

**עטייה פתחי נבאהין ת.ז. 404772931**

ע"י ב"כ עו"ד סאוסן זהר ו/או חסן ג'בארין ו/או

סוהאד בשארה ו/או מאיסאנא מוראני ו/או פאדי ח'ורי

ו/או רביע אג'בריה ו/או נארימאן שחאדה-זועבי ו/או סארי עראף

מעדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

רחוב יפו 94, חיפה

טלפון: 04-9501610; נייד: 052-6399147; פקס: 04-9503140

דואר אלקטרוני: [Sawsan@adalah.org](mailto:Sawsan@adalah.org)

וכן ע"י ב"כ עו"ד מוחמד ג'בארין

חדרה 38102, רחוב הרברט סמואל 66 ת.ד. 287

נייד: 052-4897717; פקס: 08-640963

### המערער

נגד

**מדינת ישראל – משרד הבטחון**

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים

רחוב קרית המדע 5, בניין B-3 הר חוצבים, ירושלים

טל: 02-6362040/38; פקס: 02-6462892

### המשיב

**הכנסת**

קרית בן גוריון, ירושלים 91950

טל: 02-6753331; פקס: 02-5619227

### משיבה

## הודעת ערעור

מוגש בזאת ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כבוד השופט שלמה פרידלנדר) מיום 4.11.2018 בת"א 45043-05-16 עטייה נבאהין נגד מדינת ישראל. בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל את פסק הדין בו אישר בית משפט קמא את חוקתיות תיקון מס' 8 לחוק הנזיקים (אחריות המדינה), התשי"ב – 1952 (להלן: "תיקון מס' 8 לחוק") אשר שולל את זכות הגשת תביעת פיצויים מנזק שנגרם מפעולה שאינה מלחמתית מאת תושבי רצועת עזה בשל הגדרת שטח הרצועה כ"שטח אויב".

1. הודעת ערעור זו מוגשת על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כבוד השופט שלמה פרידלנדר) בת"א 45043-05-16 עטייה נבאהין נגד מדינת ישראל שניתן ביום 4.11.2018 (להלן: "פסק הדין"). פסק הדין הגיע אל ב"כ המערער ביום 6.11.2018 ועל כן מועד הגשת הערעור היה אמור להיות ביום 20.12.2018 אך בעקבות הגשת שתי בקשות מוסכמות למתן ארכה להגשת הערעור, אישרה כבוד הרשמת שרית עבדיאן את הארכות המבוקשות שלפיהן המועד להגשת הודעת ערעור הוא 31.1.2019. ביום 30.1.2019 הוגשה בקשה מוסכמת שלישית למתן ארכה של יום אחד בלבד, היינו עד ליום 3.2.2019. במעמד הגשת הערעור ביום 3.2.2019 טרם ניתנה החלטה ועל כן רצ"ב הבקשה המסוכמת השלישית שהוגשה.

\*\* רצ"ב החלטות הרשמת עבדיאן מיום 20.12.2018 ומיום 14.1.2019 וכן הבקשה המוסכמת השלישית לארכה של יום אחד, מסומנות א'.

\*\* רצ"ב פסק הדין מושא הערעור מצורף ומסומן ב'.

2. יצויין, כי הכנסת לא היתה משיבה בהליך בפני בית המשפט המחוזי אלא נתבקשה ע"י בית המשפט להגיש את עמדתה בעניין חוקתיותו של תיקון מס' 8. על כן ובהתאם להוראות סעיף 17(ג) לחוק הכנסת, התשנ"ד – 1994 מצורפת הכנסת גם להליך זה שכן הערעור מתמקד בחוקתיותו של תיקון מס' 8.

### מבוא ובקשה לקביעת דיון בפני הרכב מורחב

3. קטין תושב עזה, יליד 1999, שנורה ונפצע ביום 16.11.2014 מירי כוחות הביטחון הישראליים עת שהה בשטח אדמה השייכת למשפחתו והממוקמת כ- 500 מטרים מגדר ההפרדה, בימים שאינם ימי מלחמה או ימי מבצע צבאי. בעקבות הירי נפצע המערער באופן קשה בצווארו והוא פונה ע"י חיילי הצבא הישראלי לבי"ח סורוקה בישראל. הקטין לא שייך לאף ארגון, ולא נטען שהירי שפצע אותו היה במסגרת "פעולה מלחמתית" כהגדרתה הרחבה והמקיפה שבסעיף 1 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) התשס"ב – 2002 הכוללת "כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף" - האם הוא רשאי להגיש תביעת נזיקין בפני בית משפט ישראלי נגד כוחות הביטחון הישראליים?

4. לפי פסק הדין הנדון, הוא לא רשאי להגיש תביעה כזו גם אם הוא נורה בזדון או באופן רשלני, וגם אם הירי לעברו מעורר חשד לפשעי מלחמה או שהירי בוצע בימי רגיעה או מלחמה; וגם אם הנפגע הוא קטין או בגיר, לוחם או לוחם, שייך או לא שייך לארגון כלשהו. לפי פסק הדין, עצם העובדה שהוא תושב עזה לא תאפשר לו להגיש תביעה משפטית בישראל. פסק הדין הנדון מאשר גם שיתכנו מקרים שהירי ייפול במסגרת "פשעי מלחמה" שמצדיקים הגשת תביעה נגד מדינת ישראל בגין הפרה בוטה למשפט הבינלאומי אך המקום הרלבנטי לקיים דיון זה הוא בהגשת תביעה בפני ערכאות בינלאומיות ולא בישראל.

5. פסק הדין הזה הינו קיצוני ביותר, מנוגד כפי שיוסבר להלן, להלכות ברורות של בית המשפט העליון שניתנו בהרכבים מורחבים וכן מנוגד באופן בוטה למשפט הבינלאומי ואף מעורר חשד רציני ביותר להפרה בוטה

לסעיף 8(2)(ב)14) לאמנת רומא הקובע כפשע מלחמה חסימה בפני הנפגעים להגיש תביעות על מנת לזכות בסעד.

6. ערעור זה דן בחוקתיותו של תיקון מס' 8 לחוק שאושר במהלך שנת 2012 והמעניק חסינות למדינה מפני תביעות של תושבי רצועת עזה בגין נזקים שנגרמו להם מכל סוגי הפעולות של הצבא הישראלי, לרבות פעולות שאינן בגדר "פעולה מלחמתית". סעיף זה מסמיך את הממשלה להכריז בצו על שטח שמחוץ לישראל כאל "שטח אויב" ומעניק חסינות למדינה על כל תביעה של נתיני שטח זה.

7. שנתיים לאחר אישור תיקון מס' 8 לחוק וביום 7.10.2014, פרסמה הממשלה את צו הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (הכרזה על שטח אויב – רצועת עזה), תשע"ה 2014 (להלן: "הצו"). תחולת הצו נקבעה למפרע וזאת לארבעה חודשים לפני פרסומו היינו החל מיום 7.7.2014, שזה אותו יום שבו החל המבצע הצבאי "צוק איתן". למעשה זהו הצו היחיד שפורסם על ידי הממשלה מכח החוק. בכך מחיל פסק הדין רטרואקטיבית את הצו וחוסם את זכותם של כל תושבי רצועת עזה מלהגיש תביעת נזיקין בגין נזקים שנגרמו להם, לרבות אלו שנגרמו להם מפעולות שאינן מלחמתיות.

8. כנגד תיקון זה נמתחה ביקורת חריפה כולל ממשפטנים ישראלים מהאקדמיה המומחים למשפט הבינלאומי בנימוק כי הוא נועד הלכה למעשה לעקוף את בג"ץ 8276/05 **עדאלה נגד שר הביטחון** (פסק דין מיום 12.12.2006) (להלן: "**עדאלה נגד שר הביטחון**). שם, נדונה חוקתיותו של סעיף 5ג לחוק שתוקן בשנת 2005 במסגרת תיקון מס' 7 לחוק ואשר שלל את אחריות המדינה בגין נזקים שנגרמו עקב פעולות הצבא באזור עימות. סעיף זה היה אמור לחול על תביעות נזיקין שהוגשו ע"י פלסטינים תושבי עזה והגדה המערבית אך נפסל ע"י בג"ץ פה אחד ובהרכב של תשעה שופטים לאחר שקבע ששלילת אחריות המדינה בהקשר לתביעות נתיני אזור עימות הינה גורפת ובלתי מיידתית.

9. ההליך בפני בית משפט קמא הוא הראשון בו מוגשת תביעת נזיקין אישית ע"י תושב רצועת עזה כנגדה נטען ע"י המדינה כי יש להחיל את סייג לאחריות המדינה בגינה לפי תיקון מס' 8.

10. ביום 22.5.2016 הגיש התובע לבית המשפט המחוזי בבאר שבע תביעת נזיקין ובתגובה לתביעה, הגישה המדינה ביום 3.7.2016 בקשה לעשות שימוש בהוראת תקנה 101 לתקנות סדרי הדין האזרחי, התשמ"ד – 1984 ולדחות את התביעה על הסף לאור תיקון מס' 8 לחוק. המדינה טענה כי תיקון מס' 8 לחוק קובע, כי אין המדינה אחראית על נזקים שנגרמים לתושב של שטח מחוץ לישראל שהממשלה הכריזה עליו בצו. באותה בקשה ציינה המדינה כי מדובר בתביעה הראשונה מסוגה המתייחסת לארוע שהתרחש ברצועת עזה לאחר ההכרזה על רצועת עזה כ"שטח אויב".

11. בתגובת התובע נטען שתיקון מס' 8 לחוק, הינו בלתי חוקתי שכן הוא אינו עונה על מבחן ההסמכה המפורשת בחוק בהיותו מעניק שיקול דעת גורף לממשלה ובכך הוא לא מקיים את הגדרת "הסדר ראשי"; הוא לא לתכלית ראויה כי הוא מנוגד למשפט הישראלי ולמשפט הבינלאומי ומאמץ דוקטרינה בלתי חוקית הקובעת כי כל תושבי עזה הם בגדר נתיני אויב שמוצדק לשלול את זכויותיהם; וכי הוא פוגע בזכויות יסוד

באופן גורף ובלתי מידתי. כן נטען כי אותו צו המכריז על הרצועה כאל "שטח אויב" אינו חוקי שכן הוא הכריז על הרצועה כ"שטח אויב".

12. חשוב מאוד לציין כי, כל נימוקי פסק הדין הנדון שדוחים את טיעוני התובעים הועלו על ידי המדינה בעניין **עדאלה נגד שר הביטחון** וכי כולם נדחו בהיותם לא עומדים במבחן הבדיקה האינדיבידואלית, וכי הם גורפים ומנוגדים לדיני נזיקין. אכן עיקרו של פסק הדין הוא באימוץ **דוקטרינת נתיני אויב** שלפיה עצם שיוכו של אדם ללאום מסוים או לשטח טריטוריאלי שהוכרז כשטח אויב היא מספקת כדי לשלול את זכויותיו ולפגוע בהן בכל מצב. דוקטרינה זו נדחתה בעניין **עדאלה נגד שר הביטחון** ששם המדינה ביקשה להצדיק את חוקתיות תיקון 7 בטענה שכל הפלסטינים תושבי עזה והגדה המערבית הם בגדר נתיני אויב לאור מצב העימות על רקע האינתיפאדה השנייה וכי במצב אוביות ועימות מסוג זה כל צד יפצה את נפגעיו; כמו כן, טענה המדינה כי קיימים קשיים ראייתיים בעצם הגשת תביעות נזיקין במצב עימות. בג"ץ בהרכב מורחב ופה אחד דחה את כל הטיעונים האלה וקבע כי עצם הרחבת ההגדרה של פעולה מלחמתית מעבר לפסיקה של בית המשפט העליון עונה על התכלית וכל קביעה גורפת מעבר לכך היא בלתי חוקתית.

13. גם לאחרונה ובדנ"א **דיראני** (דנ"א 5698/11 **מדינת ישראל נגד דיראני**) (פסק דין מיום 15.1.2015) (להלן: "**דנ"א דיראני**") ועל דעת הן עמדת הרוב והן עמדת המיעוט של תשעת שופטי בית המשפט העליון, נקבע כי דוקטרינת נתיני אויב שחלה במאה ה-19 לא מקובלת היום. לא במקרה שעמדת הרוב, על אף המחלוקת והבעייתיות שלה, הדגישה כי היא לא מחילה את הדוקטרינה על תושבי נתיני אויב באשר הם, כולל לבנון (על אף שלבנון מוכרזת בחקיקה הישראלית כמדינת אויב), והיא מצמצמת את ההלכה לחול אך ורק על "אויב פעיל" ובלשון השופט מלצר כתוארו אז, היא אף לא חלה על פעיל לשעבר אלא על "אויב ממשי" הפעיל בעת הגשת תביעתו.

14. מהרגע שפסק הדין הנדון קובע כי התיקון הינו לתכלית ראויה על בסיס הדוקטרינה הגזענית בניגוד לפסיקה העליונה והמשפט הבינלאומי, הוא מגיע למצב אבסורדי שמעיד שגם פסק הדין כשלעצמו הוא בעייתי ביותר ושחובה לבטלו באופן מיידי. שכן, פסק הדין קובע כי במצב אוביות כל צד עומד עם בני עמו לכן התובעים יגישו תביעות שקריות ומחוסרות תום לב ואילו הנתבעים (החיילים ומפקדיהם) יגוננו על עצמם נגד בני העם האחר גם אם הגנתם היא לא נכונה ובכך כל הצדדים יפעלו בחוסר תום לב וכי הטייה זו תהיה גם מנת חלקם של השופטים שחייבים לנקוט עמדה נגד הצד האויב.

15. המערער טוען כי כל הנימוקים לעיל הינם שגויים ומנוגדים הן למשפט הישראלי ולפסקה העליונה, לרבות ההלכה הפסוקה שנקבעה בעניין **עדאלה נגד שר הביטחון**, וכן מנוגדים למשפט הבינלאומי המחייב כי נתינים מוגנים זכאים לסעד אפקטיבי המתבטא בהגשת תביעות נזיקין אישיות. להלן נפרט בפירוט את נימוקי הערעור.

16. בשל גורפתו של התיקון הנדון ומשום שפסק הדין משנה את המצב המשפטי השורר ובאופן קיצוני ביותר ובשל הטענה שהוא מעורר חשד רציני להפרות בוטות על פי המשפט הבינלאומי הפלילי, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון בתיק זה בהקדם ובפני הרכב מורחב.

**פסק הדין טועה בקביעתו שהחוק מקיים אחרי תנאי ההסמכה המפורשת**

17. בית משפט קמא טעה כאשר קבע כי הוראות תיקון מס' 8 לחוק וכן הצו שהוצא ע"י הממשלה מכוחו המכריז על שטח עזה כאל שטח אויב, עונים על מבחן ההסמכה המפורשת בחוק שלפיה החוק חייב לענות על הגדרת הסדר ראשי שתוחם את שיקול הדעת ומציין את דרכי הפעלתו.

18. לטעמו של בית המשפט קמא הוראת החוק הינה ברורה והוא מנמק זאת כך: "בענייננו, הממשלה רק הכריזה על מצב-דברים עובדתי שהיה מן המפורסמות עוד קודם לכן, מאז השתלטות חמאס על חבל עזה, בהתאם להגדרה הסטוטורית בסעיף 91 בחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (להלן: "חוק העונשין"), שאליה מפנה סעיף 5ב בחוק הנזיקים. מצב-דברים זה הוכר, עוד לפני ההכרזה הממשלתית, על ידי בית המשפט העליון (עניין אלבסיוני: בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נגד ראש הממשלה (פסק דין מיום 30.1.2008)), (פסקה 49 לפסק הדין). בפסקה 49 לפסק הדין ממשיך וקובע:

"אין כל פגם, אפוא, במעמד הנורמטיבי של הוראת החוק הנבחנת, ואין כאן גם תחיקה פגומה למפרע. אין צריך להזכיר כי האירוע מושא התביעה התרחש, כנטעו, לאחר שזירתו הפכה, עובדתית, לשטח אויב; לאחר שבית המשפט העליון קבע כך; ולאחר שהממשלה הכריזה כאמור, בהתאם בחוק הנזיקים."

19. חוק אינו יכול לענות על מרכיב ההסמכה המפורשת הנדרשת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אם הוא מעניק שיקול דעת גורף לממשלה. כך הוא המצב בתיקון מס' 8 לחוק המעניק שיקול דעת גורף לממשלה להכריז על שטח, המצוי מחוץ לישראל, כאל שטח אויב ובכך להחיל את החוק עליו. תיקון מס' 8 אינו קובע מתווה או קריטריונים כלשהם להפעלת שיקול דעת הממשלה באשר לתנאים שעליהם לחול על מנת שהממשלה תפעיל את סמכותה מכח החוק ותוציא צווים בנושא והוא קובע בסעיף 5ב(1) כדלקמן:

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

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

20. החוק אינו קובע מתווה מדויק, מפורט וברור למקרים שבהם הממשלה יכולה להכריז על שטח שמחוץ לישראל כאל שטח אויב ומותיר את שיקול הדעת המלא והגורף לממשלה. ולכן לא ברור על סמך איזה קריטריונים קבעה הממשלה כי שטח רצועת עזה יוכרז כ"שטח אויב".

21. ההסמכה לפגיעה בזכות חוקתית, חייבת להיות ברורה, מפורטת, וכזו המתווה "נורמה המדריכה (מכוונת) התנהגות בשיטת המשפט". עקרונות אלה נובעים מעקרון שלטון החוק, אשר מחייב כי שיקול הדעת להגבלת זכות יהיה מונחה ומבוקר בחקיקה ראשית. כדברי פרופ' ברק:

"שלטון החוק בהיבטו המהותי הצר, מתייחס לכל אותם יסודות שהם חיוניים לקיומו של חוק כנורמה המדריכה (מכוונת) התנהגות בשיטת המשפט. כך, למשל, תנאי הוא לשלטון החוק שהחוק יהיה כללי, פומבי, ידוע ומפורסם, ושהוא יהיה ברור, ודאי, וניתן להבנה באופן שבני הציבור יוכלו לנהל על פיו את ענייניהם...{הרכיב} "בחוק" – אין משמעותו אך זאת שחוק של הכנסת מכיל את ההגבלה. הדרישה אינה באה להצביע אך על הצורך במקור משפטי פורמלי להגבלת זכות אדם...לדעת, הוא מוסיף וקובע, כי מקור פורמלי זה צריך לקיים דרישות נוספות שהן טבעיות ומהותיות לקיומו של משפט כגורם המכוון התנהגות אנושית...חקיקה הקובעת כי זכויות האדם יוגבלו על פי שיקול דעתו של פלוני, אינה מקיימת את דרישות המינימום של הגבלה "בחוק" במשפטנו. על פי גישה זו הדרישה כי ההגבלה על זכות האדם תהא "בחוק" היא בעלת חשיבות רבה. אין זו אך דרישה פורמלית (שלטון חוק פורמלי), אלא גם דרישה מהותית...המהותיות נבחנת מבחינת תיפקודו של המשפט כמערכת מדריכה ומכוונת התנהגות אנושית. גישה דומה באשר לתכליתה של פסקת ההגבלה נוקטים בית-המשפט האירופאי לזכויות האדם ובתי המשפט הקנדיים." (ברק, בעמ' 490-491).

22. בעניין **מטה הרוב** שדן בסמכות הכללית שניתנה בסעיף 85 לפקודת המשטרה למפקד המחוז במשטרה לתת רישיון להפגנה, להתנותו בתנאים או לסרב לתת אותו נקבע כי ההסמכה היתה עמומה:

"עיון בלשונו של סעיף 85 לפקודת המשטרה מעלה כי ההסמכה הניתנת בו למפקד המשטרה להתנות מתן רישיון להפגנה בתנאים, הינה כללית ועמומה. הסעיף איננו מפרט, ולו בקווים כלליים, מהם התנאים אותם רשאי מפקד המשטרה לקבוע, ובשל אלו שיקולים רשאי הוא לקבוע תנאים כאמור. אין בו הכוונה כלשהי של שיקול הדעת המינהלי. זוהי חקיקה סתומה (vague). חקיקה סתומה איננה רצויה. יש בה כדי לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק (ראו בג"ץ 2740/96 **שנסי נ' המפקח על היהלומים**, פ"ד נא(4) 481, 520; להלן – פרשת **שנסי**). בעקרון הפרדת הרשויות כיצד? עקרון זה מחייב כי הכנסת, ולא הרשות המבצעת, תקבע את אמות המידה הכלליות להפעלתה של סמכות מנהלית. הסמכה רחבה וסתומה פוגעת בסמכות החקיקה של הכנסת. בעקרון שלטון החוק כיצד? שלטון החוק המהותי מחייב שהחוק יהיה "ברור ודאי וניתן להבנה באופן שבני הציבור יוכלו לנהל על-פיו את ענייניהם" (שם, שם). הסמכה כוללת ועמומה פוגעת ביכולתם של בני הציבור לדעת אל נכון את זכויותיהם וחובותיהם... חקיקה עמומה נוגדת את הוראות החוקה (ראו למשל L. Tribe, American Constitutional Law 2<sup>nd</sup> ed. 1988) 1033-1035; P.W. Hogg, Constitutional Law of Canada (Student ed. 1063-1068 (2005)). גישה זו חלה גם במשפטנו, וזאת לעניין חקיקה שאינה 'מוגנת' מביקורת חוקתית באמצעות הוראות של 'שמירת דינים'." (בג"ץ 2557/05 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל**, פ"ד סב(1) 200, 214-215 (2006)).

23. והמשנה לנשיא חשין בפסק דינו בעניין **וועדת המעקב העליונה** התייחס לבעייתיותה של חקיקה כזו והוא מצטט את דבריו של פרופסור קלינגהופר לפיהם:

"...שלטון החוק פירושו איננו שדי בכך שלכל פעולה רשמית יהיה כיסוי פורמלי בחוק... גם במשטרי רודנות יש חוקים, אלא שהם נותנים לרודן יפוי – כוח בלתי מוגבל לעשות כל דבר שיעלה על דעתו. הלזה יקרא מדינת חוק?" (בג"ץ 11163/03 **וועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נגד ראש ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 1, 66-67 (2006) (להלן – עניין **וועדת המעקב העליונה**)).

24. ורי גם דברי המלומד טרומבלי בספרו **שלטון החוק, צדק ופרשנות**:

"...[t]he law must be precise. The content of the legal rules must not be undermined, vague, ambiguous, obscure, or contradictory so as to leave the government, the judges, and the citizens with discretionary power. That corollary is opposed to using or appealing to vague, confused and general standards such as "public policy", "good morals", "reasonableness", "good faith", "public interest, equity", "fairness", and the like." (Luc Tremblay **The rule of law, justice and interpretation** (1997), p. 152).

25. ללא קשר למעמד עזה המיוחד, פסק הדין הינו מוטעה גם לאור העובדה לפיה הפעלת דוקטרינת נתיני אויב אינה יכולה להתקיים ולו באופן חלקי לא שכן באופן גורף, על מצב שהוא לא מוכרז בפועל כמצב מלחמה. כך היא המסקנה המשפטית שהגיעו אליה שופטי בית המשפט העליון בדנ"א **דיראני** שמצאו שהמצב המשפטי בעולם לא מחיל קטגוריית "נתיני אויב" על מצב אי מלחמה או אי עימות בפועל אלא הוא מחייב קיומה של הכרזה בפועל נכונה על מצב מלחמה. התיקון הנדון מתעלם מעובדה זו ולכן הוא לא יכול להיות מופעל בכל עת לרבות על המקרה הנדון.

26. חשוב לציין כפי שיוסבר בהמשך, שגם שלבנון מוכרזת כמדינת אויב, ההלכה שנקבעה בדנ"א **דיראני** קובעת כי אין להתייחס לכל תושבי לבנון כנתיני אויב לצורך מימוש זכות הגישה לערכאות שכן ההכרזה אמורה להיות על מצב מלחמה ממשי בפועל. פסק הדין הנדון מאשר הוראת חוק שלא תואמת את המצב המשפטי הזה.

27. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור לשונן של שאר הוראות החוק שעושות הבחנה בין מקרה של פעולה מלחמתית שהגדרתה בחוק הינה רחבה מאוד לבין מקרים אחרים. לפי פסק הדין הנדון אין צורך בהבחנות האלו כי די בהכרזה בצו על מצב מסוים גם כאשר לא מדובר במבצע צבאי, מלחמה או פעולה מלחמתית, כדי לחסום את עצם הגשת התביעות ע"י תושבי הרצועה. גורפות מסוג זה מאיינת את משמעותן של יתר הוראות החוק ומובילה למצב גורף שהוא גם לא תואם את המצב העובדתי לאושרו. מכאן שהתיקון לא יכול לעמוד בהגדרת "הסדר ראשי".

28. ועוד, גם ללא קשר למצב החוקתי, הרי כל החלטה מנהלית מחייבת את הרשויות לשקול מחדש את תוקפה ואת נכונותה, הכרזה על מצב מלחמה שמובילה לשלילה גורפת של זכויות, מחייבת שקילה מחדש כאשר המצב בפועל משתנה. פסק הדין מתעלם מנושא זה וקובע כי הצו יחול בכל מקרה גם אם לא נעשתה שיקלה מחודשת להפעלתו. ראו למשל דברי השופט דפנה ברק-ארז **אבו אלקיעאן** בעניין חובת הרשות המנהלית להפעיל שיקול דעת מחודש תוך בחינת השינוי בעובדות: רע"א 3094/11 **אבו אלקיעאן נגד מדינת ישראל**, פסקה 15 לפסק הדין של כב' השופטת ברק-ארז (פסק דין מיום 5.5.2015).

29. על יסוד האמור לעיל קביעתו של פסק הדין הנדון לפיה התיקון לחוק מקיים את התנאי הראשוני של פסקת ההגבלה היא לא נכונה ולחילופין היא לא יכולה להתקיים על המקרה הנדון משום שהממשלה לא שקלה מחדש את הפעלת הצו.

### **בית משפט קמא טעה כאשר לא התייחס לפגם בעניין תחולת הצו למפרע**

30. בית משפט טעה כאשר לא התייחס לטענת המערער בפניו בעניין הפגם שבצו הממשלה שהכריז למפרע ובאופן רטרואקטיבי על שטח עזה כאל שטח אויב. צו הממשלה פורסם ביום 26.10.2014 אך נקבע בו שתחילת תוקפו תהא החל ביום 7.7.2014, היינו כארבעה חודשים לפני ההכרזה כאשר הכוונה שההכרזה

תחול על מי שנפגע במהלך המבצע המכונה "צוק איתן" שהחל ביום 8.7.2014 והסתיים ביום 26.8.2014. המערער פירט וטען כי תחולה למפרע פוגעת בעקרון הוודאות והיציבות ועל כן הוא לא מקיים את התנאי הראשון של פסקת ההגבלה תוך הפניה לפסיקה עליונה שקבעה כי אל לו לחוק לפגוע בזכויות קנויות ובאינטרסים ובציפיות הראויות של הנפגע למפרע. כמו כן הפנה המערער אל הפסיקה העליונה שקבעה כי לא ניתן להחיל חקיקה חדשה למפרע במיוחד כאשר נתקיימו ציפיות ראויות (ראו למשל: בג"ץ 9098/01 גניס נגד משרד הבינוי והשיכון, תק-על 2004(4), פסקה 16 לפסק הדין; ע"א 10/55 "אל-על" בע"מ נגד עיריית תל אביב יפו, פד"י י 1586, 1589 (1956); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נגד שר האוצר, פד"י נא(1) 367 (1997)).

31. בית משפט קמא לא נדרש כלל לטיעון הנ"ל והסתפק בקביעה שלא היתה מלווה בכל ניתוח או נימוק משפטי אודות חוקיות תחולת הצו למפרע. שתי ההזדמנויות היחידות בהן התייחס בית המשפט קמא לטיעון זה היו: הראשונה, בפסקה 49 (שורות 17-18 בעמוד 15) בה נקבע כי "אין כל פגם, אפוא, במעמד הנורמטיבי של הוראת החוק הנבחנת, ואין כאן תחיקה פגומה למפרע." והשנייה בפסקה 153 בה נקבע (בשורות 23-25 בעמוד 47) כי: "ובהתאם להכרזת הממשלה על שטח זה כעל "שטח אויב" – היא הוראת חוק, או הוראה לפי חוק, שאין בה פגם מבחינת המדרג הנורמטיבי של הפגיעה בזכות התביעה בנזיקין של נתיני אויב, ומבחינת תחולתו למפרע." מעבר לכך אין כל התייחסות.

32. בכך טעה בית משפט קמא במיוחד שטיעון המערער לא נגע לתחולת החוק עצמו למפרע אלא לתחולת צו של הממשלה ובכך הוא משליך על חוקיות החלת החוק למפרע. במידה ובית המשפט העליון יותיר את פסק הדין על כנו, הרי משמעות הדבר שהוא יאשר תחולתו של צו שהוצא מכח חקיקה ראשית למפרע כאשר החוק עצמו אינו חל למפרע. עקיפה כזו הינה חריגה מסמכות שכן החוק עצמו לא הסמיך את הממשלה להוציא צו למפרע אלא רק להוציא צו המכריז על שטח שהוא מחוץ לישראל כשטח אויב. לכן התרת חוקיותו של הצו תפגע גם בעקרון שלטון החוק.

### **תכליתו של תיקון מס' 8 אינה ראויה**

#### פסק הדין הינו בלתי חוקתי כי הוא מאמץ דוקטרינה גזענית: דוקטרינת נתיני אויב

33. המערערים טוענים כי תיקון מס' 8 אינו לתכלית ראויה כי הוא מאמץ דוקטרינת נתיני אויב שהיא דוקטרינה שנהפכה ללא לגיטימית ואסורה לאחר סיום מלחמת העולם השנייה וזאת משום שהיא גזענית בטבעה ששוללת זכויות מבני אדם ומאפשרת את הפגיעה בהם אך ורק לפי שיוכם; הדוקטרינה הזו עומדת בניגוד לפסיקה הישראלית; ומנוגדת לעקרון ההבחנה שהוא הבסיס לדיני המלחמה והפרתו נחשבת להפרה בוטה למשפט הבינלאומי המנהגי.



34. ואולם פסק הדין קובע כי תכלית החוק הינה ראויה על בסיס דוקטרינת נתיני אויב. ובכך פסק הדין הופך את עצמו לבלתי חוקתי כי כל נימוק להצדקת הדוקטרינה הוא בעצמו נופל בגדר האיסורים שבמשפט הבינלאומי. כפי שנפרט דוקטרינה זו נשללה גם בעניין **עדאלה נגד שר הביטחון** וגם בעניין **דנ"א דיראני**.

35. פסק הדין מנמק כי התיקון הינו לתכלית ראויה כי יש לראות בתביעות האיטיות של תושבי הרצועה כאל תביעותיהם של אויבים כאשר יחס האויבות בינם לבין מדינת ישראל מייצר חזקה שכולם שקרנים; כל התובעים ועדיהם הם מגישי עדויות שקר; כי הגשת התביעות עצמן נגד מדינת ישראל נעשית באופן חסר תום לב; כי לפי המשפט הבינלאומי על כל צד לפצות את קורבנותיו; כי בשל האויבות שלא מכירה את עקרון האבחנה, תביעות אלו מייצרות קשיים ראייתיים שהמדינה הנתבעת אינה אמורה ואינה יכולה להידרש אליהן; כי האויבות שוללת מטבעה את האפשרות לאבחן בקרב תושבי עזה בין לוחמים לבין אוכלוסייה אזרחית; כי לא ניתן להסתמך על זיכרונם של בעלי הדין ועוד.

36. לפי פסק הדין הדוקטרינה האסורה הזו חלה גם על השופטים ועל הנתבעים. פסק הדין קובע כי ממילא בבירור תביעות נתיני אויב תוצאות המשפט לבטח יהיו מוטות כי השופטים הם בהכרח בעלי דעה קדומה באשר לתוצאות התיק שבפניהם; כי גם הם נוקטים צד לטובת בני עמם וכי גם החיילים והמפקדים בתור נתבעים ייטו לשקר כי הם חלק מהאויבות שמחייבת כל צד מטבעה לפעול נגד הצד השני (ראו פסקאות 77-90 לפסק דין קמא).

37. בכך פסק הדין עצמו מעיד כי דינו בטלות כי הוא רואה את עצמו כחלק מן ההטייה שהיא תכונה מובהקת של סוג זה של אויבות. היינו, פסק הדין בעצמו קובע כי הוא מאיין מלכתחילה את כל כללי ההגנות, ניטרליות, ותום הלב וקובע כי הוא בעצמו חלק מהסכסוך.

38. בכל מקרה, פסק הדין מעיד, כי התכלית שעומדת מאחורי התיקון הינה תכלית גזענית ואסורה בהיותה הולמת את "דוקטרינת נתיני אויב" כי כל עקרון גורף ששולל זכויות אדם אך ורק על בסיס שיוך לאומי, אתני או טריטוריאלי כמו שהתיקון עצמו עושה, הוא עקרון פסול ומנוגד למשפט העמים. לא במקרה שהפסיקה של בית המשפט העליון שללה אותה לחלוטין.

39. נתחיל **בדנ"א דיראני**. על אף שלבנון היא מדינה שמוכרזת על בסיס החוק הישראלי ובשורה של חוקים כמדינת אויב, ולמרות קיומן של מלחמות בין מדינת ישראל ללבנון, דעת הרוב **בדנ"א דיראני** לא אימצה את הדוקטרינה של נתיני אויב שאומצה בפסק דין קמא. כל שופט ושופטת מעמדת הרוב **בדנ"א דיראני**, כפי שנפרט הדגישו כי התחולה היא פרטנית ולא חלה על כל תושב לבנוני בהיותו נתין אויב והיא גם לא חלה על מי שהיה פעיל בעבר בארגון המוגדר כארגון טרור במדינה זרה והפסיקה את פעילותו.

40. כך הנשיא גרוניס מציין בפסקה 58 לפסק דינו בעניין **דיראני**: "בטרם סיום פרק זה, אבקש להעיר שתי הערות. ראשית, אבקש להדגיש כי ההתאמה של הכלל במשפט המקובל שעליה הצבעתי לעיל, מתייחסת

לפעיל בארגון טרור **הנמצא במדינה זרה** שממנה פועל ארגון הטרור. " (ההדגשה במקור). ובפסקה 73 שוב מדגיש הנשיא כי הוא לא מחיל את הדוקטרינה הגורפת על תושב שהוא בבחינת "נתין אויב": "גם צמצום היקפו של הכלל במשפט המקובל, כפי שהוא מוחל במהלך עימות מזוין עם ארגון טרור, לתובעים שהם פעילים בארגוני טרור במדינה זרה, ואי החלתו של תושבי המדינה הזרה כולם, מהווים גם בחירה באמצעי שפגיעתו בזכויות הפרט פחותה." ובפסקה 81 לפסק דינו קובע הנשיא: "יש ליתן לטעמי משקל לעובדה כי הטוען לפגיעה בזכויותיו (בענייננו, הפעיל בארגון טרור) נושא באחריות להיותו במעמד שבו הוא נמצא." הנשיא גרוניס אף שלל את תחולת הדוקטרינה על מי שהוא נתין אויב, היה פעיל אך הפסיק את פעולתו וכך הנשיא מציין בפסקה 103 לפסק דינו: "ואילו דיראני לא היה חוזר לפעילות הטרור לאחר שחרורו, תביעתו הייתה ממשיכה להתברר."

41. גם פסק דינו של השופט מלצר (כתוארו אז) בעניין **דנ"א דיראני** מדגיש ומבליט, כי הוא לא מחיל את הדוקטרינה בהיקפה הגורף. כך היא הפתיחה של פסק דינו של השופט מלצר. כך הוא גם מבקש להדגיש בפסקה 11 לפסק דינו: "תובע כזה איננו רק "נתין אויב", **הוא אויב ממש**". (ההדגשה במקור). ובפסקה 12 קובע כי "בנסיבות אלה כל עוד דיראני משתתף בפועל במערכה של חיזבאללה נגד מדינת ישראל, ממקום מושבו בלבנון – הוא נושא עימו "סל" זכויות מצומצם מזה שזכאים לו אזרחים זרים, או נתונים "רגילים" של מדינות עוינות, אשר אינם נוטלים חלק בפעילות איבה לוחמניות נגד ישראל."

42. למעשה על אף הבעייתיות הרבה בעמדת הרוב **בדנ"א דיראני**, היא שללה את תחולת הדוקטרינה וצמצמה את תחולתה על מקרה שנקרא בספרות על "לוחמים פעילים".

43. לא רק זו, עמדת הרוב **בדנ"א דיראני** בעצמה מציינת כי אין אף מדינה בעולם שמחילה היום את הדוקטרינה באופן גורף כפי שהתיקון הנדון בתמיכת פסק הדין נשוא ערעור זה עושים. אין מדינה ששוללת את הזכות לגישה לערכאותיה אך ורק משום שמדובר בנתין אויב, ואין אף פסק דין שמאשר את קביעתו של פסק הדין נשוא הערעור. כך למשל, מציין השופט מלצר בפסקה 10 לפסק דינו בעניין **דיראני** כי מקריאתו לפסקי הדין הרבים שעיין בהם, עולה כי הם כוללים חריגים רבים.

44. גם לפני **דנ"א דיראני**, פסק הדין **עדאלה נגד שר הביטחון** שניתן פה אחד על ידי הרכב מורחב של תשעה שופטים שלל ודחה את תחולתה של הדוקטרינה. שם המשיב ביקש להצדיק את תיקון מס' 7 לחוק הנזיקים כדי שיחול על אזור עימות מאותם נימוקים וצידוקים שפסק הדין נשוא הערעור מבקש לקדם. הנשיא ברק מעלה על פני שלושה עמודים (פסקאות 15-18 לפסק דינו) את צידוקי המשיב ושם הטיעון הדומיננטי היה שמדובר בנתני אויב, אזור עימות שבו מתנהלת בעקבות האינתיפאדה השנייה "מלחמה במובנה היום-יומי" וכי במצב של אויבות "יש לפעול בהתאם לכלל לפיו על כל צד לעימות המזוין לשאת בנזקיו." כמו כן, המשיב הדגיש את הקשיים הראייתיים בניהול תביעות מסוג זה. כאמור, כל הטיעונים האלה נדחו על ידי בית המשפט הנכבד ולא היה שופט אחד שנתן הצדקה ולו בעקיפין לעצם השימוש

בדוקטרינת נתיני אויב השוללת את זכות הגישה לערכאות אך ורק בהיותו פלסטיני או מתגורר באזור שהוכרז כאזור עימות.

45. כל משקלו של פסק הדין נשוא הערעור נשען על אמרות אגב של השופט חשין המנוח בענין **עדאלה נגד שר הפנים** שדן בחוקתיות התיקון השולל איחוד משפחות. בהקשר זה חשוב לציין ראשית, כי מדובר באמרות אגב בעמדת שופט יחיד ששללה את הכניסה לישראל לכל נתין בעולם ללא קשר אם הוא נתין אויב או לא. היינו, עיקר פסק דינו של השופט חשין דן באם קיימת זכות לזר להיכנס אל מדינת ישראל. שנית, האמרות האלה הן אכן בעייתיות ביותר, חריגות וקשות ביותר בהיותן מתייגות כל פלסטיני באשר הוא. אך הן לא הלכה פסוקה ולא במקרה שמעולם לא אומצו על ידי בית המשפט העליון. נהפוך הוא, בעניין **עדאלה נגד שר הביטחון** שניתן לאחר **עדאלה נגד שר הפנים** בג"ץ דן בטענת המדינה שביקשה להישען על עמדתו של השופט חשין, אך לא היה שופט אחד שקיבל את הטענות ולא היה אזכור כלשהו לאמרות אלה. לא זו בלבד, **דני"א דיראני** שמשטרע על עשרות עמודים ודן בהרחבה בסוגיית נתיני אויב, לא היה ציון כלשהו, לא על ידי שופטי הרוב ולא על ידי שופטי המיעוט, לאמרותיו של השופט חשין. שלישית, אמרותיו של השופט חשין לא היו עיקר פסק דינו שכן הוא נתן משקל כבד לעצם העובדה שמדובר בהוראת שעה, שהיא לא קיימת בענייננו.

46. השופט הנדל כתוארו אז **בדני"א דיראני** עמד בפסקה 13 לפסק דינו על הבעייתיות שנוצרה מהשימוש בעבר בדוקטרינת נתיני אויב שנעשה בה שימוש במלחמת העולם הראשונה והשנייה וכדברי השופט הנדל משפט זכויות האדם היום שולל את העבר הזה בהיותו עבר רע כדבריו בפסקה 13 לפסק דינו: "בתקופה זו מערך הזכויות והערכים בעולם כולו, לרבות באנגליה, היה שונה מכפי שהוא היום". נבקש להלן לחזק עמדתו זו של השופט הנדל ולציין כי למעשה הדוקטרינה שהחיל אותה פסק הדין נשוא הערעור, נופלת באיסורים המוחלטים של המשפט הבינלאומי היום.

47. אכן הדוקטרינה הגורפת הזו שומשה בעבר ובשתי מלחמות העולם. המקרה הבולט היה האמריקאי. ארה"ב אישרה מדיניות לפיה המוצא האתני והלאומי הוא האינדיקאטור לאיום הביטחוני הנובע מהנתין. בשנת 1942 אישר הנשיא האמריקאי רוזוולט מדיניות אשר פוונה נגד אזרחים אמריקאים ממוצא יפני, לפיה בני אדם ממוצא יפני נחשבו כנתיני מדינת אויב אף אם היו אזרחי ארה"ב באותה עת. כל מי שהיה אזרח אמריקאי ממוצא יפני הועבר למחנה פליאה בהנחה כי הוא מהווה סיכון לביטחון ושלום הציבור. מדיניות דומה ננקטה גם כלפי אזרחים אמריקאים ממוצא גרמני ואיטלקי למרות שאלו לא הועברו למחנות הפליאה אך תנועתם הוגבלה. חשוב לציין כי מקורה של מדיניות זו לא היה קשור באופן בלעדי לארועי מלחמת העולם השנייה, כי אם להגבלת הגירת היפנים לשטח ארה"ב, הגבלה שהתחילה עוד בשנת 1907. מדיניות זו הביאה לפליאתם של יותר מ- 100,000 אזרחים אמריקאים ממוצא יפני. המדיניות הועברה לביקורת שיפוטית בבית המשפט העליון האמריקאי לראשונה בעניין **הירביאשי** (*Hirabayashi v. United States* 320 U.S. 81 (1943) at 95). בעניין **הירביאשי** נדונה הגבלת תנועתו של אזרח אמריקאי ממוצא יפני מהנימוק כי מוצאו הינו אינדיקאטור לנאמנותו למדינת יפן והשקפותיו הפוליטיות נגד

ארה"ב. בית המשפט אישר את המדיניות והתבסס בהחלטתו על הקשר התרבותי בין האזרחים האמריקאים ממוצא יפני לבין מדינת יפן עצמה, התרבות והשפה היפנית והקהילה היפנית. כשנה לאחר מכן, ניתן פסה"ד של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין **קורמטצו** אשר דן בפליאתם של אזרחים אמריקאים ממוצא יפני במחנות פליאה במטרה למנוע מהם שיתוף פעולה עם האויב וריגול למענו. קורמטצו סירב להיענות לצו הפליאה ועל כן הגיש את עתירתו לבית המשפט אך המדיניות אושרה שוב (ראו: *Korematsu v. United States*, 323 U.S., 214 (1944)).

48. עם סיום מלחמת העולם השנייה הושמעו ביקורות חריפות כנגד שני פסה"ד לעיל בפרט ונגד השימוש בדוקטרינת מדינות אויב בכלל. בשנת 1986 ביטל בית המשפט המחוזי הפדרלי במחוז התשיעי את הרשעתו של הירביאשי מהנימוק לפיו, ההרשעה התבססה על סטריאוטיפים גזעניים נגד המורשע (ראו: *Hirabayashi v. United States*, 828 F.2d 591, 593 (9<sup>th</sup> Cir. 1987)). ובשנת 1988 אושר חוק פדרלי מטעם הקונגרס - Civil Liberties Act of 1988 – אשר בו, בין היתר, התנצל הקונגרס בשם העם האמריקאי בפני האזרחים האמריקאים ממוצא יפני על מה שהממשל האמריקאי עולל להם במהלך מלחמת העולם השנייה (לעיון בחוק ראו: <http://www.civics-online.org/library/formatted/texts/civilact1988.html>).

49. החרפה שנבעה מהשימוש בדוקטרינת מדינות אויב במהלך מלחמת העולם השנייה היא שהביאה לשינוי הרציונל שבסיס המשפט הבינלאומי אשר עבר מעקרון העל של ריבונות המדינה אל עקרון העל של איסור ההפליה גם במהלך מלחמות וקונפליקטים. מגמה זו החלה להשתנות עוד לפני כינונה של האו"ם וזאת בהסכם לונדון משנת 1945 שעניינו ההסכמה להעמדה לדין וענישת פושעי מלחמת העולם השנייה מציר המדינות האירופאיות. אף הסכם זה כלל עקרון איסור ההפליה בהעמדתם לדין של פושעי מלחמת העולם השנייה במסגרת משפטי נירנברג וזאת על רקע אתני או דתי של החשודים.

50. בהמשך, עם פיתוחו של המשפט הבינלאומי עוגן והושרש עקרון איסור ההפליה, בין היתר על רקע שייכות לאומית ואתנית. סעיף 3 לאמנת ג'נבה משנת 1949 אף הוא קבע איסור הפליה בזו הלשון:

“Persons taking no active part in hostilities ... shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.”

51. כמו כן, אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 הגנה על אזרחים במהלך מלחמה ואמנת ג'נבה משנת 1951 הגנה על מעמדם של פליטים ושתיהן הגבילו את השימוש בדוקטרינת נתיני אויב. סעיף 44 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע:

“In applying the measures of control mentioned in the present Convention, the Detaining Power shall not treat as enemy aliens exclusively on the basis of their nationality de jure of an enemy State, refugees who do not, in fact, enjoy the protection of any government.”

52. ובשנת 1951 אושרה אמנת הפליטים אשר הרחיבה את ההגבלות על השימוש בדוקטרינת מדינות אויב והרחיבה את תחולת האמנה לא רק על זמני מלחמה אלא גם על זמני רגיעה וקבעה בסעיף 8 כדלקמן:

"With regard to exceptional measures which may be taken against the person, property or interests of nationals of a foreign State, the Contracting States shall not apply such measures to a refugee who is formally a national of the said State solely on account of such nationality. Contracting States which, under their legislation, are prevented from applying the general principle expressed in this article, shall, in appropriate cases, grant exemptions in favour of such refugees."

53. בהמשך אושרו שלושת האמנות הבינלאומיות העיקריות - האמנה לביעור כל סוגי ההפליה הגזעית, האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות והאמנה הבינלאומית לזכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות – אשר עיגנו והשרישו את עקרון איסור ההפליה על בסיס שייכות הפרט לקבוצה חשודה לרבות על רקע אתני ולאום. כך למשל, באמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 נקבע, בסעיף 4 לאמנה, כי אין לגרוע מהזכות לאיסור ההפליה או להתנות אותה במצב חירום לאומי. שכן, בעתות אלה תמיד היה קל למשטרים לנצל את השנאה והעוינות הנוצרות כדי לממש את הפגיעה בחירויותיהן ובזכויותיהן של קבוצות שונות על בסיס שייכותן האתנית; ובמקרים אלה תמיד הפגיעה בזכויות, בהיותה דווקא מתבצעת בעתות המלחמה, גרמה לתוצאות מסוכנות

54. קטיגורציה של נתיני אויב הינה פסולה היום, פוגענית ואף משפילה ומובילה לפגיעה בכבוד שהיא זכות חוקתית מכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שקובע כי זכויות היסוד של האדם במדינת ישראל מושתתות על "ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין...". גם יתר סעיפיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מגינים על חירויותיו הקלאסיות של האדם. סעיף 2 לחוק יסוד זה קובע: "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". סעיף 2 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו מתייחס לכל אדם ולא רק לתושב או אזרח מדינת ישראל. ולכן משהוחלט על כך שקיימת לתושבי הרצועה זכות לתבוע בישראל מכח המשפט הישראלי, המדינה מחויבת להימנע מפגיעה בזכות לכבוד של כל אדם, לרבות כבודם של תושבי הרצועה.

55. גם אמנת ג'נבה הרביעית מחייבת את הכוח הכובש לכבד את גופם, כבודם וזכויותיהם המשפחתיות של התושבים המוגנים. סעיף 27 לאמנה קובע: "מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי, והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשה אלימות או איומי אלימות, ומפני עלבונות וסקרנות הרבים. נשים יוגנו במיוחד מפני התקפה על כבודן, ובעיקר - מפני אונס וכפיית זנות, או מפני כל צורת התקפה על צניעותן. בלא לפגוע בהוראות הנוגעות למצב בריאותם, גילם ומינם של מוגנים, יהא בעל הסכסוך נוהג בכל המוגנים שברשותו מתוך תשומת לב שווה, ללא כל הפליה לרעה המבוססת, במיוחד, על נימוקי גזע, דת או

השקפה מדינית. אולם בעלי הסכסוך רשאים לנקוט, לגבי מוגנים, אותם אמצעי פיקוח וביטחון שיהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה.”

56. לכן, הוראת התיקון הנדון אינה לתכלית ראויה שכן היא עושה קטיגורציה לתושבי עזה כאויבים על בסיס שיוכם הטריטוריאלי ובכך היא תכלית גזענית. מטעם זה בלבד צריך לבטל את פסק הדין הנדון אשר מתנגש עם הפסיקה של בית המשפט העליון ומנוגד לעקרונות היסוד של המשפט הבינלאומי.

### תכלית התיקון אינה ראויה גם לאור מעמדה המיוחד של עזה

57. פסק הדין הנדון מתעלם כליל ממעמדה המיוחד של רצועת עזה והוא מתייחס אליה כישות זרה שאין בינה לבין מדינת ישראל שום קשר משפטי. הוא מתעלם מעצם העובדה שהפסיקה, גם לאחר ההתנתקות, המשיכה לציין כי חלים חובות מן המשפט הבינלאומי ההומניטארי על עזה. פסק דין **אלבסיוני** קבע כי אכן קיימות חובות מיוחדות על מדינת ישראל כלפי תושבי עזה. אכן הוא מסייג את היקף החובות לעניינים הנוגעים לניהול החיים היומיומיים בתוך עזה.

58. מעולם לא נקבע בפסיקה כי תושבי עזה איבדו את מעמדם כאוכלוסייה מוגנת על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי; ומעולם לא נקבע כי מדינת ישראל אינה מחויבת לכבד ולקיים את המשפט הזה ככל שהדברים נוגעים לשליטתה; ומעולם לא נקבע כי עקרון ההבחנה ועקרון המידתיות שבמשפט הבינלאומי ההומניטארי אינם חלים על עזה; ומעולם לא נקבע כי מדינת ישראל לא מחויבת בהגנה על האוכלוסייה האזרחית שם כאשר העניין נמצא בשליטתה; ומעולם לא נקבע גם שחובות על פי המשפט הבינלאומי המנהגי אינן חלות על עזה.

59. התיקון הנדון הינו מסוג העניינים שנמצאים בשליטתה של מדינת ישראל שכן אם לא תקיים חובותיה, הדבר יוביל לפגיעה בזכויות כתוצאה ישירה מאי קיום חובותיה של מדינת ישראל. בהקשר זה יצוין כי גם פסק דין **עדאלה נגד שר הביטחון** ניתן לאחר ההתנתקות וסיום הממשל הצבאי בעזה ועם זאת לעובדה זו לא היה משקל כלשהו בפסק דין שהורה על ביטול התיקון.

60. חובת צד לסכסוך לפצות על נזקים שנגרמו לאזרחים מוגנים הינו כלל בסיסי במשפט ההומניטארי הבינלאומי ואשר מהווה חלק מהמשפט מנהגי. סעיף 3 לאמנת האג משנת 1907 קובע:

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

61. פסק הדין נושא הערעור הזה לא שם לב לעובדה בסיסית שלפי הפסיקה העליונה, המשפט המינהגי חל בין אם מדובר במדינות ובין אם מדובר באוכלוסייה אזרחית, בין אם מדובר בעזה או בגדה המערבית. הוא יוצא מנקודת מוצא שמשפט זה חל רק בין מדינות. קביעה שאין לה שום תימוכין בפסיקה הישראלית.

פסק הדין מתעלם כליל מקטיגוריה מושרשת בפסיקה העליונה שנקראת "אוכלוסייה מוגנת" או "אוכלוסייה אזרחית". לעניין תחולת סעיף 3 לאמנת האג לעיל קובע פסק הדין שאינו חל על תביעות אישיות אלא רק על תביעות בין מדינות (ראו פסקה 108, בעמוד 36 לפסק הדין).

62. פסק הדין מתעלם מהקביעה המפורשת בעניין **עדאלה נגד שר הביטחון** ששם המדינה ביקשה לטעון שחובת הפיצויים היא בין מדינות והנשיא אז ברק קובע בפסקה 38 לפסק דינו: "המדינה הרחיבה בכתבי טענותיה על ההסדרים הנוהגים במשפט המשווה לעניין זה. עיון בטענותיה של המדינה מעלה כי במדינות אותן סוקרת המדינה בכתבי טענותיה, ההסדרים שנקבעו לעניין אחריותה של המדינה בנויקין דומים להסדר שנקבע בתיקון מס' 4 ואילו ההסדר הגורף שנקבע בתיקון מס' 7 הינו חסר תקדים."

63. לעניין זה ראו גם מאמר המלומד **קאלשוונ**, שמציין כי פרשנותו של סעיף 3 לאמנת האג חלה גם על תביעות של ניזוקים אינדיבידואלים ולא רק על תביעות בין מדינות. ראו:

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

64. יודגש, כי בהקשר זה פסק הדין מלא בסתירות. שכן, מצד אחד הוא קובע שסעיף 3 לאמנת האג חל על מדינות בלבד, אך מצד שני בפסקה 117 בעמוד 38 הוא קובע כי הוראות אמנת האג מחייבים את ישראל וכי חרף פרקטיקה במשפט המשווה של תביעות אישיות בגין עילות שבמשפט הבינלאומי עקב נזק שנגרם מפעולה שאינה פעולת מלחמה, ניתן לכאורה להגיש לבית משפט פנימי בישראל תביעה אישית לפיצוי בגין הפרה של הפרוטוקול הראשון.

65. גם הוראות סעיף 148 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 והוראות סעיף 91 לפרוטוקול הראשון הנספח לאמנות ג'נבה, משנת 1977 משמשים בסיס לחובה שצד לסכסוך מזוין חייב לפצות את מי שניזוק כתוצאה מהפרת המשפט הבינלאומי בגין הנזקים שנגרמו לנפגע. סעיף 148 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע:

"No High Contracting Party shall be allowed to absolve itself or any other High Contracting Party of any liability incurred by itself or by another High Contracting Party in respect of breaches referred to in the preceding Article."

66. בפרשנות הרשמית של הצלב האדום לאמנת ג'נבה הרביעית, נאמר:

"It is inconceivable, at least as the law stands today, that claimants should be able to bring a direct action for damages against the State in whose service the person committing the breach was working."

See J. Pictet, *Commentary on the Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (Geneva: International Committee of the Red Cross, 1958), 603.

67. ובדומה סעיף 91 לפרוטוקול הראשון של אמנות ג'נבה, המהווה משפט מנהגי קובע:

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

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

68. עוד יצוין, כי פסיקתו העקבית של בית הדין הבינלאומי לצדק הינה, כי כל הפרת חובה מקימה את החובה לפצות כך בפרשת Chorzwow נקבע:

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

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

69. ובחוות דעתו משנת 2004 עניין אי חוקיותה של חומת ההפרדה בשטחים הפלסטיניים הכבושים, קבע בית הדין הבינלאומי לצדק כי קיימת חובת תשלום פיצוי לטובת נפגעים מהפרת הוראות המשפט הבינלאומי:

"Israel has the obligation to make reparation for the damage caused to all the natural and legal persons concerned. [...] The Court considers that Israel also has an obligation to compensate, in accordance with the applicable rules of international law, all natural or legal persons having suffered any form of material damage as a result of the wall's construction."

**Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory**, ICJ, Advisory Opinion, 2004, 198, para. 152 f.

70. לא בכדי שד"ר יובל שני, מומחה למשפט בינלאומי, ציין בפני וועדת ועדת החוקה, חוק ומשפט כשהיא דנה בהצעת החוק לתיקון מס' 7 לחוק שחוות דעת בית הדין הבינלאומי בעניין הגדר באה וקבעה בצורה חד משמעית שכאשר מדינה מפרה את המשפט ההומניטארי, היא צריכה לתת סעד למי שנפגע וכי הצעת החוק מנוגד למגמה הקיימת היום בעולם ומנוגדת למשפט הבינלאומי. ד"ר יובל הסתמך גם על הפסיקה בעניין Bici שניתנה בבריטניה סמוך לכן, וכך בלשון ד"ר שני בפני וועדת הכנסת:

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



את מה שיש היום, אני מסכים עם פרופ' קרמניצר שבדין הקיים היום יש את כל הכלים שהמדינה צריכה על מנת להתמודד עם סיטואציות של לחימה...”.

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

ראו גם עניין Bici שהוזכר בדברי ד"ר שני לעיל:

***Bici v. Ministry of Defence*** [(2004 EWHC 786(QBD))]

71. גם האמנה הבינלאומית נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984 קובעת במפורש בסעיף 14 את זכות הקורבן לפיצויים ואת חובת המדינה לספק לקורבנות העינויים סעד אפקטיבי ואכיף.

72. בשנת 2006 אימצה העצרת הכללית של האו"ם מסמך עקרונות ומדריך לעניין הזכות לסעד של קורבנות הפרות חמורות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי. במסמך זה חויבו מדינות להבטיח באמצעי חקיקה ואמצעים מנהליים אחרים את זכויות הקורבנות לסעד, הליך הוגן וגישה לצדק (סעיף (b)2). בסעיף 12 למדריך נקבע, כי המדינות תבטחנה בחוקיהן את זכותם של קורבנות העבירות לגישה לבתי המשפט והזכות להליך הוגן ובלתי תלוי. לצורך הבטחת מטרה זו, קובע המדריך כי על המדינות להבטיח, בין היתר:

“(c) Provide proper assistance to victims seeking access to justice;

(d) Make available all appropriate legal, diplomatic and consular means to ensure that victims can exercise their rights to remedy for gross violations of international human rights law or serious violations of international humanitarian law.”

ראו:

The Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, A/RES/60/147.

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/42/PDF/N0549642.pdf?OpenElement>

73. כמו כן, וועדת החקירה של האו"ם שחקרה את אירועי מלחמת "צוק איתן" בשנת 2014, ואשר פרסמה את מסקנותיה ביום 24.6.2015 הגיעה למסקנה לפיה תיקון מס' 8 לחוק הנזיקים פוגע בזכותם של תושבי הרצועה לתבוע פיצויים בגין נזקים שנגרמו להם בעקבות פעולות לא מלחמתיות. כך נכתב בפסקה 647 לדו"ח הוועדה:

“A broadly defined legal exclusion within Israel’s Law on the Liability of the State 5712-1952 (Civil Torts Law), known as the “combat action” exemption, prevents victims from claiming compensation from the Government of Israel for actions taken while “combat[ing] terror, hostile acts or insurrection” even when there are clear allegations of violations of international law.<sup>[1]</sup> A further impediment for victims from Gaza to seek compensation for damages is the

statute of limitations applied under the Civil Torts Law, which is reduced from the usual seven years to only two years from the day of the event during which the injury took place.<sup>[2]</sup> Prior to this, in order to retain the possibility to make a claim, victims must submit written notice to the Ministry of Defence within 60 days. This procedure is particularly difficult to fulfil during active hostilities, especially when they last for an extended period of time, such as those of summer 2014.”

Report of the detailed findings of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1 (A/HRC/29/CRP.4), 24 June, 2015.

74. וכן, וועדת האו"ם האחראית על יישום האמנה הבינלאומית לזכויות פוליטיות ואזרחיות הסיקה במסקנותיה לאחר דיון בדו"ח שהוגשה על ידי ישראל לוועדה, כי יש לאפשר לנפגעים ולמשפחותיהם לממש את זכותם לסעד אפקטיבי. כך בפסקה 6 לדו"ח מסקנות הוועדה שפורסם ביום 21.11.2014 :

“The State party should continue reforming its investigative system, including, as an initial step, by implementing the recommendations of the second report of the Turkel Commission. It should ensure that all human rights violations committed during its military operations in the Gaza Strip in 2008-2009, 2012 and 2014 are thoroughly, effectively, independently and impartially investigated, that perpetrators, including, in particular, persons in positions of command, are prosecuted and sanctioned in a manner commensurate with the gravity of the acts committed, and that victims or their families are provided with effective remedies, including equal and effective access to justice and reparations.”

Human Right Committee, International Covenant on Civil and Political Rights, Concluding observations on the fourth periodic report of Israel, CCPR/C/ISR/CO/4, 21 November, 2014.

75. גם משפט זכויות האדם הבינלאומי מכיר בחובת המדינה לפצות בגין הפרת זכויות מוגנות. ראו סעיף 2 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 הקובע :

(a) “Each State Party to the present Covenant undertake) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity”

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

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

76. לסיכום, התכלית של התיקון ואשר פסק הדין תומך בה ולפיה יש להתייחס לכל תושבי עזה כנתיני אויב, דבר שמצדיק את שלילת זכותם לגישה לערכאות אך ורק בגלל שיוך טריטוריאלי על בסיס דוקטרינת נתיני אויב – הינה תכלית לא ראוי, ומתנגשת עם הפסיקה העליונה ועם עקרונות המשפט הבינלאומי.

### **בית משפט קמא טעה כאשר קבע כי הפגיעה בזכויות החוקתיות הינה מידתית**

77. פסק הדין הנדון הינו פסק הדין הראשון בהיסטוריה המשפטית שקובע מפורשות כי על אף שחקיקה פוגעת בזכויות יסוד באופן גורף ולא מידתי ובניגוד לפסקת ההגבלה – הוא מוצדק. הסיבה לכך הוא ראייתו של פסק הדין לתכלית החוק הנשענת על דוקטרינת נתיני אויב כמוצדקת ואשר כשלעצמה לא יכולה לאפשר קיומם של הליכים משפטיים תקינים ללא שקר והטייה במצב של אויבות לאומית בין התובעים והנתבעים כולל השופטים. ואולם, בית המשפט קמא לא שם לב כי כל הנימוקים שפסק דינו מעלה, הועלו על ידי המדינה בעניין **עדאלה נגד שר הביטחון** וכולם נדחו בהיותם גורפים.

78. ועוד, פסק הדין הנדון מנסה להסיק מעניין **עדאלה נגד שר הפנים** בנושא איחוד המשפחות ולקבוע כי מאחר ושם פסק הדין נשען על דוקטרינת נתיני אויב ואישר את הגורפות, אזי גם כאן ניתן לאשר זאת. אך גם כאן פסק הדין הזה הוא לא נכון וההבחנה שהוא עושה חסרת כל בסיס. ראשית, בעניין איחוד המשפחות לא נקבעה הלכה כלשהי לגבי תחולת דוקטרינת נתיני אויב. שנית, רוב השופטים שאישרו את החקיקה נימקו כי מדובר בהוראה זמנית. שלישית והחשוב מכל, כי הנימוק הזה הוא לא חדש שכן הוא עלה על ידי המדינה בעניין **עדאלה נגד שר הביטחון** ונדחה על ידי תשעה שופטים והסיבה העיקרית לדחייה שלפי הנשיא ברק, בתביעות נייזיקין להבדיל מנושא הכניסה לישראל ניתן לעשות הבחנה פרטנית. הנשיא ברק קיים דיון רציני בפסקה 37 לפסק דינו וסקר חלק מעמדת שופטי הרוב שהיו בעניין **עדאלה נגד שר הפנים** והראה שהם למעשה לא שללו את עקרון הבדיקה הפרטנית. החשוב מכל, היא המסקנה שהוא מגיע אליה שהיתה מוסכמת על תשעת השופטים שבהרכב ולפיה "בפרשת עדאלה נטען כי לא ניתן להגשים את תכלית החוק על ידי בדיקה אינדיבידואלית. טענה זו אין לה מקום בפרשה שבפנינו. יש בכוחה של הבדיקה האינדיבידואלית כדי להגשים את תכלית החוק."

79. עוד היבט קיצוני וראשוני עולה מפסק הדין הנדון בעניין המידתיות. זהו הפסק הדין הראשון שקובע כי מאחר ובפני הנפגעים קיימת אפשרות להגיש תביעה מדינתית לפיצויים לפי המשפט הבינלאומי ההומניטארי – אזי התיקון הוא מידתי (ראו פסקה 113 לפסק הדין). זה נכון שהנפגעים יכולים לפנות גם לערכאות בינלאומיות וגם לערכאות מדינתיות המקיימות את עקרון הסמכות האוניברסלית, אך זה לא נימוק שעושה את החוק למידתי. ההפך הוא הנכון. דווקא בגלל קיומה של אפשרות זו, על המדינה לספק את הסעדים ולאפשר לנפגעים להגיש תביעות בבתי המשפט שלה. השופט דנציגר מתייחס לסוגיה זו **בדנ"א**

**דיראני** בפסקה 10 לפסק דינו ומציין כי כאן מדובר על ענין מיצוי הליכים בפני הערכאה הלאומית וכי "כלל זה, אשר זכה לכינוי דוקטרינת מיצוי התרופות המקומיות, הוכר אף כחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי."

80. ואכן אמנת רומא קובעת בסעיף 8(2)(ב)14 כי חסימה בפני הנפגעים להגיש תביעות על מנת לזכות בסעד מהווה עבירה פלילית בינלאומית המוגדרת כפשע מלחמה לפי האמנה. וכך קובע הסעיף:  
" למטרות אמנה זו, "פשעי מלחמה" הינם:

(ב) הפרות משמעותיות אחרות של הדינים החלים ביחס לסכסוך חמוש בינלאומי, במסגרת המשפט הבינלאומי הקיים, כלומר, כל אחד מהמעשים הבאים:

...  
14) הכרזה כי זכויות ותביעות אזרחי מדינה עוינת מבוטלות, מושעות, או שאינן קבילות בבית משפט; "

81. בנוסף, מציע בית המשפט בפסקה 115 ואילך את האפיק המנהלי כחלופה להגשת תביעת נזיקין ע"י נתין אויב ובמסגרתה אין בחינה של ראיות ברמה האזרחית אלא המנהלית ואין חובה לחשב נזק אלא ניתן לאמוד את הנזק לפי תעריפים קבועים מראש הנקבעים ע"י המדינה הנתבעת, שהיא אמורה להיות בעל דין. זוהי הצעה בלתי חוקית משני טעמים: ראשית, בחינת המידתיות אמורה להיות נוגעת לפגיעה הגורפת בזכות עצמה, שבמקרה זה, הינה זכות הגישה לערכאות לצורך הגשת תביעת נזיקין. האפיק המוצע אינו נוגע לבחינת הזכות להגיש תביעות אזרחיות בנזיקין ולכן אין לה כל קשר לבחינת גורפות הפגיעה בזכות הזו. גם בעניין **עדאלה נגד שר הביטחון** לאחר שהועלו טענות בדבר קיומן של חריגים וחלופות, בג"ץ לא קיבל את הטענות. מקל וחומר בעניין תיקון מס' 8. שנית, למעשה, זוהי הצעה העוקפת את עקרון שלטון החוק הכולל את עקרון החוקיות שכן האפיק המוצע אינו מעוגן בכל הסדר, לא בחקיקה ולא בתקנות ובכך הוא מנוגד לפסיקה הקובעת, כי רשות מנהלית מוסמכת להפעיל שיקול דעת אך ורק בהתבסס על הסמכה שהוענקה לה במסגרת חקיקה ראשית.

82. כדי לעמוד על קיצוניותו של התיקון הנדון וקיצוניותו הגורפת של פסק הדין הנדון התומך בו, נבקש כאן לעשות הבחנה בין פסילתו של תיקון מס' 7 **בעדאלה נגד שר הביטחון** לבין תיקון 8 הנדון.

83. נקודת המוצא של הדין **בעדאלה נגד שר הביטחון** היא שכבר נעשה תיקון ביום 24.7.2002 לחוק בעקבות האינתיפאדה השנייה אשר הרחיב מאוד ומעבר לפסיקה את הגדרת פעולה ולפיה: "פעולה מלחמתית – לרבות כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיי או גוף."

84. התיקון מס' 7 ביקש להוסיף חסינות על נזק שבוצע על ידי כוחות הביטחון עם הוספת חריגים. והחריגים קובעים שהתיקון לא יחול לגבי נזק שנגרם עקב מעשה עבירה; למי שהיה נתון במשמורת של מדינת ישראל; עקב מעשה של המנהל האזרחי שנעשה שלא במסגרת העימות; ונזק שנגרם עקב תאונת דרכים שלא במסגרת פעולה מבצעית. כמו כן, נקבע בתקנות שתהיה וועדה לתשלום פיצויים לפנים משורת הדין

אשר הוקמה על פי החוק והיא מוסמכת להעניק תשלומים לבני משפחה של מי שנהרג באזור עימות, ולמי שנפגע פגיעת גוף קשה, וכן הוועדה תדון במצב המשפחתי וההומניטארי של הנסיבות והנזק.

85. על אף קיומם של החריגים, בג"ץ קבע כי התיקון אינו מידתי ולו משום שהוא מעניק חסינות על כל נזק שבוצע מתוך רשלנות. הנשיא ברק קובע בפסקה 35 לפסק דינו כי: "תיקון מס' 7 שולל אחריות בניזיקין לכל נזק שנגרם באזור עימות על ידי 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 ניזיקין 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 הניזיקין הרגילים."

86. בהבחנה עם תיקון מס' מספר 8 הנדון, בית המשפט קמא היה חייב לקבוע באם תיקון מס' 7 על החריגים שבו נפסל על ידי תשעה שופטים בעניין **עדאלה נגד שר הביטחון**, אזי מקל וחומר חובה לפסול את התיקון הנדון שמעניק פטור מאחריות בגין כל פעולה וללא קשר להיותה מלחמתית או לא.

87. המסקנה הגורפת של פסק הדין הנדון לפיה לא ניתן לקיים אף תביעת ניזיקין במצב הפוליטי השורר בין מדינת ישראל לרצועת עזה, שוללת את המציאות הקיימת ונוגדת פסיקה חדשה רלבנטית שלפיה מתקיימים כיום הליכים כאלה ובג"ץ אף הורה על המדינה לאפשר לתובעים ככל שניתן להיכנס לישראל לצורך קיום דיונים בתביעותיהם. רק בשנת 2014 ולאחר התיקון הנדון דן בג"ץ בעתירה בנוגע לכניסת תושבי הרצועה לישראל לצורך הגשת תביעות, מתן עדות בתביעות וניהולן בפני בתי המשפט בישראל. בעקבות העתירה הוגש נוהל חדש ואשר מאפשר כניסה במקרים מסוימים. בית המשפט קבע שצריך לסייע ככל שניתן לתובעים להגיש את תביעותיהם ולנהל אותן בפני בתי המשפט וכדברי השופט רובינשטיין:

"הגישה הפרקטית משמעה בחינה של הנוהל וההנחיה בפעולה, קרי, על העותרים ללכת במסלול שבנוהל ובהנחיה, כדי שניתן יהא לעמוד על טיב יישומו. לטעמנו לא הסמנטיקה של אי ראיית התביעה כטעם הומניטרי חריג עיקר, אלא מימושה של האפשרות לתבוע. מדובר בשני מסלולים האמורים להיפגש, גם אם הדברים אינם פשוטים טכנית. מחד גיסא, מתחייבת המדינה לעשות מאמצים להקל על התובעים על ידי ההקלות הפרוצדורליות שהוזכרו מעלה, ומאידך גיסא, על התובעים לפעול לפי הנוהל ולמצות את האפשרויות בו, הכוללות פניה למת"ק באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינאית, וככל שיש מניעה להגשה דרכה, ישירות למת"ק; ניתן לערער על החלטת סירוב בפני מת"ק, ולאחר מכן ישנה אפשרות לעתירה מינהלית בבית המשפט לעניינים מינהליים בבאר שבע ואף לערעור בבית משפט זה. ראוי כמובן לעשות כל מאמץ שלא להגיע לכל שרשרת ההליכים, אלא כי גורמי המדינה יקלו ככל הניתן תוך הסרה מירבית של מחסומים טכניים-פרוצדורליים בגדרי הביטחון, וכמובן אין בכך כדי לומר דבר על התיקים לגופם."

בג"ץ 7042/12 **מאהר אסמעיל אבו דקה נגד שר הפנים**, פסקה כ' לפסק הדין של הש' רובינשטיין (פסק דין מיום 16.12.2014).

88. לא זו בלבד. פסק הדין ששולל את הבחינה האינדיבידואלית עומד בניגוד לפסקי דין אחרונים שניתנו בעניין תושבי עזה שבהם העתירות התקבלו אך ורק משום שהמשיבים קיבלו החלטות גורפות. בעניין **יוסף כרנז**,

נדונה עתירה נגד משרד הביטחון בדרישה לאפשר לעותר לעבור אל הגדה המערבית לצורך קבלת טיפול רפואי לאחר פציעתו מירי הצלפים. שר הביטחון דחה את מעברו של העותר באופן גורף וללא בחינה פרטנית של המקרה רק בגלל שהעותר השתתף בהפגנות ברצועת עזה. בג"ץ דחה את העמדה הגורפת הנ"ל מאחר ששר הביטחון לא בחן את הנסיבות הקונקרטיות של המקרה, וכך נקבע:

"עם זאת, כידוע, על הרשות המינהלית מוטלת החובה לבחון האם נסיבותיו המיוחדות והחריגות של המקרה הנדון, אינן מצדיקות סטייה מהנהלים וההנחיות הכלליות (ראו: בג"ץ 6867/96 המועצה המקומית כפר-כנא נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 111, 115 (1998); בג"ץ 7053/96 אמקור בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד נג(1) 193, 213 (1999); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 250 (2010) (להלן: ברק-ארז)). בנוסף לכך, הפעלת שיקול דעת לצורך יישומו של נוהל מינהלי בעניינו של אדם צריכה להתבצע לאחר בחינת נסיבותיו הקונקרטיות והרלוונטיות לשם קבלת ההחלטה. אף במקרים בהם מגבשת הרשות המינהלית מדיניות כללית, עליה לבחון האם ראוי ליישם אותה בשים לב למערכת העובדות בכל מקרה (ראו: בג"ץ 3758/17 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט, פסקה 29 (20.07.2017); ברק-ארז, 206-201, 440-439).

לא שוכנענו מטיעוני המשיבה כי בעת הפעלת שיקול הדעת טרם קבלת ההחלטה בעניינו של העותר 1 נבחנה השאלה האם נסיבותיו המיוחדות והחריגות של המקרה הנדון, אינן מצדיקות סטייה מהנהלים וההנחיות הכלליות, או כי נערכה בחינה קונקרטית של נסיבותיו הפרטניות של העותר 1, ובכלל זה – מצבו הרפואי וההשלכות הקשות של היעדר מתן היתר למעבר לרמאללה על מצבו."

בג"ץ 2777/18 כרנו נגד מפקד כוחות צה"ל בעזה, פסקאות 8-9 (פסק דין מיום 16.4.2018).

89. במקרה אחר שנדון לאחר מכן, דן בג"ץ בעתירת חמשת תושבות רצועת עזה שזקקו לטיפול רפואי מציל חיים, לאור מחלתן בסרטן, ושאינו זמין ברצועת עזה. העתירה הוגשה לאחר שהמדינה סירבה לבקשתן להיכנס לישראל מן הטעם שהן קרובות משפחה מדרגה ראשונה של אנשי חמאס. גם כאן, ביקשה המדינה לראות בתושבות הרצועה כאל מקשה אחת ומבחינתה, קירבתן המשפחתית לאנשים הקשורים לחמאס הספיקה כדי לתייגן אף הן ולמנוע את כניסתן הגורפת רק בשל כך. גם כאן, דחה בג"ץ את עמדת המדינה הגורפת וקבע כי אינה עולה בקנה אחד עם הבחינה הפרטנית:

"... ניתן אפוא לקבוע כי מטרתה של המניעה אינה נוגעת למבקש הכניסה ואינה נותנת משקל ראוי לגורלו ולהשפעת הסירוב על מצבו הרפואי. מניעה זו אינה עולה בקנה אחד עם פסיקתנו כפי שהובאה לעיל.

הגם שאין חולק כי ממשלת ישראל רשאית לנקוט את מירב האמצעים כדי לקדם את השבתם של שבויים ונעדרים ישראלים המוחזקים על ידי ארגון חמאס; וכי מדובר בתכלית ראויה שיש לחתור ללא לאות להגשמתה – הרי שאין בכוחה של תכלית זו להצדיק הסדר השולל אפשרות לקבל טיפול רפואי מציל חיים בישראל מבין משפחה של איש חמאס. זאת, הגם שמן החולה עצמו לא נשקפת סכנה ולא מיוחסת לו כל פעילות אסורה. ההכרה בקדושת ערך חיי האדם מחייבת כי בקשה להיכנס לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי הומניטארי מציל חיים תיבחן באופן פרטני. לא ניתן לסרב לבקשה מסוג זה על בסיס גורף כשמדובר במי שלא נשקפת ממנו סכנה ביטחונית מבלי שנבחנו, בין היתר, מצבו הרפואי העדכני של מבקש הכניסה; החלופות הרפואיות האפקטיביות העומדות לרשותו; והשפעת חלוף הזמן – בין היתר עקב הידרשות לחלופה טיפולית רחוקה מישראל – על מצבו הרפואי. התעלמות מכל אלה וביסוס ההחלטה על פעילות אסורה של בן משפחה, שאין כל טענה כי החולה מעורב בה או מודע לה, מנוגדת למושכלות היסוד שבהן אנו מחוייבים."

בג"ץ 5693/18 סמיה ציאם נגד ראש הממשלה, פסקאות 23-24 לפסק הדין של השי פוגלמן (פסק דין מיום 26.8.2018).

90. כמו כן, קביעת בית משפט לפיה חזקה שכל פעולה היא מלחמתית הינה גורפת ואסורה כי היא מציירת מציאות לא נכונה וגם מנוגדת לחוק עצמו שכן אם כל פעולה היא מלחמתית אזי אין צורך בתיקון הנדון. בכל מקרה קביעה זו היא קיצונית כי היא מרוקנת את עקרון ההבחנה ומאיינת את הקטגוריה של אוכלוסייה אזרחית והופכת אותה גם ליעד צבאי. הפרוטוקול הראשון משנת 1977 המשותף לאמנות גינבה קובע מעגן בסעיף 48 את עקרון ההבחנה בין לוחמים לבין אזרחים מוגנים. כמו כן סעיף 51 לאותו פרוטוקול מעגן את עקרון ההגנה על אזרחים מוגנים. מפאת חשיבותו נביא את נוסח סעיף 51 במלואו:

1. האוכלוסייה האזרחית ואזרחים יחידים ייהנו מהגנה כללית מפני סכנות הנובעות מפעולות צבאיות. על-מנת ליתן תוקף להגנה זו, הכללים הבאים, המהווים תוספת לכללים חלים אחרים של המשפט הבינלאומי, יקוימו בכל הנסיבות.
2. האוכלוסייה האזרחית באשר היא, כמו גם אזרחים יחידים, לא יהיו מטרה להתקפה. מעשי אלימות או אימים באלימות שמטרתם העיקרית היא לזרוע פחד בקרב האוכלוסייה האזרחית הינם אסורים.
3. אזרחים ייהנו מן ההגנה המוענקת על-פי סימן זה, אלא אם ולמשך אותו הזמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה.
4. התקפות חסרות הבחנה אסורות. התקפות חסרות הבחנה הן:
  - א. אלה שאינן מכוונות נגד מטרה צבאית מסוימת;
  - ב. אלה העושות שימוש בשיטת או באמצעי לוחמה שלא ניתן לכוונם נגד מטרה צבאית מסוימת; או
  - ג. אלה העושות שימוש בשיטת או באמצעי לוחמה שלא ניתן להגביל את השפעותיהם כנדרש על-פי פרוטוקול זה;ושמטבעו, עקב כך, בכל אחד מן המקרים, הוא לפגוע במטרות צבאיות ובאזרחים או ובאובייקטים אזרחיים ללא הבחנה.
5. בין השאר, ההתקפות מהסוגים שלהלן תחשבנה כחסרות הבחנה:
  - א. התקפה על-ידי הפצצה בכל שיטה או אמצעי, המתייחסת למספר מטרות צבאיות נפרדות ומובחנות באופן ברור והממוקמות בעיר, עיירה, כפר או אזור אחר המכיל ריכוז דומה של אזרחים או אובייקטים אזרחיים, כאל מטרה צבאית יחידה; וכן
  - ב. התקפה שניתן לצפות כי תגרום לאובדן נלווה של חיי אזרחים, פגיעה נלווית של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים, או שילוב של כל אלה, אשר יהיו מפורזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי.
6. התקפות נגד האוכלוסייה האזרחית או אזרחים על-דרך של מעשי תגמול אסורות.
7. לא ייעשה שימוש בנוכחות של אוכלוסייה אזרחית או של אזרחים יחידים או בתנועותיהם כדי להעניק חסינות מפני פעולות צבאיות לנקודות או לאזורים מסויימים, בפרט על-ידי נסיונות למגן מטרות צבאיות מפני התקפות, או למגן, לקדם או לסכל פעולות צבאיות. הצדדים לסכסוך לא יכוונו את תנועתה של האוכלוסייה האזרחית או של אזרחים יחידים במטרה לנסות ולמגן מטרות צבאיות מפני התקפות, או למגן פעולות צבאיות.
8. כל הפרה של איסורים אלה לא תשחרר את הצדדים לסכסוך מחובותיהן המשפטיות ביחס לאוכלוסייה האזרחית ולאזרחים, לרבות החובה לנקוט באמצעי הזהירות הקבועים בסעיף 57.

91. כל הקביעות לעיל של פסק הדין הנדון לא רק שהן שגויות אלא מנוגדות לעניין **עדאלה נגד שר הביטחון** אשר קבע, כי החלת סייג לאחריות המדינה על נזקים אזרחים מוגנים באזור עימות היא גורפת ובלתי מידתית שכן היא מבטלת ללא הצדקה את החובה לעריכת בחינה פרטנית של כל מקרה ומקרה. כך קבע בג"ץ בעניין **עדאלה נגד שר הביטחון** בהקשר זה:

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

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

פסקה 37, לקביעת הנשיא בדימוס ברק.

92. לגבי מבחן המידתיות הצר שהינו המבחן הערכי המחייב בחינת התועלת העולה מהאמצעי לבין הנזק הערכי שנגרם ממנה, בית משפט קמא לא התייחס. ונסיים בקביעתו של בית משפט נכבד בעניין **עדאלה נגד שר הביטחון** אשר רלבנטית לנושא זה:

"אכן, שלילה גורפת של אחריות המדינה מייצרת את הצורך לנהל הליכים רבים במסגרתם נדרשת המדינה להוכיח כי נזקים בגינם היא נתבעת נגרמו על-ידי פעולות מלחמתיות. אלא שתועלת זו לאינטרס הציבורי – תועלת שעיקרה חסכון במשאבים מינהליים – אינה מידתית בהשוואה לנזק לפרטים השונים, שנגרם על ידי פעולות שאינן מלחמתיות. נזק זה הוא לעתים קרובות עמוק וכואב. ניזוקים נפגעים קשות; הם הופכים להיות נכים קשים; יכולתם להתפרנס נפגעת קשות. כל אלה – ונטילת החיים עצמם, כמובן – אינם שקולים כנגד התועלת המוגבלת הצומחת משחרור המדינה מאחריות – וממילא מהצורך להגן על עמדתה בבית משפט – במקום שהנזק נגרם על ידי פעולה מלחמתית ופעולה שאינה מלחמתית." פסקה 41 לקביעת הנשיא בדימוס ברק.

**מכל האמור לעיל, המצטרפים לטענות שהועלו ע"י המערער בפני בית משפט קמא, מתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את פסק דין קמא.**

---

מוחמד ג'בארין, עו"ד

---

חסן ג'בארין, עו"ד

---

סאוסן זהר, עורכת – דין

ב"כ המערער



חיפה, 3.2.2019