



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 993/19

לפני: כבוד המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערער: פלוני

נגד

המשיבות: 1. מדינת ישראל - משרד הביטחון
2. הכנסת

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע
מיום 4.11.2018 בת"א 45043-05-16 שניתן על ידי כבוד
השופט ש' פרידלנדר

תאריך הישיבה: ד' בתמוז התשפ"א (14.6.2021)

בשם המערער: עו"ד סאוסן זהר

בשם המשיבה 1: עו"ד מלי אומיד ברגר

בשם המשיבה 2: עו"ד אביטל סומפולינסקי

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

תוכן עניינים

2	פתח דבר
3	א. רקע עובדתי
3	ב. עיקרי פסק הדין של בית המשפט המחוזי
6	ג. טענות הצדדים
6	ג.1. עיקרי טענות המערער
8	ג.2. עיקרי טענות המשיבות
11	ג.3. סיכומי התשובה של המערער
11	ד. דיון והכרעה

11	1. ד. רקע עובדתי ונורמטיבי
11	ד.1.1. חסינות המדינה בגין 'נזקי מלחמה' על פי חוק הנזיקים האזרחיים
19	ד.1.2. פרשת דיראני
20	ד.2. תקיפה עקיפה
28	ד.3. חוקתיות סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים
30	ד.1.3.1. שלב א': פגיעה בזכות חוקתית
30	ד.1.3.1.1. פגיעה בזכות שמקורה בדין הבינלאומי
32	ד.1.3.2. עילת תביעה אישית לפי המשפט הבינלאומי?
37	ד.1.3.3. הזכויות הנפגעות
39	ד.1.3.4. שאלת התחולה האקסטרה-טריטוריאלית של חוקי היסוד בשטח אויב
42	ד.1.3.5. הפסיקה בשאלת התחולה 'הגיאוגרפית' של חוקי היסוד
52	ד.2.3. שלב ב': פסקת ההגבלה
52	ד.1.2.3.1. הפגיעה בזכות האדם נעשתה בחוק
55	ד.2.2.3. החוק נועד לתכלית ראויה
59	ד.3.2.3. האם הפגיעה מכוח החוק היא במידה שאינה עולה על הנדרש?
59	ד.1.3.2.3.1. הקשר הרציונלי
60	ד.2.3.2.3.2. האמצעי שפגיעתו פחותה
61	I. גזירה שווה מעניין עדאלה לעניינינו-אנו?
65	II. השפעת עניין דיראני על נסיבות העניין דנן
69	III. על כוללניות ומידתיות
74	ד.3.3.2.3.1. מידתיות במובן הצר
78	ה. סיכום
79	אחר הדברים האלה

פתח דבר

1. האם סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 (להלן: חוק הנזיקים או החוק), הקובע סייג לאחריות המדינה בנזיקין, ביחס לנזק שנגרם לתושב שטח שהוכרז על-ידה כשטח אויב, הוא חוקתי? זוהי בתמצית השאלה המונחת לפתחנו במסגרת ערעור זה, והיא מתעוררת אגב תביעת נזיקין שהוגשה נגד המדינה, על-ידי תושב רצועת עזה, שהוכרזה על-ידי הממשלה כ'שטח אויב'. התביעה נדחתה על הסף, נוכח הוראות סעיף 5ב(א)(1). מכאן הערעור, ובמוקד – טענות נגד חוקתיות הסעיף.

2. אסקור תחילה את הרקע העובדתי הנדרש, את פסק הדין של בית המשפט המחוזי, ואת טענות הצדדים. לאחר מכן, אציג את גלגוליו של ההסדר המעוגן בסעיף 5ב לחוק, את ההקשר העובדתי הרחב שהביא את המחוקק לפעול לתיקון ההסדר שבחוק ברבות השנים, וכך את הרקע הנורמטיבי הכללי הדרוש לעניינינו. בשלב הבא, טרם הניתוח החוקתי, אעיר הערה מקדמית, בנוגע לעובדה שהשאלה החוקתית שלפנינו, הועלתה בדרך של 'תקיפה עקיפה', ולהשלכות הנובעות מכך על הניתוח החוקתי הדרוש. אחר

זאת, יעשה הניתוח החוקתי, שהוא במוקד ענייננו, ולבסוף אכריע בשאלה האם ההסדר שנקבע בסעיף 5ב(א)(1), הוא אכן חוקתי.

א. רקע עובדתי

3. ביום 22.5.2016, הגיש המערער, תושב רצועת עזה, יליד שנת 1999, תביעת נזיקין נגד מדינת ישראל, לבית המשפט המחוזי בבאר שבע. בתביעתו טען, כי ביום 16.11.2014, כאשר שהה במרחק של כ-500 מטרים מגדר ההפרדה בין מדינת ישראל לרצועת עזה, ירו כוחות צה"ל אש חיה לעברו, וגרמו לפציעה קשה בצווארו. מיד לאחר הירי, פונה על-ידי כוחות צה"ל לבית החולים "סורוקה" בבאר שבע. המערער נסמך בתביעתו על עוולת הרשלנות, עוולת התקיפה, ועוולת הפרת חובה חקוקה; המערער הוסיף וטען, כי יש להעביר את נטל הראיה בדבר גרימת הנזק לכתפי המדינה, משום שלא היתה לו "ידיעה ו/או היכולת לדעת מהן למעשה הנסיבות שגרמו לירי אשר הביא לידי הנזק הנטען".

4. ביום 3.7.2016 הגישה המדינה בקשה לדחיית התביעה על הסף, בהתאם לתקנה 101(א)(3) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, שלפיה: בית משפט רשאי לדחות תובענה על הסף "מחמת כל נימוק אחר שעל פיו הוא סבור כי ניתן לדחות מלכתחילה את התובענה בנוגע לאותו תובע". בקשת המדינה הושתתה על סעיף 5ב(א)(1), שלפיו אין המדינה אחראית בנזיקין לנזק שנגרם למי שהוא "תושב שטח מחוץ לישראל שהממשלה הכריזה עליו, בצו, כשטח אויב", ובהסתמך על צו הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (הכרזה על שטח אויב-רצועת עזה), התשע"ה-2014 (להלן: צו הנזיקים האזרחיים), שמכוחו הכריזה הממשלה על רצועת עזה כשטח אויב, לעניין החוק.

5. המערער התנגד בתגובתו לדחיית התביעה על הסף, וטען בהרחבה כי ההסדר המעוגן בסעיף 5ב(א)(1) לחוק – ובפרט תיקון מספר 8 שנעשה בו, שעל אודותיו אפרט בהמשך – איננו חוקתי. המדינה מצדה השיבה, כי היא עומדת על בקשתה לדחות את התביעה על הסף. לטענתה, גם בהנחה שסעיף 5ב(א)(1) פוגע בזכויות-יסוד של תושבי רצועת עזה (בכללם המערער), הרי שפגיעה זו היא כדין, שכן היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. נוכח הסוגיה החוקתית שהתעוררה, צירף בית המשפט המחוזי את כנסת ישראל להליך, כמצוות סעיף 17(ג) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994, וזו הציגה עמדה, הדומה בעיקרה לעמדת המדינה.

ב. עיקרי פסק הדין של בית המשפט המחוזי

6. את הבחינה החוקתית פתח בית המשפט המחוזי, כמקובל, בשאלה האם הסייג לאחריות נזיקית, המעוגן בסעיף 5ב לחוק, אכן פוגע בזכויות אדם בעלות מעמד חוקתי.

תחילה, פרס בית המשפט המחוזי את משנתו-שלו בשאלה זו. לשיטתו, נכון היה לקבוע כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד) כלל אינו חל בשטח אויב, וממילא אינו מעניק לנתיני אויב זכויות חוקתיות כלשהן, המאפשרות ביטול חקיקה של הכנסת. יחד עם זאת, הבהיר בית המשפט המחוזי כי הוא מחויב להלכה שנקבעה בבג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון (12.12.2006) (להלן: עניין עדאלה), שבגדרה נקבע כי שלילת הזכות להגיש תביעת נזיקין של נתין או תושב שטח אויב, נדרשת לעמוד במבחן החוקתיות. לאחר מכן, משקבע כי בחינה חוקתית נדרשת בענייננו, עבר בית המשפט המחוזי לדון בשאלה האם הזכויות שנטען כי נפגעו מכוח הסייג לאחריות המדינה בנזיקין כלפי נתין שטח אויב, דהיינו: הזכות לחיים, לשלמות הגוף, לקניין ולגישה לערכאות – אכן מעוגנות בחוק היסוד. על שאלה זו השיב בית המשפט בחיוב; גם זאת, נוכח ההלכה שנפסקה על-ידי בית משפט זה בעניין עדאלה.

7. לאחר מכן, פנה בית המשפט המחוזי לשלב השני של הבחינה החוקתית, וקבע, כי הפגיעה בזכויות היסוד נעשתה כדין, והיא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. לעניין זה נקבע, כי הפגיעה האמורה נעשתה בחוק, ולמצער על-פי הסמכה מפורשת שבו. עוד קבע בית המשפט המחוזי, כי מטרת החוק – התאמת דיני הנזיקין לתנאים המיוחדים השוררים במצב מלחמתי, והעתקתם, בנסיבות שכאלו מתחום המשפט הפרטי לתחום המשפט הציבורי – נועדה לתכלית ראויה, ועל כן, אין לומר כי החוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

8. בשלב זה, עבר בית המשפט המחוזי לבחון האם הפגיעה מידתית, על-פי שלושת מבחני-המשנה שנקבעו לשם כך: ביחס למבחן-המשנה הראשון, נפסק כי מתקיים קשר רציונלי, בין שלילת האחריות הנזיקית של המדינה, לבין התכלית הראויה שאותה מבקש החוק לקדם, וכי כך נפסק גם בעניין עדאלה. אשר למבחן-המשנה השני, 'האמצעי שפגיעתו פחותה', צוין, כי אמנם בעניין עדאלה נקבע שסעיף 5ג לחוק אינו עומד במבחן-משנה זה, נוכח האפשרות להשיג את תכלית החוק באמצעי מידתי יותר – בחינה אינדיבידואלית של כל נזק שגרמה המדינה, האם נגרם כתוצאה מ'פעולה מלחמתית', אם לאו. יחד עם זאת, שם מדובר היה בהוראת חוק ששללה אחריות נזיקית מהמדינה בשטח עימות, בעוד שבעניין דנן, הוראת החוק שוללת אחריות נזיקית ביחס לפעולות שבוצעו בשטח אויב. בית המשפט המחוזי הטעים, כי קיימת הבחנה ברורה בין שטחי יהודה ושומרון, המוחזקים בתפיסה לוחמתית, וכוחות צה"ל פועלים בהם כ'ריבון' המנהל שגרה אזרחית; לבין רצועת עזה, שבה ככלל, פעולות הצבא הן בגדר 'פעולה מלחמתית'. הבחנה זו, כך נקבע, מצדיקה קביעת כללי אחריות שונים לגבי כל אחד מן המצבים הללו:

כלל אחריות המבוסס על בדיקה פרטנית ביחס לאירועים נזיקיים שאירעו ביהודה ושומרון; וכלל השולל באופן גורף אחריות נזיקית, לגבי נזק שאירע במדינת אויב או בשטח שהוכרז כשטח אויב. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע, כי "אופיו הגורף של הסייג לאחריות בנוזיקין כלפי נתין אויב אינו ליקוי שהסייג לוקה בו, אלא תכליתו. הסייג נועד לייתר את הבחינה הפרטנית ולהמירה בשלילה גורפת".

9. עוד קבע בית המשפט המחוזי, כי שיקולי המדיניות, התומכים בשלילה גורפת של אחריות המדינה בנוזיקין כלפי נתיני אויב, תקפים – הן ביחס למדינת אויב שמולה מנהלת המדינה 'מלחמה', במובנה הקלאסי, הן ביחס לנזקים הנוצרים כתוצאה מעימות חמוש מול ארגון טרור. בהקשר זה נפסק, כי שני המקרים "אינם מתאימים להיבחן במתכונת המקובלת בדיני הנזיקין", לא מבחינה מהותית ולא מבחינה ראייתית. נוסף לאמור, נקבע, כי 'פזילה' למשפט המשווה, מלמדת אף היא, כי הדין המצוי במשפט העמים הוא אי-הכרה בתביעות נזיקין אישיות של נתיני אויב בגין ביצוע פעולות צבאיות. פרקטיקה זו, כך נקבע, אינה כפופה, על דרך הכלל, לבחינה פרטנית של אופי הפעולה המזיקה שבה נקטה המדינה, אם היא 'מלחמתית', אם לאו. נקבע אפוא, כי לא נמצאה במשפט המשווה "פרקטיקה נוהגת של קבלת תביעות נזיקין אישיות של נתיני אויב בגין פעולות צבאיות".

10. בהמשך, בחן בית המשפט המחוזי את החלופות העומדות לנתין אויב שנפגע מפעילות צבאית, מחוץ לתחום דיני הנזיקין. לשיטתו, אם יקצאו כאלה, יש בכך כדי להשפיע על הקביעה שלפיה סעיף 5ב(א)(1) לחוק – אכן מידתי. בית המשפט המחוזי הזכיר את עמדת המדינה, שלפיה, ככלל יכול הנפגע לקבל מענה בדרך של קבלת תגמול כספי ממדינתו-שלו, על-פי הסדרי התגמולים לנפגעי איבה הקיימים בה, כאשר בסיום העימות, יש להניח כי מדינתו תדרוש פיצויים כוללניים מאת מדינת האויב. עוד צוינה האפשרות להגיש תביעה מדינתית לפיצוי, על-פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, בגין הפרה של דיני המלחמה, וזאת להבדיל מתביעה נזיקית אישית, בגין הנזק שגרמה הפעולה הצבאית.

[במאמר מוסגר אציין, כי בית המשפט המחוזי הוסיף והקדיש גם פרק נכבד לשרטוט מתווה מוצע, של פיצוי כספי לניזוקים כאלו, בערוץ מינהלי. הצעתו של בית המשפט המחוזי סוכמה כך: "מי שלטענתו נפגע מהפרה של המשפט הבינלאומי ההומניטרי המנהגי יוכל להגיש לסמכות המנהלית המתאימה דרישת פיצוי. הרשות המנהלית תבחן את הדרישה ותיתן לגביה החלטה סבירה. השגה על ההחלטה המינהלית, בעילה מעילות המשפט המנהלי, תביא את ההחלטה המינהלית לביקורתו השיפוטית של בית המשפט לעניינים מנהליים". בהמשך, מנה בית המשפט מספר הצדקות ל"ערוץ המנהלי" המוצע, התמודד עם טיעוני נגד אפשריים, ואף ציין מהן אמות המידה הראויות בעיניו להענקת הפיצוי].

11. לבסוף קבע בית המשפט המחוזי, כי גם מבחן-המשנה השלישי, 'מידתיות במובן הצר' מתקיים, שכן "קיים יחס סביר בין התכלית, שהיא מניעת התדיינות בגין פעולות צבאיות בין המדינה לבין נתיני אויב, במסגרת תביעות נזיקין במשפט הפרטי, לבין המחיר, שהוא השלילה של תביעות נזיקין כאמור, תוך שימור הערוצים החלופיים, ובכללם הערוץ המנהלי של דרישת פיצוי בגין הפרות חמורות בעליל של דיני המלחמה והמשפט ההומניטרי הבין-לאומי [...]".

12. נוכח כלל האמור, קבע בית המשפט המחוזי כי סעיף 5ב הוא חוקתי, ובהתאם – כי יש לדחות את תביעת המערער על הסף, בהיותו תושב שטח אויב.

מכאן הערעור שלפנינו.

ג. טענות הצדדים

ג.1. עיקרי טענות המערער

13. המערער העלה טענות כלפי כל אחת ואחת מן הקביעות שבפסק הדין. תחילה טען המערער, כי שלילת האפשרות לפנות בתביעה נזיקית, על אף הנזק שנגרם לו, פוגעת בזכויות אדם חוקתיות-בסיסיות: הזכות לחיים, לשלמות הגוף, לקניין ולגישה לערכאות. המערער טען, כי זכויות היסוד הללו חלות על כל אדם, מבלי להבחין בין אזרח ותושב לבין אזרח זר. לדבריו, זוהי ההלכה שנקבעה בעניין עדאלה, ובהתאם גם בפסק הדין של בית המשפט המחוזי. לטענתו, סעיף 5ב(א)(1), אינו עומד במבחני פסקת ההגבלה, וממילא אין משמעות גם לצו שיצא מכוחו, בכל הנוגע למעמדה של רצועת עזה. כך, הסעיף אינו ממלא אחר דרישת "ההסמכה המפורשת בחוק" שבפסקת ההגבלה, שכן בגדרו הוענקה לממשלה סמכות גורפת ורחבה, להכריז על שטח כלשהו כי יחשב לשטח אויב, ללא אמות מידה, ומבלעדי קריטריונים ברורים להפעלתו. המערער ציין, כי שיקול הדעת כה רחב, עד כי הממשלה רשאית לצאת בהכרזה כאמור, אף ביחס לשטח שאין בינו לבין ישראל עימות מזוין או מלחמה. עוד נטען, כי נפל פגם בצו שהוצא מכוח הסעיף, משום שנקבע כי יוחל למפרע, באופן רטרואקטיבי, ארבעה חודשים לפני מועד הוצאתו בפועל, ללא הסמכה לכך. זאת, בניגוד מוחלט לעקרון הוודאות והיציבות, ולפסיקותיו של בית משפט זה.

14. בנוסף נטען כי תיקון מספר 8, המתייחס לכל תושבי עזה כאל נתיני אויב, מקדם תכלית שאינה ראויה, משום שבבסיסו עומדת דוקטרינה גזענית, דוקטרינת 'נתיני אויב', השוללת זכויות-יסוד על בסיס שיוך לאומי, אתני או טריטוריאלי. נטען, כי השימוש בדוקטרינה זו נשלל זה מכבר, בעניין עדאלה, ונשלל פעם נוספת בדנ"א 5698/11 מדינת

ישראל נ' דיראני (15.1.2015) (להלן: עניין דיראני), משנמצא כי היא נוגדת איסורים מפורשים שנקבעו במשפט הבינלאומי ההומניטרי, ואף במשפט זכויות האדם. עוד נטען, כי בפסיקת בית משפט זה, שניתנה לאחר התנתקות ישראל מרצועת עזה, נקבע כי לשטח רצועת עזה מעמד מיוחד, וכי על מדינת ישראל לכבד ביחס אליו את כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, בהם: 'עקרון ההבחנה' בין לוחמים לאזרחים, 'עקרון המידתיות', והחובה להגן על תושבי עזה, שמעמדם הוא כשל 'אזרחים מוגנים'. לשיטת המערער, רצועת עזה, עודנה תחת שליטה אפקטיבית של מדינת ישראל, ומעולם לא נקבע בפסיקה כי תושביה איבדו את מעמדם כ'תושבים מוגנים'. המערער הוסיף וטען, כי אין להקיש מעניין דיראני לענייננו, שכן גם על-פי ההלכה שנפסקה שם, אין להחיל באופן גורף את הכלל שלפיו 'אין מבררים תביעת אויב', על כל נתיני האויב; יש להחילו באופן מצומצם, רק על לוחמים פעילים נגד המדינה. מעבר לכך, אין כל מקום להחיל את הכלל האמור לגבי שטח שלישראל שליטה אפקטיבית בו, כרצועת עזה. לשיטת המערער, הכלל שנקבע במשפט הבינלאומי ההומניטרי – המהווה חלק מהמשפט המנהגי – הוא כי צד לסכסוך מזוין, יחויב בתשלום פיצוי בגין נזק שגרם בעימות מזוין. המערער נסמך בהקשר זה, על הוראות מאמנות בינלאומיות, המחייבות לשיטתו את מדינת ישראל. לטענתו, שגה בית המשפט המחוזי, בעת שקבע כי הוראות אלו אינן מקימות עילת תביעה אישית, כי אם עילת תביעה מדינתית בין המדינות האויבות. לדבריו, קביעה זו עומדת בניגוד למגמה האקטואלית במשפט הבינלאומי, כעולה, בין היתר, מאסמכתאות שונות שאליהן הפנה.

15. המערער הוסיף וטען, כי הפגיעה בזכויותיו החוקתיות – אינה עומדת במבחן המידתיות. לדידו, אין לסטות מעניין עדאלה, שבו נפסק כי הפתרון המידתי הוא בחינה אינדיבידואלית, חלף קביעת כלל גורף. כמו כן טען, כי הסתמכות בית המשפט המחוזי על פסק הדין בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים (14.5.2006) (להלן: עניין איחוד משפחות) – שם אושר, בדעת רוב, סעיף השולל באופן גורף את כניסתם של תושבי יהודה, שומרון וחבל עזה, לישראל, מבלי להידרש לבחינה אינדיבידואלית, ביחס לכל מקרה ומקרה – שגויה, שכן ההחלטה באותו עניין נסמכה על זמניותו של החוק, על הגדרתו כ'הוראת שעה', בשונה מן העניין דנן. כך או כך, ממילא נדחתה גישה גורפת זו בעניין עדאלה – המאוחר כרונולוגית לעניין איחוד משפחות – באופן מפורש. המערער הוסיף, כי החריגים שצוינו בפסק הדין, אשר עשויים לאפשר לניזוקים לקבל את מבוקשם בדרכים אחרות, אינם הופכים את סעיף 5ב(א)(1) למידתי, וכי גישה זו לא התקבלה בעניין עדאלה. בהתייחס ל'מסלול המנהלי', שהוצע על-ידי בית המשפט המחוזי, נטען כי מדובר ב'הצעה בלתי חוקית', שאינה מעוגנת בהסדר חוקי קיים; לא בחוק ולא בתקנות. עוד נטען, כי פסק הדין של בית המשפט המחוזי, נוגד את ההלכה שנפסקה על-ידי בית משפט זה, בבג"ץ 7042/12 אבו דקה נ' שר

הפנים (16.12.2014) (להלן: עניין אבו דקה), שכן באותו מקרה הוכרה זכותם של תושבי עזה, להגיש תביעות נזיקין בישראל. לבסוף נטען, כי פסק הדין סותר גם פסיקות נוספות שיצאו מלפני ערכאה זו, שבהן נפסלו החלטות גורפות שקיבלה המדינה ביחס לתושבי עזה.

במישור האופרטיבי, המערער מבקש כי נורה על בטלותו של סעיף 5ב(א)(1) לחוק, משום שאינו חוקתי.

2. עיקרי טענות המשיבות

16. המשיבות – מדינת ישראל וכנסת ישראל – דחו מכל וכל את טענות המערער; לשיטתן, סעיף 5(ב)(א)(1) הוא חוקתי, ולא קמה עילה להתערבות בפסק הדין של בית המשפט המחוזי. טיעוני המשיבות דומים בעיקרם, על כן, עמדתן תוצג להלן במאוחד, תוך מתן דגש על נקודות ספציפיות שהועלו על-ידי מי מהן, ככל שידרש.

17. המשיבות פרסו לפנינו את הרקע העובדתי-היסטורי, בנוגע ליחסיה של מדינת ישראל עם רצועת עזה, בפרט מאז תפיסת השלטון במקום על-ידי ארגון החמאס, וכן את הרקע לחקיקת סעיף 5ב(א)(1) לחוק. בהמשך, על יסוד פסיקתו של בית משפט זה, טענו המשיבות, כי בין ישראל לחמאס מתקיים סכסוך מזוין, רציף ומתמשך, אשר חלים עליו דיני העימות המזוין של המשפט הבינלאומי, ולצדו גם כללי המשפט המינהלי הרלבנטיים. עוד טענו המשיבות, כי המציאות בשטח מלמדת שעזה, תחת שלטון החמאס, עונה להגדרת 'אויב' לפי סעיף 91 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, וכי קיימת הבחנה ברורה בין המצב ברצועת עזה, לבין המצב ביהודה ושומרון, לגבי שליטתה של ישראל. בהקשר זה ציינה המדינה בסיכומיה: "מאז עליית שלטון חמאס בעזה, התנתקותה של מדינת ישראל מהרצועה והמצב הלחימתי המתמשך בין ארגוני הטרור לבין מדינת ישראל, אין קשריה של מדינת ישראל ואין פעולותיה של מדינת ישראל בעזה כקשריה ופעולותיה באזור יהודה ושומרון. מדינת ישראל אינה שולטת ברצועת עזה, אינה מבצעת מעצרים, כוחות הביטחון פרוסים סביב הרצועה ולא בתוכה, אין קשרי תיאום ועבודה משותפת מול ארגון החמאס ומדובר כאמור בנתק מוחלט ובמצב איבה ולחימה מתמשכת. אי לכך, נכון להיום, מתקיימת הבחנה מוחלטת בין עזה לבין אזור יהודה ושומרון". בהינתן ההבחנה האמורה, נטען כי אין להקיש מעניין עדאלה, שהקביעות בו נוגעות לתביעות שמקורן בשטח שבו יש למדינה שליטה אפקטיבית, לעניין דנן, העוסק בשטח שאינו בשליטת ישראל. עוד נטען, כי לאחר שניתנה הלכת עדאלה, נקבעה הלכה נוספת על-ידי בית משפט זה, בעניין דיראני, שלפיה, הכלל הקיים במשפט המקובל, כי "אין מבררים תביעת אויב", התקבל גם בשיטת משפטנו, ואף נקבע לגביו כי הוא מידתי. נטען אפוא, כי הרציונאלים שעמדו ביסוד עניין דיראני, שאמנם עסק במדינת אויב, מתקיימים גם לגבי סעיף 5ב(א)(1) לחוק, כנוסחו לאחר תיקון

מספר 8, שהתייחס לשטח שהוכרז כשטח אויב, אף אם אינו מוגדר כ'מדינה'; כך צוין בסיכומי המדינה: "אין הבדל מהותי בין היחס של מדינת ישראל למדינה איתה היא נמצאת ביחסי אויבות, לבין היחס שלה לשלטון החמאס בעזה עימו מצויה מדינת ישראל בעימות מזוין ממושך".

18. במישור הדין הבינלאומי, טענה המדינה, כי סעיף 5ב(א)(1) לחוק, בין בנוסחו ערב תיקון מספר 8, בין לאחריו, אינו עומד בסתירה לכללי הדין הבינלאומי, הלוא הם דיני הלחימה, החלים ביחס לרצועת עזה. לגישת המדינה, דיני הלחימה במשפט הבינלאומי, אינם מקימים עילת תביעה לפרט, בגין הפרות נטענות שלהם, כי אם חובת פיצוי במישור המדינתי בלבד. את עמדתה זו, תומכת המדינה במספר פסקי דין מן המשפט המשווה, וכן בדברי מלומדים. הכנסת הצטרפה גם היא לעמדת המדינה, ועל כך הוסיפה, כי גם אם היה המערער מוכיח כי קיימת סתירה בין סעיף 5ב(א)(1) לחוק, לבין כללי המשפט הבינלאומי, הרי שלא היה די בסתירה זו, כשלעצמה, כדי להוות עילה לביטול חוק מפורש של הכנסת. עוד טענה הכנסת, כי מאחר שהניתוח החוקתי נעשה בדרך של 'תקיפה עקיפה', אגב תביעה נזיקית, ולא ב'תקיפה ישירה' – קרי, בעתירה לבג"ץ – הרי שהדבר משליך על היקף הביקורת החוקתית שתופעל על-ידי בית המשפט: הביקורת תצומצם אך ורק לשאלות המתעוררות בנסיבות העניין הקונקרטי; לא מעבר לכך.

19. אשר לפגיעה החוקתית הנטענת, טענו המשיבות, כי שאלת תחולתם האקסטררה-טריטוריאלית של חוקי היסוד – טרם הוכרעה בבית משפט זה. על כן נטען, כי הנחת המוצא של המערער, שלפיה חוקי היסוד חלים גם על מי שאינו אזרח ישראלי, בשטח שאינו נתון לתפיסה לוחמתית, ואף ביחס לנתיני שטח אויב – רחוקה מלהיות מובנת מאליה. מכל מקום, המשיבות טענו כי ניתן להניח לשאלה זו, שכן ממילא הפגיעה הנטענת צולחת את המבחנים החוקתיים.

20. מכאן פנו המשיבות לטעון, כי סעיף 5ב(א)(1) לחוק עומד בדרישות פסקת ההגבלה. תחילה נטען, כי ההכרזה על רצועת עזה כשטח אויב נעשתה על-פי חוק, וממילא היא עונה לדרישה הראשונה שבפסקת ההגבלה, כי הפגיעה תעשה "בחוק" או "מכוח הסמכה מפורשת בו". בהקשר זה מציינות המשיבות, כי יש לדחות את טענת המערער, שלפיה סעיף 5ב(א)(1) לחוק מעניק סמכויות גורפות יתר על המידה, ועל כן הוא אינו עומד בדרישת ההסמכה. לדבריהן, מדובר בפרקטיקה חקיקתית מקובלת, של העברת ישום העקרונות והירידה לפרטים, מן הרשות המחוקקת אל הרשות המבצעת, בדרך של חקיקת-משנה. ממילא, כפופה פעילות הרשות המבצעת לכללי המשפט המינהלי, ולביקורת שיפוטית. לכך הוסיפה הכנסת, כי מלשון סעיף החוק עולה בבירור, כי על מנת להכריז על 'שטח אויב', נדרש שתקיים "איבה" בינו לבין מדינת ישראל. על

כן, החשש שעליו הצביע המערער, כי הממשלה תכריז על שטח כ'שטח אויב', בקלות דעת, מבלי שיתקיים תנאי זה – נטען בעלמא. עוד טענה הכנסת, כי מטרת תיקון מספר 8 לחוק, כעולה מן הדיונים שהתקיימו בכנסת עובר לחקיקתו, היא להרחיב את העדר האחריות של המדינה בנוזיקין, גם לשטח רצועת עזה. ברי אפוא, כי הצו שהוצא מכוח החוק, שעל-פיו הוכרזה עזה כשטח אויב, הוא-הוא רצון המחוקק. בהתייחס לטענת הרטרואקטיביות של הצו, נטען כי אין כל איסור חוקי על חקיקה רטרואקטיבית, ומכל מקום, בענייננו שאלה זו כלל אינה מתעוררת, נוכח המועד שבו התרחש האירוע מושא התביעה (16.11.2014), המאוחר למועד מתן הצו (7.10.2014).

21. אחר זאת, פנו המשיבות לטעון כי סעיף 5(א)(ב)(1) לחוק, נועד לתכלית ראויה, וממילא צולח בנקל גם את הדרישה השנייה שבפסקת ההגבלה. לשיטתן, בבסיס החוק עומדות שתי תכליות. התכלית הראשונה היא מניעת סיוע כלכלי ומוראלי לאויב. לטענתן, תכלית זו עומדת גם בבסיס הכלל המוכר והידוע מן המשפט המקובל, שלפיו 'אין מבררים תביעת אויב', כלל שנקלט במשפט הישראלי, ושנקבע לגביו, בעניין דידאני, כי נועד לתכלית ראויה. התכלית השנייה, כך המשיבות, עניינה בהתאמת דיני הנוזיקין למצב של מלחמה. נטען, כי קיימת הכרה גלובאלית בכך שמדינה אינה נדרשת לפצות נתיני מדינת אויב בגין נזקי מלחמה, וזאת משורה של טעמים, מהותיים ומעשיים כאחד. לטענתן, מטרת תיקון מספר 8 לחוק, אינה אלא להחיל את ההסדר האמור, המקובל ברחבי העולם, גם על מצב הדברים ברצועת עזה. ברי, כי על אף שרצועת עזה אינה מוכרת כמדינה, הרציונאלים שבמניעת בירור תביעת נתיני מדינת אויב, מתקיימים בבירור גם לגביה, בהיותה שטח הנתון לשליטת ארגון טרור המנהל לחימה מתמשכת מול מדינת ישראל.

22. בהתייחס לדרישת המידתיות נטען, כי סעיף 5(א)(1) לחוק צולח גם את שלושת מבחני-המשנה שנקבעו לגביה. המשיבות התמקדו בעיקרו של דבר במבחן-המשנה השני – 'האמצעי שפגיעתו פחותה', ובהקשר זה טענו, כי ההסדר החוקי הקיים איננו מונע גישה מנתיני אויב לערכאות בישראל באופן גורף, ויש בו כמה היבטים מאזנים, המקרינים על מידתיות החוק. הכנסת הוסיפה והתייחסה גם להצעת בית המשפט המחוזי, למסד 'ערוץ מינהלי' לדרישת פיצויים, ולעניין זה טענה כי "אין צורך להידרש לחלופה זו, שהיישום שלה בפרקטיקה מצומצם ביותר", שכן גם מבלי לייחס משקל לאפשרות מוצעת זו, הרי שההסדר שבסעיף 5(א)(1) לחוק עומד במבחן 'האמצעי שפגיעתו פחותה'. אשר למבחן-המשנה השלישי, טענו המשיבות כי התועלת הצומחת מסעיף 5(א)(1) לחוק – מניעת סיוע לאויב, ומניעת הצמחת הליכים נזיקיים בגין פעולות צבאיות – עולה על הנזק שעלול להיגרם לנתיני האויב, כתוצאה משלילת זכותם להגיש תביעות נזיקין נגד המדינה. לבסוף צוין, כי אין בסייג זה משום מתן היתר להזיק לנתיני אויב, שכן ממילא

חלה על המדינה חובה לפעול בהתאם לחובות החוקיות המוטלות על כוחות הביטחון, הן על-פי כללי המשפט הבינלאומי, הן על-פי חובות המשפט המינהלי.

ג.3. סיכומי התשובה של המערער

23. בסיכומי התשובה הוסיף המערער, כי האסמכתאות שהביאו המשיבות מן המשפט המשווה, תומכות דווקא בגישתו-שלו, שכן יש בהן כדי ללמד כי בשיטות משפט זרות נקבעו כללי חסינות למדינה ביחס ל'פעולות מלחמתיות', בעוד שסעיף 5ב(א)(1) לחוק חורג מכך, ומבקש להרחיב את החסינות, כך שיקבע סייג גורף מאחריות נזיקית, גם בגין נזקים שנגרמו מפעולות שאינן מלחמתיות. עוד טען המערער, כי עמדת המשיבות בסיכומיהן, נוגדת את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, בחוות דעת מיום 20.12.2019, בעניין "היעדר סמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבין-לאומי על המצב המכונה 'המצב בפלסטין'". בחוות דעת זו, כך נטען, קבע היועץ המשפטי לממשלה, כי "השליטה האפקטיבית בעזה ובגדה היא בידי ישראל, וכי שליטה זו מאפשרת גישה למערכות המשפט הישראליות", ועל כן, אין לבית הדין הפלילי הבינלאומי סמכות שיפוט. עמדה זו, כך המערער, אינה עולה בקנה אחד עם שלילת זכות הגישה לערכאות בתביעות נזיקיות נגד כוחות הביטחון.

ד. דיון והכרעה

לאחר שבחנתי את הסוגיה על מכלול היבטיה, לאחר שעיינתי בטענות הצדדים, ובאסמכתאות שהובאו על-ידם, מזה ומזה, ולאחר שנשמעו טענותיהם בהשלמת טיעון בעל-פה, באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות, וכך אציע לחברי לעשות. כאמור בפתח הדברים, השאלה המונחת לפתחנו היא, בעיקרה, חוקתיות סעיף 5ב(א)(1) לחוק. כדי לעמוד על טיבו של סעיף זה, יש להכיר את סביבתו הנורמטיבית, ואת הגלגולים והתהפוכות שעבר החוק במהלך השנים. לפיכך, בטרם אבוא בשערי הניתוח החוקתי, אציג את הרקע העובדתי והנורמטיבי הנדרש לעניין.

ד.1. רקע עובדתי ונורמטיבי

ד.1.1 חסינות המדינה בגין 'נזקי מלחמה' על פי חוק הנזקים האזרחיים

24. אחריות המדינה לגבי נזקים שגרמה בפעולותיה, מוסדרת מזה שנות-דור, בחוק הנזקים. קודם לחקיקת חוק זה, משל בכיפה הכלל המסורתי מהמשפט המקובל, אשר העניק – תחילה לכתר האנגלי, ששלט בימי המנדט על ארץ ישראל, ובהמשך למדינת ישראל הצעירה – חסינות נזיקית מלאה, מפני נזקים שנגרמו על-ידי השלטון (The "King can do no wrong"). חוק הנזקים, שנחקק בשנת 1952, ביטא אפוא שינוי מהותי של תפיסה זו, שאבד עליה הכלח, בקבעו עיקרון חדש, יסודי ובסיסי, שלפיו "דין המדינה,

לעניין אחריות בנוזיקים, כדין כל גוף מאוגד" (סעיף 2 לחוק הנוזיקים). חריג בולט לעיקרון כללי זה, מעוגן בסעיף 5 לחוק הנוזיקים האזרחיים. סעיף זה מעניק למדינה חסינות מפני תביעות נזיקין, לגבי "מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא ההגנה לישראל". זאת, על יסוד ההנחה כי דיני הנוזיקין אינם הזירה המתאימה להכרעה במקרים של פעולות מלחמתיות (ראו, למשל, ע"א 5942/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1, 5-6 (2002) (להלן: עניין בני עודה); רע"א 3866/07 מדינת ישראל נ' אלמקוסי, פסקה 15 (21.3.2012) (להלן: עניין אלמקוסי); ע"א 1459/11 חרדאן נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פסקה 14 (16.6.2013) (להלן: עניין חרדאן)). תפיסה זו איננה יוצאת דופן ביחס לישראל, והיא מקובלת, לעיתים אף באופן רחב יותר, במדינות הים (אסף יעקב, חסינות תחת אש, משפטים לג(1), 107 – 115 (תשס"ג) (להלן: יעקב, חסינות תחת אש)).

25. בעקבות האינתיפאדה הראשונה, שפרצה בשלהי שנות ה-80, הוגשו נגד המדינה מאות תביעות על-ידי תושבי יהודה, שומרון וחבל עזה, בגין נזקים שטענו כי נגרמו להם עקב פעולות של כוחות הביטחון. על רקע האמור, נדרש בית משפט זה, בפסק הדין המנחה שניתן בעניין בני עודה, לפרשנות הדיבר "פעולה מלחמתית", שעד אותה שעה לא זכה להגדרה בחוק. נקבע שם, כי זיהוי פעולה כ'פעולה מלחמתית', יבתן בהתאם לאופייה, מטרותיה, ולנסיבות שאפפו את ביצועה. בעניין בני עודה, חודדה לראשונה ההבחנה בין פעולה מלחמתית לפעולה שיטורית, בכל הקשור לחסינות המדינה. לימים, ברבות השנים, נוצק בפסיקה תוכן נוסף להבחנה האמורה (ראו סקירתו של השופט י' עמית בעניין חרדאן; פסקאות 13-21).

26. בראשית שנות ה-2000, פרצה האינתיפאדה השנייה. זו התאפיינה בלחימה באזורים אורבניים וצפופים, בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה. בימים ההם, העימותים בין כוחות הביטחון לתושבי אי"ש הגיעו ל"שיאים חדשים של אלימות" (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 814 (2004) (להלן: עניין בית סוריק)). על רקע זה, ובשים לב לפרשנות המצמצמת שניתנה לדעת המחוקק למונח 'פעולה מלחמתית' בפרשת בני עודה, הוספה לחוק הנוזיקים הגדרה מרחיבה יותר של מונח זה: "פעולה מלחמתית" – לרבות כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות, שהיא פעולה בעלת אופי לוחמתי, בהתחשב במכלול נסיבותיה, ובכלל זה במטרת הפעולה, במיקומה הגאוגרפי או באיום הנשקף לכוח המבצע אותה" (חוק הנוזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב-2002, מיום 1.8.2002 (להלן: תיקון מספר 4); ראו גם: עניין עדאלה, פסקה 6; עניין חרדאן, פסקה 22). לצד ההגדרה האמורה, נוספו לחוק הנוזיקים, הסדרים דיוניים מיוחדים, שנקבע כי יחולו במקרים שבהם נמצא כי כוחות הביטחון גרמו נזק שאינו חוסה תחת חריג 'הפעולה המלחמתית' (עניין עדאלה, פסקה

6). הסדרים דייוניים אלו, עוסקים בחובת יידוע על נזק בתוך 60 יום (א5 (2) לחוק); קיצור תקופת ההתיישנות לשנתיים-ימים (סעיף א5 (3) לחוק); וביטול תחולת כללי העברת נטל הראיה (סעיף א5 (4) לחוק).

27. בחלוף הזמן, ולנוכח התגברות מעשי הטרור, ביקש המחוקק להרחיב בדרך נוספת את חסינות המדינה בניזקין (ראו: דברי ההסבר להצעת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 5) (הגשת תביעות נגד המדינה על-ידי נתין מדינות אויב או תושב אזור עימות), התשס"ב-2002, עמוד 892). וכך, ביום 27.7.2005, נחקק חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005 (להלן: תיקון מספר 7). בתיקון זה, נוספו לחוק סעיפים 5ב ו-5ג, שבהם נקבע כך:

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

(1) נתין של מדינה שהיא אויב, אלא אם כן הוא שווה 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.

ג5. (א) על אף האמור בכל דין, אין המדינה אחראית בניזקים לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון, למעט נזק שנגרם בסוגי תביעות או לסוגי תובעים כאמור בתוספת השניה.

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

[...]

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

העימות ואת התקופה שלגביה חלה ההכרזה; הודעה על
ההכרזה תפורסם ברשומות" (ההדגשה הוספה – נ' ס').

אציין, כי המונח 'אויב' מוגדר בחוק העונשין, התשל"ז-1977, כך: "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". בהקשר
זה, המונח 'ארגון מחבלים' הוגדר שם באופן הבא: "ארגון שמטרותיו או פעולותיו מכוונות
למיגור המדינה או לפגיעה בבטחונה של המדינה או בבטחון תושביה או ביהודים במדינות
אחרות".

עוד אציין, כי בתוספת הראשונה לחוק נקבע, שחסינות המדינה לפי סעיף 5ב לא
תחול לגבי "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" (גם לסעיף 5ג,
שענינו חסינות המדינה בפעולותיה ב'אזור עימות', נקבעו מספר חריגים, בתוספת
השניה לחוק, אך אין צורך לפרט לגביהם במסגרת העניין דנן).

28. תיקון מספר 7, הרחיב את חסינות המדינה בנוזיקין באמצעות קביעת שתי
קטגוריות. הקטגוריה הראשונה, המוסדרת בסעיף 5ב, קבעה חסינות על בסיס פרסונאלי,
שלפיו המדינה תהא פטורה מאחריות, ביחס לנזקים שנגרמו על-ידה לנתיני מדינת אויב,
פעיל או חבר בארגון מחבלים, או למי שפעל מטעמם. הקטגוריה השניה, זו שהוסדרה
בסעיף 5ג, העניקה למדינה חסינות על בסיס טריטוריאלי. לעניין זה, סעיף 5ג לחוק,
כנוסחו אז, קבע כי המדינה פטורה מאחריות נזיקית, ביחס לנזק שנגרם בשטח שהוכרז
על-ידי שר הביטחון כ'אזור עימות'. בעניין עדאלה, הוגשה עתירה שבה התבקש בג"ץ
להורות על ביטול סעיפים 5ב ו-5ג לחוק, מחמת אי-חוקתיות. ביחס לשאלת חוקתיותו
של סעיף 5ב, קבע בית המשפט, כי "שאלת חוקתיותו של סעיף 5ב לתיקון מס' 7 עלתה
בפנינו באופן שולי בלבד", ולכן "לא ראינו מקום להכריע בשאלת חוקתיותו של סעיף
5ב לתיקון מס' 7" (שם, בפסקה 31). אם כן, סעיף 5ב לחוק, העומד במוקד ענייננו, לא
נתברר בעניין עדאלה, וחוקתיותו טרם הועמדה במבחן. לעומתו, סעיף 5ג לחוק – לא
זכה להאריך ימים. בעניין עדאלה נקבע, כי סעיף זה אינו חוקתי, לוקה בחוסר מידתיות,
ואחת דינו – להתבטל. בעיקרו של דבר, נקבע כי סעיף 5ג אינו עומד במבחן המשנה
השני של כלל המידתיות, 'האמצעי שפגיעתו פחותה', נוכח החסינות הגורפת המוענקת
בו למדינה, גם בגין ביצוע פעולות שאינן מלחמתיות. נפסק, כי ניתן להשיג את תכלית
החוק באמצעי מידתי יותר, באמצעות בחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה:

"האם מקיים סעיף 5ג לתיקון מס' 7 את מבחן המשנה השני של המידתיות? על פי מבחן זה, על החוק לנקוט באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. האם סעיף 5ג מקיים דרישה חוקתית זו? תשובתי הינה בשלילה. על מנת להגשים את התכלית שבבסיס סעיף 5ג לתיקון מס' 7 די בקביעת הסדרים חוקיים לפיהם המדינה פטורה מאחריות בנוזיקין בגין פעולות לחימה [...] תיקון מס' 7 הולך הרבה מעבר לכך. הוא שולל אחריות בנוזיקין לכל נזק שנגרם באזור עימות על ידי כוחות הביטחון, גם בגין מעשים שנעשו שלא על ידי פעולה מלחמתית של כוחות הביטחון. הרחבה זו של היעדר אחריות המדינה אינה חוקתית. היא אינה נוקטת באמצעי שפגיעתו פחותה, ושעניינו היעדר אחריות בגין פעולות מלחמתיות. היא משחררת את המדינה ממעשי נזיקין שבינם לבין פעולה מלחמתית – תהא הגדרתה רחבה ככל שתהא – אין ולא כלום. אין כל דבר בפעולות רגילות של שמירת חוק הנעשות על ידי כוחות הביטחון בשטח הנתון לשליטתם המצדיק הוצאתו מתחום דיני הנזיקין הרגילים. בוודאי כך כאשר מעשה הנזק לא קשור כלל לפעילות ביטחונית. רק פעולות לחימה מצדיקות, כפי שמבקשת תכליתו של תיקון מס' 7, הוצאת ההסדרים מתחום דיני הנזיקין הרגילים".

29. עוד נקבע בעניין עדאלה, כי סעיף 5ג לחוק, אינו עומד גם במבחן המשנה השלישי של המידתיות – 'מידתיות במוכן הצר'. בהקשר זה צוין, כי התועלת שהביא עמו תיקון מספר 7, להגשמת תכלית החוק – אינה רבה; והיא נוגעת בעיקרה לחיסכון במשאבים מינהליים של ניהול הליכים משפטיים, שבהם תתברר טענת החסינות של המדינה. תועלת זו, כך נקבע, אינה שקולה לנזק הרב שיגרם לניזוקים, שלא יזכו לפיצוי בגין נזקי גוף, או רכוש, שנגרמו להם על-ידי פעולות שאינן מלחמתיות (עניין עדאלה, פסקאות 40-42).

30. ביני לביני, חודשים ספורים קודם למתן פסק-הדין בעניין עדאלה, ישמה מדינת ישראל, במהלך קיץ 2005, את 'תכנית ההתנתקות' מחבל עזה. ביום 12.9.2005, יצא אחרון חיילי צה"ל את שטח רצועת עזה, והשליטה ברצועה הועברה למועצה הפלסטינית (ראו: מנשר בדבר סיום הממשל הצבאי (מנשר מספר 6) (אזור חבל עזה), התשס"ה-2005). לאחר סיום הממשל הצבאי ויציאת כוחות צה"ל משטחי הרצועה, חדלה ישראל להחזיק ברצועת עזה באמצעות 'תפיסה לוחמתית' (Belligerent occupation). בהתאם, באו לקיצן החובות הקבועות במשפט הבינלאומי, שאותן נטלה ישראל על עצמה, כתוצאה מתפיסת השטח (Meir Shamgar, The Observance of International Law).

(1971) 262 (1971) in the Administered Territories, 1 Isr. Y.B. Hum. Rts. ; בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2), 113 (1979). בבג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, פסקה 12 (30.1.2008) (להלן: עניין אלבסיוני), נקבע בהקשר זה כך:

"מאז חודש ספטמבר 2005, אין עוד לישראל שליטה אפקטיבית בנעשה בשטח רצועת עזה. הממשל הצבאי שהוחל בשטח זה בעבר בוטל בהחלטת הממשלה, וחיללים ישראלים אינם שוהים באזור זה באופן קבוע ואף אינם מנהלים את המתרחש בו. בנסיבות אלה, אין מוטלת על מדינת ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי רצועת עזה, לפי מכלול דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי. לישראל אין גם יכולת אפקטיבית במעמדה הנוכחי להשליט סדר ולנהל את החיים האזרחיים ברצועת עזה. בנסיבות שנוצרו, החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה".

ראו גם: ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (11.6.2008) (להלן: עניין פלוני); בג"ץ 5693/18 ציאם נ' ראש הממשלה, פסקה 16 (26.8.2018) (להלן: עניין ציאם); בג"ץ 3003/18 יש דין נ' הרמטכ"ל, פסקה 51 (24.5.2018) (להלן: עניין יש דין); לסקירה מקיפה, ראו: רועי שיינדורף וערן שמיר-בורר, "(היעדר) התחולה של דיני התפיסה הלוחמתית באשר לרצועת עזה", עיוני משפט מג, 403 (2020) (להלן: שיינדורף ושמיר-בורר)).

31. במהלך חודש יוני 2007, מספר חודשים לאחר שניתן פסק-הדין בעניין עדאלה, השתלט ארגון הטרור חמאס, השתלטות אלימה, על רצועת עזה. בעקבות זאת, נתגברו פעולות הטרור העוינות נגד ישראל ואזרחיה; כמעט דבר יום ביומו. ירי תלול-מסלול של טילים ופצצות מרגמה, פיגועים וניסיונות פיגועים במעברי הגבול, לאורך גדר המערכת, ואף בתוככי ישראל; כל אלו ועוד, הפכו להיות נחלתם של אזרחי ישראל, ובפרט של תושבי 'עוטף עזה'. מציאות קשה ועגומה זו, הביאה את ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, ביום 19.9.2007, להכריז על רצועת עזה כעל שטח עוין (החלטה ב/34 של ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי "מדיניות ישראל מול עזה (צבאי ואזרחי)"). בעקבות פעולות הטרור, נאלצה ישראל במשך השנים, לנהל כמה מערכות צבאיות, רחבות-היקף וממושכות, ברצועת עזה. כך, בדצמבר 2008, לאחר ירי מאסיבי של רקטות משטחי הרצועה, פתחה ישראל במבצע 'עופרת יצוקה', שבמהלכו נכנסו חיילי צה"ל כניסה

קרקעית לרצועה. כמו כן, במהלך חודש נובמבר 2012, לאחר ירי של למעלה מ-900 רקטות באותה שנה, פתחה ישראל במבצע 'עמוד ענן', שהתאפיין בעיקרו בהתקפות אוויריות על שטח הרצועה. בשנת 2014 התסריט חזר על עצמו, ובחודש יולי 2014, לאחר ירי של כ-4,500 רקטות ופגזי מרגמה אל עבר ישובי ישראל, החל מבצע אווירי וקרקעי ברצועת עזה, הוא מבצע 'צוק איתן'.

32. בשנים שלאחר מבצע 'צוק איתן', לא פסק הירי מכיוון הרצועה; רוחות המלחמה הוסיפו לנשב, ואף הלכו והתגברו מזמן לזמן. כך, הגם שחלה הפחתה מסוימת בירי הרקטות לעבר ישראל בשנים שלאחר מבצע 'צוק איתן', ניתן לראות כי מאז שנת 2018 ואילך, גבר הירי במאוד מאוד, ותימלא הארץ פעולות טרור. כך, בשנת 2018 לבדה, שוגרו כ-1,200 רקטות ופצצות מרגמה לעבר ישראל; מספר גבוה אף יותר של שיגורים בוצעו בשנת 2019. בחודש מאי 2021, על רקע ירי רקטות מאסיבי נוסף לעבר ישובים שונים בישראל, פתחה ישראל במבצע 'שומר החומות', שבמסגרתו שוגרו מרצועת עזה אלפי רקטות לעבר מדינת ישראל, כאשר המדינה, מצדה, תקפה אלפי מטרות של ארגון הטרור חמאס ברצועה. לצד כל זאת נזכיר, כי במהלך שנות הסכסוך, מתמודדת ישראל גם עם אירועים אלימים המוניים לאורך המכשול הביטחוני שבינה לבין שטח עזה, בעידודו ובניצוחו של החמאס (ראו: עניין יש דין).

33. המציאות העגומה השוררת בין ישראל לעזה, הניעה את המחוקק לפעולה. כאמור, מאז ביטול סעיף 5 לחוק בעניין עדאלה, והסרת החסינות הנובעת ממנו, היתה המדינה חשופה לתביעות מצד תושבי רצועת עזה, אגב פעולות שביצעה שם, במסגרת העימות המזוין והמתמשך מול חמאס. המחוקק פעל אפוא לתיקון מצב דברים זה, שדעתו לא היתה נוחה הימנו. בהתאם, ביום 16.7.2012, התקבל בכנסת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מספר 8), התשע"ב-2012. תיקון זה, הוא העומד במוקד הערעור דנן. במסגרת התיקון האמור, המבוסס על הצעת חוק שעלתה במחשבה עוד בשנת 2008, תוקן החוק בכמה היבטים. כך, בין היתר, תוקנה הגדרת 'פעולה מלחמתית' (סעיף 1 לחוק); נוספה הוראה הקובעת כי על בית המשפט להכריע בטענת המדינה לחסינות מכוח 'פעולה מלחמתית', "לאחר" (סעיף 5(ב) לחוק); ראו גם, מהעת האחרונה: רע"א 3065/21 מדינת ישראל נ' שואמרה (9.8.2021) (להלן: עניין שואמרה); בוטל סעיף 5 לחוק, בהתאם להלכה שנפסקה בעניין עדאלה, ועוד. לענייננו, רלבנטי תיקון סעיף 5(א)(1) לחוק, שבו הורחבה חסינות המדינה לסוג נוסף של תביעות, כדלהלן:

"על אף האמור בכל דין, אין המדינה אחראית בנזיקים לנזק שנגרם למי שמפורט בפסקאות (1), (2) או (3), למעט נזק

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”
 (ההדגשה הוספה – נ' ס').

34. בחוקקו את סעיף 5ב(א)(1) לחוק, ראה המחוקק לנגד עיניו את העימות המזוין והמתמשך בין ישראל לרצועת עזה. הדברים נאמרו במפורש בדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט (ראו: פרוטוקול מספר 81 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, מיום 19.10.2009, בעמוד 233), והם עולים בקנה אחד עם הוראת התחולה שנקבעה בסעיף זה, שלפיה, הוראותיו יחולו על מעשים שהתרחשו החל מיום 12.9.2005 – מועד יציאת ישראל מרצועת עזה (סעיף 9(א), לתיקון מספר 8).

35. ביום 7.10.2014, כ-9 שנים לאחר ישום 'תכנית ההתנתקות', כשנתיים-ימים לאחר שהתקבל בכנסת תיקון מספר 8, וסמוך לאחר מבצע 'צוק איתן', יצא תחת ידה של ממשלת ישראל צו הנזיקים האזרחיים, שבגדרו הוכרזה רצועת עזה כ'שטח אויב' לעניין חוק הנזיקים האזרחיים. לצו נקבעה תחולה רטרואקטיבית, החל מיום 7.7.2014; הוא המועד שבו יצאה ישראל למבצע 'צוק איתן'. ודוק: התחולה הרטרואקטיבית שנקבעה בצו (7.7.2014; מועד תחילת מבצע 'צוק איתן'), אינה חופפת לתחולה הרטרואקטיבית שנקבעה בהוראת התחולה שבתיקון מספר 8 (12.9.2005; מועד יציאת ישראל מעזה). כעולה מדברי ההסבר לצו הנזיקים האזרחיים, אין באמור בו כדי לגרוע מחובתה של מדינת ישראל לבדוק טענות בדבר הפרות של המשפט הבינלאומי, ביחס לפעולותיה בעזה. מטרתו היתה, להעניק ביטוי משפטי נוסף, לסכסוך המזוין המתמשך והחרף בינה לבין רצועת עזה.

36. לצד ההתפתחות החקיקתית בנוגע לחסינות המדינה בנזיקין, כאמור לעיל, חלה התפתחות נוספת בדין הישראלי, בכל הקשור לחסינות המדינה מפני תביעות נזיקין, שלה השלכה נוספת על ענייננו. זאת בעקבות פסק הדין שניתן בעניין דיראני; להצגתו אפנה עתה.

2.1.T. פרשת דיראני

37. בפרשת דיראני, נדונה תביעתו של מוסטפא דיראני, אזרח לבנוני, אשר ישב בכלא הישראלי בגין ביצוע עבירות טרור, ושחרר ללבנון בשנת 2004, במסגרת עסקת חילופי שבויים. טרם שחרורו, הגיש דיראני תביעת נזיקין נגד מדינת ישראל, בטענה כי חוקריו

הישראליים עינו וביצעו כלפיו עבירות קשות, בשעה שהוחזק במשמורת בישראל. בעוד תביעתו תלויה ועומדת, שוחרר דיראני מהכלא הישראלי, שב ללבנון, וחזר לעסוק בפעולות טרור, במסגרת ארגון הטרור חיזבאללה. המדינה, מצדה, הגישה בקשה לסילוק תביעתו של דיראני על הסף, על יסוד הכלל מהמשפט המקובל, שלפיו אין מבררים תביעת אויב'. בקשה זו נדחתה על-ידי בית המשפט המחוזי, ובקשת רשות ערעור שהגישה המדינה – נדחתה אף היא, ברוב דעות (רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני (18.7.2011) (להלן: רע"א דיראני)).

38. בדיון הנוסף שהתקיים בעניין דיראני נהפכה תוצאה זו. נקבע, בהרכב מורחב, כי הכלל שלפיו אין מבררים תביעת אויב' שריר וקיים במדינות המשפט המקובל, יש לו שורשים עמוקים בשיטות משפט שונות, ולא נס ליחו עד ימינו-אנו (פסקאות 14-29 לפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס). כמו כן נקבע, כי כלל זה נקלט במשפט הישראלי לפני שנות-דור (שם, פסקאות 30-42), וכי הוא עומד במבחני המידתיות הנהוגים בשיטתנו (שם, פסקאות 68-83). יחד עם זאת, הנשיא גרוניס הכיר בכך שיש להתאים ולפתח את הכלל האמור, הן בשים לב למציאות הלחימה בטרור בעת המודרנית, הן נוכח עליית היקף ההגנה על זכויות אדם במשפט הישראלי. כך, הגם שתחולת הכלל המקורי היתה מצומצמת למצבי מלחמה, במובנם הקלאסי, הרי שבעידן הנוכחי, יש להחילו גם על מצבי לחימה מול ארגוני טרור, שאינם טעונים 'הכרזת מלחמה' מפורשת. לצד זאת נקבע, כי בניגוד לכלל המסורתי, המוחל באופן גורף על כל נתיני מדינת האויב, על יסוד מקום מגוריהם בלבד, הרי שאת הכלל העדכני, המוכתב מן המציאות המודרנית, ניתן יהיה להחיל רק על המעורבים בפועל בסכסוך המזוין, פעילי ארגון הטרור, ולא על כל נתיני מדינת האויב שמשטחה פועל ארגון הטרור (שם, פסקאות 43-58). אשר לדיראני עצמו, בכיר בארגון טרור, נקבע כי קיימת הצדקה להחיל עליו את הכלל האמור, ולחסום את תביעתו, אף בהעדר מלחמה פורמאלית בין ישראל ללבנון.

39. אמנם, בעניין דיראני לא נדונה חוקתיותו של סעיף 5ב(א)(1) לחוק, שכן המועד שבו בוצעה הפעולה הנזיקית, לטענת דיראני, קדם למועד תחולת הסעיף. ברם, תועלת רבה יש במלאכה שנעשתה בעניין דיראני, גם לענייננו. באותו עניין, ערך בית המשפט, בהרכב מורחב, ניתוח 'מעין-חוקתי' לכלל בדבר 'אי-בירור תביעת אויב', ולבסוף פסק, כי מדובר בכלל עתיק-יומין, המקובל במתקנות שבמדינות העולם. והעיקר לענייננו – כי מדובר בכלל העומד במבחני המידתיות שבחוק היסוד. חרף השוני בין שני ההסדרים החוקיים, ניתן למצוא דמיון, אם לא למעלה מכך, ביסודות המשפטיים ובתכליות שבבסיס שני ההסדרים הללו; על כך בהמשך.

משהונח עד כה הרקע העובדתי והנורמטיבי הדרוש, אפנה עתה לניתוח החוקתי. קודם לכן, הערה לגבי דרך הפעלת הביקורת השיפוטית בנוסבות העניין דנן; ב'תקיפה עקיפה'.

2.2. תקיפה עקיפה

40. הגם שבתי המשפט נעדרים סמכות עניינית לדון בחוקתיות סעיף חוק ב'תקיפה ישירה' (Direct Attack) – סמכות הנתונה לבית משפט זה בלבד, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (ראו: סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה וסעיף 5(1) לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים, התשס"ו-2006) – הרי שנתונה בידם סמכות, מבחינה עקרונית, לדון בחוקתיות החוק בדרך של 'תקיפה עקיפה' (Collateral Attack). מקור הסמכות לכך נטוע בסעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט), הקובע כך: "הובא ענין כדין לפני בית משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לבירור הענין, רשאי בית המשפט להכריע בה לצורך אותו ענין אף אם הענין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או של בית דין אחר" (ההדגשות הוספו – נ' ס'). סעיף 76 הנזכר, מעגן אפוא את סמכותו של בית משפט לדון ולהכריע, באופן אגבי, בשאלה אינצידנטלית, הנתונה לסמכות השיפוט העניינית של בית משפט אחר, ובלבד שהכרעה בשאלה זו דרושה לבירור עניין שהובא כדין לפני בית המשפט. אולם, כידוע, סעיף זה משמיענו דבר-מה נוסף. לפי לשון הסעיף, ההכרעה הנגררת, כוחה יהא יפה רק "לצורך אותו עניין". משמע, ההכרעות השיפוטיות מכוח הסמכות הנגררת, תהיינה מוגבלות ותחומות לדל"ת אמותיו של אותו הליך; ויחייבו רק את הצדדים לו, לגבי אותו עניין בלבד (ראו: ע"א 183/69 עיריית פתח תקווה נ' טחון, פ"ד כג(2) 398, 405 (1969); יצחק זמיר, השפיטה בעניינים המנהליים 47-48 (1975); דפנה ברק-ארז, משפט מנהלי דיוני ד, 168-169 (2017); נינה זלצמן, מעשה בית-דין בהליך אזרחי, 225 (1991)). ההסדר החוקי שבסעיף 76, נועד לאזן בין שני אינטרסים מערכתיים שונים: בין 'יעילות הדיון' והרצון להימנע מפיצול דיונים, מחד גיסא; לבין כיבוד כללי הסמכות בין הערכאות השונות, מאידך גיסא: "תכלית ההוראה גלויה על-פניה: מחד גיסא, שלא להביא לפיצול בלתי ראוי של דיונים, ומאידך גיסא – ובשל צמצום ההכרעה בשאלת-האגב 'לצורך אותו ענין' – לשמור כראוי על חלוקת הסמכויות בין גופי השפיטה כפי שנקבעה בחוק" (בג"ץ 1214/97 חלמיש נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג(2) 647, 658 (1999)).

41. עניין נוסף הנובע מלשון הסעיף האמור, נוגע לטיב הסמכות הנתונה לבית המשפט, בבואו להפעיל ביקורת שיפוטית עקיפה. סעיף 76 נוקט לשון "רשאי"; לפי פשוטו של מקרא, ב'סמכות רשות' הכתוב מדבר, הנתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, ולא בסמכות חובה. התנסחות זו של המחוקק, בענייני סמכות עניינית, אינה דבר של מה בכך. על דרך הכלל, אין בית המשפט בן-חורין להימנע מדיון בעניין שהוא בגדר

סמכותו: "סמכות לדון שניתנה לשופט על פי חוק, יש בה גם משום הטלת חובה. עליו למלא תפקידים אלה" (אליהו הרנון "כיצד על שופט לנהוג כאשר אינו יודע אם להאמין לתובע או לנתבע?" הפרקליט כא 415, 416 (התשכ"ה)), ובאופן כללי – "שופט אינו רשאי למשוך ידו ולהימנע מהכרעה" (ע"א 8713/11 צאיג נ' חברת ע.לוחון נכסים והשקעות בע"מ, פסקה 5 לפסק דיני (20.8.2017); ראו התייחסותי לגישתו המיוחדת של המשפט העברי, בנוגע להסתלקות דיין מן הדין במקרה של 'דין מרומה', שם, פסקאות 11-17). אכן, בהתאם, נשמעה בפסיקה לא אחת הדעה, כי כאשר מתעוררת לפני בית משפט שאלה הדרושה לצורך הכרעה בעניין שהוא מוסמך לדון בו, באופן אגבי ובגררא, "לא זו בלבד שהוא רשאי להכריע בה, אלא שהוא חייב לעשות כן" (דנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' אבו פריח, פסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (12.4.2015) (להלן: עניין אבו פריח); ע"א 89/63 סלונימסקי נ' "מזור" מושב עובדים בע"מ, פ"ד יז 1471, 1476-1477 (1963); והשוו: יצחק זמיר, הסמכות המנהלית – סדרי הביקורת השיפוטית ד 2648-2650 (2017) (להלן: זמיר)). מנגד, נשמעה גם דעה אחרת: "מקיומה העקרוני של סמכות זו לא נובע, בהכרח, כי בית המשפט ייזקק לטענות מינהליות במסלול של תקיפה עקיפה, כפי שהיה נזקק להן לו הועלו בתקיפה ישירה בבית המשפט הגבוה לצדק או בבית המשפט לעניינים מינהליים" (דנ"א אבו פריח, פסקה 8 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס).

42. במקום אחר, עמדתי על המגמות השונות בפסיקתו של בית משפט זה, באשר להיקף סמכותו הנגררת של בית משפט, בכל הנוגע להפעלת ביקורת שיפוטית בדרך של תקיפה עקיפה. מן העבר האחד גישה מרחיבה, מן העבר השני גישה מצמצמת, כשבתווך גישות נוספות (רע"א 2933/18 עיריית אור עקיבא נ' מקורות חברת מים בע"מ, פסקאות 19-20 (1.8.2019) (להלן: עניין אור עקיבא)). באותו עניין, ולמעשה בחלק ניכר מן הפסיקה העוסקת בהיקף הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית עקיפה, השאלה שעל הפרק נגעה לתקיפה של פעולות מינהליות או של חקיקת-משנה. בענייננו, לעומת זאת, מדובר בתקיפה עקיפה של חקיקה ראשית של הכנסת. השאלה האם כל בית משפט רשאי לקבוע, בעקיפין, כי סעיף חוק ראשי של הכנסת איננו חוקתי – היא שאלה נכבדה, היורדת לשורשו של המשטר החוקתי בישראל. אמנם כן, בעידן הנוכחי, קנתה לה שביתה התפיסה, שלפיה כוחה וגבורתה של כל ערכאה שיפוטית – באשר היא – בית משפט ובית דין כאחד, לסרוק במסרקות הביקורת השיפוטית, בעקיפין ובדרך אגב, דברי חקיקה של הכנסת, עד כדי הכרזה על בטלותם (ראו, למשל: בג"ץ 2311/11 טבח נ' הכנסת, פסקאות 23 ו-28 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס (17.9.2014); בג"ץ 9369/19 אה"ל ארגון המתמחים לרפואה נ' שר העבודה הרווחה והשירותים החברתיים, פסקה 10 (5.1.2017); ע"מ 2966/19 HUMAN RIGHTS WATCH נ' שר הפנים, פסקה 10 (5.11.2019) (להלן: עניין HUMAN RIGHTS WATCH)). עם זאת, ראוי לציין, כי הדברים לא היו ברורים מאליהם

בתחילת דרכו של המשפט החוקתי בישראל. כך, בפסק הדין התשתיתי, שבו הונחו יסודות המשפט החוקתי הישראלי, ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 568 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי), ציין המשנה לנשיא מ' חשין כך:

"חבריי הניחו תשתית עיונית לסמכותו של בית-משפט לפסילת חוקי כנסת, ואנוכי הוספתי עליהם במקצת. ועדיין תטרוד אותנו שאלה באשר למחזיקים בסמכות זו: האם יהיו אלה כל בתי המשפט בארץ לערכאותיהם, או שמא תיוחד הסמכות לבית המשפט העליון בלבד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק? [...] אומר אך זאת, שיש יסוד איתן להשקפה כי סמכות פסילתם של חוקי כנסת ראויה היא שתהיה שמורה אך לבית המשפט הגבוה לצדק, לו בלבד, להוציא כל בתי המשפט האחרים כולם [...] משהכרנו עתה לראשונה – כדבר הלכה – בסמכות של בתי-משפט לפסול חוק של כנסת, דומה כי זכאים אנו להוסיף ולקבוע איזו ערכאה תחזיק בסמכות של בדיקה ופסילה. [...] כשאני לעצמי, דומה עליי כי טעמים כבדי משקל יתמכו בייחודה של הסמכות לבית המשפט הגבוה לצדק (תוך קביעת סדרי דין מתאימים להעברתן של שאלות חוקה מבתי משפט אחרים לבית המשפט הגבוה לצדק). בדרך זו אף יוכל בית המשפט גבוה לצדק לבור לעצמו שאלות הראויות, לדעתו, לדיון מידי תוך דחיית נושאים אחרים לימים יבואו. ועוד נכוננו לנו עלילות" (ההדגשות הוספו – נ' ס').

וראו גם: אהרן ברק, "ביקורת שיפוטית על חוקיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה צנטרליסטית (מבוזרת)" משפט וממשל ח (התשס"ה) (להלן: ברק, ביקורת שיפוטית).

43. מכל מקום, בפרקטיקה הנוהגת, דנו הערכאות השונות בשאלת חוקתיותם של דברי חקיקה ראשיים של הכנסת, ואף הורו על בטלותם במקרים אחדים (ראו, למשל: ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010) (להלן: בש"פ 8823/07)). למעשה, כבר בעניין בנק המזרחי עצמו, דן בית המשפט בשאלת תוקפו של חוק, בדרך של 'תקיפה עקיפה', שכן מדובר היה, באותו עניין, בסכסוך אזרחי, שנתבקשו בו סעדים אזרחיים (וראו בהקשר זה דבריה של השופטת ברק-ארז בעניין אבו פריח, פסקה 12). נראה אפוא, במישור הסמכות, כי בעניין דנן, נתונה היתה לבית המשפט המחוזי סמכות לדון בשאלת תוקפה של חקיקה

ראשית – סעיף 5ב(א)(1) לחוק – אף שלא ניתנה לו סמכות לעשות כן, בדרך של תקיפה ישירה.

44. ואולם, כידוע, מישור הסמכות – לחוד, ומישור שיקול הדעת – לחוד. לגבי דידי, במישור שיקול הדעת – הדברים מורכבים יותר. סבורני, כי כשמדובר בתקיפה עקיפה של חקיקה ראשית של הכנסת, טעמים טובים שבמדיניות שיפוטית, מטים את הכף אל עבר צמצום היקף הסמכות, באמצעות מתן שיקול דעת רחב לבית המשפט הדין בדבר, לצורך הכרעה בשאלה אם עליו להיזקק לסמכותו-זו (ראו והשוו: עניין HUMAN RIGHTS WATCH, פסקה 11). ביטול דבר חקיקה של הכנסת מחייב זהירות מיוחדת. 'דרך המלך' להרהר אחר חוקתיותו של דבר חקיקה ראשית, היא פניה בעתירה לבית משפט זה, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, באשר הוא הגורם בעל המומחיות והמקצועיות לדבר (ברק, ביקורת שיפוטית, עמוד 20); כפי שציין השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין, בעניין אבו פריח: "מבלי לפגוע חלילה כהוא זה בבתי המשפט האחרים, תקיפה עקיפה משמעה דלת אחורית להכרעות שהמחוקק נתן בידי בית משפט זה" (עניין אבו פריח, פסקה ו' לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין; לדעה דומה, ראו: זאב סגל, "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים – הסמכות להכריז על אי-חוקתיות חקיקה – למי?"; משפטים כח, 239 (התשנ"ו); יניב רוזנאי, ביקורת חוקתית – התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל 112-127 (מחקר מדיניות 154, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2021). לגישה אחרת, הרואה יתרון דווקא בהתרת ביקורת שיפוטית עקיפה על דבר חקיקה ראשי, ראו: אורי אהרונסון, הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית, משפט וממשל טז, 9 (התשע"ה); עוד ראו: יואב דותן, "האם ישראל צריכה בית-משפט לחוקה?", משפט וממשל ה (התש"ס); רונן פוליאק, בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת, עיוני משפט לז, 45-83-91 (2014)). אזכיר, כי הכרעתו של בית משפט, בדרך אגבית, לגבי תוקפו של חוק, כאמור לעיל, תחומה למישור היחסים שבין הצדדים בלבד; 'לצורך אותו עניין'. השפעתה של ביקורת שיפוטית עקיפה – צרה ויחסית היא; אין בה כדי להשליך כלפי כולי עלמא (ראו: אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ומעמד הכנסת" מבחר כתבים: על בית המשפט ושופטיו 71 (2017); זמיר, 2650-2651). בהיבט של יעילות, מצב דברים זה יכול להביא להכרעות סותרות, ולפגיעה בעקרונות-בסיס של ודאות ויציבות: "על בית משפט זה למנוע היווצרותם של 'בתי שופטים', קרי, הכרעות סותרות בבתי המשפט השונים שימתינו ליישוב הסתירות בבית משפט זה בגדרי ערעור, מקום שניתן לחסוך זאת" (עניין אבו פריח, פסקה ו' לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין); הדבר אף עשוי להעמיד צדדים שלישיים, שלא היו חלק מן ההליך השיפוטי, לרבות רשויות המדינה הנוגעות בדבר, בפני דילמה לא פשוטה, האם לכבד הכרעה 'אגבית' של ערכאה דיונית הפוסלת חוק, אף שזו, הלכה למעשה, כלל אינה

מחייבת אותה. לשם המחשה, אלמלא היה מוגש הערעור דנן, היתה השפעתו של פסק-הדין מושא ערעור זה, מוגבלת למישור היחסים שבין הצדדים שלפנינו בלבד. כל דכפין וכל דצריך, רשאי היה לערור את שאלת חוקתיות סעיף 5ב(א)(1) לחוק מחדש, פעם אחר פעם; אף המדינה לא היתה מחויבת להכרעה זו, כלפי מקרים אחרים. למותר לציין, כי תוצאה שכזו, סותרת עקרונות יסוד, של יעילות וסופיות הדיון. אכן כן, משעה שהוגש ערעור לבית משפט זה, תוכל ההכרעה האגבית והעקיפה, אף שחובשת היא לראשה אדרת של 'תקיפה עקיפה', לקבל כוח מחייב כלפי כולי עלמא, וזאת מכוח עקרון התקדים המחייב (סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה; וראו: בש"פ 8823/07, פסקה 11; עניין HUMAN RIGHTS WATCH, פסקה 13 לחוות דעתו של חברי, השופט (כתוארו אז) הנדל, שם עמד על כך שבמסלול התקיפה העקיפה, עשויה הסוגיה להגיע לפתחו של בית המשפט העליון בהליכי ערעור – כפי שארע בענייננו – "ובמקרה כזה, פסיקתו של בית המשפט העליון תיצור תקדים מחייב"; זמיר, 2652-2653; ראו גם: ע"א 3202/11 אבו פריח נ' מדינת ישראל, פסקה 19 לפסק הדין של השופטת ד' ברק ארז (30.12.12)). אמנם, כך אירע במקרה דנן, אך כידוע, לא כל הליך מסתיים בערעור לבית משפט זה, לא כל הכרעה חוקתית עקיפה זוכה בהמשך גם ל'כתר' התקדים המחייב; משכך, הקשיים האמורים בנוגע לדיונים חוקתיים ב'תקיפה עקיפה', נותרו עומדים על מכונם.

45. הארכת לידון בנבכי התקיפה העקיפה, על שורשיה וענפיה. ומה באשר לענייננו-שלנו?

מחד גיסא, כמה נסיבות תומכות בפתחת הדלת לתקיפה עקיפה. ראשית, טענת החוקתיות אמנם הועלתה על-ידי יוזם ההליך, המערער, ולא על-ידי המשיבה, אלא שטענה זו הועלתה, בנסיבות העניין דנן, כטענת התגוננות מפני בקשת המשיבה לסילוק התביעה כולה על הסף. משכך, ניתן לראות בה טענת 'מגן', ולא טענת 'חרב', שאז קיימת נטייה לאפשר את שמיעת הטענות החוקתיות (רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, פסקה 2 לחוות הדעת של השופט י' עמית (19.1.2017) (להלן: עניין גליק); והשוו: בג"ץ 6090/08 ברגר נ' שר המשפטים, פסקה 5 (11.8.2008); זמיר, 2640); שנית, התקיפה החוקתית העקיפה, בענייננו, מכוונת כלפי נורמה חקיקתית כללית, ולא כלפי צו אישי שהוטל על המערער. כפי שנפסק בעבר, אין ציפייה מאדם מן הישוב, לתקוף נורמה כללית בבית המשפט, אלא במקרה שבו נמצא כי הוא נפגע ממנה באופן אישי – "יש בדרך-כלל סיכוי טוב יותר לתקיפה עקיפה של תקנה כללית מאשר לתקיפה עקיפה של צו אישי" (רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637, 646-647 (2000) (להלן: עניין הראל); עניין אבו פריח, פסקה 9). שלישי, ספק רב אם מסלול התקיפה הישירה עומד לו למערער, מבחינה מעשית, שעה שמדובר במי שאינו אזרח או תושב ישראל.

אכן, כאשר מדובר בזרים, ספק רב אם ראוי להטיל עליהם את "נטל תיקון החקיקה המקומית", באמצעות תקיפה ישירה (ראו: עניין HUMAN RIGHTS WATCH, פסקה 10; וראו: רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, פסקה 17 (26.4.2010), שם נקבע, כי העדר יכולת מעשית לפנות ב'תקיפה ישירה', עשוי להצדיק 'תקיפה עקיפה'). לבסוף, במקרה שלפנינו, לא מתקיימות נסיבות 'חשודות', של עשיית דין עצמי או שיהוי, אשר עשויות להצדיק, בדרך כלל, את דחיית קיום הביקורת השיפוטית העקיפה, כבר על הסף (עניין הראל, פסקה 12; ע"א 9569/04 עבידאת נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים (14.2.2008); ע"א 7958/10 פלאפון תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל (1.8.2010)).

מאידך גיסא, ישנם שיקולים התומכים דווקא בהימנעות משימוש בביקורת שיפוטית עקיפה: ראשית, יש לזכור כי מדובר בתקיפה עקיפה של חקיקה ראשית, אשר יצאה תחת ידה של כנסת ישראל. בעניינים כגון דא, נדרשת זהירות יתרה. הדברים נכונים לגבי תקיפה ישירה, 'בדרך המלך' – מעמדה של הכנסת מחייב אפוא איפוק וריסון בהפעלת ביקורת שיפוטית על פעילותה, וזהירות מפני פגיעה בעצמאותם של חברי הכנסת, בהיותם נציגיהם הנבחרים של אזרחי המדינה" (בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פסקה 35 לפסק דיני (6.8.2017) (להלן: עניין קוונטינסקי)); וביתר שאת, מקום שבו עסקינן בתקיפה עקיפה – נדמה כי מבחינת הסוציולוגיה של המשפט יש ערך לכך שהסמכות לבטל חוקים בלתי-חוקתיים תופעל בזהירות ובצורה ריכוזית. הקהילייה המשפטית, ואף הציבור הרחב, תופסים סמכות זו כחידוש, ובמדינת ישראל עודנו מצויים בשלבים הראשונים של גיבוש – מה שמקרין גם על היחס הראוי לביטול חקיקה ראשית על ידי ערכאה שאינה בית המשפט העליון" (חוות דעתו של חברי, השופט (כתוארו אז) הנדל, בעניין HUMAN RIGHTS WATCH). שנית, אין מדובר בהסדר חוקי זניח או צדדי; זהו עניין המעורר שאלה עקרונית, בעלת השלכות רוחב על מתדיינים רבים נוספים, כמו גם על גורמי המדינה ומערכת בתי המשפט. בכגון דא, מחמת המורכבות והרגישות המובנת, יש מקום לצמצום סמכות הביקורת העקיפה, בערכאות הדיוניות (עניין אור עקיבא, פסקה 20; זמיר, עמוד 2688). שלישיית, הכרעה אגבית בשאלת חוקתיותו של סעיף 5ב(א)(1) לחוק, מחייבת, כאמור, אך ורק את הצדדים להליך, ורק ביחס לאותו עניין; מכאן החשש להכרעות סותרות, על כל המשתמע מכך (עניין אור עקיבא, פסקה 23; זמיר, עמוד 2688-2688). אמת נכון הדבר, בענייננו ניטל העוקץ במידת-מה משיקול זה, משעה שההכרעה בשאלה החוקתית התגלגלה לבסוף לבית משפט זה, במסגרת ערעור אזרחי – שאז מעמדה עשוי 'להשתדרג' לכדי תקדים מחייב. יחד עם זאת, בבואנו לבחון האם קיים חשש להכרעות סותרות, עלינו להרחיק מבטנו, אל מעבר לנסיבות התיק הפרטני שלפנינו. כאמור לעיל, בהחלט יתכנו מצבים שבהם תקיפה עקיפה שהחלה את דרכה בערכאה הדיונית, לא תעפיל לערכאת הערעור, שהרי הדבר תלוי בעיקרו של דבר במתדיינים עצמם; ברצותם – מערערים,

ברצותם – משלימים (עם פסק הדין). על כן, במישור העקרוני, החשש מפני הכרעות סותרות – עודנו שריר וקיים. מעבר לכך, את השאלה האם לאפשר 'תקיפה עקיפה' של חוק ראשי של הכנסת, נדרש לעורר כבר מלכתחילה, בשלב בירור ההליך בערכאה הדיונית; כאשר כלל לא ידוע אם אכן יוגש ערעור בפועל. קביעה לפיה כביכול אין חשש מפני הכרעות סותרות, משום שקיים סיכוי שיוגש ערעור בעתיד – אינה אלא הנחת המבוקש (אולם, ראו והשוו לדברי השופטת ד' ברק-ארז בעניין אבו פריח, פסקה 19; מנגד, ראו ביקורתו של זמיר, עמוד 2654, בעניין זה).

46. הנה כי כן, ההכרעה בענייננו אינה חד-משמעית. יחד עם זאת, שני שיקולים שטרם ציינתי, הובילו למסקנה, כי אין מקום לחסום את דרכו של המערער, מלברר את טענתו החוקתית במקרה זה, במסגרת תקיפה עקיפה. הטעם הראשון נעוץ בכך שהמשיבות לא העלו בשום שלב – גם לא עתה, בהליך הערעור – את הטענה שלפיה אין מקום לקיים ביקורת שיפוטית עקיפה בחוקתיותו של סעיף 5ב(א)(1) לחוק. אמנם, מדובר בשאלה של סמכות, שאותה רשאי בית המשפט לעורר בעצמו; אך מקום שבו מדובר במקרה מורכב וגבולי, הטומן בחובו שיקולים לכאן ולכאן, ומשהמשיבות לא העלו טענה זו מיוזמתן, לא מצאתי לנכון לקבוע כי זהו אחד מן המקרים החריגים, שבהם בית המשפט יטען זאת עבורן, בבחינת 'את פתח לו' (ראו: רע"פ 7052/18 מדינת ישראל נ' רותם, פסקה 77 (5.5.2020); רע"א 9138/20 פיסטול נ' שמעון, פסקאות 14-15 (7.2.2021)). הטעם השני, והוא עיקר, נוגע לדברי הנשיא ברק בעניין עדאלה; גם באותו עניין, נתבקש בית משפט זה לפסול את סעיף 5ב לחוק, בנוסחו אז. הנשיא ברק הותיר את ההכרעה בשאלה האמורה לעת מצוא, והוסיף וציין את הדברים הבאים:

"שאלת חוקתיותו של סעיף 5ב לתיקון מס' 7 עלתה בפנינו באופן שולי בלבד. הצדדים מיקדו עיקר טענותיהם בהוראותיו של סעיף 5ג. הם לא הרחיבו בעניינו של סעיף 5ב. לא הובאו בפנינו מקרים בהם התעוררה שאלת תחולתו. בכל אלה יש כדי להשליך על שאלת חוקתיותו של הסעיף. בנסיבות אלה, וכל עוד לא התלבנו שאלות אלה כל צרכן, טרם בשלה העת להכריע בחוקתיותו של סעיף 5ב. הרבה תלוי באופן יישומו ובפירוש שיוענק להוראות הסעיף. כך, למשל, לא שמענו טיעונים בשאלה האם פירושו הנכון של הסעיף כולל בחובו קשר סיבתי בין הפעילות והחברות בארגון המחבלים או בשליחותו לבין נזקם של הנפגעים. כמובן, שמורה זכותם של הצדדים להעלות טענותיהם לעניין חוקתיותו של סעיף 5ב ככל שהיא תתעורר בהקשרם של מקרים ספציפיים. בתי המשפט האזרחיים מוסמכים

במסגרתן של תביעות נזיקין ספציפיות, לבחון טענות כנגד חוקתיות הסעיף. בנסיבות העניין, לא ראינו מקום להכריע בשאלת חוקתיותו של סעיף 55 לתיקון מס' 7 (עניין עדאלה, פסקה 31) (ההדגשה הוספה – נ' ס').

47. כאמור, כשלעצמי, הגם שבמישור העקרוני ניתנה רשות לכלל הערכאות השיפוטיות לקבוע, כי חוק ראשי של הכנסת אינו חוקתי, אם הדבר עלה במסגרת תקיפה עקיפה, הרי שבמישור שיקול הדעת הדברים סבוכים יותר (למקרים אחרים, שבהם הופנו עותרים למסלול של תקיפה עקיפה, בהתייחס לטענת אי-חוקתיות של חוק או תקנות שהועלתה על-ידם, ראו, למשל: בג"ץ 2055/02 עביד נ' שר הבטחון (12.12.2002); בג"ץ 1431/05 אוריין נ' שר התחבורה (7.7.2005); בג"ץ 6090/08 ברגר נ' שר המשפטים (11.8.2008); בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר, פסקה 29 (22.03.2009); בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר, פסקה 34 (5.1.2012); בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פסקה 12 (18.1.2006)). אולם, כך או אחרת, אין ספק שבעניין דנן פעל המערער על-פי המסלול שהתווה בית משפט זה, בעניין עדאלה, באופן ספציפי בהתייחס לשאלת חוקתיותו של סעיף 55 לחוק. על כן, אין מנוס מן הקביעה, כי אכן, זכאי המערער להשמיע את טענותיו החוקתיות, גם בדרך של תקיפה עקיפה.

48. הפתח לבחינה חוקתית, נפתח אפוא לפני המערער. יחד עם זאת, מידותיו של הפתח – אם רחב כפתחו של אולם, אם צר כחודה של מחט – נובעות מן הדרך שנבחרה לכך. כידוע, "דרך התקיפה עשויה להכתיב את תוצאת התקיפה. תוצאה שהיה אפשר להגיע אליה בדרך של תקיפה ישירה, יתכן שאי אפשר יהיה להגיע אליה בדרך של תקיפה עקיפה" (עניין הראל, עמודים 646-647). הדרך שנבחרה, משפיעה, בראש ובראשונה, על גבולות הביקורת השיפוטית שתופעל על-ידי בית המשפט. כאמור, הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית עקיפה, מעוגנת בסעיף 76 לחוק בתי המשפט, והיא מתוחמת אך ורק לשאלות שההכרעה בהן דרושה "לצורך אותו עניין"; אין להרחיב את מוטת כנפיה של סמכות זו, לשאלות שאינן דורשות הכרעה בנסיבות הקונקרטיות. אם ניישם זאת לענייננו, הרי שחלק מטענותיו של המערער – מתייתרות מאליהן. כך, הטענה כי סעיף 55(א)(1) לחוק, כמו גם הצו שהוצא מכוחו, לוקים ברטרואקטיביות, כלל אינה דרושה לצורך הכרעה בעניינו הספציפי של המערער, שכן האירוע מושא התביעה התרחש לאחר שנחקק תיקון מספר 8, ולאחר שהוצא גם הצו שמכוחו. אם כן, משנמצא כי שאלה זו אינה דורשת הכרעה ביחס לנסיבות העניין דנן, לא קנה בית המשפט סמכות אגבית לדון בה. ניתן אפוא להסיר מעל השולחן, כבר בשלב זה, את טענותיו אלה של המערער.

49. מטעמים דומים, סבורני כי אין מקום גם לדון, בדרך של 'תקיפה עקיפה', בטענה נוספת שהעלה המערער, כי אי-מידתיותו של סעיף 5ב(א)(1) לחוק, באה, בין היתר, לידי ביטוי, בכך שהוא איננו מוגבל לפעולות שנגרמו על-ידי כוחות הביטחון בלבד, משום שהוא משתרע לכאורה על כל נזק שגרמה מדינת ישראל, על שלל זרועותיה. אין חולק כי הנזק הנטען, בנסיבותיו הספציפיות של המקרה דנן, נגרם על-ידי כוחות הביטחון; לא בכדי הוגשה התביעה נגד משרד הביטחון. מכאן, שגם טענה זו חורגת מנסיבות המקרה הקונקרטי, ואין מקום לדון בה בדרך של 'תקיפה עקיפה'.

לאחר שהערתי את אשר שהערתי, אעבור עתה לשלבי הבחינה החוקתית.

3. ד. חוקתיות סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים

50. סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים, נחקק על-ידי-ספר, בחקיקה ראשית של כנסת ישראל. פעולה זו של הכנסת מבטאת את רצון העם, באמצעות נבחריו, ומחובתו של בית המשפט לכבד רצון זה. מדי דברנו בביטול דבר חקיקה, זכור נזכור, כי "עניין לנו בביטול דבר חקיקה שנחקק על-ידי גוף שנבחר על-ידי העם" (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(2) 481, 553 (2005) (להלן: עניין חוף עזה)). לפיכך, "לא בנקל יקבע בית המשפט שחוק מסוים אינו חוקתי" (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 568 (2009) (להלן: עניין הפרטת בתי הסוהר)). יש לתת את הדעת בכל עת, כי כאשר מופעלת ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, יש בכך משום פגיעה בעקרונות שלטון הרוב והפרדת הרשויות. "שומה עלינו לגשת אל המלאכה בדחילו ורחימו, במתינות, בכבוד" (כך אמרתי בעניין קוונטינסקי, פסקה 43). כזאת יעשה, רק מקום שבו קיימת הצדקה ממשית לכך. הצדקה שכזו קיימת, במישור העקרוני, אם נמצא כי הכנסת חרגה מכללי היסוד שקבעה היא עצמה, בכובעה כרשות מכוונת (ראו, למשל, בג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת, פסקה 42 לפסק-דין (8.7.2021) (להלן: עניין שלילת הגמלאות)). בעת שבית המשפט ניגש למלאכת הביקורת השיפוטית, המורכבת והרגישה, על חקיקת הכנסת, עליו להרחיק עצמו "מעיצוב מחדש של המדיניות שנבחרה על ידי המחוקק" (עניין הפרטת בתי הסוהר, עמוד 568; בג"ץ 6411/16 הועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות נ' כנסת ישראל, פסקה 30 (19.6.2018)). מילות המפתח הן: כיבוד, איפוק, זהירות וריסון; לאורן נפסע במשעולי הביקורת החוקתית (ראו: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 263 (2003) (להלן: עניין מנחם)).

51. כידוע, בחינת חוקתיותו של חוק נעשית ב-3 שלבים (ראו, למשל: עניין בנק המזרחי, עמוד 428; עניין חוף עזה, 544-545); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון

בישראל נ' הכנסת, פסקה 20 לפסק הדין של הנשיא ברק (11.5.2006) (להלן: עניין חוק טל); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, פסקה 24 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (28.2.2012) (להלן: עניין חסן); עניין שלילת הגמלאות, פסקה 43 לפסק-דיני; אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 119 (2018); אהרן ברק, מידתיות במשפט, 53-51 (2010) (להלן: ברק – מידתיות במשפט)). בשלב הראשון, נבחן האם החוק הנדון פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוק יסוד, אם לאו. לשם כך, לא די בהוכחת פגיעה כלשהי בזכות לא מוגדרת. נדרש להצביע על פגיעה דווקא "בזכויות לפי חוק-יסוד זה"; היינו, פגיעה בזכויות המוגנות והמעוגנות בחוק היסוד (ראו, למשל: בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 518 (16.3.2004); עניין עדאלה – איחוד משפחות, פסקה 18; בג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה ה' לפסק-דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (11.1.2012) (להלן: עניין איחוד משפחות 2)). הנטל להראות כי אכן נוצרה פגיעה בזכות אדם חוקתית, מוטל על הטוען זאת (עניין בנק המזרחי, עמוד 428; עניין חוק טל, פסקה 21; אהרון ברק, פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית, 374-373 (1994) (להלן: ברק – פרשנות חוקתית)). שאלה נוספת בהקשר זה, היא האם הפגיעה משמעותית דיה, האם מידת חומרתה מצדיקה הפעלת ביקורת שיפוטית (ראו, למשל: בג"ץ 145/21 לוי נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל, פסקאות 12-16 לפסק-דיני (17.2.2021)). אם השאלה הראשונה תענה בשלילה – תמה הבחינה החוקתית; לעומת זאת, אם התשובה תהא חיובית, או אז ניתן יהיה לעבור לשלב השני, שבמסגרתו תיבחן השאלה, האם החוק הנדון צולח את מבחני פסקת ההגבלה (ראו, למשל, בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005); עניין חוק טל, פסקה 20). זכויות חוקתיות, ברובן המכריע, אינן מוחלטות; הן יחסיות (ברק – מידתיות במשפט, 53-57). פגיעה בזכות אדם חוקתית, עשויה להחשב לפגיעה כדין, אם עלה בידיה לצלוח את מבחני פסקת ההגבלה (ראו, למשל: בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 786, 792 (2003)). בתום בירור השלב השני, ואם נמצא כי הפגיעה אינה עומדת במבחנים הללו, אזי באים אנו לשלב השלישי והאחרון – קביעת הסעד. בשלב זה, נדרש בית המשפט לקבוע מהן תוצאותיה של אי-החוקתיות; מהו הסעד ההולם בנסיבות העניין (בג"ץ 7505/98 קורין אלדי נ' לשכת עורכי-הדין בישראל, פ"ד נג(1) 153, 162-163 (1999); עניין חוף עזה, עמוד 552). לאחר הצגת תנאי המסגרת, אגש לגוף הדברים, לבחינת השלב הראשון – שאלת הפגיעה בזכות החוקתית – ביחס לנסיבות העניין דנן.

52. בעניין שלילת הגמלאות, ציינתי כך: "השלב הראשון של הבחינה החוקתית – בחינת הפגיעה בזכות החוקתית – אין ערוך לחשיבותו; בגדרו אנו נדרשים ללבן ולברר במדויק את גדריהן של אותן הזכויות אשר כנסת ישראל, בכובעה כרשות מכוננת, החליטה להעניק להן הגנה מיוחדת. לא לכל אינטרס או זכות – נעלים, ראויים ומוצדקים ככל שיהיו – נודע מעמד של זכות חוקתית על-חוקית; לא כל זכות משפטית היא גם זכות חוקתית". באותו עניין הרחבתי על אודות חשיבות שלב זה, של בירור הפגיעה בזכות החוקתית, ועל הטעמים העומדים בבסיסו; הרוצה להרחיב – יעיין שם (שם, פסקאות 44-48 לפסק-דין; ראו גם: עניין איחוד משפחות, עמודים 295-396; עניין חסון, עמוד 854; נעם סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה" דין ודברים ח 13, 22 (התשע"ד); סיגל קוגוט ואפרת חקאק, האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל, שערי משפט ז (התשע"ד)).

53. לפנינו שתי סוגיות הראויות לבירור וחיודוד בשלב זה של הבחינה החוקתית – הוא שלב בירור הפגיעה. ראשית, האם זכות שמקורה במשפט הבינלאומי עשויה להשליך על הבחינה החוקתית? שנית, מהי המשמעות שיש ליתן, בשלב הפגיעה בזכות החוקתית, לעובדה שהמבקש את הגנת חוקי-היסוד, איננו אזרח או תושב ישראל, כי אם תושב של שטח שהוכרז על-ידי ממשלת ישראל כשטח אויב? אדון בשתי סוגיות אלה כסדרן; ראשון ראשון, אחרון אחרון.

1.1.3.ד. פגיעה בזכות שמקורה בדין הבינלאומי

54. תחילה, אתייחס למקומו של המשפט הבינלאומי בניתוח החוקתי. הצדדים הרבו עלינו טענות, אלה בכה ואלה בכה, באשר לשאלה אם יש בכוחו של המשפט הבינלאומי כדי להקים עילת תביעה נזיקית לאדם פרטי, בגין הפרה של דיני המלחמה. כך, סיכומי המערער שזורים לאורכם ולרוחבם, כשתי וערב, בטענה כי סעיף 5ב(א)(1) לחוק, השולל עילת תביעה נזיקית מתושב שטח שהוכרז כשטח אויב, סותר עקרונות-יסוד שנקבעו במשפט הבינלאומי. המערער תומך יתדותיו בהקשר זה, בהוראות שונות מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי, אמנת האג ואמנות ז'נבה, וכן באמנות שונות ממשפט זכויות האדם; לעמדתו, ההוראות שבאמנות הללו, סותרות מכל וכל את ההסדר שנקבע בסעיף 5ב(א)(1) לחוק, המבוסס, כך המערער, על תכלית גזענית, שנועדה לשלול באופן גורף את זכות התביעה של קבוצה מסוימת, על בסיס אתני, טריטוריאלי או לאומי. לטענת המערער, החובה המוטלת על צד לסכסוך מזוין, לפצות בגין נזק שגרם ל'אזרחים מוגנים', מבוססת היטב במשפט הבינלאומי ההומניטרי-מנהגי. מנגד, המדינה טוענת כי סעיף 5ב(א)(1) לחוק אינו מפר את הוראות המשפט הבינלאומי, משום שאין בדין הבינלאומי הרלבנטי לענייננו – דיני הלחימה – זכות תביעה אישית למי שנפגע במהלך סכסוך מזוין.

55. הנה כי כן, לפנינו מחלוקת עקרונית, ביחס לתחולת הדין הבינלאומי, לגבי קיומה של עילת תביעה אישית-נזיקית, בגין נזק שגרמה מדינה, שהיא צד לסכסוך מזוין. מחלוקת זו, כשלעצמה, עם כל חשיבותה, איננה מעוררת 'בעיה חוקתית' בנוגע לסעיף 5ב(א)(1) לחוק. כפי שנפסק לא אחת, פגיעה בזכויות אדם, שמקורה במשפט הבינלאומי הפומבי, על-ידי דבר חקיקה ישראלי מפורש, אינה מקימה עילה לביקורת שיפוטית חוקתית. בהתנגשות שבין המשפט הבינלאומי הפומבי לבין חקיקה מפורשת של הכנסת, ידה של כנסת ישראל על העליונה:

”אכן, אפילו נפגעו זכויותיו של הזר על פי דיני זכויות האדם הבינלאומי ודיני זכויות האדם ההומניטריים – ואפילו נפגעו זכויותיו של הישראלי עד כמה שהן מעוגנות רק בדינים אלה – ואיננו נוקטים בשאלות אלה כל עמדה – פגיעה זו נעשתה מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל. חקיקה מקומית מפורשת יש בכוחה, מנקודת המבט הישראלית הפנימית, לפגוע בזכויות המוענקות בדין הבינלאומי. עד כמה שדין אחרון זה מהווה משפט בינלאומי מינהגי, אין בכוחו להתגבר על דבר חקיקה ישראלי הפוגע בו במפורש” (עניין איחוד משפחות, פסקה 17 לפסק-דינו של הנשיא ברק).

עוד ראו: ע”פ 336/61 אייכמן נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד טז(5), 2033, 2040-2041 (1962); בג”ץ 253/88 סג”דיה נ’ שר הביטחון, פ”ד מב(3) 801, 815 (1988); בג”ץ 256/01 רבאח נ’ בית המשפט לעניינים מקומיים, פ”ד נו(2) 930, 934-935 (2002); עניין חוף עזה, בעמ’ 544; בג”ץ 2690/09 “יש דין” – ארגון מתנדבים לזכויות אדם ואחרים נ’ מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית, פסקה 6 (28.3.2010); ע”א 6982/12 עזבון המנוחה Rachel Aliene Corrie ז”ל נ’ מדינת ישראל, משרד הביטחון, פסקה 17 (12.2.2015); כן ראו: יורם דינשטיין, המשפט הבינלאומי והמדינה, עמוד 128 (הוצאת שוקן, 1971).

56. בנדון דידן, כלל לא מתעוררת שאלה פרשנית, כזו או אחרת, ביחס להוראות חוק הנזיקים האזרחיים, שאז יכול שהיה מקום להידרש ל'חזקת ההתאמה הפרשנית', ולבחון אם היא מתקיימת בנסיבות העניין דנן. על-פי חזקה זו, על בית המשפט לפרש דבר חקיקה ישראלי, ככל הניתן, באופן שיעלה בקנה אחד עם נורמות משפט בינלאומיות שמדינת ישראל מחויבת בהן (בג”ץ 4542/02 עמותת “קו לעובד” נ’ ממשלת ישראל, פסקה 37 לפסק-דינו של השופט א’ א’ לוי, והאסמכתאות שם (30.3.2006); דנג”ץ 10190/17 מפקד כוחות צה”ל באזור יהודה והשומרון נ’ עליאן, פסקה 34 לפסק-דינה של הנשיאה חיות

(9.9.2019) (להלן: עניין עליאן); א' ברק, פרשנות תכליתית במשפט, עמוד 224 (2003)). המערער לא העלה לפנינו שאלה של פרשנות חוק. טענתו היא לאי-חוקתיות סעיף 5ב(א)(1) לחוק. על כן, בהתאם לשלבי הבחינה החוקתית הנהוגה עמנו, על המערער להצביע, תחילה, על זכות חוקתית שנפגעה. זכות חוקתית היא זכות שמקורה בחוקי-היסוד. על מנת שבית משפט יקנה סמכות לדון בחוקתיות דבר חקיקה של הכנסת, מוטל על הפונה אליו להראות כי נפגעה זכות יסוד שלו, שעוגנה על-ידי הרשות המכוננת במי מחוקי היסוד שכונו על-ידיה; שכן הסמכות לבטל דבר-חקיקה – "מתאפשרת אך מכוח הגבלות שהטילה הכנסת, ב'כובעה' כרשות מכוננת על תפקודה ב'כובעה' האחר כרשות מחוקקת [...] 'הרשות המכוננת' העניקה מעמד נורמטיבי רם ונישא לחוקי-היסוד, ולגבי חלקם אף הוסיפה וקבעה הוראות המגבילות את אפשרות הפגיעה בהם, כמו גם הוראות המקשות על שינויים [...] יסודה של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, נסמכת אפוא על מדרג נורמטיבי, על קיומן של נורמות גבוהות מחברותיהן" (בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פסקאות 6-7 לפסק דיני (8.7.2021) (להלן: עניין חוק הלאום)). לפיכך, אין די בהצבעה על פגיעה בזכות שמקורה במשפט הבינלאומי, עם כל חשיבותה, כדי להביאנו אל טרקלין הבחינה החוקתית. אם כן, דין טענותיו של המערער, ככל שהן נסמכות באופן בלעדי על פגיעה בזכויות הנתונות לו מכוח המשפט הבינלאומי – להידחות.

2.1.3.ד. עילת תביעה אישית לפי המשפט הבינלאומי?

57. למעלה מן הדרוש, עיינתי באסמכתאות הרבות שהובאו על-ידי הצדדים, מזה ומזה, ושוכנעתי, כי הדין עם המשיבות; כי 'דיני העימות המזוין' (Laws of Armed Conflict), החלים בענייננו, אינם מקימים עילת תביעה אישית בגין נזק שנגרם לפרטים, אגב עימות מזוין. נראה אפוא, כי בניגוד לטענת המערער, סעיף 5ב(א)(1) לחוק אינו נוגד את הדין הבינלאומי.

58. בדבריו, ביקש המערער להסתמך על תקנה 3 לתקנות בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 (The Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land (18 October 1907) (להלן: תקנות האג)). הוראות תקנות אלה, נושאות עמן אופי מנהגי, ומהוות חלק ממשפטה של ישראל (ראו למשל: בג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617, 638; בג"ץ 393/82 אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4), 785, 793 (1983) (להלן: עניין אסכאן); עניין חוף עזה, עמוד 584; Yoram Dinstein, (2009) 5 (The International Law of Belligerent Occupation). תקנה 3 לתקנות האג קובעת כך:

"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".

59. עוד נסמך המערער, על סעיף 91 לפרוטוקול הנוסף הראשון, משנת 1977, של אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1948 (Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977; (להלן בהתאמה: אמנת ג'נבה הרביעית ו- הפרוטוקול הנוסף הראשון), הקובע הוראה דומה לזו שבתקנה 3 לתקנות האג:

"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".

60. ישראל, כידוע, איננה צד לפרוטוקול הנוסף הראשון, אך היא רואה עצמה מחויבת להוראותיו 'המנהגיות'. בענייננו, לא ראיתי מקום להידרש לשאלה האם סעיף 91 הנ"ל משקף נורמה מנהגית (לעניין זה, ראו: בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 573 (2006) (להלן: עניין הוועד הציבורי נגד עינויים); רות לפידות, יובל שני ועדו רוזנצווייג, ישראל ושני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נבה 57 (מחקר מדיניות 92, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2011). זאת, שכן כפי שיפורט להלן, סעיף זה ממילא איננו מבסס עילת פיצוי אישית לאדם פרטי.

61. לעניין זה, הפרשנות המקובלת במשפטן של אומות העולם, היא שההוראות האמורות, אינן מבססות זכות תביעה אישית לפרט; הן מטילות חובת פיצוי במישור המדינתי בלבד. כך למשל, בפסק דין אמריקאי שניתן על-ידי בית המשפט הפדרלי לערעורים במחוז קולומביה – Tel-Oren v. Libyan Arab Republic, 726 F.2d 774, 810 (D.C. – Cir. 1984) – נפסק בחוות הדעת של השופט בורק (Judge Bork), כי הוראות אמנת האג, כשלעצמן, אינן מקימות עילת תביעה לפרט: "The Hague Conventions similarly cannot be construed to afford individuals the right to judicial enforcement

"The Hague Conventions are not self-executing" [...] (שם, עמוד 810). המערער, מצדו, אמנם טען כי עמדת השופט בורק היא "דעת שופט יחיד", אך לא הצביע על פסקי דין אמריקאים הקובעים אחרת. למעשה, קביעתו של השופט בורק חזרה על עצמה במספר פסקי דין נוספים (ראו: Goldstar; Handel v. Artkuovic 601 F. supp. 1421, 1425 (1985); (PANAMA) v. United State of America, 967 F.2d 965 (4th Cir. 1992), שבו נקבע כי: "In sum, we hold that the Hague Convention is not self-executing and, therefore, does not, by itself, create a private right of action for its breach" עוד ראו: (Princz v. Federal Republic of Germany, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994). אבהיר, כי לבד מפסקי הדין שצוטטו, הרי שגם כללי החסינות הרחבים הנוהגים בארה"ב, אינם מאפשרים לפרט, מבחינה פרקטית, לתבוע את ממשלת ארה"ב בנזיקין כאמור. כך למשל, המשפט האמריקאי מכיר בחריג 'הפעולה המלחמתית' באופן רחב ביותר (ראו: The Koochi v. United State, Federal Tort Claims Act; 28 U.S. Code § 2680(j) (1992) 976 F.2d 1328), ואף מכיר בחסינות העומדת לממשל, בגין פעולות-חוץ שבוצעו על-ידו (28 U.S. Code § 2680(k) (1992) וראו לעניין זה: Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692 (2004), שם נקבע, נוכח חריג זה, כי אדם פרטי אינו רשאי לתבוע בנזיקין את ממשלת ארה"ב, בגין חטיפה של אזרח מקסיקני, ממקסיקו לארה"ב, על ידי הרשות ללוחמה בסמים; זאת, להבדיל מתביעות נזיקין המוגשות נגד זרים – לפי ה- 28 Alien Tort Statute; U.S.C 1350 – שניתנות לבירור בערכאות בארה"ב, במקרים מסוימים; עוד בעניין זה, ראו: Kenneth Bullock, United States Tort Liability for War Crimes Abroad: An Assessment and Recommendation, 58(1) Law and Contemporary Problems 139, 147-156 (1995).

62. פרשנות זו, לסעיפים אלו שבאמנת האג, מקובלת גם במשפט הגרמני. דוגמה לכך, היא פרשת גשר וורוורין (Varvarin Bridge Case). במרכז של פרשה זו, עמדה הפצצת גשר בעיירה וורוורין שבסרביה, בשנת 1999, על ידי כוחות נאט"ו (NATO). תביעות אישיות שהגישו נפגעי אותה הפצצה נגד גרמניה – נדחו על-ידי 3 ערכאות אזרחיות (ראו: Bundesgerichtshof [BGH] [Germany Federal Court of Justice], 35 citizens of the Former Federal Republic of Yugoslavia v Germany, III ZR 190/05, (BGHZ 166 (2.11.2006)). נוכח זאת, פנו הנפגעים בעתירה לבית המשפט החוקתי של גרמניה, אשר אישר, בפסק דין משנת 2013, את קביעות הערכאות האזרחיות, בקבעו כי המשפט הבינלאומי ההומניטרי אינו מבסס עילת תביעה אישית, כי אם מדינתית: "Article 3 of the Hague Convention (IV) and Article 91 of Additional Protocol I do not create direct individual rights to compensation in connection with breaches of international humanitarian law" ([Germany

Federal Constitutional Court [BVerfG] 35 citizens of the Former Federal Republic of Yugoslavia v. Germany, 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07 (13.8.2013) מהתקציר באנגלית המופיע באתר הרשמי של בית המשפט החוקתי בגרמניה). קביעה זו אושררה גם בפרשת 'קונדוז' (Kunduz incident case). באותה פרשה, דובר בתקיפה אווירית קטלנית של כוחות נאט"ו, במחוז קונדוז באפגניסטן, אשר בוצעה בשנת 2009, ועליה פיקד קצין צבא גרמני. אזרחים אפגניים, קרוביהם של ההרוגים, הגישו תביעת פיצויים נגד גרמניה, וזו נדחתה על-ידי בית המשפט הפדראלי לצדק, לאחר שנקבע, בין היתר, כי לא קמה לתובעים עילת תביעה אישית, על-פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי (Germany Federal Court of Justice [BGH] III ZR 140/15 (6.10.2016)). גם כאן, בית המשפט החוקתי הפדראלי בגרמניה בחר שלא להתערב בפסיקה זו (Germany Federal Constitutional Court [BVerfG] 2 BvR 477/17 (18.11.2020)); להשלמת התמונה אציין, כי ביום 16.2.2021 קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם, בהקשר זה, כי גרמניה לא הפרה את הוראות האמנה האירופית לזכויות אדם (European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Camber, Hanan v. Germany* (application no. 4871/16 (16.2.2021)). דומה, כי זוהי הפרשנות המקובלת גם באיטליה (Corte di Cassazione [Italy], *Consiglio Ministri v. Markovic*, RDI 85 (2002), 799; European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Markovic v. Italy* (application no. 1398/03 (14.12.2006)); עוד ראו: Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (Vol. I, 2005), p. 544-545).

63. אכן, אין לכחד, מתקיים שיח ער בסוגיה זו, בין מלומדי-משפט שונים, בפרט בשנים האחרונות, בשאלת קיומה של זכות אישית לדרוש פיצויי נזיקין בבתי המשפט המדינתיים, בגין הפרות דיני העימות המזוין; המדינה עמדה על כך במסגרת סיכומיה. ברם, נראה כי העמדה הדומיננטית בקרב מלומדי המשפט היא, שדיני העימות המזוין, החלים כיום, אינם מקימים עילת תביעה אישית לפרט; גם אלו המבקשים להצמיד את המשפט הבינלאומי אל עבר ביסוס עילת תביעה אישית לפרטים, מודים, כי הדבר מהווה שינוי מן הדין המצוי, כפי שהוא מיושם בערכאות המדינתיות השונות (ראו, למשל: Marco Sassòli, "State responsibility for violations of international humanitarian law", IRRC Vol. 84, No 846, p. 401, 418-419 (2002); Liesbeth Zegveld, "Remedies for victims of violations of international humanitarian law", IRRC vol. 85 p. No 851, p. 497, 507 (2003); Christian Tomuschat, "Darfur - Compensation for the Victims", 3 j of Int'l Crim. Justice, p. 579, 582 (2005); Elke Schwager, "The Right to Compensation for Victims of an Armed Conflict", Chinese Journal of International Law, 4(2), p. 417, 424-422 (2005); Charles Garraway, "State Responsibility", in *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, p. 506, 519 (Rain Liivoja and Tim McCormack eds., 2016); R. Hofmann,

"Compensation for Personal Damages Suffered During World War II", in: The Law of Armed Conflict and the Use of Force: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, p. 277-288 (R. Wolfrum (ed.), Oxford, 2017); Leander Beinlich, "Access Granted, Access Barred? Exploring the Interplay of Human Rights and States' Domestic Liability Regimes in the Context of Individual Reparation Claims", in: Reparation for Victims of Armed Conflict: Impulses From the Max Planck Trialogues, לא מצאתי באסמכתאות (p. 625-628 (Christian Marxsen and Anne Peters (eds), 2018).
 שהביא המערער בהקשר זה, הצדקה לביסוס מסקנה אחרת.

64. המערער מפנה לפסק הדין האנגלי – Bici v. Ministry of Defence, EWHC 786 [2004] – שבו התקבלה, בערכאה מדינתית באנגליה, תביעה נזיקית של אזרחים אלבנים, תושבי קוסובו, שנפגעו מירי חיילים בריטים ששהו במקום, במסגרת כוח נאט"ו שהוצב שם. באותו עניין, נדחתה טענת ממשלת אנגליה, לקיומה של חסינות, בהיות האירוע 'פעולה מלחמתית'. דומני, על רקע הסקירה שלעיל, וכפי שציין גם בית המשפט המחוזי, כי פסק דין זה אכן עומד ב'בדידות מזהרת'; כי אין בו כדי ללמד על הכלל. בנוסף, בעניין Bici, האירוע הנזיקי התרחש בשטח שבו עיקר פעילותו של הכוח הצבאי הייתה פעילות 'שיטורית', ובית המשפט אף דימה את האירוע ל'הפרת סדר ברחוב' (שם, פסקה 102); גם מטעם זה – אין הנדון דומה לראיה (אמנם, מקרה זה דומה במידת-מה לאשר נדון בעניין עדאלה, אך כפי שאפרט להלן, נסיבות עניין עדאלה, אינן דומות לנסיבות העניין דנן). זאת ועוד, כלל לא ברור כי ניתן לחלץ מסקנה ברורה מפסק הדין בעניין Bici, לגבי גישת המשפט האנגלי באשר לחסינות המדינה מפני תביעות נזיקין בגין פעולות מלחמתיות. קריאה בוחנת של פסק הדין שם מעלה, כי באותו עניין, לא בחן בית המשפט את הדוקטרינה המוכרת מן המשפט האנגלי, בדבר 'מעשה מדינה' (Act of State) – דוקטרינה המעניקה חסינות רחבת-היקף, בכל הנוגע לפעולותיה של ממשלת אנגליה, מחוץ לגבולותיה – והיא למעשה כלל לא נדונה, משום שממשלת בריטניה ויתרה על העלאתה (שם, פסקאות 88-89) (לעניין קליטת דוקטרינה זו במשפט הישראלי, ראו: פסקאות 6-7 לפסק-דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס, בעניין עדאלה; עניין בני עודה, פסקה 9; בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 368 (1996)); אציין עוד, כי דוקטרינה זו, דומה במהותה לחסינות שהוכרה במשפט האמריקאי, על-פי סעיף 2680(k) U.S. Code, שהוזכר לעיל.

65. כאן המקום לציין, כי לא מצאתי ממש בטענת המערער, שלפיה עמדת המשיבות נוגדת את המזכר של היועץ המשפטי לממשלה, בנוגע לסמכותו של בית הדין הפלילי בהאג (The Attorney General, "The International Criminal Court's Lack of Jurisdiction Over the So called "Situation in Palestine" (20.12.2019)). מזכר זה

עוסק, בעיקרו של דבר, בשאלת קיומה של מדינה פלסטינית כבסיס להקניית סמכות שיפוט לבית הדין הפלילי בהאג. אמנם, במזכר נכתב כי מערכת המשפט הישראלית אינה נעולה וסגורה בפני טענות 'פלסטיניות' ביחס למילוי החובות הבינלאומיות של ישראל, אך כפי שאציין להלן, ישנם אפיקים מסוימים הפתוחים לפני תושבי חבל עזה, בהם גם אפיקים משפטיים. כך או אחרת, לא נקבע במסמך זה דבר וחצי דבר באשר לזכותם של תושבי עזה לתבוע את מדינת ישראל בנוזיקין.

66. צא ולמד, כי לבד מן העובדה שאין בכוחו של המשפט הבינלאומי לגבור על הוראת חוק מפורשת, הרי שגם במשפט הבינלאומי, אין בנמצא כלל הסותר את ההסדר שבסעיף 5ב(א)(1) לחוק. ואולם, המערער אינו מסתפק בהשלכת יהבו על זכויות מכוח המשפט הבינלאומי. לדידו, סעיף 5ב(א)(1) לחוק, פוגע גם בזכויותיו החוקתיות, המעוגנות בחוק היסוד. האמנם כן? כפי שאראה להלן, סבורני כי התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, אך קודם לכן, אציין בקצרה את מה שבעיני הוא מובן מאליו: סעיף 5ב(א)(1) לחוק, שמכוחו נשללת הזכות להגיש תביעת נזיקין נגד המדינה, אכן מביא לפגיעה בזכויות אדם.

3.1.3.T. הזכויות הנפגעות

67. תמים-דעים אני עם קביעתו של בית המשפט המחוזי, כי שלילת זכותו של המערער להגיש תביעת נזיקין, אכן פוגעת, באופן עקרוני, בכמה מזכויותיו. דיני הנזיקין הִגְנוּ מאז ומעולם, ועודם מְגַנִּים בפועל, על זכויות אדם (דפנה ברק-ארז וישראל גלעד, "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה", קריית המשפט ת, 11 (תשס"ט) (להלן: ברק-ארז וגלעד)). כך, חלק מהעולות הפרטיקולריות מְגַנֵּות על הזכות לשלמות הגוף ולחירות (למשל, עולות התקיפה וכליאת השווא), חלקן מְגַנֵּות על זכות הקניין (למשל, עולות המטרד, הסגת הגבול וגניבת העין), וישנן נוספות המְגַנֵּות על היבטים שונים הנגזרים מערך כבוד האדם (למשל, העולות שנקבעו בחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ובחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981). דיני הנזיקין מְגַנִּים על הזכויות הללו, בעיקר באמצעות מתן פיצוי על פגיעה במי מהן. הזכות לפיצויים נזיקיים משמשת אפוא בשיטתנו המשפטית, ככלי מרכזי לשמירה על זכויות חוקתיות בסיסיות: "זכות הפיצויים הבסיסית של אדם, הנפגע על-ידי מעשה עוולה, היא זכות חוקתית העולה מן ההגנה על חייו, גופו, ועל קניינו. [...] כל הגבלה של הזכות לפיצויים בגין מעשה עוולה חייבת לעמוד במבחן החוקתי של תכלית ראויה ושל מידה שאינה עולה על הנדרש" (י' אנגלרד, פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, עמוד 9, מהדורה שלישית (התשס"ה)). בין היתר, דיני הנזיקין מְגַנִּים על זכותו של הניזוק לחיים, לשלמות הגוף, לכבוד ולחירות. בנוסף, שלילת האחריות הנזיקית פוגעת גם בזכות הקניין, המעוגנת אף היא בחוק היסוד. כידוע,

הדיפּר "אין פּוגעם בקניינו של אדם", שבסעיף 3 לחוק היסוד, אינו מוגבל אך לזכויות קנייניות 'קלאסיות' מתוך 'רשימה סגורה'; ההגנה על זכות הקניין שבחוק היסוד, מתפרשת על פני כל הזכויות הרכושיות הנתונות לו לאדם; קנייניות ואובליגטוריות כאחת. לפיכך, ברי כי שלילת הזכות לפיצויים הריהי פגיעה בזכויות אדם (ראו עוד: עניין בנק המזרחי, עמודים 431 ו-572; בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001); ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", פ"ד נז(4) 526 (1999); עניין חוף עזה, עמוד 583; עניין עדאלה, פסקה 25; בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' כנסת, פסקה 24 לפסק-דינה של הנשיאה חיות (23.4.2020) (להלן: עניין גרסגהר); יהושע ויסמן, "הגנה חוקתית לקניין", הפרקליט מב 258, 266 (1995)). לבסוף, שלילת האחריות הנזיקית, וחסימת הניזוק מן האפשרות לתבוע את נזקיו ולזכות בפיצוי, פוגעת גם בזכות הגישה לערכאות. אמנם, קיימות גישות שונות ביחס למעמדה הנורמטיבי של זכות זו, אך אין מחלוקת על דבר היותה זכות בסיסית, שלא בנקל תישלל (לעניין מעמדה הנורמטיבי של זכות הגישה לערכאות, ראו: ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577 (1997); עניין דיראני, פסקה 60 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס ופסקה 14 לפסק-דינו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר; רע"א דיראני, פסקה 21-26 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה; יורם רבין, "זכות הגישה לערכאות: מזכות רגילה לזכות חוקתית (בעקבות ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ)" המשפט ה 217 (2001); אהרן ברק, "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לוי 31 (2013)).

68. הנה כי כן, שלילת הזכות להגיש תביעת נזיקין, פוגעת, במישור העקרוני, במספר זכויות. עיון בטענות המשיבות מעלה, כי אף הן מסכימות, ששלילת האחריות הנזיקית של המדינה מפעולותיה ברצועת עזה, אכן פוגעת במערער עצמו, וכמוהו גם בכלל תושבי רצועת עזה. ברם, השאלה שלפנינו היא אחרת: האם שלילת הזכות להגשת תביעה נזיקית – מנתיני אויב ותושבי שטח אויב – מהווה פגיעה בזכויות חוקתיות? במילים אחרות – האם לנתיני מדינת אויב נתונות זכויות חוקתיות על-פי חוקי היסוד בישראל? אם כן, עיקר השאלה בהקשר זה, נוגע להיקף פרישתם ותחולתם של חוקי היסוד של מדינת ישראל; עד אנה משגת ידם? האם לחוקי היסוד תחולה אקסטרה-טריטוריאלית, מחוץ לגבולות ישראל? ואם כן, האם תחולה זו נכונה גם לפעולות שביצעה ישראל במדינות אויב? לדיון בשאלות אלו אעבור עתה.

ד.4.1.3. שאלת התחולה האקסטרה-טריטוריאלית של חוקי היסוד בשטח אויב

69. לטענת המשיבות, השאלה האם חוק היסוד חל על המערער ושכמותו, היא שאלה מורכבת ביותר, הדורשת בירור מעמיק, שכן שאלת התחולה האקסטרה-טריטוריאלית של חוקי-היסוד, מעולם לא הוכרעה על-ידי בית משפט זה. יחד עם זאת, לעמדתן, משעה

שסעיף 5ב(א)(1) לחוק עומד, כך או כך, במבחני פסקת ההגבלה, ניתן להותיר שאלה זו בצריך עיון. המערער מצדו, מפנה לעניין עדאלה, שם נקבע, על-ידי הנשיא ברק, כי הזכות של תושבי ה'אזור' להגיש תביעת נזיקין, נתונה להם בישראל, ועל כן, שאלת התחולה האקסטרה-טריטוריאלית – כלל אינה מתעוררת; לשיטת המערער, קביעה זו יפה גם בענייננו.

70. כפי שהקדמתי לומר, סבורני כי סעיף 5ב(א)(1) לחוק צולח את המבחן החוקתי. על כן, אלך גם אני בדרך שבה הלכו קודמי, ואותיר שאלה סבוכה זו בצריך עיון, מבלי לטעת מסמרות בשאלת התחולה האקסטרה-טריטוריאלית של חוקי היסוד; לא ביחס לתחולתם באיו"ש, ולא ביחס לתחולתם במדינת אויב, או בשטח שהוכרו בצו כשטח אויב. לצד זאת, אעיר כמה הערות.

71. בעניין עדאלה קבע הנשיא ברק, ביחס לסעיף 5ג לחוק, כך:

"[...] סעיף 5ג לתיקון מס' 7 קובע כי 'אין המדינה אחראית בנזיקין לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון'. 'אזור עימות' הוא מחוז לישראל. האם שאלת תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מחוז לישראל מתעוררת לעניינה של הוראה זו? תשובתי היא בשלילה. הזכויות של תושבי האזור, אשר תיקון מס' 7 פוגע בהן, הן זכויות המוקנות להם בישראל. אלה הם זכויותיהם, על פי המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי. לפיו, בהתקיים הנסיבות המתאימות, ניתן לתבוע בישראל, ועל-פי דיני הנזיקין הישראליים, גם בגין עוולה אשר בוצעה מחוז לישראל. פעולתו של תיקון מס' 7 הינה, איפוא, בישראל. הוא פוגע בזכויות שהיו לניזוקים מהאזור בישראל. לעניין שלילת זכויות אלה חל עקרונית חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. תחולה זו אינה אקסטרה-טריטוריאלית. תחולתו הינה טריטוריאלית" (שם, פסקאות 22-23) (ההדגשות הוספו – נ' ס').

72. על דברים אלו, כאמור, נסמך המערער. גם בית המשפט המחוזי קבע לבסוף כי מדובר בהלכה מחייבת, שלפיה "חוק היסוד חל גם על תביעות נתיני אויב ותושבי שטח אויב" (פסקה 24 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי), הגם שציין כי גישתו של הנשיא ברק "מעוררת קושי".

בעניין זה – דעתי שונה. לגבי דידי, אין להקיש מדברי הנשיא ברק בעניין עדאלה, לעניין שלפנינו.

73. ראשית, שותף אני לעמדתו החולקת של השופט (כתוארו אז) גרוניס, בעניין עדאלה, ביחס לקביעתו זו של הנשיא ברק. בעניין זה ציין השופט (כתוארו אז) גרוניס, כדברים האלה:

“עסקינן באירועים שהתרחשו מחוץ לתחומי ישראל. אף אם כללי ברירת הדין מחילים לגבי אותם אירועים את דין הניקין הישראלי, אין בכך כדי לשנות את הנתון העובדתי באשר למקום ביצוע העוולה. החלת דין הניקין הישראלי אינה יוצרת פיקציה לפיה ההתרחשות אירעה בישראל. עצם העובדה שהעניין נדון בפני בית משפט ישראלי, על פי הדין הישראלי, אינה יכולה להוביל למסקנה שהזכויות נתונות לנפגעים בישראל. שהרי אם תאמר כן, תנבע מסקנה מרחיקת לכת לפיה חוקי היסוד יחולו לגבי כל הליך המתנהל בבית משפט ישראלי שלעניינו מפנים כללי ברירת הדין לדין הישראלי. אין לקשור בין כללי המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי לבין גדר תחולתם של חוקי היסוד. לפיכך נראה, כי סדר הדיון היה מחייב הכרעה בשאלת תחולתו האקסטרא-טריטוריאלית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו” (שם, פסקה 3).

לביקורת דומה, ראו גם: ליאב אורגד, חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי היסוד, משפט וממשל יב, 145, 168 (התש”ע) (להלן: אורגד); ברק מדינה, דיני זכויות האדם בישראל, 73 (2016) (להלן: מדינה).

74. שנית, גם אם אקבל את גישתו של הנשיא ברק בעניין עדאלה, סבורני, כי אין לגזור ממנה גזירה שווה לענייננו; אין הנדון דומה לראיה. הכיצד? פסק הדין בעניין עדאלה עסק בשלילת זכותם של תושבי שטח עימות להגיש תביעת נזיקין נגד המדינה, בעוד שאנו נדרשים להכריע בשלילת אותה זכות, אך בשונה משם, מדובר הפעם בנתיני מדינת אויב או תושבי שטח אויב. ספק בעיני, אם ניתן להחיל את קביעתו של הנשיא ברק, שנקבעה ביחס לתושבי ה'אזור', תושבים מוגנים, גם על תושבי מדינת אויב או תושבי שטח אויב. אסביר.

75. קביעתו של הנשיא ברק מבוססת על הנחת המוצא, שלפיה תיקון מספר 7 (שבגדרו חוקק סעיף 5 לחוק, ולימים בוטל במסגרת עניין עדאלה), שלל זכות תביעה

בנזיקין, שהיתה נתונה לתושבי ה'אזור', הן על-פי המשפט הבינלאומי הפרטי, הן מכוח דיני הנזיקין הישראליים: "כך היה המצב לפני תיקון מס' 7. מצב זה שונה על ידי סעיף 5 לתיקון מס' 7. הזכויות בנזיקין בישראל נשללו מתושבי האזור לעניין מעשי נזיקין שבוצעו על ידי כוחות הביטחון באזור עימות". נמצא אפוא, כי סעיף 5 שלל זכות שהיתה נתונה לתושבי ה'אזור' בישראל. לעומת זאת, דין שונה יש לנהוג, לכאורה, בתושבי רצועת עזה, שהם נתיני מדינת אויב ותושבי שטח אויב. כפי שתואר לעיל, משעה שהחל סכסוך מזוין בין ישראל לעזה, לאחר התנתקות ישראל ותפיסת מושכות השלטון בידי החמאס, יחסי הצדדים השתנו לבלי הכר, הן עובדתית הן משפטית: במישור העובדתי – מנוכחות ביטחונית ושליטה אפקטיבית, עברה המדינה לניתוק פיזי, מוחשי, משטח הרצועה; במישור המשפטי – מהפעלת דיני התפיסה הלוחמתית, עברה המדינה להפעלת דיני המלחמה וכללי המשפט הציבורי (שיינדורף ושמיר-בורר, 408-421). על כן, בהינתן הסכסוך המזוין הרוחש בין רצועת עזה לישראל, אשר למגינת הלב החל עוד זמן רב קודם לתיקון מספר 8, יש בהחלט מקום לתהות, אם היו תושבי הרצועה זכאים, לפי הדין, להגיש תביעות נזיקין נגד מדינת ישראל, בגין אירועים נזיקיים שהתרחשו לאחר השתלטות החמאס על הרצועה, והחרפת המצב הביטחוני בין הניצים. זאת, בשים לב לכלל הידוע, שלפיו 'אין מבררים תביעת אויב'; כלל שנקלט כאמור במשפט הישראלי, ואף זכה לגושפנקה בעניין דיראני. כלל זה, בגרסתו המסורתית, חל על כל נתיני מדינת האויב, מבלי שנדרשת בחינה אינדיבידואלית של מסוכנות או עוינות מצד נתין האויב התובע (עניין דיראני, פסקה 47). 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. בנוסף, דומה כי לכל הפחות קיים ספק פרשני, לגבי השאלה אם לאחר השתלטות החמאס על רצועת עזה, והפיכתה לישות עוינת לישראל, לא היו תושביה באים ממילא בגדר הרישא של סעיף 5ב – "נתין של מדינה שהיא אויב" – באמצעות פרשנות תכליתית למונח 'מדינה', ביחס להקשר ספציפי זה (זאת חרף העובדה כי הרצועה אינה מוגדרת 'מדינה').

76. אם כן, הטענה שלפיה תיקון מספר 8, שולל מתושבי עזה זכות שהיתה בידם, להגשת תביעת נזיקין – כלל אינה נקייה מספקות; היא לוקה בהנחת המבוקש. אמנם, מבחינה מעשית, ערב תיקון מספר 8, הוגשו תביעות נזיקין על-ידי תושבי רצועת עזה בערכאות ישראליות, והמדינה-הנתבעת לא טענה כי ערוץ זה חסום בפניהם. לא זו אף זו: באותה עת אף נקבע נוהל לתיאום כניסת תושבי עזה לתחומי ישראל, לצורך בירור תביעותיהם (ראו למשל: עניין אבו דקה). יחד עם זאת, המוקד איננו בשאלה אם מבחינה מעשית אכן הוגשו תביעות נזיקין נגד המדינה, כי אם בשאלה האם הדין הישראלי

המהותי העניק להם זכות שכזו, אם לאו. בהקשר זה, ניתן להשקיף על תיקון מספר 8 כ'תיקון מבהיר', ולא כ'תיקון משנה' (ראו והשוו: רע"א דיראני, פסקה 78 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין דיראני, פסקאות 84-91; ראו גם: ת"א 5193-08 חברת מסרי גבון בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 68 (15.4.2012); פסקה 49 לפסק הדין מושא הערעור). אעיר בהקשר זה, כי עצם הזכאות של תושבי רצועת עזה להגיש תביעות נזיקין נגד המדינה, קודם לתיקון מספר 8, בשלב שלאחר השתלטות ארגון החמאס על הרצועה, לא עמדה לבחינה שיפוטית, לפחות לא במפורש. הנה כי כן, לבד מהספקות שהובעו ביחס לתוכן קביעתו של הנשיא ברק בעניין עטאלה, יש לקרוא אותה בהקשר שבו ניתנה, ובהקשר זה בלבד – פגיעה בזכות התביעה של 'תושבים מוגנים', המתגוררים בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית על-ידי ישראל. לעומת זאת, בנדון דידן, עסקינן בשלילת זכות התביעה של תושבי מדינת אויב או שטח אויב; מצב דברים שונה בעליל. אין להקיש, אפוא, מהתם להכא.

77. אם כן, משעניין עטאלה אינו מסייע, הדרא קושיא לדוכתא: האם לחוקי היסוד תחולה אקסטרה-טריטוריאלית על תושבי רצועת עזה, ובכללם על המערער?

שאלה זו, מעולם לא הוכרעה באופן מפורש על-ידי בית משפט זה (אורגד, עמוד 165). כאמור לעיל, אף אני לא אטע מסמרות, שלא לצורך, בשאלה זו, שאינה נחוצה להכרעה בנסיבות העניין דנן; אסתפק ב'אבני-דרך' אחדות בסוגיה כבדת-משקל זו.

ד.3.1.5. הפסיקה בשאלת התחולה 'הגיאוגרפית' של חוקי היסוד

78. נהרות של דיו נשפכו, קולמוסים רבים נשתברו, בשאלת התחולה של חוקי היסוד במרחב הגיאוגרפי. שופטים ומלומדים, בארץ ובעולם, מצאו בסוגיה זו בקעה להתגדר בה (ראו, על קצה המזלג, מאמרו של אורגד הנ"ל; יעל רונן, "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית" שערי משפט ז 149 (2014) (להלן: רונן); אייל בנבנישתי, "מדוע עקרונות כבוד האדם והדמוקרטיה שוללים את סמכות הכנסת לחוקק מעבר לגבולות המדינה – הדיון שלא התקיים בבג"ץ חוק ההסדרה", פורום עיוני משפט מה (2021), עמוד 5, ה"ש 14, והאסמכתאות הרבות שם (להלן: בנבנישתי); Roosevelt, Kermit III, "Guantanamo and the Conflict of Laws: Rasul and Beyond" 153 U. Pa. L. Rev. 2017 (2005); Shinar, Adam, "Israel's External Constitution: Friends, Enemies, and (the Constitutional/Administrative Law Distinction)", 57 VA.J. INT'L L. 735 (2018). נקודת המוצא לדיון בשאלת תחולתם הגיאוגרפית של חוקי המדינה, היא 'חוקת הטריטוריאליות'. על-פי חזקה זו, ובהעדר הוראה מפורשת אחרת, קובץ החקיקה הישראלי אינו חל אלא בתחומי מדינת ישראל; לא מחוצה לה. כוחה של חזקה זו, כך נפסק, יפה גם לגבי תחולת חוקי היסוד (עניין עטאלה, פסקה 22; אורגד, עמוד 165).

חזקה זו נוגעת "הן בשיקולים של שלטון החוק – הריבונות הישראלית חלה על ישראל, ואין זה ראוי למחוקק הישראלי לחוקק חוקים אשר יחולו בתחומו של מחוקק זר – והן בשיקולים של יחסים תקינים בין מדינות. בחיים בצוותא בין מדינות בנות-תרבות ראוי שכל מדינה תיתן לחוקיה תחולה מקומית בלבד" (אהרון ברק, כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה, 401 (2014) (להלן: ברק – הזכות החוקתית ובנותיה); ראו גם: ברק – פרשנות חוקתית, עמוד 460-461). עיקרון הטריטוריאליות עשוי להשתמע גם מסעיף 1 לחוק היסוד, המדבר על "זכויות היסוד של האדם בישראל" (ההדגשה הוספה – נ' ס'); משמע, כי מצודתו של חוק היסוד פרושה על תחומי מדינת ישראל בלבד. דומה כי גם במשפט העמים, נקודת המוצא היא תחולה חוקתית טריטוריאלי (להרחבה בעניין זה, ראו: אורגד, עמודים 149-157). לצד האמור, חזקת הטריטוריאליות אינה מוחלטת, והיא ניתנת לסתירה. כפי שכבר נרמז, במהלך השנים סטה בית המשפט מחזקה זו, בכל הנוגע לתחולת חוקי-היסוד. על כך להלן.

79. חריג מוכר לחזקת הטריטוריאליות, חל בעניינם של התושבים הישראלים המתגוררים ביהודה, שומרון, ובעבר גם בחבל עזה. חריג זה הוחל תחילה ביחס לחקיקה 'רגילה', במה שזכה בעבר לכינוי 'משפט המובלעות' (ראו, למשל, לגבי החלת הדין הנזיקי הישראלי על תושבים ישראלים: ע"א 1432/03 ינון ייצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן, פ"ד נט(1) 345, 356 (2004); כן ראו: אמנון רובינשטיין "מעמד המשתנה של ה'שטחים' – מפקדון מוחזק לייצור כלאיים משפטי", עיוני משפט יא 439, 450 (1987)), ומאוחר יותר, בעניין חוף עזה, גם ביחס להחלת חוקי-היסוד. בעניין חוף עזה – שם נדונה חוקתיות חוק ישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 – נפסק, כי לחוקי-היסוד יש "תחולה פרטונלית", גם על אזרחים ישראלים המתגוררים מחוץ לשטח המדינה, אם הם מצויים באזור הנתון לשליטתה האפקטיבית, בדרך של תפיסה לוחמתית: "לדעתנו, מעניקים חוקי-היסוד זכויות לכל מתיישב ישראלי בשטח המפונה. תחולה זו היא אישית. היא נגזרת משליטתה של מדינת ישראל על השטח המפונה. היא פרי התפיסה כי על ישראלים המצויים מחוץ למדינה אך באזור הנתון לשליטתה בדרך של תפיסה לוחמתית חלים חוקי-היסוד של המדינה באשר לזכויות האדם" (עניין חוף עזה, עמוד 560; ראו גם: בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש הממשלה, פסקה 21 (15.9.2005)). לצד זאת, שאלת התחולה האקסטר-טריטוריאלי של חוקי היסוד על מי שאינם ישראלים, המצויים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, הושארה שם בצריך עיון (חריג לכך ניתן למצוא בהחלת משפט העבודה הישראלי על פלסטינים המועסקים על-ידי מעבידים ישראלים, בישובים ישראלים באיו"ש: בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד סב(3) 264 (2007)).

80. בעניין איחוד משפחות, נדונה חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: חוק הוראת השעה). בחוק זה, נאסרה כניסת תושבי יהודה, שומרון וחבל עזה, שאינם אזרחי או תושבי מדינת ישראל, המבקשים להתאחד עם בני משפחותיהם הישראלים, לתחומי ישראל, למעט חריגים מסוימים. באותו עניין, קבע הנשיא ברק, כי הבחינה החוקתית נעשית מנקודת המבט של הפגיעה בבן-הזוג הישראלי, אשר נושא עמו זכות חוקתית לקיום חיי משפחה. לעומת זאת, נפסק, כי הפגיעה בזכות לחיי משפחה, של בן-הזוג הלא-ישראלי – ככל שהיתה נבחנת באופן עצמאי – לא היתה מעוררת קושי חוקתי (שם, פסקה 17 לפסק-דינו של הנשיא ברק). מן האמור משתמע, לכאורה, כי לחוקי היסוד אין תחולה אקס טרה-טריטוריאלית על תושבי ה'אזור', שאינם אזרחים ישראליים. שאחרת, היה מקום לבחון את חוקתיות החוק, למצער גם, בשים לב לפגיעה החוקתית בבן הזוג הלא-ישראלי. ראוי לציין, כי אף לא אחד מחברי ההרכב בעניין איחוד משפחות, לא ראה מקום לבחון את הפגיעה החוקתית מנקודת מבטו של בן הזוג הזר; לא שופטי הרוב, לא שופטי המיעוט. עמדתו של המשנה לנשיא מ' חשין באותו עניין, היתה נחרצת אף יותר: "חוקה נוצרה, בראש ובראשונה, לבני הארץ ולהסדר חיים לתושבי הארץ ולאזרחיה, ביניהם לבין-עצמם. חוקת אמריקה היא לאמריקאים, חוקת גרמניה היא לגרמנים וחוק-היסוד בישראל הוא לישראלים ולוויסות היחסים ביניהם לבין המדינה וביניהם לבין עצמם. ואולם משבא יסוד זר במערכת – בענייננו: בן-זוג זר – ספק אם חוקי היסוד, מעיקרם, נועדו להקנות זכויות יסוד ליחיד תוך השפעת-מישרין על היחידים האחרים במדינה ועל דמותה של החברה. ספק גדול בעיניי" (שם, פסקה 62 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין; למהלך דומה, של החלה פרסונלית של החוקה האמריקאית על אזרחים אמריקאים בלבד, בהתבסס על הביטוי "We the people" הפותח את החוקה האמריקאית, ראו והשוו: *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936); *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259 (1990); אורג, עמוד 157-158).

81. לצד זאת, בפסיקה קיימת גם גישה המרחיבה את גבולות תחולתם של חוקי-היסוד, אף על זכויות חוקתיות בסיסיות של מי שאינם אזרחי המדינה או תושביה, דוגמת מסתננים ופליטים. על-פי גישה זו, נפסלו לא אחת גם דברי חקיקה של הכנסת (בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (16.9.2013) (להלן: עניין אדם); בג"ץ 7385/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (2014) (להלן: עניין איתן); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (11.8.2015); עניין גרסגהר; ראו גם: עמרי בן צבי, הקהילה החוקתית: על הקשר בין מעמד אזרחי לחוקי יסוד, משפטים נ, 471 תש"ף (2020)). בפסקי הדין הללו, חוזרת על עצמה הקביעה שלפיה הזכויות המוקנות לאדם לפי חוק היסוד – באותן פרשות דובר בזכות החוקתית לחירות אישית – נתונות "לאדם באשר הוא אדם" (ראו, למשל: עניין

אדם, פסקה 72 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל; עניין איתן, פסקאות 45, 122-123 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן; מדינה, עמודים 68-69)). יחד עם זאת, דומה כי אין להסיק דבר-מה מקביעות אלה, לגבי תחולה אקסטרה-טריטוריאלית של חוקי היסוד, ביחס לנתיני אויב המצויים מחוץ לישראל. באותן פרשות, מדובר היה בפגיעה בזכויותיהם של פרטים השוהים בישראל (גם אם באופן בלתי חוקי); לא מחוצה לה. נסיבות אלו דומות, במידת-מה, לחריג המצוי בתוספת הראשונה לחוק הנזיקים האזרחיים, שלפיו הסייג לאחריות המדינה אינו חל לגבי נזק שנגרם לאדם "בעת שהיה מצוי במשמורת של מדינת ישראל כעצור או כאסיר"; גם כאשר מדובר במר שבאויבי ישראל. באופן דומה, בעניין פלוני, התעוררה שאלת חוקתיות חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים, התשס"ב-2002, תוך שצוין שם, לגבי הצורך לערוך ביקורת שיפוטית חוקתית: "יובהר כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים נועד אמנם לחול על גורם חוץ המשתייך לארגון טרור שפועל נגד בטחון המדינה (ראו: פסקה 11 לעיל). עם זאת, מעצרו של הלוחמים הבלתי חוקיים נעשה בישראל על-ידי רשויות השלטון המחויבות לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד ביחס לכל אדם (ראו: סעיפים 1 ו-11 לחוק היסוד). בהתאם לכך, יש לבחון את הפגיעה הטמונה בהסדריו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, בהתאם למבחניו של חוק היסוד" (ההדגשות הוספו – נ' ס'). אם כן, ברי כי לא ניתן להקיש מן המקרים האמורים, שבהם הוענקה הגנת חוק היסוד למי שמצוי בישראל, או נתון בה במעצר או משמורת, לענייננו. אציין עוד, כי שאלת התחולה האקסטרה-טריטוריאלית של חוקי-היסוד נותרה בצריך עיון גם במקרים נוספים (ראו, למשל, עניין דיראני, פסקה 41; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385, 396 (2002)).

82. אף ששאלת התחולה לא הוכרעה עד כה באופן מפורש, ניתן למצוא בפסיקה רבת-השנים הד לגישה מרחיבה, שלפיה 'עקרונות המשפט החוקתי' חלים על כלל פעולותיה של מדינת ישראל, ועל הפועלים מטעמה, 'באשר הם שם' (ראו, למשל: בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 834 ו-846 (1999) – שם דובר בשיטות חקירה של השב"כ, אשר נטען כי הן פוגעות בזכות לחיים ולשלמות הגוף, ובית המשפט קבע כי יש להגבילן, אף אם הן נעשות מחוץ לישראל; בג"ץ 3799/02 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67, 85 ו-87 (2005), אשר עסק בעניין הפגיעה ב"עקרונות החוקתיים של שיטתנו המשפטית", הנובעת מהפעלת 'נוהל שכן' באיו"ש; בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נח(3) 443, 460-464 (2004), ובג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקה 14 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) ביניש (26.6.2006), אשר עסקו שניהם בהחלטת המפקד הצבאי לסגור או לתפוס שטחים מסוימים באיו"ש, תוך פגיעה בחופש התנועה ובזכות

הקניין של התושבים הפלסטינים). אם נשתמש במשל ה'תרמיל' הידוע, שלפיו: "כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי והמנהגי, שעניינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המנהלי הישראלי" (עניין בית סוריק, עמוד 828), הרי שלפי גישה זו, המכונה לעיתים בספרות גישת 'התחולה האוניברסלית', יש להוסיף ל'תרמיל' גם את 'עקרונות המשפט החוקתי'. על-פי גישה זו, ההדגשה אינה ניתנת למקום שבו הופרה הזכות, אלא לזהות הגורם המפר. ככל שהגורם שהפר את זכות היסוד הוא גורם שלטוני, אזי יחולו חוקי-היסוד, גם אם פעולותיו נעשו מחוץ לטריטוריה הישראלית. גישה זו מקבלת חיזוק, מלשון 'פסקת הכיבוד' שבסעיף 11 לחוק היסוד, שלפיה "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה", מבלי לסייג חובה זו באופן טריטוריאלי (ראו: אורגד, עמוד 171; ברק – הזכות החוקתית ובנותיה, עמודים 402-403).

ועדיין, לא ברור לחלוטין, בוודאי שלא הוכרע עד כה, האם המשמעות המעשית של 'תחולה אוניברסלית', כמתואר, משמעה פתיחת הדלת לביקורת שיפוטית-חוקתית על חקיקה ראשית של הכנסת, בגין פגיעה בזכויות של זרים שנפגעו מחוץ לישראל. כך למשל, במקום אחד נפסק, כי: "הדין שלפיו כל חייל ישראלי בשטח המפונה נוטל עמו בצלוננו את ערכי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, אין בכוחו להתגבר על חוק של הכנסת" (עניין חוף עזה, עמוד 560; כן ראו: רונן, עמודים 153-154).

83. כאן המקום להבהיר, כי ביחס לחלק ניכר מן הפעולות המינהליות שנוקטות רשויות המדינה, הן בתוככי ישראל, הן מחוצה לה, כלל אין צורך לעסוק בשאלת התחולה האקסטרה-טריטוריאלית של חוקי-היסוד. זאת, שכן בדרך כלל, הזכויות הנפגעות ממילא זוכות לכיבוד על-פי הדין המינהלי הישראלי, או הדין הבינלאומי, אשר חלים שניהם באופן א-טריטוריאלי, ומחייבים את רשויות השלטון בפעולותיהם, בכל מקום שהוא (ראו, למשל: עניין אטכאן, עמודים 792-793; בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004); בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30 (2002); בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736 (2005)). שאלת התחולה של חוקי-היסוד מתעוררת אפוא, במקום שבו הפגיעה הנטענת נובעת מהוראת חוק ראשי של הכנסת; לא מפעולה מינהלית גרידא. במקרה כזה, המבקש לעורר 'סוגיה חוקתית', אינו יכול להסתפק עוד בנשק קונבנציונלי – כללי המשפט המינהלי ודיני המשפט הבינלאומי; עליו לאחוז בידו נשק בלתי-קונבנציונלי – טענה להפרת זכות חוקתית. עוד אזכיר, כי במקרים רבים, כאשר מדובר בחוק 'ישן', כלל לא ניתן לחצות את מפתן הטרקלין החוקתי, נוכח סעיף 'שמירת הדינים' שבסעיף 10 לחוק היסוד (ראו למשל: דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 742 (2000); בג"ץ 6826/20 דויקאת נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פסקה 26 לפסק-דיני

(25.10.2020); עניין עליאן, פסקה 14 לפסק-דינה של הנשיאה חיות). צא ולמד, כי שאלת תחולתם האקסטרה-טריטוריאלית של חוקי היסוד אינה מתעוררת לעיתים קרובות. עדיין, יתכנו מקרים שכאלו, וכזו היתה פרשת חוק ההסדרה, שבה נדונה חוקתיותו של חוק 'חדש', אשר נטען לגביו, כי הוא מפר זכויות חוקתיות של מי שאינם תושבי ישראל.

84. בפרשה זו (בג"ץ 1308/17 עיריית סילוואד נ' הכנסת (9.6.2020) (להלן: פרשת חוק ההסדרה)), נדונה חוקתיותו של החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017. באותו עניין, עלתה שאלת סמכותה של הכנסת לחוקק חוק, שיהא בעל תחולה ישירה על תחומי איו"ש, וכן שאלת תחולתו של חוק היסוד, על האוכלוסיה הפלסטינית המתגוררת באיו"ש. בסופו של דבר, נוכח עמדות הצדדים באותו הליך, הותיר בית המשפט שאלות כבודות משקל אלו – לעת מצוא. לצד זאת, צוין בפסק-דינה של הנשיאה חיות, כך: "ממה נפשך: מחד גיסא, ככל שהכנסת נטולת סמכות לחוקק את חוק ההסדרה דינו להתבטל מטעם זה בלבד, והדיון בעילת חוקתיותו של החוק – מתייתר. מאידך גיסא, ככל שלכנסת קיימת סמכות לחוקק את חוק ההסדרה קשה להלום כי רשויות השלטון, והכנסת בכללן, תוכלנה לפעול בשטחי האזור כשהן משוחררות מערכי היסוד המיועדים להגנה על זכויות אדם, כל אדם, ומן הבלמים והאיזונים הקבועים בהקשר זה בחוקי היסוד. לשון אחר, כוחה של הכנסת לחוקק מותווה ומוגבל על-ידי חוקי היסוד [...] החוקה – אותה נורמה חוקתית-על-חוקית – מטילה על המחוקק חובה לחוקק חוקים העולים בקנה אחד עם עקרונות שלטון החוק הפורמלי והמהותי, ובכלל זה שלא לפגוע בזכויות אדם בלא שאפשר להצדיק פגיעה זו באיזון שבין זכותו של הפרט וצרכי הכלל" (שם, פסקה 32) (ההדגשות שלי – נ' ס'). בהתייחס לקביעה זו בחוות דעתה של הנשיאה, ציינתי אף אני: "בהמשך לקו הזהיר שנקטה הפסיקה בהקשר זה עד כה, גם אנו איננו צריכים לטעת מסמרות באופן גורף. דיינו באשר מונח לפנינו, ודומני כי ההכרעה כמעט ברורה מאליה. אם מבקשות הכנסת והממשלה לטעון – וכאמור, טענה זו מקובלת עלי – כי כוחה וגבורתה של הכנסת לחוקק מלא עולם, וכי חקיקה זו לעולם גוברת על הוראות הדין הבינלאומי, אזי המסקנה המתחייבת היא כי חוקיה של הכנסת, בכל מקום שהם, כפופים לחוקי היסוד. אין זה מתקבל על הדעת, כי הכנסת תהא משוחררת מכל חסם נורמטיבי דווקא ביחס לאזור יהודה ושומרון, המוחזק על-ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית; אדרבה ואדרבה. הסמכות לחוקק גוררת עמה כ'משקולת', מיניה וביה, את חוקי-היסוד, ובאשר ילך החוק – ילכו גם חוקי-היסוד".

85. הדברים האמורים, הן של הנשיאה, הן שלי, תומכים במסקנה שלפיה כל חקיקה של הכנסת, ללא קשר לתחולתה במרחב הגיאוגרפי, נדרשת לעמוד באמות המידה הנורמטיביות שהוצבו ועוצבו על-ידי חוקי היסוד. מסקנה זו, היא פועל יוצא של עקרון המדרג הנורמטיבי, שלפיו חוק 'רגיל' נסוג מפני חוק יסוד (ראו למשל: עניין חוק הלאום, פסקאות 2-4 לפסק-דיני). במובן זה, משמעות המונח "זכויות היסוד של האדם בישראל" (ההדגשה הוספה – נ' ס'), שבסעיף 1 לחוק היסוד, איננה טריטוריאלית; תיבה זו אינה

תוחמת את תחולת חוק היסוד לגבולותיה הגיאוגרפיים של מדינת ישראל. עלינו לקרוא את הכתוב בסעיף 1 לחוק היסוד, משל היה כתוב בו כך: "זכויות היסוד של האדם בנשיטת המשפט ב[ישראל]". (ראו והשוו: בנבנישתי, עמוד 12 – מאמר המבקר את גישתי בעניין חוק ההסדרה). המסקנה הנגזרת מן האמור היא, כי עקרון המדרג הנורמטיבי, מחייב כי כל דבר חקיקה של הכנסת יעמוד באמות המידה החוקתיות; כך גם סעיף 5ב(א)(1) לחוק, על תיקונו. מסקנה זו, אינה נגזרת מהכרעה בשאלה הסבוכה בדבר התחולה האקסטרה-טריטוריאלית של חוקי-היסוד. היא נגזרת מעקרון המדרג הנורמטיבי, כמפורט לעיל.

86. יחד עם זאת, הגם שדברי החקיקה של הכנסת נדרשים לעמוד באמות המידה של חוקי-היסוד, אין משמעות הדבר כי כל זכות הנפגעת מחמת חוק מסוים, תזכה למידה זהה של הגנה חוקתית. בהקשר זה מן הראוי לציין גישה נוספת שהוזכרה בספרות, אגב הדיון בשאלת תחולת חוקי-היסוד במרחב. גישה זו, היא הגישה הפונקציונאלית, ולפיה, לחוקי-היסוד אכן יש תחולה על כל פעולה של רשויות השלטון, ללא קשר למקום שבו היא מתבצעת. ברם, מידת ההגנה על-פי גישה זו, עשויה להשתנות בהתאם לנסיבות. תחולת חוקי-היסוד – לחוד, והיקף ההגנה שתינתן מכוחם – לחוד (אורגד, 174-188). כך, השאלה שעלתה בפרשת חוק ההסדרה, נגעה לתחולת חוקי-היסוד על תושבים פלסטינים המתגוררים ביהודה ושומרון; אזור הנתון לתפיסה לוחמתית. לעומת זאת, בנדון דידן עסקינן במדינת אויב או תושבי שטח אויב, שאינם 'תושבים מוגנים'. נשאל אפוא, האם מידת ההגנה החוקתית על שתי קבוצות אלו אמורה להיות זהה? לטעמי, התשובה לשאלה זו היא בשלילה. לא ראי זה כראי זה. גם אם הנחת המוצא היא שקיימת תחולה עקרונית של חוקי-היסוד, על כל דבר חקיקה שיצא מלפני כנסת ישראל, בין אם תחולתו בארץ, בין אם מעבר לים, הרי שהיקף ההגנה הניתנת על-ידי חוק-היסוד, בכל אחד מן המקרים הללו – עשוי להשתנות. ניתן להחיל את חוקי-היסוד, אפוא, באופן פונקציונאלי. קיים בסיס להבחנה בין היקף ההגנה שיעניקו חוקי-היסוד לתושבים מוגנים המתגוררים באזור הנתון לתפיסה לוחמתית, לבין זו שתינתן לתושבי שטח אויב. גם אם אין בכוחה של הבחנה זו להביא לביטול מוחלט של תחולת חוקי-היסוד ביחס לתושבי שטח האויב, הרי שיש בכוחה לצמצם את מידת ההגנה שתינתן על-ידם (ראו: אורגד, עמוד 183).

87. שיקול נוסף המשליך על היקף ההגנה החוקתית, נעוץ במימד הזמן. "לכל זמן ועת לכל-חפץ, תחת השמים [...] עת מלחמה ועת שלום" (קהלת ג, א-ח); אין להשוות בין מידת ההגנה החוקתית המוענקת בזמן מלחמה, או עימות מזוין מתמשך, לבין מידת ההגנה שתחול בעיתות שלום (אורגד, עמודים 186-187; אהרון ברק, שופט בחברה דמוקרטית, 147-148 (2004)); אין מקום להשוואה בין שני המצבים הללו. אמנם, אני

מסכים עם העמדה העקרונית, שהובעה פעם אחר פעם בפסיקתו של בית משפט זה, כי "איננו מנהלים שתי מערכות של דינים או איזונים, האחת לתקופת רגיעה והאחרת לימי טרור" (עניין איחוד משפחות, פסקה 20 לפסק הדין של הנשיא ברק), אך גם אם מערכת דינים אחת לנו, אופן ישומה עשוי להשתנות בהתאם לנסיבות. כפי שקבע המשנה לנשיא חשין בעניין איחוד משפחות:

"הנחת המוצא במשפט הבינלאומי היא, כי בעת מלחמה הופכים נתיני המדינות היריבות אויבים אלה לאלה, וכי כל אזרח יראה עצמו נאמן לארצו ולמולדתו ועוין לאויבי המולדת. מטבע הדברים, אפוא, רשאית היא מדינה המצויה במצב של עימות לקבוע הסדרים מיוחדים בעניינם של נתיני האויב [...]. כללים ועיקרים שנועדו להגן על אזרחי המדינה ותושביה, כוחם והגיונם יפה גם במקום שבו מתנהל עימות מזוין לא בין מדינות אלא בין מדינה לבין ישות – כרשות הפלסטינית – שאינה מדינה. במצבים אלה, ובאחרים דוגמתם, מתקיימת במלואה חזקת העוינות של נתיני האויב, והסיכון לתושבי המדינה הקולטת אף הוא מתקיים במלוא עוצמתו. [...] אמת נכון הדבר: לא כל נתיני האויב אכן אויבים הם, ואולם בעיצומו של עימות מזוין קמה ונהיית מעין-חזקה כי נתיני האויב – כל נתיני האויב – אויבים הם למדינה, ואין מוטל על המדינה נטל משפטי להפריך את החזקה ולהבחין בין נתין אויב העלול לסכן את המדינה ותושביה לבין נתין אויב שאינו עלול לסכן את המדינה ותושביה" (שם, פסקאות 79-81) (ההדגשה הוספה – נ' ס').

וראו גם דבריו של השופט ריבלין (כתוארו אז) בעניין איחוד משפחות:

"גם אני סבור, כי אין לערטל את השאלה החוקתית מן הלבוש המציאותי בו היא נתונה. אין להציב את השאלה בעולם שאינו קיים – ב'פלנטה' אחרת. השאלה החוקתית נדונה, עכשיו וכאן – במדינה כואבת המתקיימת על פיסת קרקע בוערת. המציאות היא מציאות כוללת שיקשה להציב בה מחיצות עיוניות [...]. אין לעצום עינינו מראות מי הוא הזר, לאיזו ישות מדינית הוא משתייך, מי הם מנהיגיו הנבחרים ומהן הנסיבות בהן מתברר עניינו. [...] המבחנים על-פיהם בוחנים אנו הגבלות על זכויות האדם בשל סיבות

מתחייבות הם מבחנים אחידים בכל עת. המבחן הוא זהה.
 אולם ראוי לזכור כי ישומו מושפע מן המציאות" (שם, פסקה
 8; עוד ראו, את דבריו בעניין איחוד משפחות 2, פסקה 29).

88. הנה כי כן, הראינו כי קיימות מספר גישות לגבי שאלת התחולה של חוקי היסוד: טריטוריאלי, פרסונלית, אוניברסלית ופונקציונלית; כמו כן הזכרנו דברים שנפסקו בעניין חוק ההסדרה, כי כל דבר חקיקה של הכנסת נדרש לעמוד באמות המידה הנורמטיביות של חוקי היסוד, ללא קשר לשאלת התחולה האקסטרה-טריטוריאלי של חוקי-היסוד. ברם, גם בהנחה שלחוקי-היסוד עשויה להיות תחולה עקרונית מחוץ לשטח ישראל, שמא אף בשטח אויב, בהתאם לאיזו מן הגישות המצדדות בכך, לגבי דידי, אין משמעות הדבר כי כל דבר חקיקה הפוגע בזכויות אדם, יעבור באופן אוטומטי לשלב השני של הבחינה החוקתית; לבירור עמידתו בתנאי פסקת ההגבלה. ישנם מקרים שבהם הבחינה החוקתית תיעצר כבר בעת בירור שאלת קיומה של פגיעה בזכות חוקתית. הדבר תלוי בפרשנות הנתונה לזכות הנפגעת, ובהיקף ההגנה המסור לה, בשים לב למכלול נסיבות העניין. אפרט.

89. בעניין איחוד משפחות, קבעו חלק משופטי הרוב, כי הניתוח החוקתי נעצר כבר על המפתן, בעת בירור שאלת הפגיעה החוקתית. המשנה לנשיא מ' חשין, קבע באותו עניין, כי "בעת מלחמה לא קמה להם לאזרח ולתושב של ישראל זכות חוקתית להביא לישראל בן-משפחה שהוא נתין הישות המצויה בעימות מזוין או במלחמה עם מדינת ישראל" (שם, פסקה 87) (ההדגשה הוספה – נ' ס'). נקבע שם, כי על אף שהחוק שנדון באותו עניין – חוק הוראת השעה – פוגע בזכויות יסוד, הרי שפגיעה זו אינה עולה כדי פגיעה חוקתית. נפסק, כי העיתוי – עת מלחמה, ומקום מגוריו של בן הזר – שטח ישות עוינת, משפיעים על היקף פרישתה של הזכות החוקתית לחיי משפחה. ודוק: הגבלת הזכות נעשתה כבר בשלב בירור הפגיעה החוקתית, ולא בהמשך, בעת בחינת החוק על-פי תנאי פסקת ההגבלה (ראו שם, פסקאות 128-130 לפסק הדין של המשנה לנשיא מ' חשין; פסקאות 4-10 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור). על עמדה זו, חזרו חלק משופטי הרוב גם במסגרת עניין איחוד משפחות 2 (ראו שם, פסקה כ"ח לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין; פסקאות 23-29 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר; פסקאות 6-10 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור). ניתן אפוא להגביל את היקף הזכויות החוקתיות, בהתאם לזמן ולמקום, כך שאלו לא תתפרשנה למרחוק, עד כדי הגנה חוקתית על נתיני האויב; בפרט לא בעת מלחמה. אמחיש זאת באמצעות שאלה רטורית, מעוררת תהייה וקושי, המבהירה היטב את המורכבות שבגישה האחרת: האם אזרח סורי, נתין של מדינת אויב, רשאי להגיש עתירה לבית המשפט הגבוה

לצדק, בטענה כי חוק רמת הגולן, התשמ"ב-1981, פוגע בזכותו לקניין, ולפיכך איננו חוקתי (אם נתעלם לרגע מפסקת שמירת הדינים שבחוק היסוד)? האם לא נאמר בכגון דא, כי הגם שחוק זה פוגע בזכות הקניין של אותו עותר פוטנציאלי – כעניין שבעובדה – אין משמעות הדבר כי תחום התפרשותה של זכות הקניין החוקתית, המעוגנת בחוק היסוד, יפרוץ את כל הגבולות, בפרט גבולות אויב? האם חוק היסוד, בדוגמה שהבאנו, פורש מצודתו עד לדמשק? האם יש בכוחו לשבש את הסדר הציבורי במדינה, ואת המדיניות ויחסי-החוק, ששורטטו על-ידי הממשלה והכנסת?

90. נחזור, אם כן, לשאלה שבה פתחנו: האם חוקי-היסוד חלים בעניינו של המערער, תושב עזה? חכתי בדעתי, האם גם בעניינו, ניתן היה לעצור את הניתוח החוקתי כבר בשלב הפגיעה החוקתית, לאמור: אף שסעיף 5ב(א)(1) לחוק פוגע באופן עקרוני בזכויותיהם של תושבי עזה (כאמור, בזכות לכבוד, לקניין, לשלמות הגוף, ולגישה לערכאות), הרי שפרשנות ראויה של היקף זכויות היסוד, תביאנו למסקנה כי אף אם פגיעה בזכויות יסוד – יש כאן; פגיעה בזכויות חוקתיות – אין כאן. לבסוף, לא בלי התלבטות, מצאתי כי אין מקום לבלום את הבחינה החוקתית על הסף, כבר בשלב זה. למסקנה זו הגעתי משני טעמים: ראשית, לא נשמע טיעון מסודר וממצה בעניין זה על-ידי המשיבות, אשר בחרו לקצר, ולא להרחיב; שנית, שאלה זו עדיין לא התבררה די הצורך, ונמצאו אף גישות מרחיבות בעניין, גם אם ביחס לסיטואציות שונות מזו שלפנינו, כמפורט לעיל. מכל מקום, מחמת אי-הבהירות, והעדר כלל ברור בעניין, ראיתי מקום להניח, הנחה שאינה מוכרחת כלל, רק לצורך הדיון, כי פגיעה חוקתית אכן מתקיימת.

91. לסיכומו של שלב זה, הנוגע לשאלת הפגיעה החוקתית – כפי שנהג בית משפט זה בעבר, בזהירות רבה, אנהג אף אני; לא אקבע מסמרות בשאלת התחולה האקסטררה-טריטוריאלית של חוקי-היסוד, ובנוסף, לא אקבע כי זכויותיו של המערער, שאין חולק כי נפגעו, אינן עולות כדי 'זכויות חוקתיות'. יחד עם זאת, הניתוח המשפטי דלעיל לא היה בבחינת 'תורה לשמה' בלבד. יש בו תועלת רבה גם לעניינו. מניתוח זה הראינו לדעת, כי יחסי ה'אויבות' שבין מדינת ישראל לרצועת עזה, ובפרט הסכסוך המזוין המתמשך ביניהן, משליכים באופן ישיר על מידת ההגנה החוקתית שתינתן לתושבי עזה, מכוח חוקי-היסוד. אף אם אין בכך כדי לבטל לחלוטין את תחולת חוקי-היסוד (וכאמור – אין אני מכריע בכך), יש באמור כדי להקרין על היקף ההגנה שתינתן מכוחם. לכך ימצא ביטוי בנוסחאות האיזון החוקתי שבפסקת ההגבלה, שאליהן אעבור עתה.

92. משקבענו כי סעיף 5ב(א)(1) לחוק פוגע בזכויות-יסוד, ולאור ההנחה הלכאורית כי חוקי-היסוד חלים בנסיבות העניין (מבלי שהכרענו בדבר), מועדות פנינו עתה, לשאלה השניה מבין שלבי הניתוח החוקתי: האם הפגיעה נעשתה כדין? זאת על-פי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד, שזו לשונה:

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

93. כידוע, פסקת ההגבלה מביאה לידי ביטוי את התפיסה החוקתית, שלפיה זכויות האדם שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינן מוחלטות אלא יחסיות: “זכויות האדם אינן זוכות להגנת המשפט כדי מלוא היקפן; המבנה החוקתי אינו מאפשר את מימושן של זכויות האדם כדי מלוא פריסתן” (עניין עדאלה, פסקה 26; כן ראו: עניין בנק המזרחי, עמוד 433; עניין חוק טל, פסקה 45 לפסק-דינו של הנשיא ברק; עניין חסן, פסקה 52; ברק – פרשנות חוקתית, עמודים 486-487). פסקת ההגבלה מעמידה 4 תנאים מצטברים: (א) כי הפגיעה בזכות האדם תעשה בחוק או על-פיו, ומכוח הסמכה מפורשת בו; (ב) כי החוק הפוגע יהלום את ערכיה של מדינת ישראל; (ג) כי ישמש להשגת תכלית ראויה; (ד) כי פגיעתו בזכות האדם תהא במידה שאינה עולה על הנדרש (ראו למשל: עניין חוק טל, פסקה 47; ברק – פרשנות חוקתית, עמודים 488-489). נבחן אפוא את הוראות סעיף החוק שבענייננו, על-פי 4 מבחנים אלו, כסדרם.

ד.3.2.1. הפגיעה בזכות האדם נעשתה בחוק

94. נקל להבחין, כי סעיף החוק דנן, צולח מבחן זה בקלות יתרה: סעיף 5ב(א)(1) לחוק, אשר נחקק במסגרת תיקון מספר 8 – הריהו חוק בישראל, כאשר גם צו הנזיקים האזרחיים, שהוצא מכוחו – ניתן “מכוח הסמכה מפורשת בו”. כמו כן, התיקון האמור עבר “הליך ראוי וסדור של עיון ודיון, מחשבה, ויכוח והסכמה” (עניין קוונטינסקי, פסקה 38 לפסק-דיני, והשוו לעניין הנדון שם). ועדת חוקה חוק ומשפט של כנסת ישראל ישבה על המדוכה, הקדישה לתיקון האמור 4 ישיבות ארוכות, לרוממו לגדלו ולפארו, ולדון בכל תגיו ופרטיו. מדובר בחוק כללי, פומבי, שפורסם כדבעי. אין לי אלא לתמוה על טענת המערער כי אין לפנינו חוק; “אין מקרא יוצא מידי פשוטו” (בבלי, שבת סג, ע”א). גם אם אניח שהחוק כוללני וגורף יתר על המידה, כטענת המערער, אין בכך כדי להוציאו מידי חוק: “אמת, המרכיב של ‘בחוק’ או ‘לפי חוק’ אינו מרכיב מהותי (מרחיב) ואין הוא קובע את הדרישות התוכניות המוטלות על כל חוק או חקיקת משנה המגבילים זכות אדם. לשם כך קיימים הרכיבים הנוספים של פסקת ההגבלה” (ברק – פרשנות חוקתית, עמוד 490). אציין,

כי גם בעניין עזאולה, לא נקבע בשום שלב כי הפגיעה לא נעשתה מכוח חוק; מקומה של טענת הכוללניות והכלליות, ראויה להישמע בעת הפעלת מבחני המידתיות; לא קודם לכן. גם בעניין דיראני – שם דובר, כאמור, בכלל שנקלט מן המשפט המקובל – נקבע כי דרישת ההסמכה מתקיימת. הדברים יפים לענייננו, מכוח קל וחומר (עניין דיראני, פסקה 69 לפסק הדין של הנשיא גרוניס; והשוו לדעתו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן, בדעת מיעוט שם, פסקאות 8-14). דבר החקיקה מושא הערעור דנן, הוא מקרה שגרת, של הוראת חוק הקובעת עקרון מסוים, ומסמיכה את הרשות המבצעת לפעול ליישומה באמצעות חקיקת-משנה (להוראות נוספות המסמיכות את הממשלה לקבוע מיהו 'אויב', ראו והשוו: סעיף 2 לפקודת המסחר עם האויב; סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת; וראו גם: עניין דיראני, פסקה 12 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר; ליאב אורגד ויורם רבין, "זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני", מחקרי משפט כט, 477-478 (2014) (להלן: אורגד ורבין)).

95. הטענה כי ממשלת ישראל יכולה להכריז על כל שטח, כשטח 'אויב', בכל עת ובכל שעה, ללא קשר למתרחש בו – נטענה בעלמא. סעיף 5ב(ב) לחוק מפנה להגדרת 'אויב', שבסעיף 91 לחוק העונשין, כמפורט לעיל. הגדרה זו עוסקת בגורם שיחסיו עם ישראל הם יחסי מלחמה או איבה. ברי אפוא, כי החלטת הממשלה אינה יכולה להינתן במנותק מהגדרה זו. לפנינו אם כן, הוראת חוק הקובעת "הנחיה כללית [...] הניתנת להבנה ולהפעלה" (ברק – פרשנות חוקתית, עמוד 503). אין מדובר באחד מן המקרים החריגים, שבהם נחקק חוק המעניק סמכות כוללנית לרשות המינהלית; אין מדובר גם בחקיקה סתומה, מעורפלת (Vague), המותירה לרשות המינהלית שיקול דעת פרוץ לרווחה (ראו והשוו: בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקאות 52-54 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן, והשוו שם לפסקאות ח-ט לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (13.9.2017); עניין עליאן, פסקאות 13-14 לפסק הדין של הנשיאה חיות). לטענת המערער, "גורפות שיקול הדעת", לפי סעיף 5ב(א)(1) לחוק, מאפשרת לממשלה להכריז על מקום מסוים כשטח אויב, "גם במצב אי מלחמה או אי עימות בפועל". דא עקא, טענה זו אינה מתייחסת אלא לאופן ישום החוק; לא למידת חוקתיותו. בהקשר זה אעיר, כי המשיבות אינן חולקות על כך שהוצאת צו על-ידי הממשלה, כזה המכריז על מקום מסוים כשטח אויב – כפופה לביקורת שיפוטית – עובדה הממתנת את טענת "גורפות שיקול הדעת". אין יסוד, אפוא, לטענת המערער, כי הפגיעה נעשתה "שלא לפי חוק".

96. אשר לטענה כי צו הנזיקים האזרחיים נתקן באופן רטרואקטיבי – הרי שטענה זו כבר נדחתה לעיל, משנמצא כי אינה מתעוררת בעניינו הספציפי של המערער, ועל כן אינה מתאימה לבירור בדרך של תקיפה עקיפה. בקצירת האומר אוסיף, למעלה מן הצורך,

כי גם לגוף הדברים – דין טענה זו להידחות. חקיקה אזרחית רטרואקטיבית, כשלעצמה, אינה דבר פסול; קביעתה בדרך זו, איננה מוגבלת על-ידי חוקי היסוד: "אם רוצה הכנסת לחוקק חוק עם תוקף רטרואקטיבי זה עניינה, ובית המשפט לא יכתיב לה את רצונו שלו" (ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 775 (1992); בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793 (1996)). אכן, חקיקה רטרואקטיבית עלולה לעורר קושי, בעיקר כאשר היא פוגעת באינטרס ההסתמכות, ובציפיותיו של מי שהתבסס על המצב החוקי הקודם (דפנה ברק ארז, משפט מנהלי א, 357-358 (2010)). ברם, בכל הנוגע לדיני הנזיקין, ספק אם טענת הסתמכות היא טענה בעלת תוקף, ודאי כשהיא נשמעת מפי הניזוק (ראו: רע"א 8925/04 סולל בונה נ' אלחמיד, פסקה 23 לפסק הדין של הנשיא ברק (2006)). כך או כך, ממילא לא ניתן לטעון להסתמכות, מקום שבו פגיעת המערער נגרמה לאחר הוצאת צו הנזיקים האזרחיים, כך שגם קו-טיעון זה אינו יכול עוד לעמוד. בנוסף, אין בידי לקבל את טענת המערער, שלפיה דבר החקיקה הראשי – סעיף 5ב(א)(1) לחוק – אינו מסמיך את הממשלה ליתן צו שתחולתו למפרע. טענה זו, אינה עולה בקנה אחד עם סעיף התחולה שנקבע בתיקון מספר 8, שלפיו: "הוראות סעיף 5ב(א)(1) לחוק העיקרי [...] יחולו על מעשה שאירע אחרי יום ח' באלול התשס"ה (12 בספטמבר 2005)". מהוראה זו נמצאנו למדים, כי כבר מלכתחילה נקבע, כי סעיף זה, שמכוחו הוסמכה הממשלה להכריז על מקום מסוים, כעל שטח אויב, יוחל באופן רטרואקטיבי, למן מועד יציאת כוחות הביטחון מרצועת עזה (12.9.2005). כאמור, החקיקה הרטרואקטיבית, נועדה ליתן ביטוי משפטי, בהקשר הנזיקי, לסכסוך המזוין המתחולל בחיי המעשה בין עזה לישראל. אם כן, משהחוקק עצמו קבע כי הסעיף יחול למפרע, ודאי שגם סמכות הממשלה, להתקנת הצו, ניתנה באותו אופן.

97. המערער לא טען כי החוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל, ולפיכך ניתן לדלג על בירור שאלה זו, ולבחון האם החוק עומד ביתר תנאי פסקת ההגבלה.

ד.2.2.3. החוק נועד לתכלית ראויה

98. המשיבות טענו, כי שתי תכליות עומדות ביסוד סעיף 5ב(א)(1) לחוק, על תיקוניו. האחת, התאמת דיני הנזיקין למצב המלחמתי בפועל, שעמו נאלצת המדינה להתמודד, מרחוק ומקרוב; השנייה, מניעת סיוע כלכלי או מוראלי לאויב. המערער, מנגד, טען כי החוק נועד לתכלית פסולה וגזענית, הפוגעת בזכויות אדם באופן גורף, על בסיס שיוך לאומי, אתני או טריטוריאלי.

99. בנוגע לשאלה אם התכליות שעליהן הצביעו המשיבות הן אכן ראויות, דומה כי ניתן להשיב עליה בחיוב – ללא קושי. אילנות גבוהים קדמו לי, והשיבו על שאלה זו בהן

רבתי; דיניי אם אתלה בהם, ואשיב אף אני כמותם. למען הסדר הטוב, אפרט מעט על אודות התכליות האמורות, ואבהיר מדוע הן אכן ראויות, כטענת המשיבות. אפתח בטענה כי תכלית החוק נועדה להתאמת דיני הנזיקין למצב המלחמתי העדכני (ראו, לעניין זה: הצעת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מספר 5) (הגשת תביעות נגד המדינה על ידי נתין אויב או תושב אזור עימות), התשס"ב-2002, עמוד 892). בעניין עדאלה קבע הנשיא ברק, כי "הסדר שמטרתו להתאים את דיני הנזיקין לתנאים המיוחדים השוררים בעת פעילות מלחמתית של כוחות הביטחון הינו הסדר שנועד לתכלית ראויה" (שם, פסקה 33; ראו גם: עניין בני עודה, פסקה 9). אכן, כפי שנפסק לא אחת, דיני הנזיקין אינם הזירה המתאימה לטפל בתביעות נזיקין כאשר "קול מלחמה בארץ" (ירמיהו נ, כב); לא מבחינת הדין המהותי, לא מבחינת דיני הראיות. במישור המהותי, הטלת חובת פיצוי בגין נזקי מלחמה, זרה היא לדיני הנזיקין. 'הסיכונים הקלאסיים', המטופלים על-ידי דיני הנזיקין, שונים באופן מהותי מהסיכונים הקיימים בעת קרב (עניין אלמקוטי, פסקה 15). פעולות שהיו נתפסות בעת שלום כעוולות מובהקות, כגון ירי מכוון וגרימת נזק באלימות ובכוח, נתפסות בשדה הקרב כהתנהגויות סבירות, לעיתים אף מצופות. בבסיס דיני הנזיקין עומדת ההנחה כי חיוב באחריות, עשוי לתמרץ אנשים לנהוג בזהירות ובמתינות. הנחה זו אינה תקפה במצבי לחימה, שבהם מטרת הצדדים היא להסב נזק האחד למשנהו, באופן מכוון. נוסף לכך, היקף הנזק אשר עשוי להיגרם לפרט ולכלל, פעמים תוך זמן לחימה קצר, עשוי להיות משמעותי ביותר. 'יום קרב' בודד, יכול להביא לאלפי תביעות של ניזוקים, חלקם 'תמימים', שעשויים לסבור כי המדינה היריבה, זו שמנקודת מבטם פגעה בהם, הפירה כלפיהם את כללי העימות המזוין. החלת דיני הנזיקין בנסיבות אלו, עלולה אפוא לחשוף את המדינה להיקף נזק שהיא איננה מסוגלת לעמוד בו, ולהשלכות תקציביות אדירות. אלו הם סוגי נזקים השונים באופן מהותי, בטיבם ובהיקפם, מן הנזק הטיפוסי שאליו מכוונים דיני הנזיקין. גם מבחני הצפיות, שנקבעו לביטול תביעות נזיקין (כגון, בהקשר של עוולת הרשלנות, יסוד 'חובת הזהירות', ויסוד 'הקשר הסיבתי המשפטי') – אינם ישימים במידה זהה בעתות מלחמה; שהרי, בהשאלה מדבריו של הגנרל הפרוסי קרל פון-קלאוזוביץ – "המלחמה היא ממלכת אי הוודאות".

100. מעבר לכך, דומה כי תכלית-העל של דיני הנזיקין, 'השבת המצב לקדמותו', פעמים רבות אינה משקפת את תכליתן של תביעות המוגשות בגין אירועים מלחמתיים. לעיתים קרובות, ההליך השיפוטי משמש עבור התובעים-הניזוקים כלי תעמולתי או כלכלי, להמשך המאבק מול המדינה האויבת; לא השבת המצב לקדמותו בראש מעייניהם, אלא גרימת נזק, כלכלי או תדמיתי, למדינה היריבה. חשש נוסף בהחלת דיני הנזיקין על 'נזקי מלחמה', נוגע להשפעה שעשויה להיות לכך על הכוחות הלוחמים. אם ידע חייל שפעולה שביצע בשדה הקרב עשויה להביא בעקבותיה תביעת נזיקין, עלול

הדבר להביא להססנות בקרב, וללחימה מתגוננת (ודוק: הגם שהמדינה היא הנתבעת, ולא החייל, עצם הבאתו למתן עדות, והסיכון להטלת דופי בהתנהגותו, עשויות להביא לאותו 'אפקט מצנן'). לא בכדי, בסכסוכים מזוינים, ההנחה המקובלת היא שכל צד לסכסוך 'מלקק את פצעיו', דואג לאזרחיו, ונושא בנזקים שנגרמו להם כתוצאה מהעימות המזוין (להרחבה, ראו: עניין בני עודה, פסקה 9; עניין חרדאן, פסקה 14; ע"א 8279/12 אלדאיה נ' מדינת ישראל, פסק-דינו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן (29.6.2014) (להלן: עניין אלדאיה); יעקב, חסינות תחת אש, עמודים 138-140).

101. חוסר ההתאמה של דיני הנזיקין למצב מלחמתי מתבטא, באופן מובהק, גם במישור הראייתי. שדה הקרב מאופיין באירועים אינטנסיביים, באנדרלמוסיה, בתחלופת כוחות תדירה, בפיצוצים עזים ובשריקת כדורים. הדבר יוצר קשיים ראייתיים למכביר; הן לתובעים, הן למדינה הנתבעת. אלו כמו אלו, יתקשו באיתור ראיות חפציות, בשחזור האירועים, ובמציאת רישומים רפואיים רלבנטיים. אכן, התייעוד 'מזמן אמת', דל וחסר. ישנם גם קשיים ראייתיים נוספים, אשר עלולים להקשות דווקא על המדינה להתגונן מפני תביעות מסוג זה: חלק מחומר הראיות, מטבע הדברים, הוא חומר מודיעיני חסוי, שלא ניתן לחשיפה; האירוע הנזיקי, מתרחש, בדרך כלל, בשטח שלמדינה אין גישה אליו; המתקנים הרפואיים שבהם טופל הנזוק, ככלל, אינם נגישים; קיים קושי לא מבוטל באיתור ובהבאת חיילים לעדות לאחר שחרורם מהשירות הצבאי. כמו כן, נוכח יחסי האיבה והעוינות, גם מהימנות העדים שמביא כל צד לתמיכה בגרסתו – מוטלת בספק. הקשיים הראייתיים מתעצמים, שעה שמדובר בעימות מזוין מול ארגון טרור, כארגון החמאס. פעילי הטרור אינם מכבדים את 'עקרון ההבחנה' בין לוחמים לאזרחים, שביסוד דיני העימות המזוין. הם אינם נושאים נשק בגלוי, ובכוונת מכוון נטמעים באוכלוסיה אזרחית תמימה, תוך סיכונה (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון, פסקה 2 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (31.12.2014)); הילי מודריק-אבן חן, טרור ומשפט בין-לאומי הומניטרי, עמוד 43 (2010)). מצב דברים זה, מקשה אף הוא במישור הראייתי, מגביר את הסיכוי לגרימת נזק לאזרחים 'תמימים', וכתוצאה מכך – גם מרחיב את היקף התביעות הפוטנציאליות. קשיים אלו, ביחס ל'נזקי מלחמה', עלולים לפגוע ביסוד הבסיסי של ההליך השיפוטי – בירור האמת. "לא לשווא אימצו מדינות העולם כללים מיוחדים המקפאים את תחולתם של דיני הנזיקין בעת קרב" (יעקב, חסינות תחת אש, עמוד 140). החלת דיני הנזיקין ביחס ל'נזקי מלחמה' – "מקלקלת את השורה" (עוד על הקשיים הראייתיים, ראו: דברי ההסבר להצעת חוק לטיפול בתביעות של פעולות כוחות הביטחון ביהודה ושומרון וחבל עזה, התשנ"ז-1997, מיום 23.7.1997, עמוד 497). ודוק: העדר תחולה לדיני הנזיקין, אין משמעה בהכרח שלילת פיצוי. העיקרון המקובל בעולם הוא, שכל מדינה קובעת הסדר פנימי לפיצוי אזרחיה, אם נפגעו

מנזקי המלחמה, דוגמת חקיקת התגמולים הענפה בישראל (למשל, חוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959; חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950; חוק התגמולים לנפגעי פעולות האיבה, התש"ל-1970; חוק מס רכוש וקרן פיצויים, התשכ"א-1961). כמו כן, לעיתים, בשוך הקרבות, כשהאבק שוקע וענני העשן מתפזרים, עשויות המדינות היריבות להגיע להסכמה, לגבי הסדרי פיצויים קיבוציים ביניהן (יעקב, חסינות תחת אש, עמוד 148).

102. גם התכלית השניה – מניעת סיוע כלכלי ומוראלי לאויב – היא תכלית ראויה. אין צורך להכביר מילים על חשיבותה של תכלית זו; הדבר נדון בהרחבה בעניין דיראני, שם נקבע: "נראה שאין חולק שתכליתו של הכלל, מניעת סיוע לאויב, מהווה תכלית ראויה" (עניין דיראני, פסקה 69). אציין אפוא בתמצית, כי בית המשפט הכיר בכך ש"עצם קיומו של פסק דין לטובת האויב עשוי לסייע לו גם בלא מימוש", וכי קיים "חשש כי האויב ינצל את בירור התביעה לצורכי תעמולה בניסיון לקצור הישגים תקשורתיים לטובתו, וגם בכך יש כדי לסייע לאויב בעת המלחמה או העימות המזוין" (עניין דיראני, פסקה 73). אכן, פתיחת שערי בית המשפט בפני נתין מדינת אויב, מעלה חשש לניצול ההליך המשפטי לרעה; להגשת תביעות שתכליתן פגיעה במדינה ויצירת רווח לאויב; ולהצפת בתי המשפט בתביעות סרק (אורגד ורבין, עמוד 476). חששות אלו, שרירים וקיימים גם ביחס לתביעות המוגשות על-ידי תושבי שטח הנשלט על-ידי ארגון טרור, דוגמת רצועת עזה. תכלית זו, לטעמי, מתעצמת, מקום שבו מתחולל מאבק מזוין בין המדינה, לארגון הטרור. מדינת ישראל היא הצד המתגונן מפני הפעולות הנפשעות של ארגון החמאס. שלא מרצון, נושאת המדינה במימון הוצאות הלחימה מול החמאס, ובמימון פיצויים על נזקים שנגרמו לחייליה ולאזרחיה. מצב דברים שלפיו יהא עליה לשאת גם בנזקים של תושבי רצועת עזה, שבה שולט הצד התוקפן, אינו מתקבל על הדעת. על תכלית זו, בנסיבותיה של רצועת עזה, עמד רמ"ד משפטי במחלקת הדין הבין-לאומי במשרד הביטחון, רס"ן גיל לימון: "הטעם שבסעיף [...] קשור ביחסים בין מדינה לבין מדינות אויב. ברור שבמצב של אויבות, מה שמקובל במשפט הבין-לאומי, אין יחסים כלכליים בין המדינות, וזה כולל, בגדר זה, גם תביעות של פרטים. הדבר הזה מקובל בכל מדינות העולם. הבעיה היא שאנחנו מתמודדים בשנים האחרונות עם מצב שבו יש לנו שטח, והכוונה היא לרצועת עזה, אפשר לומר את זה בצורה ברורה, שהוא לא בגדר מדינה, אבל עדיין, מבחינת הרציונלים, היחסים בין מדינת ישראל לבין השטח הזה, הם זהים מבחינתנו ליחסים בין מדינת ישראל לבין מדינת אויב. הכוונה פה היא לאפשר מנגנון למדינת ישראל להחיל על אותו שטח את אותו רציונל" (פרוטוקול דיון מספר 81 משיבת ועדת חוקה חוקה ומשפט של הכנסת, מיום 19.10.2009, עמוד 233).

103. אעיר, כי תכליות אלו – התאמת דיני הנזיקין ומניעת סיוע לאויב – אינן צרות זו לזו; שלובות הן אחת ברעותה, ואף מקיימות חפיפה ביניהן. כך, חלק מההצדקות שניתנו לכלל שלפיו 'אין מבררים תביעת אויב', דומות במהותן, להצדקות הקשורות לתכלית התאמת דיני הנזיקין למצב המלחמתי שעמו מתמודדת ישראל, כגון הקושי הראייתי לערוך בירור עובדתי לאירוע שהתרחש בעת מלחמה, והחשש מפני הצפת בתי המשפט בתביעות סרק (ראו: אורגד ורבין, עמוד 471).

104. לבסוף, בקצירת האומר, אתייחס גם לטענת המערער, כי בבסיס החוק תכלית גזענית, המפלה את תושבי עזה על בסיס לאומי, טריטוריאלי או אתני. טענה זו נטענה בעלמא, ללא כל ביסוס. ראשית, סעיף 5ב(א)(1) לחוק חל על כל תושבי רצועת עזה, ללא קשר לגזעם, לאומם או מוצאם. טענה זו של המערער, אינה מתיישבת גם עם ההסדר שנקבע בסעיף 5ב(א)(1) לחוק, אשר אינו חל, למשל, על תושבי יהודה ושומרון, על אף הזיקה האתנו-לאומית שבינם לבין תושבי עזה. היא גם אינה מתיישבת עם ההחרגה המפורשת של תביעות תושבי עזה המצויים במשמורת בישראל, חרף מוצאם האתנו-לאומי (ראו התוספת הראשונה לחוק הנזיקים האזרחיים). אציין, כי לא מצאתי ממש בהוראות מסוימות באמנות בינלאומיות שונות, שאליהן מפנה המערער, משאלה אינן עוסקות במישרין בשאלה המונחת לפתחנו, ואינן ממין העניין. אמנם, המערער טוען גם להפליה על רקע טריטוריאלי, אך לנוכח העימות המזוין שבין ישראל לעזה, הבחנה על בסיס טריטוריאלי, תוך התייחסות למקום המגורים של התובע, היא הבחנה רלבנטית בכגון דא, ואין לראותה כהפליה על רקע גזעי או לאומי:

"A distinction based on nationality also has some rational justification in terms of combating terrorism. It is not unreasonable to assume, that, with the possession of a passport from a certain country, the passport holder has a loyalty to that particular country. If such a state is a terrorist supporting state, or at least tolerant of terrorism against the United States, then people holding its passport are more likely to be supporting terrorist groups" (Juliette Kayyem Philip B. Heymann, *Protecting Liberty in an Age of Terror*, 102 (Cambridge, 2005).

(ראו גם: עניין איחוד משפחות, פסקה 92 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) מ' חשין; פסקה 12 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור; פסקה 4 לפסק הדין של השופט י' עדיאל; עניין איחוד משפחות 2, פסקאות כ"ה-כ"ו לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין).

אין יסוד אפוא לטענה, כי תכלית סעיף 5ב(א)(1) לחוק – גזענית או מפלה.

3.2.3.T. האם הפגיעה מכוח החוק היא במידה שאינה עולה על הנדרש?
 105. עיקרון המידתיות שבפסקת ההגבלה, מבטא את התפיסה כי אף אם החוק נועד לתכלית ראויה, ההולמת את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, עדיין יש לבחון, האם האמצעים שנבחרו להגשמת התכלית אינם פוגעים בזכויות אדם יתר על המידה. את המובן מאליו נאמר, כי לא כל האמצעים כשרים להגשמת התכלית, וכל הממעיט בפגיעה בזכויות אדם – הרי זה משובח. כנגד 3 מבחני-משנה דיברה ההלכה הפסוקה: האחד – 'מבחן הקשר הרציונלי', שבו תיבחן מידת ההתאמה בין תכלית החוק לאמצעי שנבחר להגשמתה; השני – מבחן 'האמצעי שפגיעתו פחותה', שעל-פיו נבחן אם יש בנמצא אמצעים אחרים, פוגעניים פחות מאלו שנקבעו בחוק, העשויים גם הם להגשים אותן מטרות, במידה שווה; השלישי – מבחן 'המידתיות במובן הצר', שבגדרו בוחן בית המשפט אם מתקיים יחס סביר בין התועלת העתידה לצמוח מהגשמת התכלית, לבין הנזק והפגיעה בזכות החוקתית (ראו למשל: עניין חוף עזה, עמוד 550; עניין חוק טל, פסקה 60 לפסק הדין של הנשיא ברק).

1.3.2.3.T. הקשר הרציונלי

106. תחילה, לעניין מבחן הקשר הרציונלי, דומה כי ניתן לצלוח אותו, ולעבור הַיָּשָׁר אל שני מבחני המידתיות הנותרים. זאת, שכן שאלה זו הוכרעה במפורש על-ידי הנשיא ברק, במסגרת עניין עזאלה. שם פסק הנשיא ברק, לגבי חסינות המדינה ב'אזור עימות', כי מבחן הקשר הרציונלי מתקיים, שכן, "שלילת האחריות בנזיקין הקבועה בסעיף 75 לתיקון מס' 7 מוציאה את הנזקים שכוחות הביטחון גורמים באזור עימות מתחום דיני הנזיקין הרגילים. בכך מושגת התכלית הראויה שתיקון מס' 7 ביקש להגשים" (שם, פסקה 34). קביעה זו יפה גם לענייננו. לכך אוסיף, כי מבחן הקשר הרציונלי מתקיים גם לגבי התכלית הנוספת שהוזכרה לעיל – מניעת סיוע כלכלי או מוראלי לאויב. בהקשר זה, ברי כי שלילת האחריות הנזיקית תמנע ממדינת האויב, או מהישות השולטת בשטח האויב, להפיק תועלת, כלכלית או תדמיתית, מתביעת נזיקין שיגיש אחד מנתיניה נגד המדינה היריבה (ראו גם: עניין דיראני, פסקה 72). נוכח קביעות חלוטות אלה, מתייתר הצורך לבחון פעם נוספת את שאלת קיומו של הקשר הרציונלי.

2.3.2.3.T. האמצעי שפגיעתו פחותה

107. השאלה המרכזית שעלינו לבחון לגבי מבחן זה, היא: האם לשם הגשמת תכליות החוק, לא ניתן להסתפק בבחינה אינדיבידואלית, חלף קביעת כלל גורף? לשון אחר, האם אין די בבחינה פרטנית של אופי הפעולה שגרמה לנזק, ביחס לכל מקרה ומקרה, תוך הגשמת תכליות החוק, מבלי לקבוע כלל גורף של פטור מאחריות נזיקית, ביחס לכל פעולותיה של מדינת ישראל ברצועת עזה, ובכך לכלול, לכאורה, גם מעשים שאינם בגדר 'פעולה מלחמתית'? לטענת המערער, בדומה לאשר נקבע בעניין עטאלה, גם בענייננו, יש לקבוע כי אכן, בחינה פרטנית עדיפה על פני קביעה גורפת, כי די בזו, כדי להשיג את תכליות החוק. דעתי בעניין זה – שונה. לגישתי, השאלה שעמדה על הפרק בעניין עטאלה אינה זהה לשאלה המתעוררת בעניין דנן, והיא מצדיקה תוצאה משפטית אחרת. סבורני, כי כאשר מדובר במדינת אויב או בשטח אויב, ובוודאי כאשר עסקינן ברצועת עזה, על מורכבויותיה, הפתרון של 'בחינה אינדיבידואלית', אינו מגשים את תכלית החקיקה, ודאי לא במידה שוות-ערך לכלל החסינות שנקבע בסעיף 5ב(א)(1) לחוק.

108. כידוע, מבחן 'האמצעי שפגיעתו פחותה' אינו קובע כלל, שלפיו על המחוקק לבחור את האמצעי שפגיעתו, באופן מוחלט, היא הפחותה ביותר. עליו לבחור את האמצעי הפוגעני פחות, אך זאת, רק מבין האמצעים המגשימים את תכלית החקיקה באופן דומה, במידה שוות-ערך. מבחן 'האמצעי שפגיעתו פחותה' מתקיים אפוא, גם כאשר קיים אמצעי אחר, המגשים את תכלית החקיקה, ופגיעתו פחותה, אך מידת יעילותו אינה שוות-ערך לאמצעי שבו בחר המחוקק: "אם האמצעי שפוגע פחות מגשים פחות מהתכלית הראויה, אין הוא אמצעי שהמחוקק חייב לנקוט בו" (עניין איחוד משפחות, פסקה 88 לפסק הדין של הנשיא ברק). ישום המבחן באופן זה הוא חיוני; אם לא כן, נמצא עצמנו פוגעים בערכים חשובים לאין ערוך: "בהחלת מיבחן המשנה השני של המידתיות, אין החוק חייב לבור לו בהכרח את האמצעי הפחות ביותר בפוגענותו. לו אחרת אמרנו, כי- אז כמו היתרנו לבית-המשפט להכתיב למחוקק באיזה אמצעי יבחר, ובדרך זו היינו חותרים תחת שיקול דעתו של המחוקק ופוגמים קשות בעקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות (עניין איחוד משפחות, פסקה 104 לפסק הדין של המשנה לנשיא חשין; עוד ראו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 387-389 (1997); עניין מנחם, עמוד 280; עניין חוף עזה, עמוד 550; ברק – מידתיות במשפט, 399-395; גדעון ספיר, ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות, מחקרי משפט כב, 471, 478-477 (תשס"ו-2006); לדעה שונה, ראו: ברק מדינה ואייל סבן, "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, "תיוג אתני" ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים לט 47, 99-107 (התשס"ט-2009)).

109. אם כן, השאלה בנדון דידן, איננה האם 'בחינה אינדיבידואלית' היא פוגענית פחות מאשר קביעת 'כלל חסינות גורף'; ברי כי התשובה על שאלה זו – חיובית. השאלה היא, האם בחינה אינדיבידואלית, שאין חולק כי פגיעתה פחותה, תגשים את תכלית החוק במידה שוות-ערך לזו שתושג באמצעות ההסדר שנקבע בסעיף 5ב(א)(1) לחוק? כאמור, תשובתי לשאלה זו היא בשלילה. את ההסבר לכך אציג מתוך עיון בשתי הפרשות שברקע דיוננו – פרשת עדאלה ופרשת דיראני. לבסוף, אציג את ההיבטים שלטעמי ממתנים את אופיו הגורף של סעיף 5ב(א)(1) לחוק.

1. גזירה שווה מעניין עדאלה לעניינינו-אנו?

110. המערער סומך שתי ידיו על קביעותיו של בית משפט זה בעניין עדאלה, שבו נפסק, כי קביעת כלל חסינות גורף, אף לגבי מעשים שאינם באים בגדר 'פעולה מלחמתית', אינה מידתית, משום שקיים אמצעי פוגעני פחות – בחינה אינדיבידואלית של נסיבות כל מקרה ומקרה. האם יש להקיש מעניין עדאלה לעניינינו? סבורני שלא.

111. דומה כי ההבחנה המרכזית בין סעיף החוק מושא הדיון בעניין עדאלה, לבין סעיף החוק הנדון בעניין דנן, נוגעת לשוני המהותי שבין אזור הנתון לתפיסה לוחמתית, לבין שטח מדינת אויב, או שטח הנשלט על-ידי אויב, שבו אין למדינה ולצבאה דריסת רגל. פסק הדין בעניין עדאלה, ניתן לגבי תביעות של תושבים המתגוררים בשטח הנתון לשליטתה האפקטיבית של ישראל, כאשר נקודת המוצא בהקשר זה היא, כי מעמד התובעים הפוטנציאליים, שגישתם לערכאות תחסם, הוא של 'תושבים מוגנים'. כפי שצוין שם: "שליטת האחריות של המדינה בסעיף 25 ג [...] אינה עולה בקנה אחד עם חובתה של ישראל, כמי שמחזיקה ביהודה, שומרון וחבל עזה בתפיסה לוחמתית. תפיסה זו מטילה על המדינה חובות מיוחדות על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, שאינן עולות בקנה אחד עם שחרור גורף מכל אחריות בנזיקין" (שם, פסקה 36). פסק הדין בעניין עדאלה ניתן חודשים ספורים לאחר ישום תכנית ההתנתקות, בשלב שבו השלכותיה של התכנית לא היו ברורות דיין. כך, למשל, באותו שלב ארגון החמאס עדיין לא השתלט על רצועת עזה, וטרם הוחרף העימות החמוש בין ישראל לרצועה. על רקע זה, מובנים דברי בית המשפט בהערת אגב, כי "כמובן איננו קובעים דבר באשר למעמד המשפטי של חבל עזה לאחר ההתנתקות. גם אם התפיסה הלוחמתית של ישראל בו נסתיימה כטענת המדינה, אין צידוק לשחרור גורף מאחריותה בנזיקין". דומה, כי לו היתה עומדת לנגד עיני בית המשפט תמונת המצב הנוכחית – העימות המזוין, ארוך-השנים, בין ישראל לבין רצועת עזה – היה מגיע אף הוא למסקנה, כי מחמת שינוי מצבה של רצועת עזה לרעה, הרי שיש ליתן יחס שונה לתביעות תושבי עזה, בשונה מתושבי יהודה ושומרון. כידוע, שינוי נסיבות עשוי להצדיק שינוי בדין: "המג'לה החכמה לימדה אותנו (בסעיף 39 בה) כך: 'אין לכחד, שעם שינוי

העיתים, משתנים אף הדינים עימהם'. וכך אירע בענייננו. העיתות נשתנו – ובאורח עמוק נשתנו – ועל כן הוחלט על שינוי המדיניות" (איחוד משפחות, פסקה 69 לפסק הדין של המשנה לנשיא חשין).

112. כך או כך, לגישתי, הפסקת התפיסה הלוחמתית ברצועת עזה, מזה למעלה מ-16 שנים, כשלעצמה, מצדיקה איזון שונה מזה שנעשה בעניין עדאלה. בשונה מן המתרחש בעזה, התפיסה הלוחמתית שעודה שרירה וקיימת ביחס לאזור יהודה ושומרון, משמעה חיכוך יום יומי של כוחות הביטחון עם תושבי האזור בכל מישורי החיים, לא רק במישור הביטחוני. כפי שתואר בעניין עדאלה:

"עלינו לזכור כי שטחי יהודה והשומרון, ועד לחודש אוגוסט 2005 גם שטחי רצועת עזה, נתונים תחת תפיסה לוחמתית מזה קרוב לארבעים שנה. במסגרת זו, כוחות הביטחון הישראליים שוהים בתחומי האזור באופן קבוע ובהיקף נרחב. תושבי האזור באים עמם במגע הדוק, שוטף, ויומיומי, בצאתם ובבואם, בדרכם לעבודה ולבתי הספר, בנקודות ביקורת במחסומים שבתחומי האזור ובמעברים לישראל וממנה. כוחות הביטחון מקיימים בתחומי האזור נוכחות קבועה ומתמשכת. הם פרושים ופועלים בתחומי האזור הן במשימות לחימה, והן בפעולות שיטוריות באופיין; הן באזורים בהם מתקיימת פעילות חבלנית עוינת, והן באזורים שקטים; הן בתקופות עימות, והן בתקופות רגיעה יחסית. בנסיבות אלה, חסינות גורפת מעין זו הניתנת למדינה מכוח סעיף 5 לתיקון מס' 7 משמעה מתן פטור למדינה מאחריות בנויקין ביחס לתחומים נרחבים של פעולות שאינן פעולות מלחמתיות גם על-פי הגדרתו הרחבה של ביטוי זה" (שם, פסקה 36).

113. מצב הדברים ברצועת עזה דהאידינא – אינו דומה. יציאת ישראל מהרצועה הביאה להפסקת התפיסה הלוחמתית. כוחות צה"ל אינם נמצאים עוד באופן קבוע בשטחי עזה, וממילא לא מתקיים אותו חיכוך קבוע שבו דובר בעניין עדאלה, בין כוחות הביטחון לבין האוכלוסיה המתגוררת ברצועה. ישראל אינה מבצעת מעצרים בעזה; חייליה פרוסים מסביב לרצועה, לא בתוכה; מצב הלחימה המתמשך מקרין על קשרי התיאום הדלים והמצומצמים מול ארגון החמאס, אם בכלל; ישראל אינה מבצעת פעולות אזרחיות בעזה; ישראל אינה מנהלת את החיים האזרחיים שם, ומידת השפעתה על ניהול עניינים אלו, כמעט ואינה קיימת. מצב דברים זה, שונה באופן מהותי מן המתרחש

בשטחי איו"ש. גם אם קיימת לישראל שליטה מסוימת על חלק ממעברי הגבול הסובבים ומקיפים את רצועת עזה, אין בכך כדי לקרב את מעמדה של עזה, למעמד של שטחי יהודה ושומרון, שם נוכחות כוחות הביטחון היא יומיומית; ודאי שאין בכך כדי להגדיר את עזה כשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. 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. נוכח האמור, אין מקום, לשיטתי, לגזור גזירה-שווה מעניין עדאלה, לעניין דנן (למקרים נוספים שבהם השונות בין יהודה ושומרון לרצועת עזה, הצדיקה תוצאה משפטית שונה, ראו: עניין איחוד משפחות 2, פסקה 17 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל; עניין עליאן, פסקאות 32-34 לפסק הדין של השופטת ד' ברק ארז).

114. המערער יוצא חוצץ נגד אבחנה זו. לטענתו, לא אחת נקבע בפסיקה, כי ישראל חבה חובות מיוחדים כלפי תושבי רצועת עזה, וכי אלה "מעולם לא איבדו מעמדם כאוכלוסייה מוגנת על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי". לפיכך נטען, כי יש להחיל את הוראות המשפט הבינלאומי, הקובעות חובת פיצוי על נזקים שנגרמו ל'תושבים מוגנים' על-ידי צד לסכסוך. אין בידי לקבל עמדה זו. לטעמי, עיון בפסיקתו של בית משפט זה, תוך הפעלת שכל ישר, אינו מותיר מקום לספק, כי היציאה הפיסית משטחי רצועת עזה, וכיטולו של הממשל הצבאי שם, הביאו לסיום מצב התפיסה הלוחמתית ברצועת עזה על-פי הדין הבינלאומי; ובהתאמה הביאו גם להפסקת התחולה של דיני התפיסה הלוחמתית, תוך שינוי מעמדם של תושבי רצועת עזה. כך נפסק על-ידי בית משפט זה (ראו למשל: עניין אלבסיוני; עניין רופאים לזכויות אדם; עניין יש-דין; עניין פלוני; עניין ציאם), וזו גם התפיסה הרווחת "בפרקטיקה הבין-לאומית והמדינתית כאחד כמו גם בכתבי המלומדים" (שיינדורף ושמיר-בורר, עמוד 413; עוד ראו: תקנה 42 לתקנות אמנת האג; Yuval Shany, "Faraway So Close, The Legal Status of Gaza after Israeli Disengagement", 8 Y.B. Int'l Humanitarian L. 359, 379-383 (2005); Yuval Shany, "Binary Law Meets Complex Reality: The Occupation of Gaza Debate", 41 Isr. L. Rev. 68 (2008); אריאל צמח, "מהן חובותיה המשפטיות של ישראל כלפי אוכלוסיית עזה?" משפט וממשל יב 86 (התש"ע); איל בנבנישתי, "כי תצור אל עיר... לא תשחית את עצה" – על מידתיות במצור ארוך טווח" עיוני משפט מג 461, 462 (2020). אכן, מרגע שנעלי הצבא 'הצה'ליות אינן דורכות עוד בחולות עזה, תמה התפיסה הלוחמתית בה; כדברי בית הדין האירופי לזכויות אדם:

"According to widespread expert opinion physical presence of foreign troops is a sine qua non

requirement of occupation, i.e. occupation is not conceivable without 'boots on the ground' " (Sargsyan v. Azerbaijan, App. No. 40167/06, Eur. Ct. H.R. 94 (2015)).

115. אמנם כן, בספרות נשמעות גם דעות אחרות, המבקשות 'לתפור' לרצועת עזה 'חליפה' מיוחדת, בכל הקשור לתחולת דיני התפיסה הלוחמתית (ראו והשוו: שרי בשי וקנת מן, "שליטה ואחריות: מעמדה המשפטי של רצועת עזה לאחר "ההתנתקות", המשפט יד, 35 (התשע"א); Aeyal Gross, *The Writing on the Wall: Rethinking the International Law of Occupation*, 123-135 (2017); Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* 297 (2019); אייל גרוס, "שלט רחוק, שלט קרוב: מעמדה המשפטי של עזה בגישה פונקציונלית" עיוני משפט מג 375 (2020)). אולם, כפי שציננו שיינדורף ושמיר-בורר, דומה כי דעות אלו משקפות את עמדת הכותבים, בבחינת דין רצוי ולא דין מצוי: "תזות אלו אינן עולות בקנה אחד עם הדין הקיים, הן פורמות את האיזון העדין שקובעים דיני התפיסה הלוחמתית במערכת היחסים שבין הכוח הכובש והאוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש, והחלתן על המציאות העובדתית השוררת ברצועת עזה היא שגויה" (שיינדורף ושמיר-בורר, עמודים 405, 421-428).

116. אם כן, לסיכומה של נקודה זו, לגבי מבחן 'האמצעי שפגיעתו פחותה', אין להקיש מעניין עדאלה לעניין דנן. אף שבעניין עדאלה בוטל סעיף 5 לחוק, בהתבסס על מבחן זה, אין הנדון דומה לראיה. בניגוד לעניין עדאלה, שבו נדונה הוראת חוק החלה בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, הרי שבענייננו, משמדובר בתביעות של נתיני אויב או תושבי שטח אויב, מערך השיקולים משתנה, וקיימת הצדקה לקבוע חסינות גורפת, ולא לברר תביעות מסוג זה.

ii. השפעת עניין דיראני על נסיבות העניין דנן

117. מאז שניתן פסק הדין בעניין עדאלה, חלה התפתחות משמעותית במשפט הישראלי, בכל הקשור לתביעות נזיקין של 'אויבים'. לגישתי, התפתחות זו משליכה במישרין על חוקתיות סעיף 5ב(א)(1) לחוק. כוונתי היא, כמובן, לעניין דיראני שהוזכר לעיל. בעניין דיראני, פותח והותאם הכלל הוותיק האמור, למציאות של לחימה מול ארגוני טרור. נקבע שם, כי נקודת האיזון הראויה, היא החלת הכלל נגד לוחמים פעילים בארגון טרור. לעומת זאת, סעיף 5ב(א)(1) לחוק, חל על כל תושבי רצועת עזה, ללא הבחנה בין צדיק לרשע. לטענת המערער, מכך ניתן ללמוד, כי בית המשפט בעניין דיראני, דחה את העמדה שלפיה ניתן לקבוע כלל גורף ביחס לתביעות נתיני מדינת אויב. דומני, כי המערער לא דק פורתא בדברי בית המשפט שם. שלושה טעמים בדבר.

118. ראשית, פסק הדין בעניין דיראני ניתן כ-10 שנים לאחר שהתקבל תיקון מספר 7 בכנסת, וכ-3 חודשים לאחר תיקון מספר 8. משכך, בית המשפט נדרש ליחס שבין שני ההסדרים; הכלל הלקוח מן המשפט המקובל מזה, וסעיף 5(א)(1) לחוק מזה. אשר לכך נקבע, כי "אין בתיקון מס' 7 כדי לשלול את המשך קיומו של הכלל במשפט המקובל" (שם, פסקה 88). כמו כן נקבע, כי הגם ששני ההסדרים מבוססים על אותו בסיס עיוני, אין ביניהם "חפיפה מלאה", שכן "בעניינים מסוימים החוק קובע הסדר רחב יותר, ובעניינים אחרים המשפט המקובל הוא שקובע הסדר רחב יותר" (שם, פסקה 88). אבהיר, כי הכלל במשפט המקובל רחב מן ההסדר החוקי בשני היבטים: הוא חל לגבי תביעות נגד כל בעל דין, לא נגד המדינה בלבד; והוא חל ביחס לתביעות בתחומי משפט נוספים, לא רק לגבי תביעות נזיקין. מנגד, ההסדר שבחוק הנזיקים האזרחיים רחב יותר מן הכלל הנובע מן המשפט המקובל, בשני היבטים אחרים: חוק הנזיקים פוטר את המדינה מאחריות נזיקית, בעוד שהכלל מהמשפט המקובל משהה את בירור התביעה, עד לסיום יחסי האויבות; בנוסף, חוק הנזיקים, על-פי תיקון מספר 8, חל גם ללא הכרזה פורמאלית על מלחמה, וזאת בשונה מן הכלל הלקוח מן המשפט המקובל, החל בנסיבות של הכרזה מלחמה בלבד (שם, פסקאות 88-91). בעניין דיראני סוכמו הדברים כך:

"המסקנה היא, ששני ההסדרים, זה הקבוע בחוק וזה הנוהג במשפט המקובל, מתקיימים זה בצד זה. [...] ככל שמדובר בתביעה המוגשת נגד המדינה, הרי שאם זו עוסקת במעשים שנעשו לפני המועד הקובע על-פי תיקון מס' 7 ותיקון מס' 8 לחוק הנזיקים האזרחיים, יחול לגביה הכלל הנוהג במשפט המקובל. בירור התביעה עשוי להיות מושהה, אם מתקיימים התנאים לכך בהתאם למשפט המקובל. אם התביעה עוסקת במעשים שנעשו לאחר מכן, יחול לגביה ההסדר הקבוע בחוק הנזיקים האזרחיים, שלפיו המדינה אינה אחראית בנזיקים בהתקיימותם של תנאים מסוימים" (שם, פסקה 91) (ההדגשה הוספה – נ' ס').

גם מדברי שאר חברי המותב בעניין דיראני, ניתן ללמוד, כי משעה שהתקבלו בכנסת תיקונים 7 ו-8 לחוק הנזיקים האזרחיים, משמעות ההכרעה באותו עניין הפכה מצומצמת למדי (ראו פסקאות ב' ו-י"ט לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין; פסקאות 4-5 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן). גם חברי המשנה לנשיאה נ' הנדל, שבעניין דיראני נותר בדעת מיעוט לגבי התוצאה, ציין, לגבי היחס שבין הכלל האנגלי לחוק הנזיקים האזרחיים, כדברים האלה:

“אינני מתעלם מכך שהכנסת העבירה את תיקון 7 לחוק הנזיקים האזרחיים, אשר מציג עמדה אחרת מזו שהצגתי. בראייה של הביקורת החוקתית ניתן לטעון שתיוקון זה עובר את מסננת פסקת ההגבלה. אולם אין צורך להכריע בכך במסגרת חוות דעת זו. די לומר שלא זו השאלה העומדת לפתחנו. המקרה שבפנינו הקדים את התיקון לחוק. ההכרעה השיפוטית בעניין איננה מול הכנסת, אלא של בית המשפט פנימה. הכנסת רשאית לחוקק, ובית המשפט מוסמך לבקר את חוקיה מבחינה חוקתית. אלא ששיקול הדעת השיפוטי ומתחם הפעולה וההתערבות הוא שונה בהשוואה להליך פרשנות פנימי. גם אם בחינה חוקתית כזו הייתה מביאה לתוצאה אחרת, מלאכת ההכרעה בתיק זה היא שונה. כך שונה אף נקודת המוצא – הכלל האנגלי אל מול חוק הכנסת. במסגרת הדיון הנוכחי, בית המשפט מחוייב להכריע על פי הבנתו המשפטית מהי הפרשנות העדיפה, ולא האם חוק מסוים של הכנסת מצוי במתחם החוקתי” (שם, פסקה 16) (ההדגשה הוספה – נ' ס').

אמנם, בעניין דיראני לא הועמדה במבחן חוקתיותו של סעיף 5ב(א)(1) לחוק. ברם, בניגוד לעמדת המערער, מהדברים שצוטטו לעיל ניתן ללמוד, כי בית המשפט הניח בעניין דיראני, כי הוראת סעיף 5ב(א)(1) לחוק, שרירה וקיימת, ובוודאי שלא קבע כי היא לוקה בפגם חוקתי, מחמת היותה גורפת וכוללנית.

119. שנית, אינני סבור כי בעניין דיראני בוטלה תחולתו של הכלל המסורתי מהמשפט המקובל, שנקלט כאמור במשפט הישראלי. פסק הדין בעניין דיראני, ביקש אמנם להתאים ולפתח את הכלל האמור, ולהציעו “צעד נוסף” אל עבר העידן הנוכחי, והאתגרים החדשים הבאים בעקבותיו (פסקה 54 לפסק הדין של הנשיא גרוניס). ברם, אגב זאת, לא בוטלה תחולתו המסורתית של הכלל בדין הישראלי, כפי שפורשה בעבר. ודוק: הכלל המסורתי חל אמנם רק במצבים של הכרזת מלחמה, אך מצד אופיו הוא גורף למדי; כשאין מדובר בלחימה בארגוני טרור, כי אם במצב מלחמה קלאסי, יחול כלל זה, על כל נתיני מדינת האויב, על בסיס מבחן טריטוריאלי, מבלי צורך לערוך בחינה אינדיבידואלית, לגבי מסוכנותו או עוינותו של התובע (ראו דברי הנשיא גרוניס בעניין דיראני, פסקאות 14-29). ואכן, הנשיא גרוניס קבע בסיכום פסק-דינו, כי “במדינות המשפט המקובל קיים זה מאות שנים הכלל שלפיו אין מבררים תביעה של אויב בעת מלחמה. כלל זה נקלט במשפט הישראלי [...] כפי שראינו, יש לפתח כלל זה ולהתאימו למציאות המשתנה, כך שמכווח גם

אין לברר תביעה של פעיל בארגון טרור השווה במדינה זרה, כל עוד נמשך העימות המזוין עם ארגון הטרור" (ההדגשה שלי – נ' ס'). כך, גם חברי, השופט (כתוארו אז) נ' הנדל, בהתייחסו לפסק-דינו של הנשיא גרוניס, ציין: "במסגרת הפרשנות המוצעת על ידי הנשיא לא הוצע לבטל את תחולת הכלל במתכונתו המקובלת, אלא להוסיף מקרים בהם הכלל יחול" (עניין דיראני, פסקה 12 לפסק הדין). לכך אוסיף, כי גם מדבריהם של שופטים נוספים אשר ישבו על המדוכה בעניין דיראני, אינני מסיק את מסקנתו של המערער, כי כביכול הכלל מהמשפט המקובל, מסייג עצמו, בכל סיטואציה שהיא, אך ורק לפעילי הטרור עצמם, ואין מקרים שבהם ימשיך לחול הכלל גם ביחס לכל נתיני מדינת אויב.

120. שלישית, וזהו תורף העניין. עיון בפסק הדין בעניין דיראני מעלה, כי המקרה שאליו כיוון בית המשפט, בכואו להתאים את הכלל מהמשפט המקובל למציאות המודרנית של לחימה בטרור, שונה בתכלית מן המתרחש ברצועת עזה. בעניין דיראני, הותאם הכלל לסיטואציה של ארגון טרור הפועל משטחה של מדינה זרה; לא של ארגון טרור השולט ביד רמה ובזרוע נטויה, באופן כמעט מוחלט, בשטח שממנו הוא פועל. כפי שציין הנשיא גרוניס: "נראה שבעת עימות מזוין עם ארגוני טרור הפועלים משטחה של מדינה זרה, קיים קושי להחיל את הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב באופן גורף על כל המתגוררים במדינה שמשטחה פועל ארגון הטרור, לרבות על גורמים 'תמימים', כאשר אין לעימות זה סוף הנראה לעין" (עניין דיראני, פסקה 55). המקרה של רצועת עזה כיום – שונה בהחלט. נראה כי נכון יהיה לדמותו, במציאות העכשווית, ל'מדינת אויב' ממש, ולא למדינה זרה, שאינה מנהלת עימות מזוין עם ישראל, ואשר משטחה פועל ארגון טרור. כאמור לעיל, רצועת עזה נשלטת בידי ארגון הטרור חמאס, החל משנת 2007; היא מנהלת עימות מזוין עקוב מדם ומתמשך עם ישראל; שליטתו בעזה – הדוקה; והיא באה לידי ביטוי הן במישור הצבאי, הן במישור האזרחי. בהיבט זה, היחס לרצועת עזה שונה מהיחס למדינת לבנון, שמקרבה פועל ארגון הטרור חיזבאללה, מבלי לאחוז במושכות השלטון. הממשקים העיקריים בין ישראל לעזה, נכון להיום, כרוכים וקשורים, שלא בטובתנו, בעימות המזוין וביחסי האיבה שבין הצדדים. משכך, הרציונלים שבבסיס החסינות הניתנת למדינה מפני תביעות נזיקין של נתיני אויב, מתקיימים בנסיבות אלו במלוא תוקפם, גם בהעדר הכרזה פורמלית על מלחמה. העובדה שרצועת עזה אינה באה בגדר 'מדינה', אינה מעלה ולא מורידה בהקשר זה. למותר להוסיף, כי ארגון החמאס עונה להגדרת 'אויב' שבסעיף 91 לחוק העונשין ("מי שהוא צד לוחם או מקיים מצב מלחמה נגד ישראל [...]"), וכבר נפסק כי: "לחימתה של מדינה נגד הטרור היא לחימתה של המדינה נגד אויביה" (עניין הועד הציבורי נגד עינויים, עמוד 587). 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 רק כלפי פעילי הטרור עצמם. הגבלת הכלל האמור לפעילי הטרור בלבד, לא תגשים את התכלית שעליה עמדנו לעיל – מניעת סיוע

כלכלי או מוראלי לאויב – ודאי לא באותה מידת יעילות המוגשמת על-ידי כלל החסינות הקטגורית, שנקבע בסעיף 5ב(א)(1) לחוק.

121. גם אם נאמר שהתאמת הכלל בעניין דיראני מבטאת הסתייגות מקביעת כלל גורף בכל מצב – הנחה שאינני מסכים לה – אין משמעות הדבר כי סעיף 5ב(א)(1) לחוק איננו מידתי. כאמור, בעניין דיראני הותאם הכלל האמור, למציאות המודרנית, הנובעת מכורח המציאות של לחימה בטרור. לנגד עיניו של בית המשפט בעניין דיראני, עמד ארגון טרור לא-מדינתי, הפועל משטחה של מדינה זרה, ואינו שולט בה. בית המשפט פיתח אפוא את הכלל המסורתי מהמשפט המקובל, והתאים אותו למציאות ששררה אז בגבולה הצפוני של ישראל. סעיף 5ב(א)(1) לחוק, אינו אלא פיתוח נוסף, הגיוני ומתבקש, אשר נועד לתת מענה למציאות המורכבת שהוסיפה והתפתחה מאז ימי דיראני, של לחימה מול ארגון החמאס, השולט שליטה אפקטיבית ברצועת עזה. כשם שבית משפט זה בעניין דיראני, התאים את הכלל מהמשפט המקובל למצבי איבה ועוינות מול ארגון טרור, כך עשה גם המחוקק, בחוקקו את סעיף 5ב(א)(1) לחוק, ביחס לעימות המזוין עם רצועת עזה. כפי שצוין כבר בעניין דיראני, ההסדר החוקי המעוגן בחוק הנזיקים, איננו חופף ואינו זהה לכלל מהמשפט המקובל. פעמים שסעיף 5ב(א)(1) לחוק מחמיר, בעוד שהכלל המקובל מקל, פעמים להיפך. ברם, עצם העובדה שסעיף 5ב(א)(1) לחוק אינו זהה, על קרבו ועל כרעיו, לכלל מהמשפט המקובל, אינה הופכת אותו לבלתי-מידתי. לגבי דידי, קיומם של הבדלים בין שני ההסדרים החוקיים, חלקם לחומרה חלקם לקולא, מלמד דווקא על כך שהמחוקק הקפיד הקפדה יתרה, על כך שהתאמת כלל החסינות של המדינה מפני תביעות נזיקין של תושבי רצועת עזה, לא תפר את האיזון הכולל בין הערכים והאינטרסים הצריכים לעניין. לא מצאתי במדיניות זו של המחוקק כל פגם; היא הגיונית ומתבקשת, נוכח העימות המדמם, רב השנים.

122. לסיכומה של נקודה זו. 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. ביסוד הכלל האמור, עומדת תכלית ברורה, שלא להיטיב ולסייע לאויב או לישות העוינת. תכלית זו, מתקיימת גם בנסיבות של לחימה, אף ללא הכרזת מלחמה פורמאלית, מול ארגון טרור, האוחז בשליטה אפקטיבית, צבאית ואזרחית, על תא השטח שממנו הוא פועל. כפי שציינתי לעיל, סבורני כי מצב הדברים ברצועת עזה, לאחר הכרזתה כ'שטח אויב', דומה יותר, בהקשר זה, ללחימה מול 'מדינת אויב', ולא ללחימה מול ארגון טרור

הפועל ממדינה זרה. לפיכך, קיימת הצדקה לקבוע כלל חסינות רחב, שימנע תביעות בנזיקין של תושביה נגד המדינה. ממילא, עמדתי היא כי לא נפל פגם חוקתי בתיקון מספר 8, אשר נועד להתאים את הכלל הארכאי למציאות חיינו; ללחימה מול אויבינו שבעזה.

iii. על כוללניות ומידתיות

123. לטענת המערער, אופיו הגורף והכוללני של ההסדר המעוגן בסעיף 5ב(א)(1) לחוק, שאינו מבחין בין פעולה שנעשתה לצורך צבאי או מלחמתי, לבין פעולה שיטורית, אזרחית או אחרת – הוא כשלעצמו – הופך את סעיף 5ב(א)(1) לבלתי-חוקתי. אין בידי לקבל טענה זו.

אמת נכון הדבר, קביעת כלל גורף, ללא חריגים, חלף בחינה אינדיבידואלית, עשויה בהחלט לעורר, בנסיבות מסוימות, חשד לחוסר מידתיות (בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5), 77 70 (2004); עניין איחוד משפחות, פסקה 70 לפסק הדין של הנשיא ברק; פסקה 20 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור). יחד עם זאת, השאלה האם דבר חקיקה 'חוטא' בחוסר מידתיות, בהיותו גורף יתר על המידה, היא עניין הנתון לשיקול דעת שיפוטי. אכן, "לא כל הכללה אינה מוצדקת. זהו עניין לשיקול דעת שיפוטי"; כלל גורף עשוי להיות מוצדק בנסיבות מסוימות: "יתכנו מצבים בהם הבדיקה האינדיבידואלית לא תגשים את תכליתו הראויה של החוק, ויש לנקוט באיסור גורף" (עניין איחוד משפחות, פסקה 69 לפסק הדין של הנשיא ברק). לשון אחר: הקביעה כי כלל גורף אינו מידתי – היא עצמה איננה קביעה גורפת. ההכרה במידתיות הכלל הגורף, מקום שבו התועלת הצומחת ממנו, רבה מן הנזק שנגרם על-ידו (ועל כך ארחיב להלן, בבחינת קיומה של המידתיות במובנה הצר), מוכרת גם ביחס למקרים נוספים. המשפט מכיר בכך שלעיתים, הבריור האינדיבידואלי עשוי להיות כרוך בעלויות משמעותיות, אשר נזקן הכולל, יהא גבוה מן התועלת שהבדיקה הפרטנית תביא עמה:

"אין התורה מביטה על הבודד, ולא יהיה הציווי כפי הדבר המועט, אלא כל מה שרצוי להשיגו, השקפה או מידה או מעשה מועיל, אין מביטים בו אלא לדברים שהם הרוב. ואין שמים לב לדבר מועט האירוע, ולא לנזק שיהיה ליחיד מבני אדם בגלל אותה הגזרה וההנהגה התורתית. כי התורה היא דבר א-לוהי, ויש לך ללמוד מן הדברים הטבעיים אשר אותם התועליות הכלליות המצויות בהן, יש בכללן ומתחייב מהן נזקים אישיים" (מורה נבוכים ג, מד); וראו: יצחק אנגלרד, "על דרך הרוב" ובעיית היושר במשנתו של הרמב"ם, שנתון המשפט העברי יד-טו, 31 (התשמ"ח-התשמ"ט).

124. בחזרה לעניין שלפנינו: לגישתי, בדיקה אינדיבידואלית אינה יכולה להגשים את התכליות שבבסיס סעיף 5(א)(1) לחוק, במידה שוות-ערך. אסביר.

125. על פני הדברים נראה, כי בחינה אינדיבידואלית, לגבי האופי המלחמתי של הפעולה המזיקה, כלל אינה מגשימה לפחות אחת מבין שתי התכליות המונחות בבסיס החוק – מניעת סיוע לאויב. תכלית זו, שרירה וקיימת גם כאשר המעשה הנזיקי אינו בא בגדר 'פעולה מלחמתית'. כאמור לעיל, הכלל שלפיו 'אין מבררים תביעת אויב', אינו גודר עצמו לתביעות הקשורות ל'פעולות מלחמתיות' בלבד. כלל זה – הן במתכונתו המסורתית (שענינו תביעות נתיני מדינת אויב), הן במתכונתו החדשה והמותאמת (שענינו תביעות של פעילי טרור) – חל על כל סוג של תביעה, יהא נושאה אשר יהא, מוצדקת ככל שתהיה. ביסוד הכלל האמור, עומדת ההנחה, כי בירור תביעות אויב גורם נזק למדינה היריבה-הנתבעת, ומשכך מוצדק לחסום אותן, לפחות עד שוך הקרבות. תכלית זו, העומדת, כאמור לעיל, גם בבסיס ההסדר שבסעיף 5(א)(1) לחוק – לא תוגשם באמצעות בחינה אינדיבידואלית.

126. מעבר לכך, אינני סבור כי בדיקה פרטנית, תגשים גם את התכלית הנוספת שעליה עמדתי 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. השאלה האם פעולה באה בגדר 'פעולה מלחמתית', היא שאלה שהתשובה לה, לעיתים קרובות, אינה פשוטה כלל ועיקר. לצורך הכרעה בה, נדרש בית המשפט לבחון את כלל הנסיבות שאפפו את האירוע הנזיקי; את מטרת הפעולה; את המקום שבו בוצעה; את זהות הכוח המבצע; את עוצמת הכוח שהופעל; את משך הפעילות הנבחנת; ועוד. הכרעה זו, מצריכה בירור ראייתי מורכב. כפי שתואר לעיל, תחת פרק 'התכלית הראויה', בירור מעין זה, אמור להעשות בתנאים כמעט בלתי-אפשריים, והוא עלול להעמיד את המדינה בנחיתות ראייתית מוכנית. מעבר לכך, עצם העדת העדים – החיילים הפועלים בשטח – עלולה לפגוע במוטיבציית הלחימה, ובפעולותיהם 'בזמן אמת', כשדה הקרב. אם כן, הקשיים הראייתיים והנוספים שעליהם עמדתי לעיל, אשר מצדיקים מתן חסינות למדינה בגין 'נזקי מלחמה', שרירים וקיימים גם ביחס לבירור המקדמי של השאלה אם מדובר ב'פעולה מלחמתית'. אכן, "בירורה של טענה מקדמית בדבר סיווג פעולה כמלחמתית [...] דורש בחינתן של ראיות הרלוונטיות גם לבירור התביעה העיקרית" (עניין שואמרה, פסקה 17). אציין, כי הטיעון האמור רלבנטי לגבי כל תביעת נזיקין המוגשת בגין 'פעולה מלחמתית', גם כזו העוסקת בפגיעה בתחומי איו"ש, אלא שהוא זוכה למשנה תוקף, כאשר מדובר במדינת אויב, או בשטח הנשלט בידי ארגון טרור, ללא שליטה אפקטיבית של ישראל.

127. בנוסף, התועלת העיקרית הנובעת ממתן חסינות למדינה בגין פעולה מלחמתית, עוסקת במצבים שבהם אלמלא החסינות, היתה המדינה אכן חבה בנוזיקין. משכך, הדעת נותנת, כי אם אכן זכאית המדינה לחסינות שכזו, אין כלל מקום לבחון את סבירות פעולתם של כוחות הביטחון, וניתן לדלג הישר אל דחיית התביעה; אם לא כן – מה הועילו חכמים בתקנתם? לא בכדי נפסק, כי "הכרה בחסינות משמעותה, שבית המשפט לא צריך להידרש כלל לשאלה אם הצבא פעל ברשלנות אם לאו, כך שמתיתר הדיון לגבי האופן והדרך בה התנהלה הפעולה המלחמתית" (עניין חרדאן, פסקה 13; וראו סעיף 5(ב) לחוק הנזיקים). דא עקא, עיון בפסיקה מלמד, כי בעת בירור טענת חסינות בגין פעולה מלחמתית, נוהגים בתי המשפט לבחון גם את סבירות התנהגותם של כוחות הביטחון: "ברוב המקרים שבהם מבקש בית המשפט להימנע מהטלת אחריות הוא יעדיף לקבוע כי לא הייתה התרשלות מצד החיילים או מצד המדינה" (תמר גדרון, "אחריות המדינה, גופים ציבוריים וממלאי תפקידים ציבוריים לנזק", הפרקליט נא 443, 477 (תשע"ב)). גם בעניין חרדאן, שצוטט לעיל, על אף שנקבע כי עומדת למדינה חסינות, לא עצר בית המשפט בכך, אלא הוסיף לבחון גם את סבירות פעולותיה. ביטוי מסכם לכך, ניתן למצוא בדברים הבאים:

"בדיקה של כלל הפסיקה שניתנה לאחר פסק הדין בעניין בני עודה ועד לשנת 2015 מעידה כי במספר רב של מקרים בחן בית המשפט הן את שאלת תחולתה של החסינות והן את סבירות התנהגותם של הכוחות. מתוך 48 פסקי דין כאמור, ב-27 נקבע כי החסינות חלה, וב-21 פסקי דין נדחתה החלטת החסינות. מבין 27 המקרים שבהם קבע בית המשפט כי מדובר בפעולה מלחמתית, ב-26 מקרים נקבע כי התנהגות הכוחות הייתה ראויה, ולכן גם תחת דיני הרשלנות הרגילים לא זכאי התובע לפיצוי [...] נתונים אלה מציעים כי בתי המשפט, הלכה למעשה, צמצמו עד מאוד את תחולתה ואת משמעותה של החסינות. אחריותה של המדינה בגין פעילות צה"ל בשטחים נקבעת לפי דיני הנזיקין הרגילים, והמדינה ככלל אינה זוכה לחסינות במקרה של מעשה רשלני המתרחש אגב פעולות לחימה" (אהוד גוטל, ליאת דאשט ויובל פרוקצ'יה, "מתואמים או משלימים? דיני הנזיקין והפסיקה בבג"ץ", משפטים נ 713, 724 (התשפ"א); השוו גם לעניין שואמרה, פסקאות 16-21) (ההדגשות הוספו – נ' ס').

על רקע האמור, נראה כי הסדר המברר באופן פרטני, אם פעולה שגרמה נזק לנתין אויב, או לתושב שטח אויב היא אכן 'פעולה מלחמתית', גורר אחריו גם בירור מקיף על אודות עצם סבירות פעולת כוחות הביטחון; למצער כך נעשה בפרקטיקה המקובלת. בנסיבות אלה, הסדר כאמור אינו מגשים – ודאי לא במידה בת-השוואה להסדר החוקי הקיים – את התכלית בדבר אי-בירור תביעות בגין 'נזקי מלחמה', באמצעות שימוש בכלי המשפט הנזיקי.

128. אם נרחיב את שדה הראיה, מעבר להתבוננות צרה בהסדר שנקבע בסעיף 5ב(א)(1) לחוק, נמצא למדים, כי הוא אינו חוסם באופן גורף ומוחלט את גישתם של תושבי עזה לערכאות בישראל. ישנם אפיקים נוספים, שאינם חסומים בפניהם. ישנם גם חריגים לסעיף 5ב(א)(1) לחוק, המתקיימים כאשר התכליות שבבסיסו נחלשות. גם בכך יש כדי למתן את הפגיעה הנטענת מן ההסדר האמור. אפרט.

ראשית, חסינות המדינה מתביעה נזיקית אינה חלה, באופן אוטומטי, לגבי כל נזק שנגרם בשטח שבו מתנהלת לחימה נגד ישראל; היא תלויה בהכרזה על המקום כעל 'שטח אויב'. הכרזה זו, כשלעצמה, נתונה לביקורת שיפוטית. כך למשל, הגם שהעימות החמוש בין ישראל לרצועת עזה החל זמן רב קודם לשנת 2014, הרי שההכרזה על עזה כשטח אויב, הוחלה רק משנה זו ואילך, רק לאחר שהממשלה מצאה כי התגברות העימות המזוין מצדיקה זאת.

שנית, סעיף 5ב(א)(1) לחוק, חוסם את תושבי עזה מגישה לערכאות, אך ורק ביחס לתביעות נזיקין. הוא אינו חוסם את גישתם בתחומי משפט אחרים. כך למשל, ההסדר האמור אינו חוסם את תושבי עזה מלפנות לערכאות בישראל, נגד רשויות המדינה, בעילות מן המשפט הציבורי. יש בכך כדי למתן, באופן משמעותי, את הפגיעה הנגרמת מכוח החוק. זאת, שכן בחלק מן המקרים, ההליך המינהלי מגן על אותן זכויות או אינטרסים הזוכים להגנה גם בדין הנזיקי. אזכיר בהקשר זה כי המצב החוקי בישראל, שלפיו דלתות בתי המשפט פתוחות כמעט לפני כל אדם, בבחינת 'כָּל בְּאֵי עוֹלָם יַעֲבְרוּן לְפָנָי', הוא כידוע, מרחיב ביותר, שמא מדי, גם ביחס למדינות אחרות בעולם: "ישראל הרחיקה, כידוע, הרבה מעבר לכך, שהרי המשפט הנוהג אצלנו בהקשרים אלה כמעט אין לו אח ורע במדינות אחרות בעולם, שכן בישראל מאפשרים בפועל גם לפעילים של ארגוני טרור להגיש עתירות לבג"צ כנגד רשויות המדינה ומפקדי הצבא, בנושאים שונים, בו בזמן שבארה"ב, למשל, רק לאחרונה נפתח פתח צר לעשות כן, וזאת רק בעתירות מסוג הביאס-קורפוס" (עניין דיראני, פסקה 20 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר; בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113, 130, 132 (1980)).

שלישית, החסינות שנקבעה בסעיף האמור, חלה רק ביחס לתביעות שהוגשו נגד המדינה. כאמור לעיל, ההנחה היא שהממשק בין המדינה לתושבי עזה, נוגע במישרין לעימות המזוין וליחסי האיבה והעוינות הקולקטיביים שבין הצדדים. הנחה זו, אינה מתחייבת ביחס לתביעות נזיקין נגד אזרחי או תושבי ישראל, ולכן הפטור לא חל במצבים אלו (בשונה מן הכלל הלקוח מן המשפט המקובל; ראו עניין דיראני, פסקה 88).

רביעית, ההסדר האמור אינו חל כאשר התובע "שווהה כדין בישראל", שכן אז נחלשת הנחת היסוד האמורה, כי התביעה הוגשה בזיקה למצב מלחמתי דווקא.

חמישית, בסעיף 5ב(א)(1) לחוק נקבע חריג, שלפיו, נזק שנגרם לנתין מדינת אויב או תושב שטח אויב בעת ששהה במשמורת בישראל, הוא בר-תביעה, אלא אם כן שבתין האויב לפעול במסגרת ארגון הטרור, לאחר שחרורו ממשמורת. חריג זה, מתיישב עם הרציונל העומד ביסוד סעיף 5ב(א)(1) לחוק, שכן מקום שבו הנזק הנתבע נגרם בשעה שהתובע מוחזק במשמורת בישראל, קיים יסוד מוצק להנחה כי התביעה אינה קשורה קשר הדוק לעימות המזוין. אל יהא חריג זה קל בעינינו, שכן לא בכל מדינה יכול תושב מדינת אויב לעבור את מפתן דלתו של בית המשפט, בתביעת פיצויים נגד המדינה. זאת גם במקרים שבהם טוען התובע כי הנזק נגרם לו בהיותו נתון במעצר על-ידה. כך למשל, בארה"ב ישנה הוראת חוק מפורשת, המונעת בירור של תביעות פיצויים שהגישו עצורים, נתיני אויב, על תנאי מעצרם (28 U.S.C. § 2241(e)(2)). הפסיקה האמריקאית נדרשה להוראת חוק זו, וקבעה כי היא חוקתית (Hamad v. Gates, 732 F.3d 990, 996 (9th Cir. Wash. 2013); Ameer v. Gates, 950 F. Supp. 2d 905, 911-912 (E.D. Va. 2013); וראו גם סקירתו של הנשיא גרוניס בעניין דיראני, פסקאות 25-27). דומה כי גם בכך יש כדי למתן את הפגיעה בזכויות הנדונות.

חריגים אלו, מחזקים אפוא את העמדה, כי פגיעתו הנטענת של סעיף 5ב(א)(1) לחוק – היא מידתית.

129. מצאנו, אם כן, כי יש לאבחן את עניין עטאלה מענייננו; כי אין להקיש מהתם להכא. כמו כן מצאנו, כי בעניין דיראני התקבל הכלל שלפיו 'אין מבררים תביעת אויב', הן בגרסתו המסורתית הגורפת והכוללנית, לגבי נתיני מדינת אויב, הן בגרסתו החדשה, לגבי פעילי ארגון טרור הפועלים משטחה של מדינה זרה. עוד מצאנו באותו עניין, כי הרציונלים שבכלל האמור, מתקיימים גם לגבי תביעות של תושבי רצועת עזה, ואף ביתר שאת. לבסוף, הראינו לדעת, כי בחינה פרטנית לא תגשים – ודאי לא במידה שוות-ערך – את התכליות שאותן ביקש המחוקק להשיג. ובנוסף, כי קיימים היבטים הממתנים את הכוללניות, ואת ישומו הגורף של ההסדר האמור, באופן המקרין על מידתיותו. אשר על

כן, נוכח כלל האמור, מסקנתי היא כי סעיף 5ב(א)(1) לחוק צולח גם את מבחן 'האמצעי שפגיעתו פחותה'. נעבור אפוא למבחן המשנה השלישי והאחרון – מידתיות ב'מובן הצר'.

3.3.2.3.ד. מידתיות במובן הצר

130. על-פי הפסיקה, בגדר מבחן זה, על בית המשפט לערוך איזון בין התועלת החברתית הצומחת מהחוק, לבין הפגיעה שעשויה להיגרם ממנו לפרט. על בית המשפט לבחון אם מתקיים יחס ראוי, נאות ושקול, בין הערכים השונים, והאינטרסים המתנגשים (אהרון ברק, איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי, ספר ברק 39, 48-49 (התשס"ט)). בפסיקה ניתן להבחין במגמה ברורה, של העברת עיקר כובד המשקל למבחן-המשנה השלישי – מידתיות 'במובן הצר' (ראו, למשל, ברק – מידתיות במשפט, עמוד 420). על הסתייגותי ממגמה זו, בעיקר בשל האופי הערכי הטמון במבחן-המשנה השלישי, ועל ה"משקל הלא-מידתי שניתן למבחן המידתיות במובן הצר (שאינו אלא גרסה נוספת של עילת הסבירות המהותית)" – הערתי בכמה מקומות (נעם סולברג, על ערכים סובייקטיבים ושופטים אובייקטיבים, השילוח 18, 37, 55 (2019); עניין חוק ההסדרה, פסקה 43 לפסק-דיני). דומני, כי מבחן המידתיות 'במובן הצר', הוא "מבחן קשה ליישום" (עניין חוק ההסדרה, פסקה 43). בניגוד לשני אֶתְיוּ, שני מבחני-המשנה הקודמים, מבחן זה הוא בעל אופי ערכי מובהק. כה מושרש הוא ההיבט הערכי של מבחן זה, עד שדבק בו הכינוי "מבחן המידתיות 'במובנו הערכי'" (ראו למשל: עניין איחוד משפחות, פסקה 107 לפסק הדין של המשנה לנשיא חשין; עניין חוק טל, פסקה 60 לפסק הדין של הנשיא ברק; בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 42 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (15.4.2007); בש"פ 8823/07, פסקה כ"ד לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (11.2.2010); אהרן ברק "מבחן המידתיות במובנו הערכי", ספר מישאל חשין 201 (2009)). בתמצית אציין, כי ישום מבחן 'המידתיות במובן הצר', לא כל שכן הרחבת השימוש בו, עלול לעורר את כל אותם קשיים שבהם לוקה עילת הסבירות המהותית (לעניין 'כשלי' עילת הסבירות המהותית, ראו: בג"ץ 5853/07 אמונה נ' ראש הממשלה, פסקאות 9-11 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס (6.12.2007); מאמרי הנ"ל, עמודים 46-50).

131. מכל מקום, גם לפי הגישה המעצימה את מקומו של מבחן 'המידתיות במובן הצר', הרי שבענייננו, צולח ההסדר האמור גם מבחן זה. השאלה שעלינו לשאול עצמנו בהקשר זה היא: האם התועלת הצומחת לאינטרס הציבורי, כתוצאה משלילה גורפת של אחריות המדינה, בגין נזקים שגרמה ברצועת עזה, מקיימת יחס ראוי ושקול, לפגיעה הנובעת מכך כלפי פרטים, תושבי עזה? בתוך כך, יש לשקול גם את האפשרות, כי יכול שחסינות זו,

תביא דה-פקטו, גם להגנה על פעולות שאינן עולות כדי 'פעולות מלחמתיות'. כזכור, בעניין עדאלה נקבע, כי סעיף 5ג לחוק אינו עומד במבחן-משנה זה. נפסק, כי "עיקר התועלת [היא] בשחרור המדינה מניהול הליכים משפטיים לבירור שאלת התקיימותה של 'פעולה מלחמתית'", אלא ש"תועלת זו לאינטרס הציבורי – תועלת שעיקרה חסכון במשאבים מינהליים – אינה מידתית בהשוואה לנזק לפרטים השונים, שנגרם על ידי פעולות שאינן מלחמתיות" (שם, פסקה 41).

132. כפי שצוין בהרחבה לעיל, השאלה שעלתה בעניין עדאלה, שונה מן העניין דנן. לכן, לטעמי, 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'. עיקרו של דבר הוא, כי כאשר מדובר בתביעות נזיקין של נתני מדינת אויב, או תושבי מקום שהוכרו בצו כשטח אויב, דוגמת עזה, נקודת האיזון משתנה; המוטלת 'זזה'. אם תרצו: עמודת 'הנזק' ב'גרף המידתיות' – יורדת, בעוד שעמודת 'התועלת' – עולה. כאמור, הממשק העיקרי בין ישראל לעזה, ולכל מדינת אויב אחרת, כרוך, מיניה וביה, ביחסי העוינות ובעימות המזוין שבין הצדדים. אם כן, מבלעדי נוכחות פיסית של כוחות הביטחון, או גורמי ממשל ישראלים אחרים ברצועת עזה, ההסתברות כי תביעה נזיקית נגד המדינה, תהא מנותקת ממצב הלחימה, ומיחסי העוינות בין הצדדים – היא זניחה ביותר. כמו כן, ההיתכנות לכך שפעולה של מדינת ישראל ברצועת עזה לא תבוא בגדר 'פעולה מלחמתית', על רקע העימות הצבאי בין הצדדים, נדמית בעיני כאפשרות קלושה. מכאן נגזרת המסקנה, כי גם הנזק הפוטנציאלי המצטבר, כתוצאה מהענקת חסינות לפעולות שאינן מלחמתיות – נמוך עד מאוד.

133. מנגד, התועלת הצומחת מסעיף 5ב(א)(1) לחוק, אינה מבוטלת כלל ועיקר. כאמור, ההסדר שנקבע בו, מגשים תכלית חשובה, רמת-מעלה – מניעת סיוע לאויב. תכלית זו, מושגת באמצעות חסימת הגישה של נתני שטח האויב לערכאות בישראל, בהקשר הנזיקי. ניהול הליכים נזיקיים נגד המדינה, באשר הם, על-ידי נתני האויב ותושביו, עלול לסייע לישות הנלחמת עם ישראל; בין אם מחמת קבלת פיצוי כספי, בין אם בהשגת הישגים תקשורתיים ותדמיתיים, כגון פגיעה בשמה של ישראל, וגרימת חבלה למעמדה הבינלאומי. אין לזלזל בכך; לא בכדי, מדינות רבות, מהמתוקנות שבעולם, אימצו את הכלל בדבר אי-בירור תביעת אויב (ראו: רע"א דיראני, פסקה 33 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר; עניין דיראני, פסקאות ה-ו לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין). סעיף 5ב(א)(1) לחוק, מביא עמו תועלת רבה, גם בהגשמת התכלית בדבר התאמת דיני הנזיקין למצבי מלחמה ולעימותים מזוינים. כאמור לעיל, עצם בירור השאלה, אם פעולה שבוצעה על-ידי המדינה היא 'פעולה מלחמתית', מביא

להגשמה פחותה של תכלית זו. זאת, שכן כבר בעת הדיון בשאלת החסינות – נדונה סבירות הפעולה המזיקה באמצעות שימוש בארגז הכלים הנזיקי, אף שזה אינו מתאים, כמפורט בהרחבה לעיל, לנזקים שנגרמו במסגרת סכסוכים מזוינים, ואף עלול לפגוע ביכולות הצבא, להנחיל הססנות, ולצקת חולשה לשדה הקרב. משכך, התועלת שבמתן חסינות גורפת, בהקשר של תכלית התאמת דיני הנזיקין למצבי מלחמה, אינה מתמצית ב"חסכון במשאבים מנהליים" בלבד; היא כוללת גם רכיבים מהותיים.

134. ודוק: כפי שהטעימו המשיבות, סעיף 5ב(א)(1) לחוק, אינו מפחית מחובתה של המדינה, לדרוש ולחקור, בכלים העומדים לרשותה, אם במקרים מסוימים, אכן ידינו "שפכו את הדם הזה" (דברים כא, ז). למעשה, ההסדר החוקי האמור, אף מגביר את החובה לעשות כן. לקראת מפגשו של יעקב עם אחיו עשו, מתאר הפסוק את הלך רוחו של יעקב: "נייבא יעקב מאד ניצור לו" (בראשית לב, ח). על יסוד דברי המדרש באותו עניין (בראשית רבה עו, ב), מפרש רש"י את הפסוק באופן הבא: "ויירא – שמא ייהרג, ויצר לו – שמא יהרוג אחרים". בהתייחס לכך, מבאר הרב אשר וייס: "זוה דרך המלחמה וכיון שמחנה עשו בא להלחם ביעקב מותר להשיב מלחמה שערה וכיון שניתן רשות להשמיד, שוב אינו מבחין בין טוב לרע, ואף אם יהרגו חפים מפשע הקולר תלוי על צוארי האויב ולא על צוארי המתגונן להציל נפשו, אך מכל מקום הצטער יעקב איש תם שמא יהרוג חפים מפשע" (הרב אשר וייס, מנחת אשר – דברים, פרשת שופטים, סימן לב (התש"ע)). אכן, יש להצר עד מאוד על פגיעה בחפים מפשע, ולנקוט כל אמצעי אפשרי כדי לצמצם אותה פגיעה. כמו כן, במקרים המתאימים והחריגים, יש לחקור, לדרוש, ולבצע את הפעולות הנדרשות לטיהור המחנה, אם אירעה תקלה חמורה מעין זו. אולם, גם דרישה וחקירה זו, במקרים חריגים של הפרות דיני המלחמה, לא תעשה באמצעות דיני הנזיקין, כי אם בשלל הכלים האחרים – תחקירים מבצעיים, סנקציות משמעתיות, דין פלילי, וכיוצא באלה – הנתונים בידי הרשויות המוסמכות לכך.

135. הנה כי כן, לאחר שהעמדתי לנגד עיני את כלל הערכים והאינטרסים הדרושים לעניין, ולאחר שבחנתי ושקלתי אותם לכאן ולכאן, באתי לכלל מסקנה כי ההסדר שנקבע בסעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים – משקף יחס ראוי בין נזקו לתועלתו. לפיכך, עומד הוא גם במבחן המידתיות 'במובן הצר'. אמנם, קיימת בו מידה מסוימת של פגיעה בזכויות, אך מצאתי כי זו מידתית ומתוחמת.

אשר על כן, יש לקבוע כי ההסדר החוקי – הריהו חוקתי; משלא נמצאה עילה מבוררת להורות על בטלותו.

136. לסיום, אבקש להתייחס בקצרה למנגנון הפיצוי, שהוצע בפסק הדין של בית המשפט המחוזי. על-פי מתווה מוצע זה, במקרים נדירים של הפרות 'דיני המלחמה', תעמוד לתושבי עזה אפשרות לפנות במישרין לרשות, ולדרוש פיצוי על נזקם ב'מסלול מינהלי'. עוד על-פי המתווה, החלטה כאמור תוכל לעמוד לביקורת שיפוטית-מינהלית. לא ראיתי לטעת מסמרות בעניין זה. ראשית, אין בפסק דיני כדי למנוע מניזוקים ליזום פנייה לרשויות המוסמכות בבקשת פיצוי, באותם מקרים נדירים של הפרת נורמות מהמשפט הבינלאומי הפומבי; דומני כי אף בפסיקותיו של בית משפט זה אפשרות זו לא נחסמה כליל (ראו: רע"א 3675/09 מדינת ישראל נ' דאוד, פסקה 15 (11.8.2011); דנ"א 6665/11 דאוד נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (26.2.2012); בג"ץ 24/91 תימור נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מה(2) 325 (1991); עניין אלדאיה, פסקה 6; ע"א 8148/13 שרקת נ' שר הביטחון, פסקה 6 (20.9.2015)). שנית, לא ראיתי מקום לטעת מסמרות בדבר היקפו של 'ערוץ מינהלי' לקבלת פיצוי כספי, כאמור, בדרך של 'חקיקה שיפוטית', שכן הדבר עלול להביא להצפת הגורמים המוסמכים לכך בדרישות מעין אלה, וזאת מבלי שיש בכוחו של בית המשפט לתת דעתו על השלכות הרוחב המשמעותיות, שעשויות להיגרם ממהלך שכזה. מעבר לכך, פסיקה שכזו, עלולה לחתור תחת כוונת המחוקק, שכן אותו פיצוי, שהוענקה למדינה חסינות מפניו, מוחדר עתה, באדרת אחרת, לקודקס החוקים הישראלי, על-ידי בית המשפט; בבחינת 'שמאל דוחה וימין מקרבת'. מהלך שכזה, עשוי לחתור תחת הלגיטימיות של המחוקק לחוקק, ומערב את בית המשפט בזירה לא לו – זירת קביעת המדיניות ועיצובה. שלישיית, מנגנון של פיצוי ב'מסלול מינהלי', עשוי לעורר סוגיות סבוכות, באשר ל"מורכבות התביעה ולשאלות החדשניות העשויות להתעורר בה, כגון היחס בין הפרת חובה מנהלית לבין הפרת חובת זהירות בנזיקין" (עניין גליק, פסקה 19 לפסק הדין של השופט י' עמית). אינני סבור כי מקומן של שאלות אלה להתברר כאן, בפרט משמדובר בביקורת שיפוטית המופעלת בצורה של 'תקיפה עקיפה'; יכול שבעתיד ידרש לכך בית המשפט ביתר הרחבה. לבסוף, הצדדים לא הרחיבו על אודות הצעה זו, והמערער אף הביע התנגדות נחרצת לה; לדבריו, זוהי "הצעה בלתי חוקית". גם מטעם זה, איני רואה לקבוע מסמרות בשאלה זו. אציין רק זאת: לשיטתי, קביעת מנגנוני פעולה, ועיצוב מדיניות, הם מסוג העניינים המסורים, ככלל, למחוקק ולרשות המבצעת, לפי העניין; לא לנו השופטים.

ה. סיכום

137. המסע תם. כמה וכמה תחנות עברנו בדרכנו: תחילה, הגדרת זירת הביקורת השיפוטית, 'תקיפה עקיפה', ותחימת גבולות ההכרעה הנדרשות בנסיבות העניין דנן. הבהרתי, כי חרף הנטייה שלא לקיים ביקורת שיפוטית על דבר חקיקה ראשי בתקיפה עקיפה, הרי שבנסיבות העניין היה מקום לאפשר זאת. לאחר מכן, התעמקתי בבחינה

החוקתית: בשלב הראשון, שלב הפגיעה בזכות חוקתית, נקבע כי אין בהוראות הדין הבינלאומי כדי לעורר 'בעיה חוקתית' כלפי הוראת חוק מפורשת; ביארתי בקצרה, כי ההסדר החוקי מושא הערעור אינו סותר את הוראות הדין הבינלאומי, ואף עולה בקנה אחד עם הפרקטיקה הנהוגה בשיטות משפטן של מדינות נוספות. בהמשך, עיינו בשאלת התחולה האקסטרה-טריטוריאלית של חוקי היסוד – בכלל, ובעניינו של המערער – בפרט. לאחר מכן ציינתי, מבלי לקבוע מסמרות בשאלה זו, כי גם אם נניח שהגנת חוקי-היסוד חלה באופן עקרוני על כל חקיקת-הכנסת, הרי שהיקף ההגנה על זכויות המערער דנן – מצומצם יותר, נוכח מגוריו בשטח אויב. בשלב הבא, סרקתי את סעיף 5ב(א)(1) לחוק, במסרקות 'פסקת ההגבלה', ומצאתי כי הוא עומד בכל דרישותיה; הוא נועד לתכלית ראויה, ובכוחו לצלוח את שלושת מבחני-המשנה של המידתיות.

138. כאמור, המערער הגיש תביעת נזיקין נגד המדינה, בגין פעולה שבוצעה, לטענתו, ברצועת עזה, שממנה נפגע בגופו. משעה שרצועת עזה הוכרזה על-ידי הממשלה כ'שטח אויב' – על-פי סעיף 5ב(א)(1) לחוק, בצירוף צו הנזיקין האזרחיים שהוצא מכוחו – אין מנוס מלקבוע כי המדינה איננה אחראית בנזיקין בכגון דא, ועומדת לה חסינות מפני תביעת המערער. בצדק קבע אפוא בית המשפט המחוזי, כי דין תביעת המערער להידחות על הסף.

אחר הדברים האלה

139. אחר הדברים האלה, עיינתי בחוות דעתו של חברי, השופט ע' גרוסקופף, אשר מצטרף למסקנתי, ולעיקרי נימוקי. חברי מסכים, כי סעיף 5ב(א)(1) לחוק, וכמוהו גם צו הנזיקים שניתן מכוחו בהקשר של רצועת עזה, צולחים את מבחני החוקתיות, וזאת "כאשר מדובר במקרה הקשור בקשר הדוק למצב העימות עם רצועת עזה" (פסקה 18 לחוות דעתו). לצד זאת, חברי מעלה ספקות באשר לחוקתיות ההסדר האמור במקרים שבהם הנזק הנטען "אינו קשור בקשר הדוק לעימות" (פסקה 20 לחוות דעתו), אך אינו מכריע בכך, בהינתן ששאלה זו אינה דרושה להכרעה בענייננו, במסגרת תקיפה עקיפה.

140. אכן, כדברי חברי, וכפי שאף ציינתי אני לעיל (בפסקה 49), אין צורך להכריע בשאלה האם ההסדר הפוטר את המדינה מאחריות נזיקית בגין פעולותיה ברצועת עזה, חל גם במצבים שאין בינם לבין העימות מול רצועת עזה קשר כלשהו, משום שבריי כי העניין שלפנינו – הנדון במסגרת תקיפה עקיפה – קשור במישרין לעימות המזוין. כשלעצמי, מספקני אם כוונת המחוקק היתה להגביל את ההסדר החוקי רק לתביעות הקשורות בקשר הדוק לעימות, תוך הותרת פתח לבדיקה פרטנית, נוכח לשונו הרחבה

של סעיף 5ב(א)(1) לחוק, והאבולוציה החקיקתית שקדמה לו (וראו גם: פסקאות 121-125 לחוות דעתי). מכל מקום, כאמור, איננו נדרשים להכריע בכך.

אשר על כן, אציע לחברי לדחות את הערעור.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

יריעה רחבה פרש חברי, השופט נעם סולברג, בחוות דעתו המקיפה, המעמיקה והיסודית. מקובלת עליי התוצאה אליה הגיע חברי, לפיה דין הערעור להידחות. כן מקובלים עלי עיקר הנימוקים שהביאו אותו לתוצאה זו, וזאת בכפוף להערות שיובאו להלן.

1. המערער, תושב רצועת עזה, הגיש תביעת נזיקין נגד המשיבה 1, מדינת ישראל – משרד הביטחון (להלן: המדינה). לפי הנטען בתובענה, נגרם למערער נזק גוף עת שהה בתחומי הרצועה, כתוצאה מירי שנורה לעברו על ידי כוחות צה"ל. המדינה ביקשה את דחיית התביעה על הסף לאור הוראת סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 (להלן: החוק), כפי שתוקנה בתיקון מס' 8 לחוק משנת תשע"ב. הוראה זו מורה כי אין המדינה אחראית בנזיקין לנזק שנגרם ל"מי שאינו אזרח ישראלי, שהוא תושב שטח מחוץ לישראל שהממשלה הכריזה עליו, בצו, כשטח אויב, אלא אם כן הוא שוהה כדין בישראל", כאשר רצועת עזה הוכרזה כ"שטח אויב" בצו הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (הכרזה על שטח אויב – רצועת עזה), התשע"ה-2014 (להלן: הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה). תשובתו של המערער לבקשת הסילוק על הסף, התבססה רובה ככולה על הטענה כי הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה אינו חוקתי, ולפיכך בטל. בית המשפט קמא לא קיבל טענה זו, והורה על דחיית התביעה על הסף. על פסק דין זה הוגש הערעור שלפנינו.

2. חברי השופט סולברג מנתח בחוות דעתו ביסודיות מספר סוגיות משפטיות חשובות, אשר היו עשויות להידרש לצורך ההכרעה במחלוקת שהונחה לפתחנו. ואלה הן שלוש הסוגיות המרכזיות בהן דן חברי: ראשית, האפשרות להיזקק בתקיפת עקיפין לשאלת החוקתיות של חוק שיצא מתחת ידה של כנסת ישראל; שנית, שאלת תחולתם האקסטרה-טריטוריאלית של חוקי היסוד (וזאת כחלק מהבחינה האם הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה מגבש פגיעה בזכות חוקתית); שלישית, עמידתו של הסדר

הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה במבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ביחס לשתי השאלות הראשונות, תקיפת עקיפין והיקף התחולה הטריטוריאלית של חוקי היסוד, מציג חברי בהרחבה את העמדות השונות, ומעיר את הערותיו כפי שמצא לנכון. ואולם, בסופו של דיון, נמנע הוא מלטען מסמרות בסוגיות יסוד אלה, וזאת, בין השאר, לאור עמדת המדינה, אשר נמנעה, במקרה דנן, מלבסס את עמדתה על טענות אלה. לפיכך, הרציו של חוות דעתו הוא, שגם אם נקבל כי באפשרותו של המערער לתקוף בתקיפת עקיפין את חוקתיות הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה, וגם אם נניח כי ההסדר פוגע בזכויות חוקתיות העומדות למערער, עדיין דין הערעור להידחות לאור הכרעתו בשאלה השלישית – דהיינו נוכח מסקנתו כי הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה עומד במבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לאור האמור, אותיר אף אני בצריך עיון את שתי השאלות הראשונות, שאף בעיני הן נכבדות ומחייבות עיון והעמקה, ואתמקד אך ורק בשאלת חוקתיותו של הסדר הפטור האמור.

התכליות העומדות ביסוד הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה

3. סעיף 5(א)(1) לחוק, השולל את אחריות המדינה בנזיקין כלפי נתין של מדינה שהיא אויב או תושב שטח שהוכרז כשטח אויב, ואשר הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה הוא מקרה פרטי שלו, יונק את חיותו משתי תכליות שונות, אשר שילובן הוא שמצדיק את קיומו: התכלית הראשונה נוגעת להתאמת דיני הנזיקין למצב מלחמתי; התכלית השנייה עניינה במניעת סיוע כלכלי או מוראלי לאויב. להלן אעמוד בקצרה על כל אחת מהתכליות הללו כשהיא עומדת בפני עצמה, ולאחר מכן אבהיר מדוע יש לראות בהסדר החוק האמור כמבוסס על שילוב בין שתי התכליות הללו.

התאמת דיני הנזיקין למצב מלחמתי

4. ככלל, דיני הנזיקין נועדו להסדיר את מערכות היחסים שבין הפרטים בחברה, ובין הפרטים למדינה, בעתות שגרה, על הסיכונים המאפיינים עתות אלו. דינים אלו אינם מתאימים לתנאים המיוחדים השוררים בעת פעילות מלחמתית, וממילא אין ביכולתם להסדיר את הסיכונים הייחודיים לפעילות מסוג זה. עמד על כך הנשיא אהרן ברק בע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1, 6-7 (2002):

פעולות מלחמתיות הגורמות נזק לפרט, אינן צריכות להיות מוכרעות על ידי דיני הנזיקין הרגילים. הטעם לכך הוא כי פעולות מלחמתיות יוצרות סיכונים מיוחדים אשר הטיפול בהם צריך להיות מחוץ לגדריה של האחריות

הנזיקית הרגילה. ... פעולות מלחמתיות יוצרות, מעצם טיבן וטבען סיכונים, אשר מערכת הדינים ה'שיגרתי' לא נועדה להתמודד עמם. המטרות המונחות ביסוד דיני הנזיקין הרגילים, אינן חלות כאשר הנזק נובע מפעולה מלחמתית שהמדינה מנהלת כנגד אויביה.

(כן ראו: ע"א 4112/09 זגיר נ' המפקד הצבאי באיזור יהודה ושומרון, פסקה 8 (3.1.2012); רע"א 3866/07 מדינת ישראל נ' אלמקוסי, פסקה 15 (21.3.2012); ע"א 1459/11 עזבון המנוח חרדאן ז"ל נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון, פסקה 14 (16.6.2013) (להלן: עניין חרדאן)).

5. ואכן, ההצדקות אשר עומדות בבסיס דיני הנזיקין אינן מתקיימות בהכרח כאשר עסקינן בפעולה מלחמתית. כך, על פי התפיסה המקובלת, אחת מהתכליות המרכזיות של דיני הנזיקין היא לייצר הרתעה אשר תתמרץ אקס אנטה מזיקים פוטנציאליים לנקוט באמצעי זהירות סבירים על מנת למנוע נזק אפשרי לניזוק (ע"א 140/00 עיזבון המנוח אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486, 515-516 (2004); ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13, 56 (2005)). ברם, הנזק שנגרם מפעולה מלחמתית הוא, ברוב המקרים, נזק מכוון, ועל כן הכללים הנזיקיים, אשר על פי התפיסה המתוארת נועדו לתמרץ את המזיק למנוע את קרות הנזק, אינם רלוונטיים. בנוסף, הטלת אחריות על המדינה ביחס לנזקי פעולות מלחמתיות, בין אם אלו נגרמו באופן מכוון ובין אם כתוצאה מהתנהגות רשלנית, עלולה ליצור אפקט מצנן ולהגביל יתר על המידה את צעדיהם של כוחות הביטחון. זאת, דווקא באותם המקרים בהם יש מקום לאפשר להם חופש פעולה רחב יחסית, כך שיהיה ביכולתם לבצע את הפעולות הנדרשות לשם הגנה על אזרחי המדינה (Koochi v. United States, 976 F.2d 1328, 1334-35 (9th Cir. 1992) (להלן: עניין Koochi); Michael Kutner, *The Battle over Combat: A Practical Application of the Combatant Activities Exception to the Federal Tort Claims Act*, 87 ST. JOHN'S L. R. 701, (2013) 701). כמו כן, תכלית נוספת של דיני הנזיקין היא השבת המצב לקדמותו, ואולם כלל לא ברור שפיצוי אינדיבידואלי אשר יינתן מכוח דיני הנזיקין למספר ניזוקים ספציפיים בגין אירוע מוגדר המהווה חלק ממארג שלם של אירועים והתרחשויות המאפיינים פעולות מלחמתיות, אכן יעשה צדק בין הצדדים וישיב את המצב לקדמותו (עניין Koochi, שם). לכן, התפיסה המקובלת היא כי על הפיצוי בגין נזקים שנגרמו כתוצאה מסכסוכים מזויינים להיות מטופל במסגרת הסדר מיוחד, מחוץ לגדר דיני הנזיקין הרגילים, ואולי גם מחוץ לתחומיו של המשפט המדינתי (עניין בני עודה, בעמ' 7).

6. חוסר ההתאמה המתואר של דיני הנזיקין להסדרתן של פעולות מלחמתיות, והחשש כי החלתם על פעולות מסוג זה עלולה לגרום לעיוותים משפטיים, הביאו שיטות משפט רבות להכיר בחסינות של המדינה מפני תביעות בגין נזקים שנגרמו כתוצאה מפעולות מלחמתיות (ראו, בג"ץ 8276/05 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערב נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, 32-34 (2006) (להלן: עניין עדאלה)). כך, בארצות הברית, סעיף 2680(j) ל-Federal Tort Claims Act מעניק לממשל הפדרלי חסינות מפני תביעות נזיקין בגין פעולות לחימה (combatant activities) שנעשו בעת מלחמה (time of war). כמו כן, גם במשפט האנגלי הוענקה למדינה חסינות מפני תביעות בגין נזקים שנגרמו במסגרת פעילות מלחמתית (ראו, War Damage Act 1965, c.18). בנוסף, בקנדה, סעיף 8 ל-Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50 שולל את אחריות המדינה ביחס לנזקים שנגרמו על ידי כוחות הצבא הקנדי, בזמן מלחמה או בזמן שלום, בין אם אלו נעשו מתוך מטרה להגן על קנדה או במסגרת פעולות אימון של הכוחות הקנדיים.

7. באופן דומה, גם המחוקק הישראלי מצא לנכון להעניק למדינה חסינות מפני תביעות נזיקיות בגין פעולות מלחמתיות. חסינות זו מעוגנת בסעיף 5(א) לחוק אשר קובע כי "אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא-הגנה לישראל". משמעותה של חסינות זו היא כי ביחס לנזקים שנגרמו כתוצאה מפעולה מלחמתית, בית המשפט כלל לא יידרש לשאלה האם הצבא פעל ברשלנות אם לאו, וממילא לא ידון בשאלות הנוגעות לאופן ולדרך בה התנהלה הפעולה המלחמתית (עניין חרדאן, פסקה 13). כלומר, משעה שנקבע ביחס לאופי הפעילות המזיקה כי המדובר בפעילות מלחמתית, כהגדרתה בסעיף 5(א) לחוק, בית המשפט ימנע מלבחון את פעולות המדינה לגופן.

מניעת סיוע כלכלי ומוראלי מהאויב

8. התכלית השנייה העומדת ביסודו של סעיף 5(א)(1) לחוק היא מניעת סיוע כלכלי ומוראלי מהאויב. רציונל זה גם עומד בבסיסו של הכלל במשפט המקובל לפיו "אין מבררים תביעות אויב" (להלן: הכלל לפיו אין מבררים תביעות אויב או הכלל מהמשפט המקובל). הכלל האמור, אשר החל להתפתח במשפט האנגלי במאה ה-17, קובע כי בזמן 'מלחמה פורמלית', קרי מלחמה אשר הוכרזה על ידי הגורמים המוסמכים לכך במדינה, לא תידון כל תביעה של נתין מדינת אויב, נגד כל גורם, ובכלל זאת המדינה (Porter v Freudenberg, [1915] 1 K.B. 857, 880 (להלן: עניין Porter); CHITTY ON CONTRACTS 809-10 (13 ed. 2012)). תכליתו של כלל זה היא למנוע כל הטבה אפשרית ממדינת האויב בתקופת המלחמה, וזאת בהתבסס על ההנחה שניהול התביעה, ובפרט

הכרעה ופסיקת פיצויים לטובת נתין מדינת אויב, עשוי להטיב עם מדינת האויב (דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני, פסקה 16 (15.1.2015) (להלן: עניין דיראני); עניין Porter, בעמ' 868; Sovfracht (V/O) v Van Udens Scheepvaart en Agentuur; 203, 212 (Maatschappij (NV Gebr), [1943] A.C. 203, 212 Karen Knop, *Citizenship, Public and Private*, 71) וקנדה (L. & CONTEMP. PROB. 309, 322 (2008); Andrew Kent, *Judicial Review for Enemy Fighters: The Court's Fateful Turn in Ex parte Quirin, the Nazi Saboteur* (Case, 66 VAND. L. REV. 153, 188 (2013)).

9. בהקשר זה יודגש כי אופיו הגורף של הכלל מהמשפט המקובל, במסגרתו נחסם כליל הדיון בתביעות של כל תושבי מדינת האויב, מתאזן לנוכח הדרישה הדווקנית הנזכרת מעלה לקיומה של 'מלחמה פורמלית' כתנאי בלעדיו אין לצורך חסימת הדיון בתביעות אלו. עמד על כך הנשיא אשר גרוניס בעניין דיראני, פסקה 55, בצינונו כי:

בגדר הכלל הנוהג זה מאות שנים במשפט המקובל לפיו אין מבררים תביעות של אויב, ישנו "שיווי משקל" בין התנאי הקשיח הנדרש להפעלתו של הכלל – קיומה של מלחמה פורמלית בין המדינות, התוחם את תחולתו של הכלל בזמן – לבין יישומו הגורף של הכלל – החלתו על כל תושביה של מדינת האויב, בהתאם למקום מגוריהם הטריטוריאלי, וללא בחינה ספציפית של עוינותם. התחולה הגורפת של הכלל על כל יושביה של מדינת האויב ממותנת בתחיתתו המוגבלת בזמן למשך תקופתה של המלחמה.

אם כן, על פי הכלל מהמשפט המקובל, בהעדר הכרזה פורמלית בדבר מלחמה, לא ניתן למנוע את בירור תביעת האויב. כך, למשל, בעניין Amin v Brown, [2005] EWHC 1670 (Ch) סירב בית משפט בבריטניה להחיל את הכלל האמור על תביעה שהגישה תושבת עיראק בבריטניה, כיוון שבין בריטניה לבין עיראק לא מתקיימת מלחמה פורמלית, אלא עימות מזוין בלבד (Armed conflict), ומשכך נקבע כי אין מקום לחסום את הדיון בתביעה. משמעות הדברים, בהקשר הישראלי, היא שלצורך תחולת הכלל לפיו אין מבררים תביעת אויב, נדרש כי תתקבל החלטת ממשלה לפי סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה המכריזה באופן פורמלי על קיומה של מלחמה (ראו, עניין דיראני, פסקה 48).

10. בנוסף, יודגש כי בהתאם לתכלית של הכלל מהמשפט המקובל, קרי מניעה של הטבות מן האויב בזמן הלחימה, התביעות של תושבי מדינת האויב אינן נחסמות לצמיתות, אלא הדיון בהן מושהה אך למשך המלחמה הפורמלית שהוכרזה, ועם סיומה, ניתן לשוב ולדון בתביעותיהם של נתיני מדינת האויב (עניין Porter, בעמ' 880).

11. בעניין דיראני נקבע כי הכלל לפיו אין מבררים תביעות אויב נקלט זה מכבר במשפט הישראלי, מכוח סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922 (שם, פסקה 39). כמו כן, באותו עניין נפסק כי לאור ההתפתחויות והשינויים שחלו במאפייני הסכסוכים המזויינים בימנו אנו, יש מקום להתאים את הכלל מהמשפט המקובל למציאות העכשווית, ובכלל זאת למעבר ממלחמה במובנה הקלאסי והפורמלי הנערכת בין שתי מדינות, ללוחמה מול ארגוני טרור, אשר לרוב אינה מופנית נגד מדינות, ואשר בדרך כלל נפרסת על פני זמן ארוך יותר ובלתי מוגדר. משכך, הוחלט באותו עניין כי ביחס ללוחמה מול ארגוני טרור, הכלל לפיו אין מבררים תביעות אויב יחול גם בהעדר הכרזה פורמלית על קיומה של מלחמה. ואולם, על מנת לשמור על מערכת האיזונים שאפיינה את הכלל המסורתי, נקבע כי תחולתו של הכלל תצומצם אך לתביעות של פעילים בארגוני טרור, וזאת להבדיל מתביעות של אזרחים תמימים המתגוררים באותה הטריטוריה ממנה פועל ארגון הטרור (להלן: כלל דיראני). וכדברי הנשיא אשר גרוניס בעניין דיראני, פסקה 56:

כאשר מדובר בעימות מזוין עם ארגון טרור הפועל ממדינה זרה, שאינו עולה לכדי קיומה של מלחמה פורמלית בין מדינות, יחול הכלל שלפיו אין מבררים תביעות של אויב על תובעים הנמצאים במדינה הזרה שהינם פעילים בארגון הטרור. צמצום זה של תחולת הכלל נדרש לטעמי נוכח מאפייניה של הלחימה בטרור, שהיא לחימה נמשכת בלא סוף מוגדר, המכוונת נגד ארגון טרור ולא נגד מדינה. זהו שיווי משקל המתאים למאפייניה של הלוחמה בטרור בעת המודרנית.

עוד נקבע בעניין דיראני כי בדומה לכלל מהמשפט המקובל, גם תחת כלל דיראני ניתן יהיה לחדש את בירור התביעות של פעילי הטרור לשעבר עם סיומו של העימות המזוין למול ארגון הטרור.

12. הנה כי כן, בנוסף לסעיף 5ב(א)(1) לחוק, ישנן שתי מסגרות דוקטרינריות במשפט הישראלי המאפשרות להימנע מבירורן של תביעות אויב – הראשונה, מכוח הכלל מהמשפט המקובל, החל על כלל אזרחי מדינת האויב, ובלבד שהממשלה הכריזה באופן פורמלי, בהתאם לסמכותה מכוח סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה, על מלחמה בין אותה המדינה לבין מדינת ישראל; והשנייה, מכוח כלל דיראני לפיו ניתן להימנע מלדון בתביעות של פעילים בארגוני טרור, ושלהם בלבד, אף בהעדר הכרזה פורמלית על מלחמה בין אותם הארגונים לבין מדינת ישראל. שתי מסגרות דוקטרינריות אלה כוללות בתוכן מערך איזונים עדין אשר מאפשר להגשים את התכלית שעומדת בבסיסן והיא

מניעת סיוע לאויב בזמן לחימה, ואולם במקביל מונע פגיעה רחבה יתר על המידה בזכויותיהם של נתיני מדינת האויב (או השטח ממנו פועל ארגון הטרור).

שילוב התכליות בהסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה

13. ההצדקה לחקיקתו של סעיף 5(א) (1) לחוק מצויה בשילוב שבין שתי התכליות הללו: התכלית של התאמת דיני הנזיקין למצב מלחמתי, מהצד האחד; והתכלית של מניעת סיוע כלכלי ומוראלי מהאויב, מהצד השני. זאת, בהקשר הקונקרטי של תביעות אשר מוגשות על ידי נתינים של מדינת אויב או על ידי תושבי שטחים אשר הוכרזו על ידי הממשלה בצו כשטח אויב. סעיף זה עושה כן באמצעות הרחבה של ההגנה הניתנת למדינה מפני תביעות נזיקיות בהשוואה לזו המוענקת לה מכוח ההסדרים המשפטיים הנוספים שתוארו לעיל – הסדר הפטור מאחריות בגין פעילות מלחמתית (סעיף 5(א) לחוק) מזה, והכללים לפיהם אין מבררים תביעות אויב (הכלל מהמשפט המקובל וכלל דיראני) מזה. הסיבות המצדיקות הרחבה זו יבוררו להלן, ואולם כיוון שבמסגרת ערעור זה, נתקף אך החלק בסעיף העוסק בתביעותיהם של תושבי שטחים אשר הוכרזו בצו כשטח אויב, הדיון מעתה ואילך יעשה בראי מצב דברים זה בלבד (דהיינו, תביעה בנזיקין נגד המדינה על ידי תושב שטח אויב).

14. ראשית, ביחס לתכלית של התאמת דיני הנזיקין למצב מלחמתי, ההנחה היא שאזור אשר הוגדר על ידי הממשלה בצו "כשטח אויב", איננו מצוי תחת ריבונות ישראלית, ואף לא תחת תפיסה של מדינת ישראל. משכך, הרי שהמדינה לא מפעילה בשטח זה את סמכויותיה השלטוניות, ובכלל זאת כוחות הביטחון הישראליים אינם מפעילים בו סמכויות שיטוריות. כפועל יוצא, ולאור העובדה שגם יחסי ידידות לא מתקיימים בין מדינת ישראל לבין הריבון השולט באותם האזורים (שכן אלו הוכרזו כשטח אויב), דומה שהממשק המרכזי בין מדינת ישראל לבין תושבי שטח האויב, נובע מאותן הפעמים בהם המדינה מוצאת לנכון לבצע בשטח האויב פעולות מלחמתיות, הנכנסות לגדר סעיף 5(א) לחוק. משכך, התאמת דיני הנזיקין למצב הנוהג באותם האזורים עשויה לתמוך במסקנה כי קיימת הצדקה להרחיב את החסינות המוענקת למדינה ביחס לפעולות שזו מבצעת בשטח אויב, כך שהתנאי המשפטי להחלתה לא יהיה עוד בגדר בחינה אד-הוקית של כל מקרה לגופו בהתאם לסטנדרט של פעולה מלחמתית, אלא בגדר בחינה גיאוגרפית רוחבית, אשר מקנה למדינה חסינות ביחס לכל הפעולות שביצעה בשטח האויב. אכן, כאשר מוגשת תביעה נזיקית נגד המדינה על ידי תושב שטח אויב אין במקרה הרגיל טעם בניהול התדיינות ארוכה, יקרה ומורכבת בשאלה האם הנזק שנגרם לאותו תושב הינו תוצר של פעולה מלחמתית אם לאו. חריג לאמור, ועליו ארחיב בהמשך,

עשוי להיות כאשר התביעה הנזיקית מקורה בעוולה אשר לא מתקיימת זיקה הדוקה בינה לבין הסכסוך למול האויב, ומשכך על פני הדברים אין היא תוצר של פעולה מלחמתית.

15. שנית, ביחס לתכלית של מניעת סיוע כלכלי ומוראלי מהאויב, הסדר הפטור שבסעיף 5(א)(1) לחוק חוסם לחלוטין את האפשרות של כלל התושבים בשטח האויב לנהל תביעות נזיקיות בישראל נגד המדינה. בכך, הסעיף מרחיב את ההגנה הניתנת למדינה מכוח הכלל מהמשפט המקובל אשר תוחם את משך חסימת הדיון בתביעות האויב לתקופת המלחמה הפורמלית בלבד, וכן מרחיב את ההגנה הניתנת למדינה מכוח כלל דיראני אשר חוסם דיון בתביעותיהם של פעילי טרור בלבד (עם זאת, יוער כי הכלל מהמשפט המקובל וכלל דיראני חוסמים תביעות נגד כל גורם בכל עילות המשפט האזרחי, בעוד שהסדר דנן חוסם אך תביעות נזיקיות נגד המדינה). החסימה של תביעותיהם הנזיקיות של תושבי שטח האויב נגד המדינה מכוח הסעיף מונעת הזרמה של כספי פיצויים מקופת מדינת ישראל לשטח זה – כספים העשויים לשמש כזריקת עידוד לכלכלה המקומית בשטח האויב. כן היא מונעת מארגוני הטרור את האפשרות לנצל לרעה את מערכת המשפט הישראלית, על מנת להשיג ניצחונות במאבק התדמיתי והתקשורתי. בכך הסעיף נותן ביטוי משמעותי יותר לתכלית של מניעת סיוע כלכלי ומוראלי מהאויב בהשוואה לכלל מהמשפט המקובל ולכלל דיראני, שכן תחולתו אינה תחומה לתקופה מוגדרת ואינה מוגבלת אך לגורמים ספציפיים. יחד עם זאת, ספק אם חסימה מוחלטת זו של תביעות, אך מהטעם הזה, היא מידתית. ועל כך – בהמשך.

16. אם ניישם את הדברים האמורים בהקשר של רצועת עזה – היא השטח היחיד נכון לעת הזו אשר הוכרז בצו כשטח אויב, וזאת מכוח החלטת הממשלה מיום 7.10.2014, וכך היא המקום בו מתגורר המערער בהליך דנן, עטייה פתחי נבאהין (להלן: המערער) – הרי שהסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה מאפשר להתאים את דיני הנזיקין למצב המלחמתי השורר לעת הזו מול רצועת עזה. כיום, ומאז ההינתקות אשר התרחשה בשנת 2005, וביתר שאת מאז השתלטות חמאס על הרצועה בשנת 2007, לכוחות הביטחון הישראליים אין עוד שליטה על הנעשה בתוך שטח עזה, והם אינם מבצעים בשטח זה תפקידי שיטור. משכך, ובניגוד לאזור יהודה ושומרון בו המדינה עודנה מפעילה סמכויות שיטוריות (ראו: עניין עטאלה), קיים טעם שלא לבחון במסגרת כל הליך נזיקי המוגש על ידי תושב הרצועה נגד המדינה, בגין אירוע הקשור באופן הדוק לעימות, האם הנזק לו הוא טוען נגרם כתוצאה מפעולה מלחמתית. הטעם לכך הוא שבדומה לאמור מעלה, כל עוד רצועת עזה היא בגדר שטח אויב, עיקר הממשקים בין המדינה לבין תושבי הרצועה הינם תוצר של פעולות מלחמתיות, ולכן כל עוד הנזק הנטען נגרם בקשר לעימות עם ארגוני הטרור הפועלים ברצועה, התשובה לשאלה האם אותו

הנזק נגרם כתוצאה מפעילות מלחמתית, צפויה להיות חיובית. כמו כן, יש טעם בצמצום של הזרמת כספים לשטח הרצועה כיוון שכספים אלו עלולים להטיב, באופן ישיר או באופן עקיף, גם עם ארגוני הטרור הפועלים ברצועה, ולתת רוח גבית למאמצי ההתחמשות ותהליכי בניין הכוח שלהם במלחמתם נגד מדינת ישראל. השילוב שבין שתי התכליות – התאמת דיני הנזיקין למצב מלחמתי ו-מניעת סיוע כלכלי ומוראלי מהאויב – הוא שהצדיק, איפוא, הרחבה של הכללים המשפטיים הקיימים (הסדר הפטור ביחס לפעולת מלחמה והכללים לפיהם אין מבררים תביעות אויב), תוך הכרה בקיומו של כלל המשלב את שתי התכליות השונות שעמדו ביסודם. למסגרת אנליטית זו ראוי להבנות להכניס את סעיף 5ב(א)(1) לחוק, ולפיכך על בסיסה יש לבחון את חוקתיותו של הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה.

חוקתיות הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה

17. כפי שפירט חברי, השופט סולברג, לצורך הדיון בענייננו, יש לצאת מנקודת הנחה כי הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה פוגע בזכויות יסוד המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת בהינתן עמדת המדינה, ומבלי להכריע לגופה בשאלת תחולתם של חוקי היסוד במקרה דנן. עוד מסכים אני כי שתי התכליות המתוארות, דהיינו התאמת דיני הנזיקין למצב מלחמתי ומניעת סיוע כלכלי ומוראלי מהאויב, הן, כל אחת מהן כשלעצמה, ובוודאי שתיהן במשולב, תכליות ראויות במונחי סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואולם, כידוע, על מנת שניתן יהיה לקבוע כי הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה הוא חוקתי, עליו לצלוח גם את מבחני המידתיות כפי שאלו פותחו בפסיקתו של בית משפט זה (ראו: עניין עדאלה, בעמ' 25; בג"ץ 1030/99 חבר-הכנסת אורון נ' יושב-ראש הכנסת חבר-הכנסת תיכון, פ"ד נו(3) 640, 665 (2002); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 705-708 (2006)).

18. כאשר מדובר במקרה הקשור בקשר הדוק למצב העימות עם רצועת עזה, סבורני כי ניתן להצדיק את קיומו של הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה במבחני המידתיות. זאת בעיקר בהינתן השיקולים הבאים: ההסתברות הגבוהה כי הפעילות בגינה נגרם הנזק היא בעלת מאפיינים דומים לאלה המצדיקים את הענקת הפטור בגין פעילות מלחמתית; הקושי הניכר בבירור מכלול הנסיבות במסגרתן נגרם הנזק; הסיכוי הממשי כי תביעה נגד ישראל תנוצל לצרכים תדמיתיים, ואולי גם כספיים, במסגרת המאבק המלחמתי נגדה. טלו למשל הפגנה נגד ישראל המתקיימת ברצועת עזה בסמוך לגדר הגבול. אילו הפגנה מקבילה הייתה מתקיימת באזורי יהודה ושומרון שבשליטת ישראל, ובמהלכה היה נזק לאחד המשתתפים, היה מקום לדרוש מהמדינה כי תאפשר בירור פרטני של נסיבות המקרה במסגרת תביעת נזיקין, וזאת בהינתן אופייה השיטורי של

פעילות כוחות הביטחון ביחס להפגנות מסוג זה; היכולת של כוחות הביטחון לאסוף מידע על האירוע; והחשש המוגבל כי התביעה תשמש כאמצעי תדמיתי במאמץ המלחמתי נגד ישראל. לעומת זאת, כשהפגנה כזו מתקיימת בתוך רצועת עזה, הרי שהגורם השולט בנעשה, ומטבע הדברים אף מכווין אותו, הם גורמי הטרור השולטים ברצועת עזה. לפיכך אף אם מדובר בהפגנה אזרחית לכאורה, היא מהווה חלק מהעימות בין מדינת ישראל לבין רצועת עזה. כנגזר מכך, מתקיימים לגביה מאפיינים המצדיקים שלא לאפשר לתושבי עזה להגיש תביעת נזיקין בישראל בגין תוצאותיה: מעורבות כוחות הביטחון הישראליים אינה ככוח שיטור, אלא ככוח צבאי השומר על גבולות המדינה; יכולת המדינה לקבל מידע על שהתרחש בצד העזתי מוגבלת; והחשש שהתביעה תנוצל לטובת המאמץ המלחמתי נגד ישראל, ולו באופן תדמיתי, גבוה. מכאן שבעוד שאין הצדקה להענקת פטור למדינה מאחריות בנזיקין ביחס להפגנות נגד ישראל הנערכות בתחומי יהודה ושומרון, כפי שנקבע בעניין עטאלה, קיימת הצדקה גם במבחני המידתיות להכרה בפטור רחב יותר של המדינה מאחריות בנזיקין, כמשתקף בהסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה, ביחס להפגנות נגד ישראל המתרחשות בשטח רצועת עזה.

19. לעומת זאת, ספק בעיני אם הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה יכול לצלוח את מבחני המידתיות כאשר מתקיימת רק אחת מהתכליות האמורות, ולא שילוב שלהן. כך, מהטעם שכל אחת מהתכליות הללו מתמצה, בעיקרה, בכללים המשפטיים המוכרים (הפטור מאחריות בגין פעילות מלחמתית, מזה, והדוקטרינות המונעות תביעת אויב, מזה), וספק אם יש הצדקה מספיקה להרחיבם במקרה מעין זה. על כן, קיים קושי משמעותי בעיני בחסימת האפשרות של תושב רצועת עזה להגיש תביעה נזיקית נגד מדינת ישראל בגין עוולה אשר נעשתה כלפיו על ידי המדינה, כאשר לעוולה זו אין קשר הדוק למצב העימות בין מדינת ישראל לבין רצועת עזה. טלו, למשל, תביעה בגין נזק שגרמה המדינה לנכס מקרקעין המצוי בצפון ישראל, והשייך לתושב רצועת עזה. שלילת האפשרות להגיש תביעה בגין עוולה נגד המדינה בנסיבות אלה אינה מגשימה את התכלית של התאמת דיני הנזיקין למצב מלחמתי, שכן התאמה זו כלל לא נדרשת ביחס להתרחשות מסוג זה. ההצדקה היחידה לחסימת התביעה האמורה היא התכלית של מניעת סיוע כלכלי ומוראלי מהאויב. ואולם, כפי שפורט בהרחבה לעיל, מלבד הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה, ישנן שתי דוקטרינות נוספות במשפט הישראלי אשר ביכולתן להגשים את התכלית של מניעת סיוע כלכלי ומוראלי מהאויב – הכלל מהמשפט המקובל וכלל דיראני. דוקטרינות אלו כוללות בתוכן מערך של איזונים, אשר מבקש מחד גיסא להגשים את התכלית האמורה, ומאידך גיסא למנוע פגיעה מופרזת בזכויות של תושבי שטחי אויב. הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה מרחיב בצורה משמעותית את ההגנה המשפטית המוענקת למדינה ביחס לזו המסורה לה מכוח דוקטרינות אלו, אך הוא

חסר את אותן הוראות ממתנות הקיימות באותן הדוקטרינות. משכך, וככל שהמדינה תבחר לעשות שימוש בהסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה כדי לחסום תביעות מהסוג המתואר, עלול הדבר לעורר שאלות קשות בדבר מידתיות ההסדר המעוגן בסעיף 5ב(א)(1) לחוק. זאת, כמובהר, בהינתן קיומן של דוקטרינות משפטיות חלופיות המגשימות את אותה התכלית תוך פגיעה פחותה בזכויות תושבי שטח האויב.

20. עם זאת, השאלה האמורה, דהיינו עמידת הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה בדרישת המידתיות כאשר עניינה של התביעה באירוע שאינו קשור בקשר הדוק לעימות מול ארגוני הטרור השולטים ברצועת עזה, אינה נדרשת לצורך הכרעה במקרה דנן. החוקתיות של סעיף 5ב(א)(1) לחוק בכלל, ושל הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה בפרט, נתקפת במסגרת הליך זה בתקיפת עקיפין, ומשכך וכפי שפורט בהרחבה בפסק דינו של חברי, השופט סולברג, אין מקום לבחון את חוקתיות הסעיף בראי מכלול היבטיו והשלכותיו הרוחביות, אלא עלינו לצמצם את הבחינה החוקתית אך לאותם אספקטים חוקתיים הרלוונטיים למקרה שלפנינו (ראו: סעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984). בענייננו, הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה נטען על ידי המדינה, והופעל על ידי בית המשפט, בקשר למקרה בו מתקיימות באופן מובהק שתי התכליות הנזכרות, שכן נסיבות האירוע קשורות קשר הדוק לעימות בגינו הוכרזה רצועת עזה כשטח אויב (מדובר כזכור בפגיעה שנגרמה בעקבות ירי של כוח צה"ל לעבר המערער, שהיה אותה עת בתחום הרצועה, בסמיכות לגדר הגבול). משכך, ולאור העובדה שמדינת ישראל אינה מפעילה עוד סמכויות שיטור בשטח הרצועה, אין הצדקה לניהול התדיינות ארוכה בהליך דנן לצורך בחינת השאלה האם הירי הנטען בוצע כחלק מפעולה מלחמתית, שכן נכון לעת הזו, עיקר הממשקים בין כוחות הביטחון של מדינת ישראל לבין תושבי רצועת עזה הנמצאים בשטח הרצועה, קשורים לעימות, וקרובים במהותם לפעילות מלחמתית. מטבע הדברים, גם היכולת של כוחות הביטחון הישראליים לאסוף מידע ביחס לאירוע מסוג זה עשויה להיות מוגבלת, מאחר שהפגיעה התרחשה בשטח המצוי בשליטת אויב. כמו כן, כאמור, הגשת תביעה בישראל, והזרמת כספי הפיצוי ככל שיפסקו לטובת המערער, עשויים היו לסייע בסופו של דבר למאמץ המלחמתי של ארגוני הטרור נגד ישראל. משכך חסימת תביעתו של המערער מגשימה גם את התכלית של מניעת סיוע כלכלי ומוראלי מהאויב. ממילא, השאלה האם הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה הוא מידתי גם ככל שהאירוע בו מדובר אינו קשור בקשר הדוק לעימות אינה מתעוררת במקרה דנן, ועל כן איננו נדרשים להכריע בה.

21. זאת ועוד, אינני משוכנע כלל ועיקר כי סעיף 5ב(א)(1) לחוק בנוסחו הנוכחי חל על מקרים שבהם התכלית של התאמת דיני הנזיקין למצב מלחמתי אינה מתקיימת, קרי

אותם המקרים שבהם אין קשר הדוק בין הנזק שנגרם לתושב רצועת עזה לבין העימות מול מדינת ישראל. בנוסף, איננו יודעים אם בכוונת המדינה להתבסס על הסעיף גם בנסיבות מסוג זה, וכנגזר מכך אין כל וודאות כי צפויה להתעורר מחלוקת פרשנית בסוגיה זו. אסביר.

22. סעיף 5ב(א)(1) לחוק מעניק למדינה חסינות מפני כל תביעה של תושב שטח אויב, ואולם הסיפא של הסעיף קובעת סייג לחסינות זו באותם המקרים שבהם התושב "שווה כדין בישראל". המדינה בסיכומיה הסבירה כי "סייג זה מקיים את הרציונל לפיו כאשר הממשק בין המדינה לבין נתין האויב הוא כבר לא בעיקרו ממשק הקשור ל"מלחמה", אין להגביל את זכות תביעתו". הנה כי כן, מדברי המדינה עולה כי לשיטתה שלה, הסיבה לכך שהמחוקק מצא לנכון להחריג מתחולת הסעיף נזקים שנגרמו לתושב שטח האויב בעת שהותו בישראל היא שבמקרים מסוג זה הממשק האפשרי בין המדינה לבין אותו תושב חורג מזה של פעולה מלחמתית בלבד, ובמקרים אלו, לגישת המדינה, אין הצדקה להגבלת זכות התביעה של תושב שטח האויב (והשוו גם לסייג הקבוע בסיפא של סעיף 5ב(א) לחוק ובתוספת הראשונה, השולל את תחולת הפטור ביחס לנזק שנגרם לתושב אויב "עת 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"). מכאן ניתן להסיק כי התכלית של סעיף 5ב(א)(1) לחוק בכללותו היא להגביל את אפשרות התביעה ביחס לאותם אירועים בהם מתקיימת זיקה הדוקה לעימות מול מדינת ישראל. אי לכך, פרשנות אפשרית של סעיף 5ב(א)(1) לחוק בהתאם לתכלית זו, המעוגנת, כאמור, בעמדת המדינה בתיק דנן, יכולה להביא למסקנה כי אין בסעיף זה כדי לחסום את תביעתו של תושב שטח אויב במקרים שבהם הנזק הנטען נגרם כתוצאה מממשק אחר, שאינו קשור לעימות, בין תושב עזה לבין המדינה. בנוסף, עמדת המדינה עשויה לשמש אינדיקציה לכך שאין בכוונתה כלל לטעון לתחולת הפטור בנסיבות אירוע נזיקי שאינו קשור בקשר הדוק לעימות. מכל מקום, סוגיה זו איננה מתעוררת במקרה דנן, ומשכך אין צורך להכריע בפרשנות סעיף 5ב(א)(1) לחוק במסגרת הליך זה.

23. סוף דבר: אף לשיטתי דין הערעור שלפנינו להידחות, שכן כאשר מדובר בתביעה נזיקית של תושב עזה נגד מדינת ישראל, המתייחסת לאירוע המקיים זיקה הדוקה לעימות מול רצועת עזה, כפי שהדבר במקרה בו עסקינן, 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. בהינתן שתוקפו של הסדר זה נבחן בענייננו במסגרת תקיפת עקיפין בלבד, אין מקום שנדרש לשאלת החוקתיות של הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה בנסיבות אחרות, שאינן מקיימות את דרישת הזיקה ההדוקה לעימות.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל:

אני מסכים עם חברי, השופט נ' סולברג, כי דין הערעור להידחות.

שיקול מרכזי הוא כי עסקינן בתקיפה עקיפה, כפי שהשופט סולברג ציין. ברם, הייתי מדגיש גם את עובדות המקרה, כפי שעולות מהחומר, לרבות כתב התביעה שהוגש לבית משפט קמא, והמסגור (framing) של הסוגיות המשפטיות שהיו מקובלות על ידי משיבי המדינה, כדי לבסס את תוצאת הדחייה. ברצוני להוסיף ולהדגיש כי אני מסכים להערות חברי השופט ע' גרוסקופף תוך שימת דגש על האמור בפסקאות 19-23 לחוות דעתו. דהיינו, חברי השופט גרוסקופף שם על השולחן והתייחס לתחולתו של סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, על קשת רחבה של מקרים מסוגים שונים. ניתן אפוא להכריע בתיק זה מבלי להידרש לשאלות החוקתיות שמעלה התחולה על כלל המקרים. ואחרון, 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.

בהתאם, סבורני כי דין הערעור להידחות. לטעמי, אין מקום להטלת הוצאות לנוכח הדיון הראשוני והעקרוני בסעיף האמור.

המשנה לנשיאה (בדימוס)

לפיכך הוחלט על דחיית הערעור כאמור בפסק הדין של השופט נעם סולברג.

אין צו להוצאות.

ניתן היום, ו' בתמוז התשפ"ב (5.7.2022).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

המשנה לנשיאה (בדימוס)

מרכז מידע, טל' 077-2703333 *3852 ; אתר אינטרנט, <https://supreme.court.gov.il> במ 19009930_O14.docx