

מאי 2005

**הצעת חוק הנזיקים האזרחיים (תיקון מספר 5) (הגשת תביעות נגד המדינה על ידי  
נתין מדינת אויב או תושב אזור עימות), התשס"ב-2002 – חוות דעת**

**תמצית**

הצעת החוק אינה חוקתית.

הטעם לכך הוא בראש ובראשונה, שהתיקון שולל זכויות יסוד על בסיס שייכות לאומית (נתינות) ומקום מגורים – ללא זיקה למעשיו של התובע הפוטנציאלי או למעשיהם של מדינת ישראל ושלוחיה באירוע הספציפי. סיווגם של בני-אדם לבעלי זכויות ולמשוללי זכויות על בסיס מעין זה מהווה פגיעה אנושה בזכות היסוד לשוויון בפני החוק.

הדין הקיים מעניק למדינה כלים רבי עוצמה להתמודד עם תביעות נזיקין, שיסודן בסכסוך הישראלי-ערבי. הכלי המרכזי מבין אלו הוא החסינות המלאה, שמוקנית למדינה ולשלוחיה בגין כל פעולה מלחמתית. פעולה מלחמתית מוגדרת, על-פי הדין הקיים, בין היתר, כ"כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בניסיונות של סיכון לחיים או לגוף"<sup>1</sup>.

השינוי הנוכחי אינו נחוץ לחסימת תביעות בגין פעולות מלחמתיות. הוא מיועד לחסום תביעות בגין מעשים, שאינם נובעים מפעולות כאלו. תיקון מספר 5 יפגע בשלטון החוק ובזכויות האדם במקומות, בהם איש אינו מעוניין לפגוע: התביעות, שתיקון זה יחסום, הן אותן תביעות, שנובעות ממעשי ביזה, מרשלנות בשטחי אימונים, מירי שנעשה ללא שהיתה כל סכנה לחייל וכיוצא באלה.

מנסחי ההצעה טוענים, כי היא מיישמת עיקרון "מקובל" כביכול, לפיו כל צד למאבק מזוין נושא בנזקי נתינו. כפי שנראה, לעיקרון שכזה אין כלל יסוד בדין הישראלי ואף לא בדין הבינלאומי. גם במלחמה ישנם חוקים, ומוטל על מי שמפר את החוקים לשלם את הנזקים שגרם. מטרתו של המשפט הבינלאומי היא לצמצם ככל הניתן את הפגיעה של עימותים בינלאומיים באוכלוסיה אזרחית. במסגרת זו מוטלות חובות על הצדדים כלפי האוכלוסיה – חובות, שהפרתם מולידה סנקציות פליליות וחובת פיצוי אזרחית.

אנו חיים באקלים בינלאומי חדש, בעידן של גלובליזציה של המשפט. הזירה המשפטית הבינלאומית צוברת עוצמה. אין מדינה, שיכולה לבודד עצמה מהשלכות תהליך זה. מגמתו של בית המשפט העליון היא ליצור התאמה בין המשפט הפנימי למשפט הבינלאומי – ולו על מנת להציל את המדינה ואת

<sup>1</sup> חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, סעיף 1.

## האגודה לזכויות האזרח בישראל

## המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

חייליה מהתוצאות הכרוכות בהתנגשות ביניהם. ההצעה הנוכחית מתנגשת באופן בוטה במשפט הבינלאומי בהתחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל.

הצעת החוק תחסום את האפשרות לתבוע את המדינה בבתי המשפט של מדינת ישראל. היא תעודד בכך תובעים פוטנציאליים להגיש את תביעותיהם בחו"ל. בתי משפט ברחבי העולם פותחים את שעריהם יותר ויותר לתביעות, שלכאורה אין להן זיקה לאותן מדינות, אולם שורשיהן בהפרה של זכויות יסוד או של משפט העמים. סגירת האפשרות להגיש תביעות אלו בישראל תחסום את אפשרותה של המדינה לטעון בבתי משפט זרים, כי התביעה הוגשה בפורום לא נאות.

### הדין הקיים

כבר היום פטורה המדינה מלפצות את מי שנפגע במסגרת פעולה מלחמתית – בין אם היה מעורב בה ובין אם לאו. ההגדרה של "פעולה מלחמתית", הקיימת בדין הקיים, רחבה ביותר:

**פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בניסבות של סיכון לחיים או לגוף.<sup>2</sup>**

הוראות מפקודת הניזקין, הנוגעות לאשם תורם ולהסתכנות מרצון, מאפשרות להקטין ואף לבטל את הפיצויים למי שנפגע עקב מעורבותו בפעולות נגד המדינה. בפועל הפסיקה אכן עושה שימוש בהוראות מעין אלו.

במישור הראייתי, תיקון מספר 4 לחוק הניזקין האזרחיים משנת 2002 קבע שורה של הוראות, שנועדו להקל על המדינה את הנטל הראייתי בהתמודדות עם תביעות שמקורן בשטחים. בין היתר, הונהגה חובה למסור הודעה על אירוע הנזק סמוך להתרחשותו, קוצרה תקופת ההתיישנות והושעו חזקות שבדין, שעשויות להעביר את נטל ההוכחה אל המדינה.<sup>3</sup>

### הוראותיו של תיקון 5 לחוק

בעוד שהתיקון הקודם לחוק שם את הדגש על סוג האירוע המזיק, ההצעה הנוכחית מתמקדת באופן גלוי ומפורש בזהות הקולקטיבית של הנפגע – האם הוא נתין מדינת אויב, תושב "שטח עימות" (ומודגש שהישובים הישראליים בשטחים לא ייכללו במושג זה) או "פעיל ארגון מחבלים" (מושג עמום ורחב, שמתמקד בפעילות שאינה קשורה בהכרח לאירוע הנזק).

התיקון מציע שהמדינה לא תהיה אחראית בניזקין לכל נזק שייגרם לנתין של מדינת אויב או פעיל ארגון מחבלים, למעט לנזק, שנעשה לו עת היה אסור או עצור בידי ישראל. עוד מציע תיקון 5, כי המדינה לא תהיה אחראית בניזקין לכל נזק, שייגרם לתושב "אזור עימות" באזור עימות. גם כאשר

<sup>2</sup> חוק הניזקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, סעיף 1.  
<sup>3</sup> חוק הניזקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, סעיף 5א.

## האגודה לזכויות האזרח בישראל

## המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

הנזק נגרם מחוץ לאזור העימות, המדינה לא תהיה אחראית בנזיקין כלפי תושב אזור עימות אם הנזק נגרם ממעשה, שנעשה במסגרת העימות או כתוצאה ממנו. החריגים הם נזקים, שנגרמו לתושב "אזור עימות" שהיה נתון למשמורת ישראלית, תביעות הנובעות ממעשה של המינהל האזרחי או מינהלת התיאום והקישור וקבוצה צרה של תאונות דרכים.

ההכרזה על אזור מסוים כאזור עימות תהא נתונה בידי שר הביטחון. בנוסף קובע התיקון, כי תושב "אזור עימות" יוכל לבקש, במקרים מיוחדים, פיצוי חריג מוועדה מיוחדת שתוקם.

תיקון 5 יחול באופן רטרואקטיבי על כל תביעה בשל מעשה שנעשה לאחר פרוץ האינתיפאדה ביום 29.9.00, ובלבד שלא החל שלב ההוכחות בתביעה.

### פגיעה קשה בזכויות אדם רבות, המוגנות בדין הישראלי ובדין הבינלאומי

שיכול האפשרות לקבלת סעד כמוה כפגיעה בזכות היסוד החוקתית, שכן זכות שניתן להפר מבלי שיהיו להפרתה השלכות מעשיות – איננה זכות.

**נטילת הסעד או אי הכרה בתרופה מהווה פגיעה בזכות אדם חוקתית בדומה לפגיעה הראשונה בה (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (תשמ"ד) 705).**

מחויבות לזכויות אדם היא רטוריקה ריקה כאשר מי שזכויותיו הופרו נותר ללא סעד. כך קובע סעיף 2 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות:

3. א. נפגעו זכויותיו וחירויותיו של אדם, כפי שהוכרו בזה, תעמוד לו תרופה יעילה, אף על פי שאותה פגיעה בוצעה בידי אישים הפועלים בסמכות רשמית.

דיני הנזיקין הם אמצעי חשוב להבטחת זכויות האדם. יש בהם להבטיח, כי הפגיעה בזכות לא תישאר ללא מענה, וכי אף אם לא ניתן להשיב לאחור את הפגיעה בזכות, לכל הפחות יפוצה בעל הזכות על נזקיו:

**המשפט הפרטי הישראלי בכלל ודיני הנזיקין בפרט, מהווים מקור ראשוני במעלה להענקת סעד בגין פגיעה (פיזית) בזכות אדם מוגנת... פקודת הנזיקין היא המקור לסעד, ואילו הזכות מעוגנת בחוקי היסוד (אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (תשמ"ד) 785).**

משמעות התיקון היא שכאשר ילד תושב אזור עימות נורה ונהרג בצורה רשלנית, תהיה המדינה חסינה מפני פיצוי משפחתו, תוך הפרה ברורה של הזכות לחיים, הפרה שאין עליה סעד.

כאשר יבוזז חייל את הבית הפלסטיני, שתפס לצורך ביצוע תצפית, לא יוכל בעל הבית לתבוע את נזקיו, והחייל הבוזז והמדינה יזכו בחסינות, תוך הפרה בוטה של זכות הקניין.

## האגודה לזכויות האזרח בישראל

## המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

כאשר הולכת רגל פלסטינית תיפצע מרכב סיור צבאי, ותשכב בבית חולים חודשים, לא תוכל לתבוע פיצוי על נזקיה, תוך הפרה בוטה של הזכות לשלמות הגוף.

כאשר קשיש יושפל ויעוכב במחסום רק משום שלא הסכים לנגן בכינור, לא יוכל לקבל כל סעד על השפלתו, תוך הפרת הזכות לכבוד האדם והזכות לחופש התנועה.

### תיקון 5 יוצר משטר של אפליה על רקע שייכות קבוצתית

התיקון אינו חוסם תביעות על בסיס עילת התביעה, אלא על בסיס זהות התובע ומקום מגוריו, ועל כן הוא מהווה אפליה פסולה. אין די במגוריו של תובע בשטח עימות או בהיותו פלסטיני בלבד להראות שוני רלוונטי המצדיק יחס שונה.

אדרבא, הסימון של אנשים כחסרי זכויות בדיני הנזיקין רק בשל מקום מגוריהם או נתינותם חורג מעבר לפגיעה בשוויון. אפליה, שיסודה בשייכות הקבוצתית של אדם, היא משפילה, ומהווה כשלעצמה פגיעה בכבוד האדם<sup>4</sup>.

טלו לדוגמה רכב צבאי, שנסע באזור העימות, נהג הרכב התרשל ולא הדליק אורות. בנוסף, הוא נסע עם גלגל בלחץ אוויר לא תקין. כתוצאה מרשלנות זו נדרסו ונפצעו קשה שני ילדים באותה צומת, אחד הילדים הוא פלסטיני, תושב כפר סמוך ואחד יהודי, תושב התנחלות סמוכה. אף שאין מדובר בפעולה מלחמתית, הילד היהודי יוכל לתבוע את נזקיו, אך הילד הפלסטיני יוותר חסר כל. זוהי אבחנה פסולה ומקוממת.

דוגמה להבחנה רלוונטית היא ההבחנה, הקבועה בסעיף 5 לחוק, בין עוולה שנעשתה במסגרת פעולה מלחמתית לעוולה אחרת. ההבחנה מתבססת על ההכרה, כי ישנן תביעות ש"אינן מתאימות לטיפול במסגרת דיני הנזיקין הרגילים", שכן נערכו במצב מיוחד של פעילות מלחמתית, מצב בו הסיכונים שנדרש המעוול לקחת על עצמו היו גדולים מאוד, לבין תביעות, שראויות להתברר בדיני הנזיקין הרגילים, אף שהעוולה הנטענת בוצעה בשטח כבוש ונגד אוכלוסיה אזרחית.

תיקון 5 לחוק לא נועד לחסום תביעות, שמקורן בפעולות לוחמה או פעולות קרובות להן. אלו כבר נחסמו בדין הקיים. התיקון נועד לחסום תביעות של תושבי השטחים ושל כל נתין "אויב" או "תושב אזור עימות", אשר אין מקורן בפעולות לחימה, ובכך לוקה התיקון באפליה פסולה.

התיקון הוא כה גורף עד כי הוא מפלה לרעה בעלי דין פלסטינים גם בסוגי תביעות, שאין בינן לבין פעילות מלחמתית לא כלום כגון: תביעות בגין ביזה, התפוצצות נפלים בשטחי אימונים, אלימות משטרתית, התעללות והשפלות במחסומים, אלימות פיזית וירי בלתי מוצדק בנסיבות, בהן לא

<sup>4</sup> בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94

## האגודה לזכויות האזרח בישראל

## המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נשקפה כל סכנה לחיילים, הפרת הוראות פתיחה באש וכיו"ב. והכול – כשהתובע נופל תחת ההגדרות שבחוק והנתבעת היא המדינה. (אותו נזק ממש יהיה בר תביעה ככל שזהות התובע או הנתבע אחרות).

אפליית בעלי הדין הפלסטינים לעומת כלל בעלי הדין מנוגדת לזכות לשוויון בכלל ולזכות לשוויון בפני בית המשפט בפרט. המשפט הבינלאומי מחייב אף הוא את בתי המשפט למנוע אפליה בין בעלי הדין. סעיף 14 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, המוזכרת לעיל, קובע:

**הכל שווים בפני בית המשפט ובתי הדין, כל אדם זכאי לכך כי טיעונו יישמע כאות,  
בפומבי, בפני בית משפט מוסמך, בלתי תלוי וחסר פניות, שהוקם לפי החוק, אשר  
יחליט בין בדבר כל אשמה בעלת אופי פלילי נגדו ובין בדבר זכויותיו וחובותיו  
בתובענה אזרחית...**

המדינה מנסה להצדיק את היחס המפלה בטענה זו: מאחר שבעלי דין ישראלים אינם יכולים לתבוע את נזקיהם מהעיומות מהרשות הפלסטינית, אין כל פסול לנקוט ביחס דומה כלפי פלסטינים, שנפגעו בעיומות על ידי ישראל. טענה זו היא טענה דמגוגית ואף אינה נכונה עובדתית. מאז החלה האינתיפאדה הגישו ישראלים תביעות רבות לבתי המשפט בישראל נגד הרשות הפלסטינית, ובתי המשפט בישראל הטילו עיקולים רבים על כספים, שמיועדים לרשות ושנמצאים בידי ישראל.

כך או כך, הפלסטינים אינם חיים במדינה עצמאית זרה, החיה לצד ישראל. הם חיים מזה קרוב לארבעים שנה תחת שליטה אפקטיבית של ישראל. הזיקה בין השטחים לבין שטחי ישראל היא זיקה הדוקה. למעשה יש לראות בכל השטח שבין הירדן לים מערכת שליטה (control system) אחת.<sup>5</sup> המצב רחוק מזה של מאבק בין שתי ישויות ריבוניות. הטענה, כי קיים מצב סימטרי בין-לאומי, המחפה על האפליה הקשה, היא טענה תמוהה.

### תיקון 5 פוגע בזכות הגישה לערכאות

תיקון 5 ימנע מבעלי דין מסויימים, על בסיס טכני לחלוטין, כמו היותם נתיני מדינת אויב או תושבי אזור עימות, את עצם הגישה לערכאות שיפוטיות בישראל. חשוב להדגיש, כי מדינת ישראל אינה מאפשרת לפלסטינים לתבוע את נזקיהם בבתי משפט מקומיים בגדה המערבית ובעזה, אלא מחייבת אותם להגיש את תביעותיהם בבתי המשפט בישראל. סיכול תביעותיהם בישראל הינו צעד חסר תום לב, ומותיר לכאורה את הפלסטינים, שנפגעו מפעולות הצבא, ללא סעד.

הסגירה המוחלטת של דלתות בתי-המשפט בישראל בפני פלסטינים מהשטחים באה לאחר שורה של הוראות, קיצוניות פחות, שעוגנו בדין הקיים אך בשנת 2002, וביניהן: קיצור מועד ההתיישנות והתנייתן של תביעה בהגשת הודעה על נזק סמוך לאחר האירוע. כעת מוצע לחסום את הגישה לבתי-המשפט באופן מלא וגורף.

<sup>5</sup> מנחם הופנונג ישראל בטחון המדינה מול שלטון החוק (מהדורה שנייה, 2001) עמ' 28 וההפניות בה"ש 69 ו-70.

## האגודה לזכויות האזרח בישראל

## המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

כפי שיורחב בהמשך, פותח התיקון פתח לפלסטינים לנקוט בהליכים נזיקיים בבתי משפט זרים ובינלאומיים. עם זאת, גרירת התובעים הפוטנציאלים לבתי-משפט זרים תטיל עליהם נטל כבד ותקשה על בירור תביעתם. אולם יותר מכול, הדבר יפגע באינטרס של ישראל עצמה, שהתביעות נגדה יתנהלו בערכאות מקומיות, בידי שופטים שבתוך עמם הם חיים ושחשים הזדהות עם המדינה והאילווצים בהם היא נתונה.

### הרציונלים הניתנים להצעת החוק

#### שילת הרציונל הראשון – כל צד ישא בנזקיו

לדברי המציעים "מקובל ככלל כי בעת מאבק מזוין בין עמים, על כל צד לשאת בנזקיו ולטפל בנפגעיו". לטענת המציעים, ישראל נושאת בנזקי אזרחיה מפעולות איבה והם אינם יכולים לזכות בפיצויים מהצד הפלסטיני. אותו דין צריך לחול גם על נפגעים פלסטיניים.

נקדים ונאמר, כי רציונל זה אינו נכון עובדתית. ישראלים הגישו תביעות רבות, בארץ ובחו"ל, נגד הרשות הפלסטינית ונגד גורמים פלסטיניים אחרים בנוגע לאחריותם לנזקי טרור. נכון לספטמבר 2004 עמד הסכום המצטבר של תביעות אלו בישראל בלבד על כשישה מיליארד ₪. כספים רבים של הרשות הפלסטינית עוקלו במסגרת תביעות כאלו – כ-800 מיליון ₪ נכון לספטמבר 2004.<sup>6</sup>

רציונל זה אינו עולה בכפיפה אחת עם דיני המלחמה. במשפט הבינלאומי אכן מקובל כי כל צד ישא בנזקיו כאשר מדובר בנזק, שנגרם מפעולה חוקית במסגרת מלחמה חוקית. אך כאשר מדובר בהפרה של דיני המלחמה, קמה חובה על הצד המפר לפצות על הפרות אלו. סעיף 3 לאמנת האג, 1907 קובע:

**צד לוחם המפר הוראות תקנות אלו יתחייב, אם יש מקום לכך, בתשלום פיצויים.  
הוא יהיה אחראי לכל הפעולות המבוצעות על ידי אנשים המהווים חלק מכוחותיו  
המזוינים.**

הנה כי כן, אין מדינה יכולה להתנער מאחריות נזיקית למעשים, שביצעה בניגוד לחוקי המלחמה והחוק ההומניטרי הבינלאומי.

כך, למשל, כאשר עיראק תקפה את ישראל במלחמת המפרץ הראשונה היא נאלצה לשלם פיצויים לתושבים ישראלים שנפגעו או שנגרם להם נזק כתוצאה מהתקפת הטילים, כיוון שהתקפה זו הייתה בלתי חוקית והפרה בוטה של הדין הבינלאומי ודיני המלחמה. לאור זאת, כל אימת שמדובר בפעולה, המנוגדת לדיני המלחמה, פעולה זו היא בת פיצוי. פעולה מוצדקת, לעומת זאת, ממילא אינה מחייבת בפיצויים (גם אם הצד הנפגע הוא חף מפשע), ותביעה בגין פעולה שכזו תידחה על-ידי בתי המשפט בישראל גם לפי הדין הקיים.

<sup>6</sup> הארץ, 4.9.2004.

**חובות הנובעים מדיני המלחמה עצמם**

המשפט הבינלאומי ההומניטרי שם לו למטרה להגן על אזרחים מתוצאותיו הקשות של העימות. במסגרת זו נקבעו חובות מיוחדים, שחלים על הצדדים כלפי אזרחים, שנקלעו לאזורי עימות. המשפט ההומניטרי דוחה את העיקרון, לו טוענים המציעים, לפיו כל צד מחוייב לנתיניו הוא ולהם בלבד. תכליתו הבסיסית של המשפט ההומניטרי הבינלאומי היא יישום העיקרון, לפיו שני הצדדים נושאים במחויבות כבדה כלפי כל אחד ואחת מהאוכלוסיה האזרחית באזור נשוא העימות, לרבות אזרחי אויב.

כך, למשל, אמנת ז'נבה הרביעית מעניקה מעמד של "מוגנים" ל"אלה המוצאים עצמם – באיזה זמן שהוא ובאיזו דרך שהיא – בשעת סכסוך או כיבוש – בידי אחד מבעלי הסכסוך או בידי אחת המעצמות הכובשות, והם אינם אזרחיו של אותו בעל סכסוך או אזרחיה של אותה מעצמה כובשת" (סעיף 4 לאמנה).

חלק מזכויות היסוד של "מוגנים" מפורטות בסעיף 27 לאמנה:

**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 הפלייה לרעה המבוססת, במיוחד, על נימוקי גזע, דת או השקפה מדינית.**

המשפט הבינלאומי יוצר חובות של כוחות צבא כלפי אזרחי אויב. במונחי דיני הנזיקין מדובר ב"קרבה" או ב"חובת זהירות מושגית". באים המציעים והופכים את היוצרות. מצב העימות, שמטיל, לפי המשפט הבינלאומי, חובות על המדינה כלפי אזרחי האויב, יביא מעתה לפטור. הזכויות המיוחדות של האזרח המוגן יהפכו לכלי ריק, באין סעד על הפרתן. העיקרון, לפיו הפרת המשפט הבינלאומי מחייבת בפיצויים, יפנה את מקומו למשטר גיוגל של התנכרות לקורבנות הסכסוך.

ההצעה, המתיימרת להחיל עיקרון "מקובל", מתנגשת בפועל התנגשות חזיתית עם המשפט הבינלאומי ועם המחויבויות הבינלאומיות של ישראל.

**מדינת ישראל היא חברה במשפחת העמים. מן הראוי לה שלא תפר את התחייבויותיה הבינלאומיות. (אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה (תשמ"ג) 577).**

שליטת הרציונל השני –

התביעות נשוא ההצעה אינן מתאימות להכרעה במסגרת דיני הנזיקין הרגילים

העיקרון הכללי לאחריות המדינה בנזיקין קבוע בחוק הנזיקים האזרחיים. "דין המדינה, לעניין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מואגד" (סעיף 2). המדינה אינה זכאית למעמד מיוחד ביחס לזה של כל אדם אחר. מקום שחברת שמירה היתה חבה בדין – גם המדינה צריכה לחוב בדין. מקום שאדם מסוים היה זוכה בתביעתו – גם זולתו צריך שיוכל לזכות. לא זהות הצדדים אלא סוג האירוע הוא שצריך להכתיב את ההכרעה המשפטית.

מכוחו של עקרון זה, ההלכה הפסוקה והפרקטיקה הנוהגת צימצמו במהלך השנים את חסינותה של המדינה. נדרשים שיקולים מיוחדים של מדיניות משפטית קבילה כדי להצדיק יצירת חריג לכלל זה<sup>7</sup>.

אחד החריגים הוא החריג של "פעולה מלחמתית". הדגש בפסיקה הנוגעת לפעולה מלחמתית אינו הצדדים לתיק ואף לא האירועים הכלליים, שסבבו את המקרה בו נגרם הנזק. השאלה איננה אם הנזק נגרם בתקופת עימות, באזור עימות או לתושב עימות. השאלה היא אם הפעולה, שגרמה לנזק, היתה מלחמתית באופיה:

**עליך לבחון את הפעולה – לא את המלחמה<sup>8</sup>.**

אופיו של החריג הנוגע לפעולה מלחמתית נדון בפסק הדין משנת 2002 בעניין בני עודה<sup>9</sup>.

באותו עניין הוסבר, כי היקף הנזק, הכרוך בפעולות לוחמה, סוגי הסיכון והיקפי נטילת הסיכונים, המאפיינים קרב, אינם הולמים טיפול באמצעות הכלים המשפטיים של דיני הנזיקין הרגילים:

**פעולות מלחמתיות יוצרות, מעצם טיבן וטבען סיכונים, אשר מערכת הדינים ה"שיגרתיים" לא נועדה להתמודד עמהם.**

והודגש:

**הגישה אינה כי "פעולה מלחמתית" היא מחוץ לתחומי המשפט. הגישה הינה כי בעיית האחריות האזרחית בגין פעולות מלחמתיות צריכה להיקבע מחוץ לדיני הנזיקין הקלאסיים.**

על-פי רוב הסדרתם של נזקים אלו נעשית במסגרות בינלאומיות ובהסכמים בינלאומיים.

<sup>7</sup> ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 131-134  
<sup>8</sup> ע"א 5964/92 בני עודה ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1 (להלן: בני עודה)  
<sup>9</sup> שם.



## האגודה לזכויות האזרח בישראל

## המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

ישראל מהווה כוח כובש בשטחים כבר קרוב לארבעים שנה, ואף שבשנות האינתיפאדה חלה הסלמה ברמת האלימות בשטח הכבוש, ודאי שלא ניתן לומר כי כל פעולה, שביצעו חיילים בתקופה זו, הייתה פעולה מלחמתית חסינה מחובת פיצוי. ממילא רבות הפעולות, שאופיין משטרתי, ושמטרתן שמירת הסדר.

**הצבא מבצע באזורי יהודה, שומרון ועזה "פעולות" שונות, היוצרות סיכונים מסוגים שונים. לא כל פעולותיו הן "מלחמתיות" (בני עודה, בעמ' 7).**

כפי שראינו, כבר היום מוענקת למדינה חסינות רחבה במה שנוגע לפעולות מלחמתיות. החסינות מבוססת על סוג הפעולה – בהתאם לרציונל, לפיו סוגי פעולה מסוימים אלו אינם מתאימים לטיפול במסגרת דיני הנזיקין הקלאסיים.

מבחינת רציונל זה, אין ההצעה מוסיפה, אם כן, דבר.

אדרבא, ההצעה כורכת יחד פעולות מלחמתיות ושאינן מלחמתיות כאחת. ההצעה מעוותת את הרציונל המקורי, שבבסיס הכלל בנוגע לפעולה מלחמתית, בהסיטה את המוקד מטיב הפעולה לתקופה ולמקום בו נעשתה ולזהות מי שנפגע ממנה.

### **שלילת הרציונל השלישי –**

#### **ריבוי המקרים יוצר קשיים ראייתיים, העדר יכולת של המדינה להתגונן**

בהצעת החוק נטען, כי ריבוי המקרים החריגים באינתיפאדה, ומצב הלחימה המתמשך, מעמידים את המדינה במצב של קושי ראייתי, המצדיק את מתן החסינות.

טענה זו היא חסרת יסוד. הנטל להוכיח תביעה מוטל על התובע, ומדובר בנטל כבד. ככל שטענותיהם של המציעים נכונות, הרי שהקושי לעמוד על העובדות של כל מקרה ומקרה הוא קושי, הפוגע בתובעים פוטנציאליים יותר מאשר במדינה, שכן נטל ההוכחה מונח על כתפיהם.

תיקון מספר 4 משנת 2002 הנהיג ארבעה חידושים, המגבירים את הנטל המוטל על התובע ומקלים על המדינה את מלאכת ההתגוננות מפני התביעה:

א. על התובע הפוטנציאלי להודיע למשרד הביטחון על האירוע נשוא הנזק בתוך 60 ימים מיום האירוע, וככלל אם נמנע מלהודיע - לא יוכל להגיש תביעה. הוראה זו מיועדת להקל על המדינה לחקור ולאסוף ראיות אודות האירוע בעוד מועד, אולם יש בה הגבלה קשה על זכות הגישה לערכאות של התובע הפוטנציאלי.

ב. תקופת ההתיישנות בתביעות בגין פעילות צה"ל בשטחים קוצרה לשנתיים, כשהמטרה היא להקל על המדינה לאתר את עדיה וראיותיה.

## האגודה לזכויות האזרח בישראל

## המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

ג. הוראות בדיני הנזיקין, המעבירות את נטל ההוכחה אל הנתבע, אינן חלות (ככלל) בתביעות שכאלו. על התובע להוכיח פרטים, שאינם יכולים להגיע לידיעתו אלא באמצעות חקירה מטעם המדינה, כגון מה בדיוק המהלכים שהתרחשו בין חיילי צה"ל ושהולידו ירי רשלני כלפיו.

ד. אם הגנתה של המדינה נפגעת עקב חוסר שיתוף פעולה של הרשות הפלסטינית במה שנוגע לזימון עדים וכיוצא באלו, הדבר יכול להוות עילה לדחיית התביעה.

במאמר מוסגר יציין, כי מתקני תיקון 4 החילו את ההוראות האלו על כל מי שנפגע מידי צה"ל בשטחים – ויהיו נתינותו או מקום מגוריו אשר יהיו. ברור היה להם שהחלת כללים אלו במפורש רק על קבוצות אוכלוסיה מסוימות לא תעמוד במבחן החוקתי.

הקשיים הראיתיים, הניצבים בפני תובעים, ואשר עליהם מצביעים המציעים, הם בראש ובראשונה פרי מחדלים של המדינה עצמה.

החובה לחקור את האירוע היא חובה, שאינה קשורה לדין הנזיקי, היא חובה העומדת בפני עצמה. היא חובה, שקמה מתוך ערכיה של המדינה וערכיו של הצבא, כי כל מקרה חריג ייבדק וייחקר. היא חובה, החלה מכוח הדין הפלילי הישראלי והבינלאומי. היא חובה, הנובעת באופן עצמאי מהחובה להגן ולכבד על זכויות האדם של האוכלוסייה האזרחית.

עתה מבקשת המדינה להסתמך על ההפרה השיטתית שלה עצמה את חובותיה כקרדום לחפור בו. זהו מצב בלתי נסבל. אדרבא, אם יש קושי ראייתי משמעות הדבר היא, שהמדינה אינה עומדת בחובתה לחקור אירועים חריגים. ניתן היה לצפות מהצבא להגביר את קצב החקירות, להגביר את כוח האדם, לשפר את התיעוד בזמן אמת של אירועים.

התוצאה של החסינות תשפיע ללא ספק גם על המוטיבציה של הצבא לחקור אירועים. עתה נדרש הצבא לחקור לפחות על מנת להתגונן בפני תביעות. החסינות תהווה תמריץ שלילי ודאי לחקירת מקרים חריגים, שבוצעו על ידי חיילים, וזהו פתח ברור להתדרדרות מוסרית ופגיעה בטוהר הנשק.

### תיקון 5 יחשוף את ישראל לתביעות בבתי משפט זרים ובבתי משפט בינלאומיים

המשפט הבינלאומי השתנה בצורה ניכרת בשנים האחרונות. תהליכים מורכבים גרמו לירידה בעיקרון הריבונות ובהאצת תהליכים של שיפוט בינלאומי, פלילי ואזרחי. רק לאחרונה חוותה מדינת ישראל את נחת זרועו של בית הדין הבינלאומי, בחוות הדעת בעניין גדר ההפרדה. חוות הדעת קובעת באופן ברור כי בניית הגדר מהווה הפרה של הדין הבינלאומי, המחייבת את ישראל בפיצויים לנפגעי הקמתה.

רגישות מיוחדת מגלות מדינות העולם להפרה של דיני מלחמה ושל זכויות אדם בסיסיות. בתי דין מיוחדים הוקמו במקומות שונים בעולם על מנת לשפוט פושעי מלחמה. מדינות רבות, לרבות ישראל,

## האגודה לזכויות האזרח בישראל

## המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

כללו פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות בקוד הפלילי, השפיט בבתי המשפט המקומיים, גם כאשר לעברין אין זיקה למדינה בה הוא נשפט.

גם בתחום האזרחי חלו שינויים מפליגים. בתי משפט זרים ובינלאומיים מראים נכונות הולכת וגוברת לדון בתביעות אזרחיות, שיסודן בפגיעה בזכויות אדם או בהפרת משפט העמים. כדי להקל על ניהולן של תביעות כאלו מוגמשים כללים של זיקה לפורום, חסינות ריבון זר וכיוצא באלו.

בית הדין האירופאי לזכויות האדם פוסק כעניין של שגרה פיצויים למי שזכויותיהם הופרו על ידי מדינה הכפופה לסמכותו. הבסיס להתערבות בית הדין הוא היעדר סעד נאות במדינה הנתבעת. כך, למשל, כאשר נמנעת המדינה לחקור ביסודיות וכתוצאה מכך נותר הנפגע ללא יכולת לקבל סעד, יתערב בית הדין ויפסוק פיצוי כספי ניכר לתובע.

אחד השיקולים המרכזיים של בתי משפט במדינות זרות וטריבונלים בינלאומיים הוא נאותות הפורום. הגישה הרווחת היא, שתביעה צריכה להתנהל בפורום הנאות ביותר. כאשר נשללת מתובע זכות הגישה לערכאות במקום, הנתפס כפורום הנאות, על ידי מתן חסינות גורפת למדינה, הרי זהו מקרה קלאסי, המזמין את בית המשפט הזר להתערב.

חשוב לציין, כי העובדה שהמדינה מקנה לעצמה חסינות גורפת בבתי המשפט בישראל אינה מבטחת את האנשים הפועלים בשליחותה מתביעות בבתי משפט זרים, תביעות אשר לעיתים לא יופנו כלל כלפי המדינה עצמה אלא כלפי חיילים ונושאי משרות שלטוניות, שכתב התביעה יונח לפתחם בעת שהייה בחו"ל.

### התיקון אם יתקבל יהיה בלתי חוקתי

התיקון אם יתקבל, יהיה בלתי חוקתי, חוק הפוגע במושכלות יסוד של חברה דמוקרטית, חוק המפלה בין אדם לאדם, חוק ההופך את זכויותיהם הבסיסיות של תושבי שטח, הכבוש על ידי המדינה, לנטולות סעד ועל כן – לכלי ריק. חוק זה סותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ודינו בטלות.

על מנת שהחוק לא יוכרז כבטל מעיקרו על המדינה להוכיח, כי הפגיעות הקשות של החוק עומדות בתנאי פיסקת ההגבלה: חוק התואם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, לתכלית ראויה ומידתי.

### תכלית בלתי ראויה ושיקולים זרים

מאחר שניתן לסתור בקלות את הרציונלים, שהתיקון מנסה לקדם, אין כל ספק, כי התכלית של חסימת דרכם של פלסטינים לבתי המשפט אינה ניתנת להצדקה, ועל כן היא תכלית בלתי ראויה.

## האגודה לזכויות האזרח בישראל

## המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

ייתכן שהתכלית האמיתית היא לפטור את הצבא מחובות הזהירות, המוטלות עליו היום, ומתן חופש פעולה רב יותר בשטחים. תכלית זו אינה ראויה ואינה רצויה.

ייתכן שהתכלית היא כלכלית, ניסיון של המדינה לחסוך כסף. תכלית זו ודאי שאינה ראויה.

### התיקון לחוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית

מדינת ישראל רואה עצמה כמדינה יהודית ודמוקרטית, החברה בקבוצת המדינות הנאורות. בין היתר רואה עצמה ישראל מחוייבת לכללי המשפט הבינלאומי המינהגי וההסכמי. ישראל שבה וטוענת, כי היא מכבדת את מחויבויותיה הבינלאומיות.

התיקון מהווה הפרה בוטה של מחויבויותיה הבינלאומיות של ישראל ככוח כובש בשטחים.

מדינת ישראל דוגלת בגישה יעילה וחופשית של נתיניה לבית המשפט. מדינת ישראל מתגאה שנים רבות בנכונותה לפתוח את בתי המשפט שלה בפני תביעות של פלסטינים. המדינה אף הפיקה מעובדה זו רווח הסברתי רב במישור הבינלאומי.

התיקון שולל בצורה גורפת את זכות הגישה לערכאות בהעניקו חסינות מוחלטת למדינה.

מדינת ישראל דוגלת בשוויון ובכבוד האדם. מדינת ישראל דוגלת בשוויון בפני החוק ובשוויון של בעלי דין בפני בית המשפט.

התיקון מהווה אפליה בוטה על בסיס זהות התובע ומקום מגוריו. זוהי אפליה מכלילה ומשפילה. היא מכתימה אנשים חפים מפשע כאויבים וכפעילי טרור, היא מותירה בני אדם שנפגעו על ידה ללא סעד על לא עוול בכפם ורק בשל היותם פלסטינים.

מדינת ישראל דוגלת בטוהר הנשק ובמוסריות הצבא. מדינת ישראל טוענת, כי הצבא הישראלי הוא הצבא המוסרי ביותר בצבאות העולם. התיקון מעניק חסינות גורפת למעשים לא מוסריים בעליל, שבוצעו על ידי חיילי הצבא ושוטרים. המדינה אינה עורכת חקירות ומנצלת את מחדליה כעילה לחסינות מפני תביעות. כך לא נוהג צבא מוסרי.

מדינת ישראל דוגלת במערכת משפט חזקה ועצמאית. התיקון שולל סמכויות מבתי המשפט. התיקון משדר מסר, כי אין לסמוך על מערכת המשפט, שתדע לברור בין פעולה מלחמתית, שראוי להעניק חסינות בגינה, לבין פעולה שאינה מלחמתית ושראוי להטיל אחריות בגינה.

מדינת ישראל דוגלת בריבונות משפטית. מדינת ישראל טוענת, כי יש שופטים בירושלים. מדינת ישראל דוגלת בעצמאות שיפוטית. כאמור, התיקון יחשוף את ישראל לתביעות בבתי משפט זרים ובינלאומיים. האם מעוניינת ישראל, כי שופטים זרים יכריעו בשאלה אלו מפעולותיה בשטחים חוקיות ואלו אינן?

## האגודה לזכויות האזרח בישראל

### התיקון אינו מידתי

## המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

כאשר בוחנים את מידתיות התיקון לחוק ביחס לרציונלים, שבכוונת המחוקק לקדם, יש לבחון את השינוי שנערך בחוק לעומת הכלים, שמעניק החוק כבר עתה.

הרציונל המרכזי הוא, שכל צד ישא בנזקיו הוא. הרציונל השני הוא שבפעולות מלחמתיות הסיכון שונה ואינו מאפשר דיון על פי דיני הנזיקין הרגילים. רציונלים אלו נכונים רק בפעילות מלחמתית חוקית. התיקון אינו תורם לחיזוק רציונלים אלו, שכן החוק הקיים ממילא מבטיח זאת כאשר מדובר בפעולה מלחמתית. על כן ישנו כשל במבחן הקשר הסיבתי בין האמצעי למטרה.

התיקון מפלה לרעה בין בעלי דין, שנפגעו שלא כדין על ידי המדינה, התיקון פוגע בצורה קשה בזכויות אדם, התיקון הוא גורף. לאור זאת התיקון אינו עומד במבחן הפגיעה הקטנה ביותר.

אף בחריג הקבוע בתיקון אין כדי להכשירו. על פי החריג, תוכל ועדה שתוקם לקבוע פיצוי חריג לתושב אזור עימות שנפגע. אמצעי זה אינו יכול להוות תחליף לגישה לבית המשפט ועמידה על הזכויות. מדובר בזכויות אדם בסיסיות. זכות, אשר הסעד על הפרתה הוא מעשה חסד, כמוה כזכות נטולת סעד.

התיקון אינו עומד גם במבחן המידתיות השלישי – נזק מול תועלת במובן הרחב. התועלת של התיקון היא, כאמור, שולית, ביחס לרציונלים שהתיקון מנסה לקדם, כיוון שהחוק הקיים מאפשר התמודדות טובה. מאידך, הנזק מתבטא בפגיעה קשה בזכויותיהם של פלסטינים, לרבות ילדים וקשישים, אשר אינם מעורבים בלחימה. הנזק הוא גם במישור הבינלאומי – ישראל תיחשף לביקורת שיפוטית על ידי בתי משפט זרים ובינלאומיים.

### אין בחריגים שבתיקון כדי להכשיר את החוק

התיקון מוציא מתחולת החסינות הגורפת שהוא מעניק למדינה מספר עניינים, המנויים בתוספת. עניינים אלו ניתנים לשינוי על ידי שר הביטחון.

לגבי כל מי שהתיקון מתייחס אליו – נתין מדינת אויב, פעיל ארגון מחבלים ותושב שטח עימות – המדינה תהא חבה בנזיקין כאשר הנזק נגרם עת היה האדם במשמורת של מדינת ישראל, כעצור או כאסיר. חריג זה הוא מובן מאליו, ואינו גואל את הצעת החוק מבטלות.

לגבי תושבי אזור עימות בלבד – החריג הראשון קובע כי המדינה תהא חייבת בנזיקין לנזקים, שנגרמו ממעשה זדוני בלבד של איש כוחות ביטחון, ורק אם ולאחר שהורשע על כך בפסק דין חלוט. אפילו ורשע חייל ברשלנות פושעת וירצה עונש מאסר בפועל, לא יזכה הקורבן לפיצוי.

## האגודה לזכויות האזרח בישראל

## המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

ונדגיש: כי לאור מדיניות החקירות הנוהגת מאז פרוץ האינתיפאדה השנייה, זעום מספר המקרים בהם נפתחת חקירה פלילית נגד חיילים, אפילו באירועים בהם נהרגו חפים מפשע, ועל כן, מספר החיילים שעשוי להיות מורשע בעבירות בהן יש יסוד של כוונה או זדון הוא אפסי.

חריג זה משמש אפוא כעלה תאנה ואינו אלא אחיזת עיניים.

חריג נוסף חל על תובענה שעילתה מעשה של המינהל האזרחי או המת"ק, שנעשה שלא במסגרת עימות או כתוצאה מעימות. פרישתו של חריגה זה אינה ברורה.

חריג אחרון, אף הוא לגבי תושבי אזור עימות בלבד, נוגע לתאונת דרכים, שבה מעורב רכב של כוחות הביטחון. אולם אליה וקוץ בה. החריג כה צר, שהוא לא יכסה את רוב רובן של התאונות.

כך, למשל, אין החריג חל לגבי תאונת דרכים של רכב ב"פעילות מבצעית". האם, למשל, סיור צבאי, שפוגע ברכב פלסטיני עקב אי ציות לתמרור עצור, יהא פטור מאחריות לנזק, שנגרם לנוסעי הרכב הפלסטיני? האם רכב מינהלי, שנוסע באופן רשלני לזירת לחימה, ייחנה מחסינות אף שתאונת הדרכים ארעה באזור שקט וללא קשר ללחימה? חשוב לזכור, כי מרבית תנועת כלי הרכב בשטחים היא תנועה "מבצעית" גם אם היא נעשית בשיגרה.

תנאי נוסף הוא, שמספר הרישוי או זהות הנהג יהיו ידועים. המדינה תהנה מפטור בכל הנוגע לתאונות פגע וברח ובכל מקרה אחר, בו הנפגע לא הצליח לתעד את מספר הרכב שפגע בו.

### תחולתו הרטרואקטיבית של החוק

תחולתו הרטרואקטיבית של התיקון הינה פסולה בפני עצמה.

מדובר בתיקון, המשנה את הדין המהותי, אשר חל אפילו על אירועים שאירעו לפני מספר שנים, ומפקיע בדיעבד את הזכות הקניינית של אנשים לפיצוי. התיקון פוגע גם בהסתמכות של בעלי דין רבים, אשר הגישו תביעות, אשר כרוכות במשאבים כספיים גדולים.

התחולה הרטרואקטיבית של החוק, באופן אשר מחייב מחיקה של הליכים, המתנהלים בפני בתי המשפט, וביטול החלטות שכבר התקבלו בהן, מהווה התערבות בוטה של הרשות המחוקקת בפעילות הרשות השופטת תוך הפרה גסה של עקרון הפרדת הרשויות.

יש להוסיף גם כי התחולה הרטרואקטיבית מלווה בהתנהגות חסרת תום לב מצד המדינה. חוסר תום הלב נלמד מגרירת הרגליים וממשיכת הדיונים בשלבים המוקדמים, פעולות המבוצעות באופן גורף מזה זמן רב. לאחר תיקון 4, אשר קיצר את תקופת ההתיישנות לשנתיים, הוגשו תביעות רבות לבתי המשפט. לפני מספר חודשים החלה המדינה לשלוח באופן גורף בקשות לדחיית מועד להגשת כתב הגנה בחצי שנה. בקשות אלו לא נומקו על בסיס פרטני, אלא התבססו על פורמט קבוע וכללי. התוצאה

## האגודה לזכויות האזרח בישראל

## המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

היא, שמשך הזמן מהגשת התביעה ועד שלב ההוכחות התארך באופן משמעותי, והוא נמשך לעיתים, כתוצאה מהתנהלות המדינה, במשך שנים.

### סיכום

הסכסוך הישראלי-ערבי הוא סכסוך דמים. הוא מייצר רגשות חריפים של כאב ושל זעם. אולם גם סכסוך בין עמים נשלט על-ידי אמות מידה של חוק ושל משפט.

**גם בתקופת לחימה יש לקיים את הדינים החלים על לחימה** (בג"ץ 3114/02 ברכה נ'  
שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11).

הרגשות הקשים שמוליד הסכסוך אינם מצדיקים התייחסות קולקטיבית לאוכלוסיה המתויגת כ"אויב". הם אינם מצדיקים השלכה לסל הניירות של עקרונות התשתית של שיטתנו המשפטית. הם אינם מצדיקים חקיקה, שהיא תמונת ראי גמורה של משפט העמים, חקיקה, אשר מתנגשת בזויתית, ואשר תהפוך את ישראל למצורעת בקהילה הבינלאומית.

חובה על רשויות המדינה – הרשות המבצעת וכפל כפליים הרשות המחוקקת – להפנים את קביעת בית המשפט –

**שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט מהוות מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה, בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה** (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נ"ג (4) 817, 845-844).