להוביל למסקנה, כי תכלית החוק המתקן פסולה היא.

במקום סיכום - חוסר מידתיות

161. כפי שפורט לעיל, התכלית הסובייקטיבית של החוק המתקן, כפי שהיא עולה מדברי ההסבר של הצעת החוק ומהדיונים בכנסת, הינה זהה לחלוטין לתכלית האובייקטיבית, העולה מלשונו ומתוכנו של החוק המתקן. תכליות אלו הינן פסולות ולא ראויות. יתר על כן, אין בנמצא תכלית ראויה כלשהי, שעומדת מאחורי החוק המתקן, ואף אין כזו במישור הפוטנציאלי-תיאורטי, שניתן לבחון את התאמתה מול האמצעי שנבחר. מכאן, כי בדיקת חוקתיות החוק לפי מבחן המידתיות אינה רלבנטית לעתירה זו.

162. יתרה מזו, הזכויות הנפגעות כתוצאה מחקיקת החוק המתקן, ובמיוחד הזכות לחיים, שלמות הגוף ואיסור ההפליה, הן זכויות, הנמצאות במדרג ההיררכי הגבוה ביותר של הזכויות. הדבר מחייב אימוץ מבחנים קפדניים ביותר לבחינת סוגיית התכלית הראויה של החוק המתקן. מבחנים אלה שייכים למשפחת המבחנים, שבתי המשפט נזקקו אליהם על מנת לבדוק אם החלטה מינהלית הינה מפלה או פוגעת באחת מהזכויות החשובות ביותר, כגון חופש הביטוי. אימוץ מבחנים אלה מיתר את בחינת מידתיותו של החוק המתקן, משום שמבחן זה אינו מתאים מטבעו לבחינת חוקתיותם של חוקים מפלים או גזעניים, ולו מהטעם שהזכות לאיסור הפליה על בסיס חשוד, למשל, הינה זכות מוחלטת ולא יכולה להיות מידתית, שכן אין "הפליה סבירה". הוא הדין לגבי הזכות לשלמות הגוף, ממנה נגזר, בין היתר, האיסור על עינויים מכל סוג. עליונותה של זכות זו, מטבעה, לא מתאימה להיבדק לפי מבחן היחסיות, שכן אין "עינויים סבירים" או "עינויים מתונים".

לעניין זה ראו את מאמרו של פרופ' אריאל בנדור "בגנות היחסיות של זכויות-היסוד", משפט וממשל

ד (1998) 343.

163. השופט ברק (כתוארו אז) עמד בפרשת בנק המזרחי על המבחנים הקפדניים במשפט המשווה, שחלים על בדיקת חוקתיותו של חוק, הפוגע באחת מהזכויות, הנמצאות במדרג הגבוה ביותר של הזכויות, עת דנים בתכליתו. עיון במבחנים אלה מגלה, כי במקרים כגון דן, מבחן המידתיות אינו מתאים בגלל סף הבדיקה שהוא מציב.

ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 434-435.

ראו גם:

Ido Porat, "The Dual Model of Balancing"

<http://law.mscc.huji.ac.il/law1/newsite/segel/enoch/Ido%20Porat.pdf>

164. לחלופין, ולמען הזהירות בלבד, העותרים יטענו, כי החוק המתקן אינו מקיים את תנאי מבחן המידתיות, וכי הטיעונים, שהועלו בפרקים לעיל, מהווים חלק בלתי נפרד מטיעון זה.

1 בספטמבר, 2005

גיל גן-מור, עו"ד

דן יקיר, עו"ד

ארנה כהן, עו"ד

חסן ג'בארין, עו"ד

ב"כ העותרים