

עטייה פתחי נבאהין

באמצעות עו"ד רביע אגבריה ו/או פאדי ח'ורי ו/או חסן ג'בארין ו/או
עדי מנסור ו/או סוהאד בשארה ו/או מאיסאנה מוראני ו/או נרימאן
שחאדה-זועבי ו/או סלאם ארשייד
עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, רח' יפו
94, ת.ד. 8921, חיפה 31090; טל': 04-9501610; פקס: 04-9503140;
דוא"ל: rabea@adalah.org

וכן באמצעות ב"כ עו"ד מוחמד ג'בארין
רחוב הרברט סמואל 66, ת.ד. 287, חדרה 38102
נייד: 052-4897717; פקס: 08-640963

המבקש

- נגד -

1. מדינת ישראל – משרד הביטחון

פרקליטות המדינה
רח' קרית המדע 5 בנין b3 הר חוצבים, ירושלים
טלפון: 02-6362040/38; פקס: 02-6462892

2. הכנסת

הלשכה המשפטית של הכנסת
קריית בן גוריון, ירושלים
טלפון: 02-6408636; פקס: 02-6753495

המשיבות

עתירה לקיום דיון נוסף

מוגשת בזאת עתירה לקיום דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון שניתן בתיק ע"א 993/19 פלוני נ' משרד
הביטחון (טרם פורסם, 5.7.2022) (להלן: "**פסק הדין**") על ידי הרכב השופטים סולברג, גרוסקופף והמשנה
לנשיאה (בדימי') הנדל. הגשת העתירה במועד זה היא בהתאם להחלטת כב' הרשמת ליאור משאלי שלומאי מיום
17.7.2022.

== העתק מפסק הדין מושא עתירה זו מצורף ומסומן כנספח א'.

== העתק מהחלטת הרשמת משאלי שלומאי מיום 17.7.2022 מצורף ומסומן כנספח ב'.

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על קיום דיון נוסף בהליך דנן ולהכריע בשאלת ההלכה החדשה שנפסקה בפסק הדין ולפיה עומדת למדינה, מכוח סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 (להלן: **חוק הנזיקים האזרחיים**), חסינות שפוטרת אותה מאחריות בגין נזקים שגרמה לאזרחים תושבי רצועת עזה, ללא קשר לשאלת סיווג או אופי הפעולה כפעולה מלחמתית וללא קשר לשאלת היותם של הנזוקים מעורבים או לא מעורבים בעימות אקטיבי או קונקרטי כלשהו.

פסק הדין אשרר לראשונה את חוקתיות הוראות סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים וקבע כי ניתן להחיל את סעיף החוק ולדחות תביעות על הסף במקרים מסוג עניינו של המבקש—תושב רצועת עזה שנפצע אנושות מאש הצבא בהיותו חוגג את יום הולדתו ה-15 בעת שהותו בשטח השייך למשפחתו, וזאת ללא קשר לאירוע מלחמתי קונקרטי.

מבוא ותמצית

1. המבקש, יליד 16.11.1999, הוא תושב רצועת עזה שנפגע מאש הצבא בצווארו באורח קשה ביום 16.11.2014—הוא יום הולדתו ה-15—במהלך שהייתו בשטח השייך למשפחתו במרחק של כחצי קילומטר מגדר ההפרדה בין ישראל לרצועת עזה. לאחר פציעתו של המבקש בצווארו, פונה על-ידי מסוק צבאי לבית החולים סורוקה, קיבל טיפול שם אך נותר משותק בארבע גפיים (קוודריפלג) ומרותק לכסא גלגלים לצמיתות. אין מחלוקת כי עובר לפציעתו, לא היווה ולא יכול היה להוות המבקש סכנה כלשהי לחיילים. נסיבות הירי, שלא התבררו כלל בתביעה משום שנדחתה על הסף, אינן קשורות, על פניו, לעימות קונקרטי או אקטיבי כלשהו מלבד אירוע הירי עצמו שכוון לפלג גופו העליון של המבקש.
2. חרף האמור, דחה בית המשפט העליון את ערעורו של המבקש ואישר את חוקתיות סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים, שלשונו כדלקמן:

תביעות אויב ופעיל או חבר בארגון מחבלים

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

(1) נתין של מדינה שהיא אויב או מי שאינו אזרח ישראלי, שהוא תושב שטח מחוץ לישראל שהממשלה הכריזה עליו, בצו, כשטח אויב, אלא אם כן הוא שוהה כדין בישראל;

(2) פעיל או חבר בארגון מחבלים;

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

(ב) בסעיף זה—

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

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

3. סעיף זה, שתוקן במסגרת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשע"ב-2012 (להלן: **תיקון מס' 8**), הוסיף על סעיף 5 שנחקק במסגרת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), תשס"ה-2005 (להלן: **תיקון מס' 7**). תיקון מס' 8 העניק חסינות מדינה בנזיקין לא רק מתביעות של תושבי "מדינת אויב" אלא גם תושבי "שטח מחוץ לישראל שהממשלה הכריזה עליו, בצו, כשטח אויב".
- רצועת עזה הוכרזה כ"שטח אויב" ביום 7.10.2014 כאשר תחולת ההכרזה היא רטרואקטיבית והחל מיום 7.7.2014 (מועד תחילת מבצע "צוק איתן"). זאת, מכוח צו הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (הכרזה על שטח אויב-רצועת עזה), התשע"ה-2014) (להלן: **צו הנזיקים האזרחיים**)).
- == העתק מצו הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (הכרזה על שטח אויב-רצועת עזה), התשע"ה-2014 מצורף ומסומן כנספח ג'.
4. פסק הדין מושא עתירה זו מהווה פסק הדין הראשון שבו נדרש בית המשפט העליון לחוקתיות סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים ומאשרר אותו. בית המשפט קבע כי החוק מקיים את מבחני פסקת ההגבלה, שכן הוא נועד לתכלית ראויה שעיקרה במניעת "סיוע כלכלי או מוראלי לאויב". כמו כן, נקבע בדעת רוב כי החוק עומד במבחני המידתיות, חרף תחולתו הגורפת, שעה שמדובר בתביעת נזיקין הקשורה ב"קשר הדוק למצב העימות" עם רצועת עזה (להרחבה באשר לגישות השופטים השונות, ראו פס' 15 – 20 לעתירה זו).
- בד בבד, נקבע כי לא נדרש לבסס "קשר הדוק למצב העימות" או קשר לפעולה מלחמתית על סמך נסיבות האירוע הקונקרטי ובהישען על תשתית עובדתית כלשהי. חלף בחינה פרטנית, נקבע כי ניתן להניח באופן קטגורי שכל פעילות של הצבא ביחס לתושבי עזה, באשר הם תושבי עזה, קשורה באופן הדוק לעימות ומשכך חוסה תחת משטר החסינות שנקבע בחוק הנזיקים האזרחיים.
5. פסק הדין—המשתרע על פני 91 עמודים—מחייב את הערכאות השיפוטיות לחסום את דרכם של תושבי עזה מלתבוע את המדינה בנזיקין בגין עוולות שנגרמו להם על-ידי הצבא, אף במקרים שאין מחלוקת כי מדובר באזרחים חפים מפשעו וגם אם מדובר במעשים שעולים כדי דבר עבירה כנגד תושבי רצועת עזה, והכל אך ורק בשל היותם תושבי עזה. לפי פסק הדין, די בזהות הצדדים—תושב רצועת עזה מצד אחד; הצבא מצד שני—כדי להוביל למסקנה כי מדובר באירוע "הקשור בקשר הדוק למצב העימות" ולפיכך להעניק בגינו חסינות למדינה.
6. בפסק הדין קיימת תמימות דעים כי ניתן להחיל את סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים באופן גורף על מקרים מסוג המקרה דנן—תושב עזה שנפגע מאש הצבא—גם כאשר לא מדובר באירוע המהווה חלק מעימות אקטיבי או קונקרטי כאמור ומבלי להידרש לבחינה פרטנית של נסיבות האירוע. נזכיר, בענייננו מדובר בילד בן 15 שנפצע ביום הולדתו באורח אנוש בעודו שוהה בשטח פרטי השייך למשפחתו, ללא כל קשר לאירוע או מבצע מלחמתי רחב יותר.
7. **קביעות אלה מהוות הלכה חדשה וחשובה שלא רק מעוררת קשיים וחידושים כבדי משקל באופן המצדיק עריכת דיון נוסף, כי אם גם סותרת קביעות קודמות של בית המשפט העליון שנקבעו בהרכב מורחב, כפי שיורחב להלן.**

8. מדובר בפסק דין קיצוני, בעל השלכות רחב, העומד במתח עם הוראות המשפט הבינלאומי וחותר תחת פסיקות קודמות של בית המשפט דן תוך הענקת חסינות גורפת ורחבה ביותר למדינה. פסק הדין מאיין את אפשרותם של תושבי רצועת עזה לקבל סעד אפקטיבי בגין פגיעה בהם על-ידי המדינה וזרועותיה אך ורק בשל זהותם והיותם תושבי רצועת עזה.

9. פסק הדין מאשרר את קליטת דוקטרינת "נתיני אויב" המיושנת והאנכרוניסטית אל הדין הישראלי באופן מרחיב ביותר, ומפרש את הוראות החוק לאורה, כך שלמדינה קמה חסינות כלפי כל אזרחי עזה, בכל עת וללא קשר למצב העימות למעט אם שהו כדין בישראל. פסק הדין מאשרר ומפרש את סעיף החוק אף באופן המרחיב וחותר תחת פסיקת בית המשפט ב-דנ"א 5698/11 **מדינת ישראל נ' דיראני** (15.1.2015) (להלן: עניין **דיראני**), שכן פסק הדין לא מתחם את גבולות האחריות לאדם שהוא בגדר לוחם פעיל בארגון המוגדר ארגון טרור. על פי גישת פסק הדין, חסינות המדינה חלה כלפי תושבי רצועת עזה בהיותם תושבי רצועת עזה, גם אם, למשל, שהו כדין בגדה המערבית ונפגעו שם.

10. הלכה חדשה זו סותרת קביעות קודמות של בית משפט זה, בהרכב מורחב, במסגרת בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון** (12.12.2006) (להלן: עניין **עדאלה**). באותו עניין, נקבע כי שחרור המדינה באופן גורף מאחריות בנוזיקין, ללא קשר לסיווג הפעולה כפעולה מלחמתית, אינו עומד במבחן המידתיות השני הדורש נקיטה באמצעי שפגיעתו פחותה וכן מפר את מבחן המידתיות השלישי שעניינו המידתיות במובן הצר.

לא זו אף זו, בעניין **עדאלה**, שניתן לאחר ההתנתקות של ישראל מרצועת עזה, נקבע באופן מפורש כי "גם אם התפיסה הלוחמתית של ישראל בו [חבל עזה] נסתיימה כטענת המדינה, אין צידוק לשחרור גורף מאחריותה בנוזיקין" (פס' 36 לפסק דינו של הנשיא (בדימו') ברק; ההדגשות הוספו).

11. פסק הדין סוטה באופן מובהק הן מקביעה ספציפית זו והן מהקביעה הסובסטנטיבית שעומדת במרכז פסק הדין בעניין **עדאלה** ולפיה הסדר הפוטר מאחריות באופן גורף וללא בדיקה פרטנית הוא הסדר לא חוקתי וכזה שאינו עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. האמור תקף גם ביחס לקביעות בעניין מבחן המידתיות במובן הצר אשר נפסק בעניין **עדאלה** כי אינו מתקיים גם כן. בית המשפט מגיע למסקנה כי עצם הסיווג כ"שטח אויב" גורר עמו שינוי באיזון והניתוח החוקתי באופן המאפשר הטלת חסינות גורפת ומוחלטת מהסוג שנפסל בעניין **עדאלה**.

12. מדובר, אם כן, באבחנה שעולה כדי סתירה מהותית של פסיקת בית משפט זה בעניין **עדאלה**, שכן היא משנה מקצה לקצה את הניתוח והאיזון החוקתי במקרים מסוג זה. קביעת בית המשפט בענייננו מהווה הלכה חדשה העומדת בעילות לעריכת דיון נוסף, בנפרד ובמצטבר: ההלכה החדשה שנקבעה בפסק הדין עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון וכן מדובר בהלכה שמפאת חשיבותה, קשיותה וחידושה מצדיקה קיום דיון נוסף, כפי שיורחב עוד בהמשך.

13. להשלמת התמונה, יצוין כי פסק הדין מתייחס באופן חוזר ונשנה לעובדה כי מדובר בהליך של תקיפה עקיפה כאל משוכה שמשנה את האיזון והבחינה החוקתיים. חרף האמור, בית המשפט ערך ניתוח חוקתי רחב היקף והגיע למסקנה כי ניתן להחיל את תיקון מס' 8 באופן רחב וקיצוני ביותר. בהקשר זה, יצוין כי בית משפט

זה דן והכריע לא אחת, בהרכבים מורחבים, בהליך של תקיפה עקיפה וכי העובדה שמדובר בהליך של תקיפה עקיפה לא מנעה העברת ביקורת חוקתית מקיפה ואף עריכת דיון נוסף.

אך לאחרונה, פסק בית המשפט בעניין חוקתיות תיקון החוק המאפשר שלילת אזרחות בעילת "הפרת אמונים" בהרכב מורחב ובהליך של תקיפה עקיפה, אף שהכנסת צורפה להליך רק בשלב הערעור (ראו סעיף 18 לפסק דינה של הנשיאה חיות ב-עע"מ 8277/17 **זיוז נ' שר הפנים** (פורסם באר"ש, 21.7.2022) (להלן: **עניין זיוז**)). גם בעניין **דיראני**, נדונה שאלת תחולת דוקטרינת "נתין אויב" בדיון נוסף ובהליך אזרחי פרטני. משכך, המבקש יטען כי אין נפקא מינה שמדובר בהליך של תקיפה עקיפה לענייננו, שכן בית המשפט כבר נדרש בהליך לחוקתיות החוק ואף שתיחס לכאורה את הכרעתו, עדיין מדובר בקביעת הלכה משמעותית ובעלת השלכות רחב המצדיקה קיום דיון נוסף. כמו כן, כל הצדדים הרלוונטיים, לרבות הכנסת, היו צד להליך כבר בשלב הערכאה הראשונה ופרסו את טענותיהם בפני בית המשפט.

ההלכה החדשה והעילות לקיום דיון נוסף

14. הסמכות של בית המשפט העליון לקיים דיון נוסף בנושא שכבר נפסק מעוגנת בסעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה הקובע כי "ענין שפסק בית המשפט העליון בשלושה, ניתן לקיים בו דיון נוסף בבית המשפט העליון בחמישה או יותר, בעילות שנקבעו בחוק ובדרך שנקבעה לפי חוק". הסעיף מותיר את קביעת העילות והדרך לקיומו של הדיון נוסף לקביעה בחקיקה. קביעה זו נעשתה בסעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 שהחלק הרלוונטי לעניינינו קובע בסעיף קטן (ב) כי:

"לא החליט בית המשפט העליון כאמור בסעיף קטן (א), רשאי כל בעל דין לבקש דיון נוסף כאמור; נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר או שופטים שיקבע לכך, רשאים להיענות לבקשה אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון **עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף**" (ההדגשות הוספו)

15. פסק הדין מושא עתירה זו קובע הלכה חדשה ועומד בכל התנאים לקיומו של דיון נוסף. הלכה זו מוצאת ביטוי בחוות דעתו של השופט גרוסקופף שמהווה המחנה המשותף הגדול ביותר בין שופטי ההרכב. הן השופט סולברג והן השופט גרוסקופף מנתחים את חוקתיות סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנוזקים האזרחיים ומגיעים למסקנה כי אמנם החוק פוגע בזכויות מוגנות, אולם פגיעה זו נועדה לתכלית ראויה ועומדת במבחני המידתיות. בעוד השופט סולברג אינו דורש בניתוחו קשר הדוק למצב העימות, הרי שהשופט גרוסקופף, אליו הצטרף המשנה לנשיאה (בדימי) הנדל, קובע כי **"ניתן להצדיק את קיומו של הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה במבחני המידתיות"** כאשר עסקינן **"במקרה הקשור בקשר הדוק למצב העימות עם רצועת עזה"** (פס' 18 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף; ההדגשות הוספו).

16. ואולם, מהם אותם מקרים הקשורים "בקשר הדוק למצב העימות עם רצועת עזה"? ובכן, על כך משיב השופט גרוסקופף כדלקמן:

"אין הצדקה לניהול התדיינות ארוכה בהליך דנן לצורך בחינת השאלה האם הירי הנטען בוצע כחלק מפעולה מלחמתית, שכן לעת הזו, עיקר הממשקים בין כוחות הביטחון של מדינת ישראל לבין תושבי רצועת עזה הנמצאים בשטח הרצועה,

קשורים לעימות, וקרובים במהותם לפעילות מלחמתית" (פס' 20 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף; ההדגשות הוספו)

דברים דומים הובעו בחוות דעתו של השופט סולברג:

"הלכה למעשה, ובכך עיקר, הממשק העיקרי של ישראל עם עזה ותושביה, למרבה הצער, נובע מיחסי העוינות והאיבה שבין הצדדים. לפיכך, במקרים אלו קמה וגם ניצבה, מעין 'חזקה', שלפיה פעולותיה של ישראל ברצועת עזה, קשורות וכרוכות מיניה וביה, במצב הלחימה השורר בין הצדדים" (שם, בפס' 112 לחוות דעת השופט סולברג; ההדגשות הוספו)

פסק הדין, אם כן, אינו דורש החלת אמות מידה כלשהן לבחינת השאלה האם מדובר ב"קשר הדוק למצב העימות" וקובע כי ניתן להניח את המבוקש ביחס לתושבי עזה באופן קטגורי וגורף.

17. האמור תקף, לפי השופט גרוסקופף, גם באשר לאירועים אזרחיים דוגמת הפגנות הנערכות ברצועת עזה:

"אף אם מדובר בהפגנה אזרחית לכאורה, היא מהווה חלק מהעימות בין מדינת ישראל לבין רצועת עזה" (פס' 18 לחוות דעתו השופט גרוסקופף). לפי גישה זו, אף נזק גוף או רכוש שנגרם, למשל, לדייגים תושבי עזה בשל אכיפה רשלנית (לרבות, למשל, מעצר אלים או החרמת ספינה ללא עילה) או ירי המפר את הוראות הפתיחה באש באשר לשטח הדייג המותר, עדיין יאפשר למדינה לחסות תחת משטר החסינות. למעלה מזאת, לפי גישה זו אף מעשים שעלולים להוות דבר עבירה, החל במעשה ביזה שביצעו חיילים במהלך פלישה לרצועה ועד ירי מכוון וללא הצדקה שגרם נזק גוף או מוות, עדיין יחסו תחת משטר החסינות.

18. לפי גישת פסק הדין, די בעובדה כי המבקש נורה מאש הצבא במרחק של חצי קילומטר מהגדר, גם אם שהה בשטח פרטי וללא קשר לעימות אקטיבי, כדי "להעיד" על אופי הקשור "בקשר הדוק לעימות", כאילו לא מדובר בקטיף תמים שחייו רוסקו לצמיתות תוך כדי חגיגות יום הולדתו ה-15 וכאילו רצועת עזה היא מקום מרווח ביותר שאין לצפות שאנשים חפים מפשע יהיו במרחק של כחצי קילומטר מהגדר.

19. אמנם, בפסק הדין ניכרות גישות שונות במעט של שופטי ההרכב, אולם גישות אלה אינן עולות כדי מחלוקות ביחס לקביעה העקרונית שסעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים הוא חוקתי וניתן ליישמו ולהעניק למדינה חסינות במקרים מסוג המקרה דנן שבהם נפגע מאש הצבא תושב עזה שאינו מעורב באירוע מלחמתי כלשהו. השוני בין גישת השופט סולברג והשופט גרוסקופף אך ורק מחזק את המסקנה כי מדובר בקביעת הלכה חדשה שמעלה סוגיות חשובות וקשות המצדיקות עריכת דיון נוסף.

20. המשנה לנשיאה (בדימי) הנדל, שהצטרף למסקנה כי יש לדחות את הערעור וכן להערוך השופט גרוסקופף, העיר כי "הייתי מבהיר כי להשקפתי, אין בתוצאה של דחיית ערעור זה כדי להביע עמדה, לכאן או לכאן, אם יוגש הליך של תקיפה ישירה נגד החוק הרלוונטי – ואף אם יהיה שינוי בתשתית העובדתית, במקרים פרטניים בעתיד". ואולם, הערות אלה לא אומצו על-ידי השופט סולברג או השופט גרוסקופף, שערכו ניתוח חוקתי מקיף והגיעו לכלל מסקנה כי תיקון החוק חוקתי וניתן להחילו על קטגוריה רחבה ביותר של מקרים מסוג המקרה שנידון בפסק הדין. במילים אחרות, פסק הדין מושא עתירה זו אשרר את חוקתיות הסעיף הנדון וקביעתו מחייבת ומנחה את כל הערכאות השיפוטיות.

21. לפיכך, קיים, לכל הפחות, יסוד אובייקטיבי לסבור כי בית המשפט פסק במקרה זה הלכה חדשה שתחייב ערכאות נמוכות יותר באופן המאפשר ומצדיק קיום דיון נוסף (ראו, לעניין זה, יגאל מרזל "סעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה – 'דיון נוסף' בדיון הנוסף" **ספר דורית ביניש** 240, 181 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018)).

22. ואכן, לא בכדי פרסם בית המשפט העליון תקציר רשמי כפי שנהוג לעשות במקרים דומים שקובעים הלכה חדשה. תקציר זה חוזר ומאשרר כי "עניינו של פסק הדין בשאלת חוקתיותו של ההסדר הפוטר את המדינה מאחריות נזיקית, על נזקים הנגרמים על-ידה לתושבי רצועת עזה. הערעור נדחה, תוך שנקבע כי ההסדר הפוטר את המדינה מאחריות נזיקית כלפי תושבי רצועת עזה הוא חוקתי בעניין הנדון".

23. הנה כי כן, פסק הדין מושא בקשה זו קובע הלכה חדשה באופן המאפשר ומצדיק קיומו של דיון נוסף.

ההלכה החדשה עומדת בסתירה להלכות קודמות של בית המשפט העליון

24. פסק הדין מושא עתירה זו עומד בסתירה חזיתית לקביעות החוקתיות שנפסקו בעניין **עדאלה**. שם נקבע, בהרכב מורחב של שבעה שופטים, כי תיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים אינו עומד במבחני המידתיות, שכן משטר החסינות הגורף שנקבע בו אינו כפוף לבדיקה פרטנית הבוחנת האם מדובר בפעולה מלחמתית:

"[תיקון מס' 7] שולל אחריות בנזיקין לכל נזק שנגרם באזור עימות על ידי כוחות הביטחון, גם בגין מעשים שנעשו שלא על ידי פעולה מלחמתית של כוחות הביטחון. הרחבה זו של היעדר אחריות המדינה אינה חוקתית. היא אינה נוקטת באמצעי שפגיעתו פחותה, ושעניינו היעדר אחריות בגין פעולות מלחמתיות. היא משחררת את המדינה ממעשי נזיקין שבינם לבין פעולה מלחמתית – תהא הגדרתה רחבה ככל שתהא – אין ולא כלום" (עניין **עדאלה**, בפס' 35; ההדגשות הוספו)

25. בניגוד לכך, פסק הדין בענייננו מגיע למסקנה כי ההסדר הגורף שנקבע במסגרת תיקון מס' 8 עומד במבחני המידתיות ומקיים את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה אף על פי שמדובר בהסדר גורף. בית המשפט מנסה לעגן פער זה ולהכשיר את השימוש בגורפות ביחס לכלל תושבי רצועת עזה תוך הישענות על האבחנה בין "אזור עימות" ובין "שטח אויב". באמצעות אבחנה זו משנה פסק הדין בענייננו מקצה לקצה את האיזון החוקתי שבית המשפט קבע בעניין **עדאלה**. השופט סולברג מציין באופן מפורש כי עצם הסיווג משנה את האיזון החוקתי: "משמדובר בתביעות של נתיני אויב או תושבי שטח אויב, מערך השיקולים משתנה, וקיימת הצדקה לקבוע חסינות גורפת, ולא לברר תביעות מסוג זה" (פס' 116 לחוות דעתו של השופט סולברג).

26. ואולם, אבחנה חדשה זו אינה נתמכת בפסיקה, היא בוודאי לא יכולה לבסס שינוי כה קיצוני באיזון החוקתי והיא חותרת תחת הקביעות החוקתיות העקרוניות של בית המשפט בעניין **עדאלה** באופן שעולה כדי סתירה. עניין **עדאלה** ציין באופן מפורש כאמור כי "גם אם התפיסה הלוחמתית של ישראל בו [חבל עזה] נסתיימה כטענת המדינה, אין צידוק לשחרור גורף מאחריותה בנזיקין" (שם, בפס' 36). **פסק הדין סותר קביעה זו באופן חזיתי ומתייחס אליה בביטול כאילו מדובר בזוטות שאין ליחס להן כל משקל משמעותי.**

27. כמו כן, הקביעה לפיה "הדרך המידתית היא בבחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה. בחינה זו תבדוק אם המקרה נופל לגדרה של 'פעולה מלחמתית'" (פסי' 37 לעניין **עדאלה**) מהווה עקרון שתקף באותה מידה לגבי רצועת עזה ואין להסיק כי עצם סיווג זה משנה את המערך החוקתי לעניין הנקיטה באמצעי שפגיעתו פחותה. גזירת מסקנה שונה בתכלית, אך ורק בשל ההכרזה על שטח רצועת עזה כ"שטח אויב", לא רק שאינה מתיישבת עם הקביעות בעניין **עדאלה** כי אם גם אינה מתיישבת עם דיני הלחימה ועקרון ההבחנה.
28. ואכן, על שינוי משמעותי זה עמדו המלומדים המומחים למשפט בינלאומי, פרופ' יובל שני ופרופ' עמיחי כהן, בצינים במאמר שפרסמו לאחרונה בעקבות פסק הדין כי:

This is a significant change compared to the court's position in Benni Uda and Adalah, in which then-Supreme Court President Aharon Barak (who wrote the leading decision in both cases) insisted on a case-by-case review of the features of the tort claims brought, so as to ascertain whether the application of the "act of war" immunity is justified by factors such as special risk, high stakes, chaotic conditions, limited access to the scene, and the like.

ראו: Yuval Shani & Amichai Cohen, Moving Toward Blanket Immunity: Israeli Supreme Court Blocks Gaza Tort Cases, Lawfare (26 July, 2022) <https://www.lawfareblog.com/moving-toward-blanket-immunity-israeli-supreme-court-blocks-gaza-tort-cases> (להלן: שני וכהן).

29. נזכיר, כי סיווג זה של רצועת עזה כ"שטח אויב" נכנס לתוקף באופן רטרואקטיבי אך ורק בסוף שנת 2014, שנים לאחר ההתנקות הישראלית מעזה ועליית שלטון חמאס שם. בסמוך לאחר ההכרזה, בסוף שנת 2014, בית משפט זה עוד פסק והכיר בזכות תושבי עזה לתבוע בנוזיקין את המדינה וכנגזרת מכך את הצורך לאפשר ככל הניתן את גישתם הפיזית לערכאות של תושבי עזה התובעים בנוזיקין (בג"ץ 7042/12 **אבו דקה נ' שר הפנים** (16.12.2014)). שם, נפתח פסק הדין בצורה הבאה: "כיצד תובטח מעשית אפשרות תביעה של תושבי רצועת עזה – המבקשים לתבוע נזקים ממדינת ישראל? משהוכרה זכות זו כשלעצמה בפסיקה מכבר, השאלה היא מימושה בתוך אילוצי ביטחון מובנים היוצרים הגבלות על כניסת תושבי עזה לישראל".
30. הטבלה שלהלן מדגימה את הפער שנפער והסתירות שמתחורות בין פסק הדין מושא עתירה זו ובין קביעות בית המשפט בעניין **עדאלה**:

פסק הדין מושא עתירה זו	עניין עדאלה	חוקתיות תיקון החוק
"יש לקבוע כי ההסדר החוקי – הריהו חוקתי; משלא נמצאה עילה מבוררת להורות על בטלותו" (פסי' 135 לחוות דעת השופט סולברג)	"הרחבה זו של היעדר אחריות המדינה אינה חוקתית. היא אינה נוקטת באמצעי שפגיעתו פחותה, ושעניינו היעדר אחריות בגין פעולות מלחמתיות. היא משחררת את המדינה ממעשי נזיקין שבינם לבין	

<p>"מקובלת עלי מסקנתו של חברי, השופט סולברג, כי הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה, המעוגן בסעיף 5ב(א)(1) לחוק, עומד במבחני פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (פס' 23 לחוות דעת השופט גרוסקופף)</p>	<p>פעולה מלחמתית – תהא הגדרתה רחבה ככל שתהא – אין ולא כלום" (פס' 35)</p>	
<p>" בעניין זה – דעתי שונה. לגבי דידי, אין להקיש מדברי הנשיא ברק בעניין עדאלה, לעניין שלפנינו. [...] הטענה שלפיה תיקון מספר 8, שולל מתושבי עזה זכות שהיתה בידם, להגשת תביעת נזיקין – כלל אינה נקייה מספקות; היא לוקה בהנחת המבוקש." (פס' 74 לחוות דעת השופט סולברג)</p>	<p>"הזכויות של תושבי האזור, אשר תיקון מס' 7 פוגע בהן, הן זכויות המוקנות להם בישראל. אלה הם זכויותיהם, על פי המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי. לפיו, בהתקיים הנסיבות המתאימות, ניתן לתבוע בישראל, ועל-פי דיני הנזיקין הישראליים, גם בגין עוולה אשר בוצעה מחוץ לישראל." (פס' 23)</p>	<p>הזכות להגשת תביעה נזיקית</p>
<p>"בניגוד לעניין עדאלה, שבו נדונה הוראת חוק החלה בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, הרי שבעניינינו, משמדובר בתביעות של נתיני אויב או תושבי שטח אויב, מערך השיקולים משתנה, וקיימת הצדקה לקבוע חסינות גורפת, ולא לברר תביעות מסוג זה." (פס' 116 לחוות דעת השופט סולברג)</p>	<p>"האם מקיים סעיף 5ג לתיקון מס' 7 את מבחן המשנה השני של המידתיות? על פי מבחן זה, על החוק לנקוט באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. האם סעיף 5ג מקיים דרישה זו? תשובתי הינה בשלילה." (פס' 35)</p>	<p>מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה</p>
<p>"מחמת שינוי מצבה של רצועת עזה לרעה, הרי שיש ליתן יחס שונה לתביעות תושבי עזה, בשונה מתושבי יהודה ושומרון" (פס' 111 לחוות דעת השופט סולברג)</p> <p>"סבורני, אם כן, כי בנסיבותיה של עזה כיום, התכלית של 'מניעת סיוע לאויב', העומדת ביסוד הכלל שלפיו אין מבררים תביעת אויב, נכונה לגבי כל תושביה, ולא</p>	<p>"גם אם התפיסה הלוחמתית של ישראל בו [חבל עזה] נסתיימה כטענת המדינה, אין צידוק לשחרור גורף מאחריותה בנזיקין" (פס' 36)</p>	<p>מעמד רצועת עזה לאחר ההתנקות והשלכתו על משטר החסינות בנזיקין</p>

<p>רק כלפי פעילי הטרור עצמם." (פס' 120 לחוות דעת השופט סולברג)</p>		
<p>"אין הצדקה לניהול התדיינות ארוכה בהליך דן לצורך בחינת השאלה האם הירי הנטען בוצע כחלק מפעולה מלחמתית" (פס' 20 לחוות דעת השופט גרוסקופף)</p> <p>"אינני סבור כי בדיקה פרטנית, תגשים גם את התכלית הנוספת שעליה עמדת לעיל, בדבר התאמת דיני הנזיקין למצבי מלחמה, במידה שוות-ערך לזו המושגת באמצעות קביעת כלל גורף. כל כך למה? מפני שעצם בירור השאלה, אם מדובר בפעולה מלחמתית, אם לאו, פוגע כבר כשלעצמו בתכלית זו." (פס' 126 לחוות דעת השופט סולברג)</p>	<p>"שלילה גורפת של אחריות המדינה מייתרת את הצורך לנהל הליכים רבים במסגרתם נדרשת המדינה להוכיח כי נזקים בגינם היא נתבעת נגרמו על-ידי פעולות מלחמתיות. אלא שתועלת זו לאינטרס הציבורי – תועלת שעיקרה חסכון במשאבים מינהליים – אינה מידתית בהשוואה לנזק לפרטים השונים, שנגרם על ידי פעולות שאינן מלחמתיות. נזק זה הוא לעתים קרובות עמוק וכואב. ניזוקים נפגעים קשות; הם הופכים להיות נכים קשים; יכולתם להתפרנס נפגעת קשות. כל אלה – ונטילת החיים עצמם, כמובן – אינם שקולים כנגד התועלת המוגבלת הצומחת משחרור המדינה מאחריות – וממילא מהצורך להגן על עמדתה בבית משפט – במקום שהנזק נגרם על ידי פעולה מלחמתית ופעולה שאינה מלחמתית" (פס' 41)</p>	<p>גורפות ההסדר והיעדר בחינה אינדיבידואלית</p>
<p>חריגים אלו, מחזקים אפוא את העמדה, כי פגיעתו הנטענת של סעיף 5ב(א)(1) לחוק – היא מידתית. (פס' 128 לחוות דעת השופט סולברג)</p>	<p>האם יש בסייגים אלה שנקבעו להסדר הכללי הקבוע בסעיף 5ג כדי להצילו מחוסר מידתיות? האם יש בהם כדי לשנות את המסקנה בעניין תנאי המשנה השני? תשובתי על שאלה זו היא בשלילה. אין בסייגים ובחריגים אלה כדי להוות חלופה פוגעת פחות בזכויות האדם (פס' 39)</p>	<p>השלכת הסייגים לפטור מאחריות מדינה בניזיקין על מידתיות ההסדר</p>
<p>"בניגוד לעניין עדאלה, בנסיבות ענייננו, יש לקבוע כי מבחן-המשנה השלישי מתקיים-גם-מתקיים; האיזון שעל-פי ההסדר החוקי – ראוי ושקול, והוא אינו חורג מ'מתחם המידתיות'" (פס' 132 לחוות דעת השופט סולברג)</p>	<p>"האם מקיים סעיף 5ג לתיקון מס' 7 את מבחן המשנה השלישי של המידתיות, שעניינו המידתיות במובן הצר? [...] לא" (פס' 40)</p>	<p>מבחן המידתיות במובן הצר</p>

פסק הדין סותר הלכות מושרשות אחרות

31. פסק הדין לא רק חותר תחת הקביעות שנפסקו בעניין **עדאלה** כי אם עושה זאת תוך הענקת פרשנות מרחיבה וקיצונית לדוקטרינת "נתיני אויב" שתחולתה תוחמה בעניין **דיראני**. שם, נקבע כי ניתן להחיל דוקטרינה זו ביחס ל"פעיל בארגון טרור השוהה במדינה זרה, כל עוד נמשך העימות המזוין עם ארגון הטרור" (שם, בפס' 103 לחוות דעת הנשיא גרוניס). פסק הדין בעניין **דיראני** הדגיש כי אין להחיל את הדוקטרינה הזו באופן גורף על כל "נתיני אויב" כי אם יש מקום להחילה על מי שהיה פעיל בעבר בארגון המוגדר כארגון טרור, השוהה במדינה זרה (אף אם כזו המוגדרת מדינת אויב), וחזר לפעילות זו. דעת הרוב מפי הנשיא גרוניס אף ציינה שם כי צמצום היקף הכלל עולה בקנה אחד עם הדרישה לבחירה באמצעי שפגיעתו פחותה:

"צמצום היקפו של הכלל במשפט המקובל, כפי שהוא מוחל במהלך עימות מזוין עם ארגון טרור, לתובעים שהם פעילים בארגוני טרור במדינה זרה, ואי-החלתו על תושבי המדינה הזרה כולם, מהווים גם הם בחירה באמצעי שפגיעתו בזכויות הפרט היא פחותה" (שם, בפס' 73 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס; ההדגשות הוספו)

32. כמו כן, השופט (כתוארו אז) מלצר—שכתב את דעת המיעוט בפסק הדין מושא הדיון הנוסף בעניין **דיראני** ושאומצה לאחר מכן על-ידי הנשיא גרוניס—הדגיש בחוות דעתו בדיון הנוסף כי התפתחותה של הדוקטרינה במשפט המקובל הצמיחה בד בבד חריגים לחסימת התביעה, בין היתר "כאשר מדובר בתביעה אזרחית של נתין מדינת אויב שאיננה מצויה במצב מלחמה מוכרז עם המדינה שבה הוא הגיש את תביעתו, ואפילו זו מנהלת "עימות מזוין" עם מדינתו, ובלבד שתביעתו לא כרוכה בעימות זה" (שם, בפס' 10 לחוות דעתו השופט (כתוארו אז) מלצר).

33. בניגוד לאמור בפסק הדין בעניין **דיראני**, פסק הדין מושא עתירה זו מפרש את תחולתה של דוקטרינת "נתיני אויב" באופן מרחיב ביותר ומבקש להסיק מעניין **דיראני** את מה שלא נאמר בו ולהצדיק חסימת תביעות גורפת של כל נתיני רצועת עזה באשר הם נתיני רצועת עזה, ללא קשר למצב לחימה אקטיבי או הכרזת מלחמה. הדברים ניכרים מדברי השופט סולברג שמציין:

"הכלל מהמשפט המקובל אמנם הותאם למצבי לחימה מול הטרור, באופן שתחולתו צומצמה לפעילים לוחמים בלבד, אך כפי שאפרט בהמשך, בנסיבות העימות המזוין המתמשך עם רצועת עזה, דומה בעיני, כי גם לפי אמות המידה שנקבעו בעניין דיראני, יש מקום להחיל את הכלל האמור, ביחס לכלל תושבי הרצועה." (פס' 75 לחוות דעת השופט סולברג בפסק הדין מושא עתירה זו; ההדגשה הוספה)

וכן בהמשך מתחדדת הקריאה המרחיבה לקביעות בעניין **דיראני**:

"לאחר פסק הדין בעניין עדאלה, נקבעה הלכה נוספת בעניין דיראני, שלפיה, הכלל כי 'אין מבררים תביעת אויב' הוא חלק מהמשפט הישראלי. אמנם נקבע, כי יש להתאים את הכלל לעידן הנוכחי, לנסיבות של לחימה מול ארגון טרור הפועל משטחה של מדינה זרה, אך לצד זאת, תחולתו הגורפת ביחס לנתיני מדינת אויב – לא בוטלה, ובוודאי שלא נקבע שם, כי כלל גורף הוא פסול בכל סיטואציה." (שם, בפס' 122)

קונסטרוקציה משפטית זו, המחלצת מעניין **דיראני** קביעות על דרך השלילה, סוטה מהלכות קודמות באופן שעולה כדי סתירה ומעוררת קושי באופן שמצדיק עריכת דיון נוסף.

34. למעלה מזאת, פסק הדין מייצר מעמד כלאיים משפטי לרצועת עזה. זאת, בשונה מ"מדינת אויב" כפי שנקבע בעניין **דיראני** (להבחנה זו ראו פס' 120 לחוות דעתו של השופט סולברג) וכן בשונה מהגדה המערבית כפי שנקבע בעניין **עדאלה**. פסק הדין אינו מכיר בכל חובה משפטית של המדינה כלפי הרצועה שחורגת מיחסי אויבות ומצב עימות, באופן שעומד במתח עם פסיקות קודמות.
35. כך למשל, במסגרת בג"ץ 9132/07 **אלבסיוני נ' ראש הממשלה** (30.1.2008) (להלן: עניין **אלבסיוני**) נקבע כי אמנם המדינה אינה שולטת ברצועה בתפיסה לוחמתית, אולם עדיין מוטלות עליה חובות מהמשפט הבינלאומי ההומניטארי הקשורים, למשל, בצרכי החשמל החיוניים של תושבי הרצועה. פסק הדין בענייננו מכחיש, למעשה, כל חובה כאמור שחורגת מהמסגרת האנליטית של "יחסי איבה".
36. גישה זו אף אינה מתיישבת עם פסק דינו של בית משפט זה בעניין בג"ץ 5693/18 **ציאם נ' ראש הממשלה** (26.8.2018) (להלן: עניין **ציאם**), שם נפסלה ההחלטה למנוע מנשים פלסטיניות שהן קרובות משפחה מדרגה ראשונה של אנשי חמאס להיכנס לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי מציל חיים. בתוך כך, נקבע כי הכלל הגורף אינו עולה בקנה אחד עם חובת הבחינה הפרטנית. נשאלת השאלה: אם בית משפט זה אימץ את כלל הבחינה הפרטנית גם ביחס לקרובי משפחה מדרגה ראשונה של פעילי חמאס ודחה מדיניות ענישה בשל קרבה משפחתית שמטרתה הייתה לקדם תכלית שהוסכם שם כי היא תכלית לראויה, כיצד ניתן להצדיק כלל המרחיב את מעגל הענישה הקולקטיבית לעבר כל תושבי עזה אך ורק בשל היותם תושבי עזה? מדובר אם כן בפער בין פסק הדין בענייננו ובין פסק הדין בעניין **ציאם** שעולה כדי סתירה.
37. גישת פסק הדין בענייננו סוטה אף מפסק הדין ב-בג"ץ 3003-18 **יש דין נ' ראש המטה הכללי של צה"ל** (24.5.2018) (להלן: עניין **יש דין**), שם נקבע כי יש להבחין בין תחולת שתי פרדיגמות שונות לצורך השימוש בכוח צבאי ברצועת עזה: פרדיגמת "פעולות האיבה" ופרדיגמת "אכיפת החוק". הבחנה זו מלמדת כי לא כל פעולות הצבא ברצועת עזה חוסות תחת הקטגוריה של התמודדות עם "פעולות איבה" וייתכן שפעילות הצבא תסווג כ"שמירת הסדר והביטחון הציבורי", כלומר, תטה במהותה כלפי סמכויות שיטוריות.
- בניגוד לגישה זו, פסק הדין מושא עתירה זו אינו מכיר בכל אבחנה וקובע כי עיקר הממשקים הם ממשקי איבה ועימות, במהלך כל תקופת ההכרזה ואף ייתכן שהחל מעליית שלטון החמאס בעזה קודם להכרזה (ר' פס' 75 לחוות דעתו של השופט סולברג), גם כאשר הצבא מתמודד עם אוכלוסייה אזרחית לא חמושה ושלא כחלק מעימות אקטיבי.
38. נזכיר, כי על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי אזרחים זכאים להגנה, חלה חובה להבחין בינם לבין לוחמים, חלה חובה לנהוג במידתיות במסגרת דיני המלחמה וכן חלה חובת פיצוי על נזקים שנגרמו לאזרחים מוגנים, כפי שיורחב בהמשך. פסק הדין בענייננו חורג גם מהוראות אלה.
39. בהקשר זה, יצוין כי אף פסק הדין בעניין החיסולים הממוקדים בבג"ץ 769/02 **הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סב(1) 507 (14.12.2006) (להלן: פרשת **הסיכולים הממוקדים**) הכיר באפשרות ליתן פיצוי אישי בגין פגיעה באזרח תמים ואף דרש לשקול פיצוי כאמור כחלק מהתנאים שהוצבו לחוקיות תופעת הסיכולים הממוקדים (שם, בפס' 40 לחוות דעתו של הנשיא (בדמי') ברק). בית המשפט נסמך בקביעה זו על הוראות המשפט הבינלאומי.

40. פסק הדין הוא כה מרחיק לכת מכל הקביעות הנ"ל עד כדי כך שפוטר את המדינה מלשקול אף אם מדובר בפעולה מלחמתית ואינו מכיר בזכות לפיצוי אישי כלל. מדובר, אם כן, באימוץ גישה קיצונית של ענישה קולקטיבית הנסמכת על תזה לפיה כל נתין של רצועת עזה הוא "נתין אויב" ללא קשר למהות המעשה.

41. לסיכום פרק זה, פסק הדין בענייננו אינו מתיישב עם שורה של קביעות חוקתיות חשובות בפסיקתו של בית משפט זה באופן שעולה כדי קביעת הלכה חדשה שסותרת הלכה קודמת של בית המשפט: החל מפסק הדין בעניין **עדאלה**, עובר בפסק הדין בעניין **זיראני**, וכלה בפסקי הדין בעניין **אלבסיוני**, **ציאם**, **יש דין**, ופרשת **הסיכולים הממוקדים**. משכך, מתבקש בית המשפט לקיים בענייננו דיון נוסף ולקבוע כי הענקת פטור גורף מברור תביעות בנוזיקין של תושבי רצועת עזה באשר הם, ללא בחינה פרטנית, היא לא חוקתית.

ההלכה שנקבעה מצדיקה קיום דיון נוסף בשל חשיבותה, קשיותה או חידושה

42. העילה השנייה מכוחה נתונה לבית המשפט הסמכות לקיים דיון נוסף עניינה בהלכה שמפאת "חשיבותה, קשיותה או חידושה" יש מקום לקיים בה דיון נוסף. פסק הדין מקיים, לכל הפחות, את כל החלופות שנקבעו בעילה השנייה לקיום דיון נוסף, בנפרד ובמצטבר. שכן, ברי כי פסק הדין קובע הלכה חשובה שכרוכה בקשיים וחידושים הסוטים מפסיקה קודמת ודי באמור בפרק הקודם כדי לקיים את התנאים לעריכת דיון נוסף על פי העילה השנייה, גם אם בית המשפט לא ישתכנע שמדובר בסתירה חזיתית ממש של הלכות קודמות.

43. **חשיבות ההלכה**. קשה לחלוק על כך שפסק הדין בענייננו מעלה ומכריע בסוגיה חשובה: חוקתיות ההסדר השולל מתושבי רצועת עזה את הזכות לתבוע בנוזיקין את המדינה. פסק הדין, המשתרע על פני למעלה מ-90 עמודים וכולל ניתוח חוקתי מקיף, קובע כי הסדר זה שנקבע בתיקון מס' 8 הוא חוקתי ומאפשר לדחות על הסף תביעות כגון זו שנדונה בענייננו.

44. חשיבות סוגיה זו היא ברורה לאור העובדה שהיא שוללת באופן גורף את זכותם של ניזוקים לתבוע את המדינה, זכות שהוכרה בעניין **עדאלה** כזכות חוקתית שמהווה חלק מהזכות לקניין שמוקנית גם לתושבים פלסטינים בבואם לתבוע בישראל ואשר פגיעה בה מצריכה עמידה באמות המידה החוקתיים (פס' 23 לחוות דעת הנשיא (בדימו') ברק).

45. גופים בינלאומיים רשמיים הכירו גם הם בחשיבות הסוגיה שעל הפרק. כך למשל, וועדת החקירה הבינלאומית העצמאית מטעם האו"ם לעניין ההפגנות בעזה עמדה על חשיבות פסק הדין, כבר בשלב פסיקת בית המשפט המחוזי, בצינה בדו"ח שפרסמה במרץ 2019 (להלן: דו"ח וועדת החקירה הבינלאומית העצמאית) כי "The importance of this ruling is thus difficult to overstate" (עוד על הקביעות בדו"ח זה בהמשך).

== דו"ח וועדת החקירה הבינלאומית העצמאית מטעם האו"ם לעניין ההפגנות בעזה בשנת 2018 זמין כאן: https://www.ohchr.org/sites/default/files/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session40/Documents/A_HRC_40_74_CRP2.pdf

46. על חשיבות סוגיה זו ניתן גם ללמוד על דרך ההשוואה: בעניין **עדאלה**, שבו נדונה חוקתיות תיקון מס' 7 שעוסק בהסדר דומה של חסינות מדינה גורפת, ראה בית המשפט לנכון לפסוק בו בהרכב מורחב של שבעה שופטים. כמו כן, בעניין **דיראני**, שדן בסוגיה משיקה לענייננו שעוסקת בזכאות לפיצוי של לוחם פעיל בארגון שהוגדר כארגון טרור, ראה בית המשפט לנכון לקיים דיון נוסף בסוגיה.

47. בהקשר זה, יוזכר כי בית משפט זה לא ייחס חשיבות פחותה למקרים שבהם התעוררה סוגיה חוקתית בהליך של תקיפה עקיפה. אך לאחרונה בית המשפט פסק, בהרכב מורחב, בסוגיה עקרונית שהתעוררה בהליך של תקיפה עקיפה שעניינה בחוקתיות תיקון החוק המאפשר שלילת אזרחות בעילת הפרת אמונים (עניין **זיוד הנ"ל**). בשונה מעניין **זיוד**, שם צורפה הכנסת להליך בשלב שבו הגיע את לבית המשפט העליון, במקרה מושא העתירה שבכותבת, הטענה לאי-חוקתיות הסדר החסינות שנקבע בתיקון מס' 8 הועלתה כבר בשלב מקדים של ההליך והכנסת צורפה להליך כבר אז והביעה את עמדתה בהרחבה.

48. **החידוש בפסק הדין**. פסק הדין לא רק מחדש בכך שהוא סותר וסוטה מהלכות קודמות אלא גם קולט תזה קיצונית לדין הישראלי לפיה כל תושבי רצועת עזה באשר הם—ילדים, נשים, קשישים או אזרחים תמימים אחרים—הם ה"אויב" שלא זכאי להגנה משפטית אזרחית.

49. ראשית, פסק הדין מחדש כאמור בקביעה כי ניתן להחיל בענייננו כלל גורף המעניק חסינות מדינה מתביעות. על חידוש זה שעולה כדי סתירה ממש של ההלכה בעניין **עדאלה**, עמדו פרופ' יובל שני ופרופ' עמיחי כהן, בציינם בחלק המצוטט לעיל כי: "This is a significant change compared to the court's position in 'Benni Uda and Adalah'". ואכן, די בקביעת כלל גורף, באופן שמנוגד לפסיקת בית המשפט בהרכב מורחב, כדי לקיים את עילת החידוש בפסק הדין המצדיקה קיום דיון נוסף.

50. שנית, בית המשפט מאמץ גישה חדשה לפיה התכלית העיקרית שעומדת במרכז תיקון מס' 8 היא לא רק התאמת דיני הנזיקין למצב מלחמה, אם כי מניעת "סיוע כלכלי או מוראלי לאויב" ובתוך כך כולל את כל תושבי רצועת עזה (בשונה, למשל מהקביעות בעניין **דיראני**), כאילו סיוע או סעד כלשהו לתושבי עזה בהכרח שקול למתן "סיוע כלכלי או מוראלי לאויב". מלבד זאת שקביעה זו כרוכה בדה-הומניזציה ברוטלית, כאילו מתן פיצוי בגין נזקי גוף לאנשים תמימים שחייהם נהרסו מהווה "סיוע לאויב", הרי שפסק הדין קובע, לראשונה, שתושבי עזה אינם נחשבים לתושבים מוגנים לפי המשפט הבינלאומי. כך למשל, השופט סולברג קובע כי "**בנדון דידן עסקינן בנתיני מדינת אויב או תושבי שטח אויב, שאינם 'תושבים מוגנים'**" (פס' 85 לחוות דעת השופט סולברג). ואכן מעולם לא נקבעה קביעה כה גורפת כלפי תושבי עזה.

51. לעולם לא נקבע בפסיקה כי ניתן לנקוט בכלל כה גורף ולמעשה נקבע ההפך בפסק הדין בעניין **עדאלה**. כמו כן, לעולם לא נקבע בפסיקה כי תושבי רצועת עזה אינם תושבים מוגנים במובן המשפט הבינלאומי; כי עקרון ההבחנה אינו חל עליהם; כי חובות מהמשפט הבינלאומי מתאימות וכי ישראל אינה מחויבת בהגנה ומתן סעד לאוכלסייה האזרחית בשטח רצועת עזה גם כאשר הדבר הוא בשליטתה המלאה. מטעמים אלה לבדם, ראוי לקיים דיון נוסף.

52. **הקושי הכרוך בהלכה**. ההלכה שנקבעה היא קשה הן בשל שלילת סעד אפקטיבי מתושבי רצועת עזה והן בשל עמידתה בסתירה ומתח עם הוראות המשפט הבינלאומי. קושי זה מתחדד נוכח המקרה הנדון בענייננו

שבו ניכר כי גם נערים לא מעורבים שנפגעו מירי לא חוקי בעליל ולא ניתן להצדקה ושלא על רקע עימות קונקרטי כלשהו, עדיין לא יהיו זכאים לתבוע את נזקם. על קושי זה עמדו המלומדים שני וכהן במאמרם הנ"ל, בציינם כי :

The outcome of the case leaves individuals harmed outside active theaters of hostilities bereft of a tort remedy, **even when their injury was clearly unjustified and/or unlawful, and even when its connection to the armed conflict is rather tenuous**

53. בהמשך, עומדים המלומדים שני וכהן על כך שפסק הדין בענייננו הוא בעייתי גם בבחינת הדין הבינלאומי, שכן הוא מאמץ גישה מיושנת של המשפט הבינלאומי ומותיר את הקורבנות ללא סעד אפקטיבי :

From an international law perspective, the outcome of the Anonymous case is highly problematic. It leaves victims of a potential violation of both international human rights law (IHRL)—for instance, victims directly impacted by IDF cross-border fire—and IHL, which protects civilians like the claimant, **without effective remedy**. The court's reference to the duty of each party to the conflict to address harms caused to their own residents represents a largely **outdated version of international law**, and certainly an ineffective one in the context of the situation in Gaza.

54. על חשיבות מתן סעד אפקטיבי ועל החובה לפצות את הקורבנות והניזוקים האישיים שנגרם להם נזק בעקבות פעולה מדינתית שהפרה את הדין הבינלאומי, עמד בית המשפט הבינלאומי לצדק בחוות דעתו בעניין חוקיות הגדר (בעמ' 198, בפס' 152) :

[G]iven that the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory has, *inter alia*, entailed the requisition and destruction of homes, businesses and agricultural holdings, **the Court finds further that Israel has the obligation to make reparation for the damage caused to all the natural or legal persons concerned.**

ראו : Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ, Advisory Opinion (2004), p. 198, para 152.

55. ואכן, תקנה 3 לתקנות האג, סעיף 148 לאמנת ג'נבה הרביעית וסעיף 91 לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ג'נבה, משנת 1977, מעגנים היטב את הזכות לפיצויים וסעד אפקטיבי בגין הפרות, אף בזמן מלחמה. דו"ח וועדת החקירה הבינלאומית העצמאית עמד אף הוא על החובה לפי הדין הבינלאומי להבטיח סעד אפקטיבי לקורבנות והתייחס לכך שפסק הדין של בית המשפט המחוזי בענייננו מותיר את הקורבנות ללא כל סעד אפקטיבי (דו"ח וועדת החקירה העצמאית, בעמ' 217-218) :

Human rights law requires States to ensure that effective remedies, including reparation, are available to victims of violations. This obligation does not depend on where the victim resides. The Commission found that recent developments in the Israeli legal system severely hamper Gazan residents' capacity to pursue domestic recourse. For example, **in November 2018, the District Court of Be'er Sheva rejected the compensation claim of a Gazan resident**, 15 year old Atiyeh Nabaheen. Atiyeh was shot in November 2014 by the IDF while he was on his family's property near Al-Bureij, 500 meters from the fence between Israel and the Gaza Strip. As a result of the shooting, Atiyeh is a quadriplegic.

ובהמשך :

The ruling, and the law on which it is based, excludes Gazan residents from eligibility for compensation under the law, without examining the harm itself. **In doing so, Gazan victims of violations are denied the main avenue to fulfil their right to 'effective legal remedy' from Israel that is guaranteed to them under international law. The Commission is unaware of any alternative mechanism employed by Israel to compensate Palestinian victims for damage caused unlawfully by the security forces.** The importance of this ruling is thus difficult to overstate.

56. אם כן, פסק הדין עומד באופן מפורש במתח עם הוראות המשפט הבינלאומי ואינו מאפשר לתושבים העזתיים קבלת סעד אפקטיבי, גם אם מדובר במעשה על-ידי הצבא שעולה לדבר עבירה וגם במקרים שלא מדובר במעשה שנעשה כחלק מעימות קונקרטי כלשהו שעולה כדי פעולה מלחמתית כהגדרתה בחוק.

סוף דבר

על יסוד כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט להורות על קיום דיון נוסף בהליך זה.

רביע אגבריה, עו"ד
ב"כ המבקשים

חיפה, 24.8.2022