

התובעים: 1. עטייה פתחי נבאהין ת.ז. 404772931
באמצעות באמצעות הוריו ואפוטרופסיו הטבעיים:

1.1 פתחי עטייה נבאהין ת.ז. 959950734
1.2 סלוא עבד-אלקאדר נבאהין ת.ז. 915077291

ע"י ב"כ עו"ד מוחמד ג'בארין
חדרה 38102, רח' הרברט סמואל 66 ת.ד. 287
פקס: 08-640963 נייד: 0524-897717

וכן ע"י ב"כ עוה"ד נדים שחאדה ו/או חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה
ו/או סאוסן זהר ו/או מאיסאנה מוראני ו/או מונא חדאד ו/או מוחמד בסאם
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, ת"ד 8921, חיפה 31090
טל': 04-9501610, פקס: 04-9503140

נגד

הנתבעת: **מדינת ישראל – משרד הביטחון**
ע"י פרקליטות מחוז תל אביב-אזרחי
דרך מנחם בגין, בית קרדן, תל-אביב-יפו 6492107, ת"ד 33051
טל: 073-3736222, פקס: 073-3736490

תגובת התובעים לבקשת הנתבעת לדחייה על הסף

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 15.9.2016, מתכבדים התובעים להגיב לבקשת הנתבעת לדחיית התביעה על הסף, וזאת כדלקמן:

1. כזכור, התובעים הגישו תביעת נזיקין כנגד הנתבעת בגין אירוע שהתרחש ביום 16.11.2014, בו נורה התובע מס' 1 (להלן: "**התובע**") על ידי חיילי הצבא הישראלי עת ששהה באדמה השייכת למשפחתו שרחוקה כ-500 מטרים מגדר ההפרדה בין רצועת עזה למדינת ישראל. כתוצאה מהירי, נפגע התובע בצווארו ונפצע באורח קשה.

2. הנתבעת מבקשת לדחות את התביעה שבכותרת על הסף בטענה שהמדינה אינה אחראית בנזיקין לנזק שנגרם לתושב של שטח מחוץ למדינת ישראל ושהממשלה הכריזה עליו בצו כ"ש שטח אויב" וזאת לפי סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952 (להלן: "**החוק**").

3. סעיף 5ב(א)(1) הינו יציר תיקון מס' 8 לחוק הנזיקים האזרחיים משנת 2012. תיקון מס' 8 לחוק הינו בעייתי ביותר, וזאת בלשון המעטה, שכן תכליתו מתנגשת עם פסיקתו של בית-המשפט העליון בבג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 1 (2006) (להלן: "**עניין עדאלה**").

4. יובהר, כי בעניין עדאלה קבע בית המשפט העליון, כי הסעיף המרכזי בתיקון מס' 7 (סעיף ג) לחוק בטל

בהיותו סותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת פה אחד בהרכב של תשעה שופטים. ביחד עם זאת, בית המשפט העליון השאיר את עניין חוקתיותו של סעיף 5 לתיקון מס' 7 בצריך עיון, עם זאת הדגיש בפסק הדין ששמורה זכותם של הצדדים להעלות טענות כנגד חוקתיותו של סעיף 5 ככל שהיא תתעורר בהקשרם של מקרים ספציפיים ושלבתי המשפט האזרחיים יש את הסמכות לבחון טענות כנגד חוקתיות הסעיף (סעיף 35 לפסק הדין בעניין עדאלה). יתרה מזאת, הנשיא (כתוארו אז) א. גרוניס הדגיש בפסק דין מאוחר יותר (דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' מוסטפא דיב מרעי זיראני, (לא פורסם, [15.1.2015]) (להלן: "דין נוסף זיראני")) שדן בכלל הנוהג במדינות המשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעת אויב בעת מלחמה, ושאליו נגיע בהמשך, ששאלת חוקתיותו של סעיף 5 לחוק הועלתה בעניין עדאלה, ונותרה בלא הכרעה.

5. התיקון שבוטל הוחזר למעשה בדמות תיקון מס' 8 לחוק, שחלק ממנו מתקן את סעיף 5 וזאת על אף שאין בו כל שינוי מהותי מהתיקון שנפסל. להיפך – הוראותיו אף חמורות יותר. תיקון מס' 8 מגיע (באמצעות ניסוחים משפטיים אחרים) לאותה תוצאה שביקש להשיג תיקון 7. מהותו אותה מהות, פגיעתו בזכויות האדם אותה פגיעה, הטיעונים להצדקתה אותם טיעונים. קשה להתנער מהתחושה שדווקא זו הייתה מטרתו: התגרות חזיתית בסמכות בית-המשפט העליון.

6. יצוין כי עד כה לא הותקפה חוקתיותו של סעיף 5ב(א)(1) של תיקון זה וכמיטב ידיעתם של הח"מ, זוהי התקיפה הראשונה לחוקתיות סעיף זה במסגרת תביעה אזרחית.

הוראות תיקון מס' 8: שלילה גורפת של אחריות המדינה

7. עיון בהוראות התיקון מלמד, שהמנסחים ניסו להגיע – בכלים משפטיים שונים במקצת – לאותה תוצאה, שביקשו להגיע אליה בתיקון מספר 7: מתן חסינות גורפת למדינה מפני תביעות נזיקין בגין פעולות הצבא בשטחים (כולל רצועת עזה) – ובמידה רבה גם בתחום ישראל. בשורה של עניינים, הוראות התיקון הולכות אף הרבה מעבר להוראות תיקון 7 שנפסל. מעשים בלתי-חוקיים, פסולים ואף נפשעים יישארו מבלי שיינתן עליהם הדין. קורבנותיהם של מעשים אלו יישארו ללא סעד. חיסכון מסוים יירשם בקופת משרד הביטחון.

על חשיבותה של הזכות לפיצויים, לפי דיני הנזיקין, עמד בית-המשפט העליון בעניין עדאלה:

"האחריות בנזיקין מגינה על מספר זכויות של הניזוק, כגון הזכות לחיים, לחירות, לכבוד ולפרטיות. דיני הנזיקין הם אחד המכשירים העיקריים באמצעותם מגינה שיטת המשפט על זכויות אלה; הם האיזון שהמשפט קובע בין זכויות הפרטים, בינם לבין עצמם, ובין זכות הפרט ואינטרס הציבור. שלילתה של האחריות בנזיקין או צמצומה פוגעות בהגנה על זכויות אלה. בכך נפגעות זכויות חוקתיות אלה. אכן: זכות הפיצויים הבסיסית של אדם, הנפגע על-ידי מעשה עוולה, היא זכות חוקתית העולה מן ההגנה על חיי, גופו, ועל קניינו ... כל הגבלה של הזכות לפיצויים בגין מעשה עוולה חייבת לעמוד במבחן החוקתי של תכלית ראויה ושל מידה שאינה עולה על הנדרש (י) אנגלרד, פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, מהדורה שלישית (תשס"ה), 9"

(פיסקה 25 לפסק-הדין)

8. סעיף 5ב(א)(1) פוטר את המדינה מאחריות לכל נזק, שנגרם לתושב "שטח אויב" - בין בהיותו באותו שטח

ובין בהיותו בתחום ישראל, בין אם הנזק נגרם על-ידי כוחות הביטחון ובין אם נגרם על-ידי גוף אחר של המדינה.

9. מהו "שטח אויב"? הדבר נקבע לא בחוק אלא בהכרזות של הממשלה. החוק לא קובע קריטריון כלשהו בעניין זה. ובהתאם לכך, ביום 26.10.2016, חודשיים אחרי סיום מבצע "צוק איתן", הכריזה הממשלה בצו על כך שרצועת עזה היא שטח אויב לעניין החוק ותחילת הצו ביום 7.7.2014. זאת אומרת הממשלה החילה את ההכרזה באופן רטרואקטיבי מיום תחילת ההתקפה הצבאית על הרצועה.

10. הסעיף הנ"ל יאפשר למדינה להשיג, באותו אופן, חסינות גורפת גם מתביעות של תושבי הגדה המערבית או חלקים ממנה. מדובר, למעשה, בהרחבת סעיף 5 שבוטל בידי בג"ץ בעניין עדאלה. ההסדר שבוטל איפשר לשר הביטחון להכריז על אזורים מסוימים כ"אזורי עימות". מי שנפגע מפעולות כוחות המדינה ב"אזורי עימות" נשללה ממנו הזכות לפיצויים. טרם ביטול הסעיף בידי בג"ץ, הוכרזו שטחים נרחבים בגדה המערבית ובעזה כ"אזורי עימות" למשך מרבית פרק הזמן שמשת 2000 ועד מועד ההכרזה. בתיקון מס' 8 לחוק הוחלף הביטוי "אזור עימות" בביטוי "שטח אויב" וחסינות המדינה מורחבת באופן שהיא תחול לא רק על מעשים שנעשו בשטח שהוכרז ככזה אלא גם על מעשים שנעשו מחוצה לו ושקורבנותיהם הם תושבי אותו שטח.

11. גם בנוסחו הקודם, סעיף 5 היה בלתי-חוקתי. הוא שולל את הפיצויים מהנפגע באופן מוחלט וגורף על בסיס זהותו ושייכותו ולא על בסיס נסיבות קרות הנזק. גם כשחלק מהאשם בקרות הנזק מוטל על הנפגע, יש לפעול בהתאם לכללים הקיימים דיני הנזיקין, המאפשרים לקבוע את האשם היחסי של כל המעורבים. בעניין עדאלה נקבע, שההוראות בסעיף 5 מעוררת שאלה חוקתית, שכאמור לעיל, הושארה באותו עניין בצריך עיון.

12. בנוסף, וכפי שיפורט להלן, במשפט הבינלאומי מושרש העיקרון שמעשה בלתי-חוקי מחייב פיצוי, גם אם נעשה בעת מלחמה תוך הפרת חוקי המלחמה, ומקל וחומר אם אין לו זיקה לפעולות הלחימה עצמן. עיקרון זה מעוגן עוד באמנת האג משנת 1907, ויושם בשנים האחרונות באמצעות מנגנונים מגוונים בנוגע לפגיעה באזרחים בסכסוכים בינלאומיים. בית-המשפט הבינלאומי לצדק חזר על עיקרון זה רק לאחרונה בחוות-דעתו בעניין חומת ההפרדה. באותו עניין קבע בית-המשפט, כי לא די בפירוק החומה העוברת בשטחים הכבושים, אלא על ישראל לפצות את הנפגעים מהחומה פיצוי מלא על בסיס עקרון השבת המצב לקדמותו. חקיקה, שתיתן לישראל חסינות מפני תביעות בפני בתי-המשפט הישראליים, לא תפטור את ישראל מחובת הפיצוי, אלא תיצור תמריץ להעברת הסכסוכים לבתי-משפט מחוץ לישראל.

תחולת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בענייננו

13. בית המשפט העליון קבע בעניין עדאלה לעיל ששאלת תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מחוץ לישראל אינה מתעוררת בעניין ההוראה שבסעיף 5 שבוטל (ושכאמור סעיף 5ב(א)(1) הנוכחי אינו נבדל ממנו במהות). הזכויות הנפגעות של תושבי "אזורי עימות" לפי 5 או "שטח אויב" לפי סעיף 5ב(א)(1) הינן זכויות המוקנות להם בישראל. אלה הן זכויותיהם, של אותם תושבים על פי המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי שלפיו, ובהתקיים הנסיבות המתאימות, ניתן לתבוע בישראל על פי דיני הנזיקין הישראליים, גם

בגין עוולות שבוצעו מחוץ לשטח מדינת ישראל (פסקה 24 לפסק דין בעניין עדאלה). בכך על שלילת הזכויות האלה של תושבי רצועת עזה כבענייננו חל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הזכויות הנפגעות

14. כפי שצוין בעניין עדאלה, חסימה גורפת לדיני ניזיקין בגין פעולות של הצבא, פוגעת בזכויות יסוד. וכן הזכויות הנפגעות על ידי סעיף 5ב(א)(1) הינן הזכות לחיים ולשלמות הגוף, זכות הקניין, הזכות לשוויון ולכבוד וזכות הגישה לערכאות.

15. הכלל של פיצוי על נזק, שמטרתו החזרת המצב לקדמותו, הוא עקרון יסוד בשיטה המשפטית הישראלית. במקרים בהם פיצוי מעין זה אינו אפשרי (כמו בכל המקרים של פגיעות בנפש או בגוף), מטרת הפיצוי היא "להעמיד את הניזוק, במונחים כספיים, קרוב למצב בו היה נתון בעת הפגיעה בזכות לולא הפגיעה" (ראו בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח'**, פ"ד נט(2) 481, 591 (2005) (להלן: **"עניין חוף עזה"**)).

16. בעידן שלאחר חקיקת חוק היסוד הולך הסעד אחר הזכות – מקום בו קיימת זכות, אף קיים סעד. "משהופרה זכות חוקתית יש להכיר בסעד חוקתי הנגזר ממנה" (עניין חוף עזה, בעמ' 589). ענייננו נושא חומרה מיוחדת, שכן הפגיעה בזכויות המוגנות מתבטאת בשלילתו של סעד קיים עבור הפגיעה בהן. שלילת סעד בשל פגיעה בזכות יסוד כמוה כשלילת הזכות עצמה. דיני הניזיקין מהווים את אחד המקורות המרכזיים להבטחת הזכויות המוכרות בחוקי היסוד:

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

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

17. הפגיעה בקניין היא, בראש ובראשונה, הפגיעה במי שרכושו נפגע בשל מעשה של כוחות הביטחון, ונשלל ממנו כל סעד בשל פגיעה זו. אך לכך מצטרפת פגיעה נוספת, המתבטאת בשלילת זכות התביעה עצמה. הזכות לקניין פורשה באופן רחב ככוללת כל אינטרס בעל ערך כלכלי (לעניין זה ראו עניי עדאלה, פסקה 24, ראו גם: ע"א 3145/99 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן**, פ"ד נו (5) 385, 398 והאסמכתאות שם).

18. הסעיף הנ"ל פוגע בזכות לשוויון, שהרי תכליתו היא לחול רק על פלסטינים, בפרט, וכל מי שאינם ישראלים, בכלל. כך עולה מהשימוש במושגים "נתין של מדינת אויב", "תושב שטח מחוץ לישראל" ו"ארגון מחבלים". משמעות הדברים היא, שמדובר בסעיף גזעני, אשר יוחל בתחולה פרסונלית אך ורק על פלסטינים ולא על ישראלים.

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

19. יתרה מזאת, שלילת זכותם של פלסטינים לפנות לערכאות שיפוטיות מהווה פגיעה קשה בזכות יסוד של נפגעים רבים לקבל סעד מן המערכת השיפוטית. חמורה במיוחד הינה הפגיעה הרטרואקטיבית בזכות הגישה לערכאות של הניזוקים, אשר נפגעו מפעולות כוחות הצבא והגישו תביעה או החלו בהליכים לשם הגשת תביעה בבתי המשפט הישראליים בדומה למה שעוברים התובעים בענייננו.

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

לעניין זה ראו :

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

ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא (3) 577, 595 ;

ע"א 197/89 הסתדרות אגודת ישראל בארץ ישראל נ' שוורץ, פ"ד מה (3) 320, 327 ;

ע"א 579/90 רוזין נ' בן נון, פ"ד מו (3) 738, 742 ;

ע"א 4980/01 כהן ואח' נ' גלאס ואח', פ"ד נח (5) 625, 629 ;

רע"א 9572/01 דדון נ' וייסברג, פ"ד נו (6) 918, 921 ;

רע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרויקטים נ' מצפה כנרת, פ"ד נו (5) 156, 163.

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

ראו עוד : עניין חוף עזה, בעמ' 610.

21. לאור זאת, שלילת סעדים משפטיים על-ידי הסעיף הנ"ל וחסימת נפגעים מהגשת תביעות בגין נזקיהם, פוגעת בזכויותיהם המהותיות של הנפגעים לכבוד, לשוויון, לחיים, לשלמות הגוף ולקניין. הפגיעה בזכויות היסוד המהותיות ובאינטרס ההסתמכות של נפגעים, אשר כבר הגישו תביעות בבתי המשפט בישראל או נקטו צעדים לשם הגשת תביעה, חריפה וקשה עוד יותר.

22. כאמור לעיל, התובע בעניינו נורה על ידי חיילי הצבא עת שהיה בדרך חזרה מבית הספר ועת ששהה באדמה השייכת למשפחתו שרחוקה כ-500 מטרים מגדר ההפרדה בין רצועת עזה למדינת ישראל. כתוצאה מהירי, נפגע התובע בצווארו ונפצע באורח קשה. סעיף 5ב(א)(1) למעשה חוסם ממנו ומהוריו להמשיך בתביעתם לקבל פיצוי בגין פגיעתו הקשה בבתי המשפט בישראל, על לא עוול בכפיו, וזאת בגין העובדה שהינו תושב רצועת עזה שעליה הכריזה הממשלה, לפי הסעיף הנ"ל, כשטח אויב באופן רטרואקטיבי מיום 7.7.14. בכך, הנתבעת פוגעת בצורה קשה ביותר בזכויות היסוד המהותיות של התובע כמפורט לעיל ואשר מוקנות לו בישראל.

פסקת ההגבלה

23. סעיף 5ב(א)(1) אינו מקיים את תנאי פסקת ההגבלה, הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, כפי שיפורט להלן :

התנאי הראשון : הפגיעה חייבת להיעשות בחוק

24. הסעיף הנ"ל אינו מקיים את התנאי הראשון של פסקת ההגבלה, שלפיו הפגיעה בזכויות חוקתיות חייבת להיעשות "בחוק". על מהותו ומרכיביו של תנאי זה עמד פרופ' אהרן ברק :
"המרכיב 'בחוק' או 'לפי חוק' משקף את עקרון שלטון החוק בהיבטו הפורמלי

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

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

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

הפגיעה בזכויות אינה בחוק כי היא מוסדרת בהסדרים ראשוניים

26. הלכה פסוקה היא שהגבלת זכויות תעשה בחוק מפורש וברור. אין לרשות המבצעת סמכות שיורית או בשיקול דעת להגביל את זכויות. גם כאשר הראשות המבצעת נסמכת על חקיקה, החקיקה המסמיכה חייבת להתוות את אמות המידה להפעלת שיקול הדעת. חוק המסמך את הרשות המבצעת באופן גורף ללא קביעת אמות מידה להפעלת שיקול הדעת, אינו חוק על הגדרת "בחוק" שבפיקט ההגבלה.

27. לפי הסעיף הנ"ל, הממשלה מוסמכת להכריז, לפי שיקול דעתה המוחלט, מראש או בדיעבד, על שטח, מחוץ לגבולות ישראל, כשטח אויב. למעט העובדה כי האזור יהיה מחוץ לשטח ישראל, אין כל הגבלה מהותית על הממשלה. לכן, הגדרות אלו הינן רחבות.

28. העובדה שהסעיף הנ"ל מעניק שיקול דעת כמעט מוחלט לרשות המבצעת מבלי לקבוע אמות מידה ולו כלליים מנוגדת לעיקרון היסוד של המשפט החוקתי שאומר שהפגיעה בזכויות יסוד חייבת להיות מוסדרת באופן ברור בהסדר ראשי. לעניין זה ראו: עמדת המשנה לנשיא (כתוארו אז) חשין בעניין בג"ץ 11163/03 וועדת המעקב העליונה נגד ראש הממשלה (לא פורסם [24.2.2006]).

29. לפיכך, חוסר הוודאות שבסעיף הנ"ל אינו רק בקביעת מקום תחולתו אלא גם לגבי מועד הפעלת שיקול הדעת. המסקנה מכך היא, שהסעיף יוצר חוסר ידיעה וחוסר ודאות בכל הקשור ליצירת עילות תביעה ולמימושן.

30. במאמר מוסגר יצוין, כי חוסר הוודאות שיוצר הסעיף, עלול גם להשפיע על החלטותיהם של נפגעים רבים לא לפנות מלכתחילה לעורכי-דין ולא להוציא הוצאות כספיות לצורך הגשת תביעותיהם, כיוון שלא יהיה ברור להם מה תחליט הממשלה בעתיד בעניין השטח בו הם נפגעו (בדומה לסיטואציה של האפקט המצנן (chilling effect)).

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

"שלטון החוק בהיבטו המהותי הצר, מתייחס לכל אותם יסודות שהם חיוניים לקיומו של חוק כנורמה המדריכה (מכוונת) התנהגות בשיטת המשפט. כך, למשל, תנאי הוא לשלטון החוק שהחוק יהיה כללי, פומבי, ידוע ומפורסם, ושהוא יהיה ברור, ודאי, וניתן להבנה באופן שבני הציבור יוכלו לנהל על פיו את ענייניהם... {הרכיב} "בחוק" – אין משמעותו אך זאת שחוק של הכנסת מכיל את ההגבלה. הדרישה אינה באה להצביע אך על הצורך במקור משפטי פורמלי להגבלת זכות אדם... לדעתי, הוא מוסיף וקובע, כי מקור

פורמלי זה צריך לקיים דרישות נוספות שהן טבעיות ומהותיות לקיומו של משפט כגורם המכוון התנהגות אנושית...חקיקה הקובעת כי זכויות האדם יוגבלו על פי שיקול דעתו של פלוני, אינה מקיימת את דרישות המינימום של הגבלה "בחוק" במשפטנו. על פי גישה זו הדרישה כי ההגבלה על זכות האדם תהא "בחוק" היא בעלת חשיבות רבה. אין זו אך דרישה פורמלית (שלטון חוק פורמלי), אלא גם דרישה מהותית...המהותיות נבחנת מבחינת תיפקודו של המשפט כמערכת מדריכה ומכוונת התנהגות אנושית. גישה דומה באשר לתכליתה של פסקת ההגבלה נוקטים בית-המשפט האירופאי לזכויות האדם ובתי המשפט הקנדיים."

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

התחולה הרטרואקטיבית של החוק המתקן

32. כאמור, סעיף 5ב(א)(1) מסמיך את הממשלה להכריז בכל עת על אזור כשטח אויב, לרבות אזור שהמעשה בו אירע לפני ההכרזה. בענייננו, הממשלה הכריזה על רצועת עזה כשטח אויב ביום 26.10.2014 ושתחילת הצו הינו ביום 7.7.2014, כארבעה חודשים לפני ההכרזה עצמה.

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

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

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

34. המבחן לחוק המוחל רטרואקטיבית, כפי שעולה מפסיקת בית המשפט העליון, הינו כי אל לו לחוק לפגוע בזכויות קנויות, באינטרס ההסתמכות ובציפיותיו הראויות של הנפגע.

לעניין זה ראו:

בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, תק-על 2004(4), 1390, פסקה 16 לפסק הדין (להלן: "עניין גניס");

ע"א 10/55 אל-על" בע"מ נ' עיריית תל אביב-יפו ואח', פ"ד י 1586, 1589;

ע"א 27/64 בדר נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד יח (1) 295, 300.

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

35. בית המשפט העליון קבע בעניין גניס דלעיל, כי חקיקה חדשה לא תחול למפרע על מי שהסתמך על מצב משפטי עובר לחקיקתה, שבעקבותיו נוצרו ציפיות ראויות. במקרה זה דובר בחקיקה חדשה, אשר ביטלה את תחולתה של הטבה כלכלית (סיוע בדיור) גם כלפי אלה שכבר הסתמכו על הטבה זו. יודגש, כי לא הייתה מחלוקת בין השופטים בדבר בטלות הוראת החקיקה החדשה למפרע על מי שהסתמך על המצב שקדם לה. המחלוקת נסבה סביב התרופה הרלוונטית - האם לבטל את החקיקה החדשה או ליתן לה פרשנות שתמנע את תחולתה על מי שהסתמך עליה בפועל. השופט חשין (כתארו אז), שביטא את עמדת

הרוב, קבע, בין היתר, את העיקרון שלא היה במחלוקת בין כלל שופטי ההרכב:

"התחולה למפרע של הוראת סעיף 20 לחוק ההסדרים לא יועדה מעיקרה – כמעט אמרנו: אין בכוחה לחול על מי שהסתמך על הבטחת המחוקק ושינה מצבו בעליל... המחוקק לא יעשה עוול ליחיד ולא יפנה עורף למי שהלכו אחריו והסתמכו על הבטחות שהבטיח והתחייבויות שהתחייב בהן..." (פיסקה 22-23 לפסק הדין בעניין גניס).

לא למותר לציין שבעניין גניס נקבע שאסור לשלול זכות באופן רטרואקטיבי גם כששילת הזכות נעשת בחקיקה. מקל וחומר כשמדובר על שלילת זכות באופן רטרואקטיבי הנעשית מכוח החלטת ממשלה כמו שנעשה בעניינו.

36. אי לכך, יש לבטל את הסעיף הנ"ל בהיותו פוגע למפרע בזכויות חוקתיות שהתגבשו, בזכויות מוקנות, ובציפיות לגיטימיות של אלה שניזוקו ואשר עילת תביעתם התגבשה על בסיס עילה נזיקית, שהייתה קיימת בעת האירוע או עובר לחקיקת החוק הנידון. העובדה שבעניינו האירוע נשוא כתב התביעה התרחש כשבועיים אחרי ההכרזה עצמה לא אמורה לשנות במאומה את אי חוקתיותו של הסעיף. בנוסף לכך, החוק פוגע באינטרס ההסתמכות הלגיטימי של אלה שהגישו תביעותיהם וציפו כי ההליך המשפטי בעניינם יסתיים ללא הפרעה של גורם חיצוני. החוק פוגע באופן שרירותי באלה שהגישו את תביעותיהם, אך טרם התקיים בעניינם שלב ההוכחות, ללא סיבה התלויה בהם, והוא מפלה אותם לרעה לעומת אלה, שההליך בעניינם הסתיים.

התנאי השני: תכלית הסעיף אינה ראויה

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

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

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

ראו גם: בג"ץ 6893/05 ח"כ יצחק לוי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', (לא פורסם, [3.8.2005]).

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

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

40. מאחר ולמדינה ולשלוחיה הוקנתה כבר חסינות מכוח הוראות סעיף 5 לחוק העיקרי, בכל האמור לפעולה מלחמתית, ומאחר שהגדרת "פעולה מלחמתית" הורחבה בהוראות סעיף 5א לחוק, אשר במסגרתו גם נקבעה שורה של הקלות דיוניות וראייתיות למדינה בתביעות נזיקין, שהוגשו נגדה על ידי תושבי השטחים

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

41. הוצאתם של דיני הנזיקין בהם מעורבים כוחות הביטחון הישראליים ואשר אין להן היבט לחימתי, לא באה להגשים את התכלית האובייקטיבית של התאמת דיני הנזיקין למצב של לחימה. היא באה להגשים את התכלית הלא ראויה של שחרור המדינה מכל אחריות בנזיקין בשטח שהוכרז עליו כשטח אויב על ידי הממשלה, במיוחד לאור האופי הרטרואקטיבי של ההוראה (ראו פסקה 35 לפסק הדין בעניין עדאלה). המסקנה הברורה היא כי תכלית הסעיף הנדון הינה תכלית לא ראויה ולכן פסולה.

42. יתרה מכך, סעיף 5ב(א)(1) אינו לתכלית ראויה כי הוא מנוגד לעקרונות בסיסיים של המשפט הבינלאומי, כפי שיפורט להלן:

43. סעיף 5ב(א)(1) מפר את הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ובכלל זה דיני הכיבוש ודיני המלחמה, אשר חלים ברצועת עזה. בית המשפט העליון עמד על תחולת המשפט ההומניטרי בשטחים הכבושים בשורה של פסקי דין. לא למותר לציין, כי הלכה פסוקה היא, שגם בעיצומה של לחימה חלה על המדינה חובה להגן על המשפט ההומניטרי ולקיים אותו.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ראו פסקאות 89 ו-101 להחלטה ב:

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

45. חובת צד לסכסוך לפצות על נזקים שנגרמו לאזרחים מוגנים הינו כלל בסיסי במשפט ההומניטרי הבינלאומי ואשר מהווה משפט מנהגי. המשפט ההומניטרי כולל הוראות מפורשות בדבר חובת צד לסכסוך לפצות בגין נזקים שנגרמו לאזרחים מוגנים. כך, סעיף 3 לאמנת האג משנת 1907 קובע:

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

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

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

46. על האחריות החלה על צד לסכסוך עומדת גם תקנה 29 לאמנת ג'נבה הרביעית וכן סעיף 91 לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה הרביעית המהווה משפט בינלאומי מנהגי. ראו גם את כללים 149 ו-150 של הצלב האדום, המהווים גם הם חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי.

47. בדיון, שקיימה ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ביום 23.6.05 בעניין הצעת חוק לתיקון מס' 7 לחוק הנזקים האזרחיים שכאמור חלק ממנו בוטל על ידי בית המשפט העליון בעניין עדאלה, התייחס ד"ר יובל שני, מומחה למשפט בינלאומי, לסוגיה זו באומרו :

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

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

"Each State Party to the present Covenant undertakes:

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

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

"Article 2, paragraph 3, requires that States Parties make reparation to individuals whose Covenant rights have been violated. Without reparation to individuals whose Covenant rights have been violated, the obligation to provide an effective remedy, which is central to the efficacy of article 2, paragraph 3, is

not discharged. In addition to the explicit reparation required by articles 9, paragraph 5, and 14, paragraph 6, the Committee considers that the Covenant generally entails appropriate compensation. The Committee notes that, where appropriate, reparation can involve restitution, rehabilitation and measures of satisfaction, such as public apologies, public memorials, guarantees of non-repetition and changes in relevant laws and practices, as well as bringing to justice the perpetrators of human rights violations".

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

49. סעיף 14 לאמנה הבינלאומית נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, 1984 קובעת במפורש את זכות הקרבן לפיצויים ואת חובת המדינה בהקשר זה.

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

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

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

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

51. יש להדגיש, כי הסעיף הנ"ל מפר את הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי גם בישראל, שכן הסעיף מונע קבלת סעד מבית המשפט בישראל. ויודגש, כי הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי, ובפרט הוראות האמנות הבינלאומיות, אשר מדינת ישראל הינה צד להן ואף אישרה אותן, חלות בישראל וכי חלה חובה משפטית לכבדן ולקיימן.

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

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

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

52. בהחלטת ה- ICJ דלעיל, נדונה סוגיית תחולת הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי ונקבע במפורש, כי האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות והאמנה בדבר זכויות הילד, חלות בשטחים הכבושים (ראו פסקה 111-112 להחלטה בעניין החומה).

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

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

21 August 2003.

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

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

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

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

<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/2d7b93508a831869802565d90058c005?Opendocument> .54

התנאי השלישי: המידתיות

55. גם במידה ואנו מניחים שהתכלית של סעיף 5ב(א)(1) הינה ראויה ושלמעשה יש קשר רציונלי בין אותה תכלית לבין הוראות הסעיף (קיום המבחן הראשון במבחני המשנה של המידתיות), הסעיף הנ"ל אינו מקיים את מבחן המשנה השני של המידתיות. על פי מבחן זה, על הסעיף לנקוט באמצעי שפגיעתו בזכויות היסוד פחותה. מה שלא קורה בעניין סעיף זה.

56. הסעיף הנ"ל שולל את אחריות המדינה בנוזיקין לגבי כל תביעת נזיקין אשר מוגשת לגבי אירוע שהתרחש בשטח שהוכרז על ידי הממשלה בצו כשטח אויב. יש כאן למעשה חסינות גורפת למדינה שמשמעה מתן פטור מאחריות בנוזיקין ביחס לתחומים רבים של פעולות שאינן בגדר פעולות מלחמתיות, גם על פי ההגדרה הרחבה, והבעייתית בפני עצמה, שניתנה למושג זה בחוק. משמעות הדבר היא שנפגעים רבים יימצאו עצמם ללא סעד, למרות שלא היו מעורבים בכל פעילות עוינת ושלא נפגעו אגב פעולות כוחות הביטחון. באופן הזה הנתבעת אינה מנסה להתאים את דיני הנוזיקין למצב המלחמה, אלא היא מוציאה מהיקף תחולתם של דיני הנוזיקין פעולות רבות שאינן מלחמתיות. (לעניין זה ראו: עניין עדאלה פסקה 36 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) א. ברק). עצם העובדה שהמדינה חסינה לתביעות נזיקיות כשמדובר במקרים הנופלים בתוך ההגדרה הרחבה מאד של פעולה מלחמתית מראה שהסעיף הנ"ל פוגע פגיעה מעל לנדרש בזכויות המנויות לעיל.

57. בעניין עדאלה לעיל, מגיע הנשיא (כתוארו אז) א. ברק למסקנה כי הדרך המידתית היא בבחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה, בחינה זו תבדוק אם המקרה הספציפי נופל להגדרה של "פעולה מלחמתית", אך אין להחליף את הבדיקה האינדיבידואלית בשלילה גורפת של אחריות הנתבעת (עניין עדאלה, פסקה 37). הנשיא א. ברק עמד על כך גם בבג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006):

"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. עקרון 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. " (פסקאות 69-70 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) א. ברק)

58. גם פסיקה מאוחרת יותר של בית המשפט העליון מצביעה באופן ברור על כך שמתן חסינות למדינה ומתן פטור מאחריות בנוזיקין בצורה כה גורפת הינו דבר פסול שאינו מקיים את המבחן המשנה השני של מבחני המידתיות. בדיון נוסף דיראני התאים בית המשפט העליון בדעת רוב של ארבעה שופטים מול שלושה, את הכלל הנוהג במדינות המשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעת אויב בעת מלחמה, למציאות המשתנה, כך שמכוחו גם אין לברר תביעה של פעיל טרור השווה במדינה זרה, כל עוד נמשך העימות המזוין בין המדינה לארגון הטרור. בדעת הרוב (מפי הנשיא (כתוארו אז) א. גרוניס) נקבע שאין שלילה מוחלטת של זכות הגישה לערכאות של המשיב (שמוגדר כפעיל בארגון טרור), אלא רק שהייה עד לסיום העימות המזוין עם הארגון. 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 על תושבי המדינה הזרה כולם, מהווים גם הם בחירה באמצעי שפגיעתו בזכויות הפרט היא פחותה (דיון נוסף דיראני, פסקה 73 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) א. גרוניס). כלומר גם בפרשת דיראני זו, עמדת הרוב לא אימצה את הכלל הגורף שמגביל את הזכות לגישה לערכאות ובירור התביעה לגופה וכי ההגבלה נעשית על בסיס קונקרטי לנסיבות ספציפיות.

59. יתרה מזאת, השופט ס. ג'ובראן שהיה אחד משלושת השופטים בדעת המיעוט לא היה מוכן לקבל שהכלל הנ"ל מקיים את מבחני המידתיות ועמד על חשיבות זכות הגישה לערכאות:

"אולם, לעמדת, באיזון בין הערכים המתנגשים, זכות הגישה לערכאות גוברת על אינטרס מניעת הסיוע לאויב... הפער שבין הערכים המתנגשים הוא גדול דיו והמסקנה המתבקשת היא כי ידה של זכות הגישה לערכאות על העליונה... במקרה שלפנינו, מדובר בזכות יסוד בעלת חשיבות מהותית לשיטת משפטנו (שפי שהובהר לעיל), אל מול אינטרס כללי עליו ניתן לשמור בנסיבות המקרה גם ללא צורך לפגוע בזכות האחרת."
(דיון נוסף דיראני, פסקה 16 לפסק דינו של השופט ס. ג'ובראן)

60. למעשה המשותף לכלל עמדות השופטים בפרשה זו הוא שמתן חסינות למדינה ופטור גורף מאחריות בנוזיקין הינו דבר פסול שפוגע פגיעה חמורה בזכויות יסוד כגון הזכות לחיים ולשלמות הגוף, הזכות לקניין וזכות הגישה לערכאות של אותם נפגעים מבלי לקיים את תנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

61. האירוע שבו נפגע התובע בענייננו הינו מקרה קלאסי של אדם שזכויות היסוד שלו נפגעות כתוצאה מהחסינות הגורפת שמספק סעיף 5ב(א)(1) לנתבעת. התובע הינו קטין שנפגע בדרכו חזרה מבית הספר על ידי ירי של כוחות הביטחון, בלי להיות משויך לכל ארגון טרור או מעורב בפעולה מלחמתית כלשהי, וכחודשיים אחרי סיום מבצע "צוק איתן" וזאת אחרי שהממשלה החליטה בצו לראות בשטח רצועת עזה כשטח אויב באופן רטרואקטיבי מיום 7.7.2014. טעותו היחידה של התובע הייתה שהוא תושב ברצועת עזה.

62. לאור כל האמור לעיל, ובשל הפגיעה החמורה בזכויות החוקתיות של התובע, בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את בקשת הנתבעת לדחות את התביעה על הסף ולהכריע בעניין חוקתיותו של סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים.

נדים שחאדה, ע"ד

מוחמד ג'בארין, ע"ד

ב"כ התובעים