

## בבית המשפט העליון

### בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8276/05  
קבוע לדיון ליום  
30.8.06

בעניין:

1. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל
4. אל-חאק - החוק בשרות האדם - הגדה המערבית
5. המרכז הפלסטיני לזכויות האדם - עזה
6. בצלם - מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים
7. רופאים לזכויות אדם
8. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
9. שומרי משפט - רבנים למען זכויות האדם

באמצעות עוה"ד חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן ואח'  
מעדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, ת"ד  
510, שפרעם 20200, טל': 9501610-04; פקס: 9503140-04  
וכן:  
באמצעות עו"ד דן יקיר ואח'  
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל, ת"ד 34510, ירושלים 91000  
טל': 6521218-02; פקס: 6521219-02  
וכן:  
באמצעות עוה"ד יוסי וולפסון ו/או גיל גן-מור ואח'  
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים 97200  
טל': 6283555-02; פקס: 6276317-02

### העותרים

- נגד -

1. שר הביטחון
2. מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים  
המשיבים

## עיקרי טיעון מטעם העותרים

### מבוא

העותרים מתכבדים בזה להגיש בזאת את עיקרי הטענות מטעמם, המשלימים את הטענות המפורטים בעתירה, המהווה חלק בלתי נפרד מעיקרי הטענות, והכל כפי שיפורט להלן:

### טיעוני המשיבים להצדקת תכליתו של תיקון מס' 7

1. המשיבים מנסים לבסס, במבוא ובפרקים א' – ג' של תגובתם מיום 6 ביולי 2006, את טיעונם בדבר קיומם של "בסיס עיוני" לאי התאמת דיני הניקין הקלאסיים בעת מלחמה

ושל "שינויי נסיבות" מצדיקים את תיקון החוק נשוא העתירה. נקודת הזמן המכרעת לטענת המשיבים, כמצוין בסעיף 1 לתגובתם, הינה עם תחילתה של האינתיפאדה השנייה: "ביום 29.9.00 פרץ עימות מזוין בין ישראל לפלסטינים. עימות זה הוא מלחמה לכל דבר".

2. ואולם, כפי שפורט בעתירה, טיעונים אלו והשיקולים עליהם מצביעים המשיבים כעומדים בבסיס תיקון החוק, כבר נידונו על ידי ההרכב המורחב של בית המשפט העליון אשר דן בפרשת בני עודה וזכו למענה על ידי הפרשנות המרחיבה שניתנה בו למושג "פעולה מלחמתית", כמו גם בתיקון מס' 4 לחוק אשר הרחיב את הגדרת "פעולה מלחמתית", קבע שורה של הגבלות דינויות המקשות על התובעים בהגשת תביעות וכן שינויים בהקשר הראייתי המכבידים על התובעים. קרי, החוק שקדם לתיקון מס' 7 העניק כלים להתמודד עם סוגיות אלה, כפי שצוין על ידי המומחים הרבים שהופיעו בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט (ראו דבריה של פרופ' דפנה ארז ברק, ודבריו של ד"ר יובל שני בפיסקאות 26 ו-62 לכתב העתירה) ולכן סוגיות אלו אינן יכולות להצדיק את תיקון מס' 7.

3. המשיבים לא מסתפקים בכך והם מעוניינים לקבוע, כי כל פעולה של הצבא בגדה המערבית וברצועת עזה הינה בבחינת פעולה מלחמתית, אך מאחר וקביעה זו עומדת בסתירה עם קביעותיו של פס"ד בני עודה ששם צוין מפורשות, כי "הצבא מבצע פעולות שונות באיזורי יהודה, שומרון ועזה היוצרות סיכונים מסוגים שונים. לא כל פעולותיו הן מלחמתיות" (פיסקה 10 לפס"ד) הם ביקשו באמצעות תיקון מס' 7 למנוע מבתי המשפט בישראל לדון בכל תביעות הנזיקין המתייחס אליהם התיקון.

4. מהאמור עולה בבירור, כי המניעים והשיקולים שעמדו מאחורי חקיקת התיקון, כפי שצוין בכתב העתירה, הינם פסולים ואינם לתכלית ראויה. בנוסף, הניסיון של התיקון דנן המבקש ליצור מצב של העדר שפיטות בסוג מסוים של תביעות הנזיקין, דבר הפוגע בערכים הדמוקרטיים ובמיוחד בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק.

### **בחינת תכליתו האמיתית של תיקון מס' 7 לאור יישומו באמצעות מודל ההכרזות**

5. ההסדרים הקבועים בתיקון מס' 7 עצמו פוגעים בגיעה קשה, וללא תכלית ראויה, בזכויות אדם מוגנות. התיקון חותר תחת עקרונות היסוד של המשטר לפיו קיומה של זכות מחייב קיומו של סעד אפקטיבי על הפרתה; כל אדם, לרבות המדינה נושא באחריות למעשיו, ובית-המשפט הוא הזירה לפתרון סכסוכים. פגמים מחייבים לקבוע את בטלות החוק גם על-פי מבחן תיאורטי, ואף מבלי לבדוק את יישומו בפועל במבחן המעשה.

6. עם זאת, אופן יישום התיקון הלכה למעשה עשוי אף הוא להשליך על חוקתיותו, בייחוד כאשר הפעלתו טעונה הסדרים משניים. בחינת אופן ההפעלה של ההסדרים המשניים משליכה על השאלה האם תיקון מס' 7 משיג את מטרתו המוצהרת. בחינה זו משליכה גם על השאלה שמא מאחורי המטרה המוצהרת מסתתרת כוונה אחרת. כך, למשל, הסדרים שתיאורטית מיועדים להגברת השוויון וההשתלבות של הקהילה החרדית, עשויים להתגלות במבחן המעשה ריקים

מתוכן ולא יותר מאשר חיפוי להסדר של דחייה נצחית של שירות ביטחון (בג"ץ 02/6427 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, תק-על 2006(2), 1559).

7. החוק המתקן מתייחס לשני סוגי תביעות: תביעות של נתיני אויב ותביעות בגין אירועים שהתרחשו ב"אזור עימות".

8. בכל הנוגע לשלילת הפיצויים מ"נתין מדינת אויב" ומ"פעיל או חבר בארגון מחבלים" הוראת החוק פשוטה וגורפת ואיננה טעונה הסדרים משניים. היועץ המשפטי לממשלה ביקש להחיל את הפטור רק במקום שהנזק נגרם במדינת אויב או בזמן שהתובע פעל בשליחות האויב. אולם בניגוד לדעתו, הפטור הוחל גם בהעדר זיקה כלשהי בין זהותו של התובע כ"נתין אויב" או כ"חבר בארגון מחבלים" לבין אירוע הנזק. המדינה תיהנה מהפטור גם כשאזרח ישראלי שהיה חבר ב"ארגון מחבלים" נותר נכה בעקבות רשלנות רפואית בניתוח לב בבית-חולים ממשלתי. שום הסדרים משניים לא נקבעו כדי ליצור, ולו למראית עין, ריכוך של תוצאה קשה זו.

9. במה שנוגע לפטור על פעולות כוחות הביטחון ב"אזורי עימות", קובע החוק הסדרים משניים ובראש ובראשונה הסדר ההכרזה על "אזורי עימות". אופן ביצוע ההכרזות בפועל יכול ללמד על תכליתו האמיתית של החוק ועל אופן יישומו בידי המדינה.

#### **הבסיס התיאורטי להכרזה: ה"מודל"**

10. הכוונה המקורית של המדינה היתה "להכריז באופן גורף על אזור יהודה והשומרון ואזור חבל עזה כאזורי עימות" (נספח מש/8, ע' 4). החוק הטיל על המדינה, כלשון הנספח, "אילוץ" לבצע הכרזות ספציפיות, מתוחמות במקום ובזמן, ביחס למקומות בהם התרחש פיסית עימות. מודל ההכרזות שעיצבה המדינה, כדי להתגבר על אותו "אילוץ" משיג, הלכה למעשה, את המטרה המקורית שלה. המודל מסיר מעל כוונת החוק את הציפוי שנועד ליצור את הרושם כאילו ישנו צורך בטיפול מיוחד ב"רצף של אירועים מלחמתיים" במצב של "עימות מזוין". ההכרזות מגלות את כוונת החוק במערומיה – לחסוך בכספי הפיצויים לתושבים פלסטינים ולשחרר את הצבא (אשר הוא שהכין את המודל) באופן גורף מביקורת שיפוטית ומאחריות למעשיו.

#### **העילות להכרזת אזור כאזור עימות**

11. הפעולות שמספיקות, לפי ה"מודל", כדי להכריז על אזור שלם כ"אזור עימות" הן פעולות שחלקן הגדול נטולות כל אופי לחימתי. כך, פעולה משטרתית כגון מעצר אחד של חשוד, די בה כדי להכריז על אזור שלם כ"אזור עימות" למשך שלושה ימים. סריקה אחרי אמצעי לחימה אף היא מספיקה להכרזת אזור שלם כ"אזור עימות" ביום הסריקה, ביום שלפניה וביום שאחריה. גם תפיסת בית, פעולה שגרתית בשטחים, די בה כשלעצמה להפוך את האזור ל"אזור עימות". (ע' 31 ו-36 למש/8 במשולב). ירי של אמצעים לפיזור הפגנות נחשב, לפי ה"מודל", לפעולה צבאית שהופכת אזור שלם ל"אזור עימות", אם כי הפעם רק למשך יממה אחת. (ע' 31 ו-36 למש/8 במשולב).

12. המשמעות היא שהחוק משחרר את הצבא, בהגדרה, מביקורת שיפוטית על התנהלותו בכל מה שנוגע למעצרים, סריקות, תפיסת בתים, ירי וכיוצא באלו. בגין פעולות אלו לא תהיה אחריות או נתינת דין (accountability). פגיעות ירי, נזקי רכוש אגב חיפוש, ביזה אגב מעצר – כל אלו כמעט לעולם לא יזכו את קורבנותיהם בסעד.

13. כך, גם לגבי פעולות של פלסטינים. פעולה של הסתננות לתוך ישראל (וידוע ההיקף של תופעת השוהים הבלתי-חוקיים בישראל, בעיקר לצורכי עבודה) תהפוך את האזור ממנו בוצעה ל"אזור עימות" לא רק ביום ההסתננות אלא גם ביומיים שלאחר מכן. וכך גם בפעולות אחרות, שחלקן עשויות להיות מינוריות באורח יחסי כמו הצתה ותקיפה.

### **אפליה**

14. החוק מכוון ליצור איפה ואיפה בין תביעות של פלסטינים לבין תביעות של ישראלים בגין אירועים מקבילים. בתזכיר החוק משנת 1997 (ע/2) נקבעה במפורש התחולה הפרסונלית של חסינות המדינה. אפליה מפורשת על רקע שייכות אתנית הושמטה מהחוק הנוכחי, אולם הכוונה נותרה בעינה: "מאחר שהורדנו את הזיקה הפרסונלית, ואמרנו שזה יחול על מעשה שנגרם באזור עימות, זה ודאי יחול על אזרחים זרים. עדיין הכוונה היא שזה לא יחול על אזרחים ישראלים. תכלית החוק לא השתנתה." (מדברי נציגת משרד המשפטים בדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט, 20.7.2005).

15. ואכן, פעולות שהן עילה להכרזת "אזור עימות" כשהן מכוונות נגד פלסטינים, לא יהיו עילה להכרזה אם מדובר ב"פעילות הנוגעת לאוכלוסייה היהודית (אלא אם התפתח עימות למול הפלסטינים במהלך הפעילות): פינוי מאחז/ישוב ישראלי וכד" – וזאת בלי קשר להיקף האלימות בו נתקלו החיילים (ע' 38 למש/8). מבחן האזרחות שהיה בתזכיר הראשון פינה את מקומו למבחן לאומי-דתי טהור.

### **השלמת חסרים באמצעות עקרון הרציפות**

16. גם לאחר ההגדרה הרחבה של עילות ההכרזה, נותרו חסרים מסוימים שמנעו השגת רצף מרבי של הכרזות. הפתרון שמצא הצבא היה ביצירת רציפות מלאכותית (ע' 32 למש/8). כך, למשל, אם ביום ב' בשבוע נעצר אדם בכפר סמוע, וביום ו' נעצר אדם בצומת זיף, יוכרז כל אזור 84 כ"אזור עימות" למשך כל אותו שבוע. הימים ראשון עד שלישי יוכרזו בשל המעצר הראשון, הימים חמישי עד שבת בשל המעצר השני ואילו יום רביעי על בסיס עקרון הרציפות. אזור 84 מתפרש על כ-146 ק"מ רבועים, ככל שטח פרזודור ירושלים מבית זית ומבשרת ציון במזרח עד שער הגיא ואשתאול במערב. אדם מיושב המערות באזור סוסיה שרכושו ניזוק בידי חיילים באותו יום רביעי לא יזכה לפיצוי משום שגם אזור זה כלול באזור 84, אשר הוכרז כולו כ"אזור עימות".

## התוצאה הגורפת

17. כשאלו הם הקריטריונים, התוצאה איננה מפתיעה: אזור חברון ובנותיה הוכרו כאזור עימות במשך 100% מהתקופה שמספטמבר 2000 עד סוף אותה שנה; במשך כ-90% מהזמן בשנים 2002 ו-2003 ובמשך כ-80% מהזמן בשנים 2001, 2004 ו-2005. אזור חברון הוא אחד האזורים בהם יש שליטה ישראלית מלאה והדוקה על שטח אורבני פלסטיני נרחב, שליטה המביאה עמה מגע יומיומי בין חיילים לבין אזרחים, מגע שהוא משטרתי באופיו, וכרוך, למרבית הצער, בפגיעות רבות באזרחים – מהן זדוניות ומהן רשלניות.

18. התוצאה דומה גם באזורים אחרים. כך, למשל, ההתנחלויות גנים וכדים והישוב הנידח ג'רבא, שבקושי ניתן לאתרו על המפה, הוכרו "אזור עימות" במשך 98% מהזמן בשנת 2003. אזור טולכרם רבתי הוכרו אזור עימות במשך 88% מהזמן בשנים 2002 ו-2003, ובסה"כ במשך 74% מהזמן מתחילת האינתיפאדה. באזור כלולים, בנוסף לעיר עצמה, שורה של כפרים, שמעטים שמעו את שם, כגון ח'רבת קפה ואכתבא. רבים מהכפרים באזור זה מצויים בשליטה ביטחונית ישראלית מלאה (שטח B ו-C).

19. אזור 25 הוכרו כאזור עימות למעלה מ-90% מהזמן מאז פרוץ האינתיפאדה, לרבות תקופה רצופה ממרץ 2003 עד ינואר 2006. מדובר באזור רחב ידיים: ההכרזה עצמה מפרטת לא פחות מ-18 מקומות וישובים הכלולים בשטח 25. עיון במפה מעלה שהאזור כולל את העיר שכס כולה, את פרבריה, מחנות פליטים קרובים ורחוקים, ושורה של כפרים שבינם לבין שכס מפרידים מרחקים של קילומטרים, הרים רמים וגאיות. בנוסף לכך, כולל האזור כבישים בין-עירוניים רבים ושטחים פתוחים נרחבים. רוחבו של האזור ממזרח למערב למעלה מ-11 ק"מ, והנקודה הצפונית ביותר בו מצויה כמעט 9 ק"מ מצפון לנקודה הדרומית ביותר. בסה"כ מקיף האזור למעלה מ-46 ק"מ רבועים. לשם ההשוואה, אזור בשטח דומה יכול להחיל את כל הישובים צפת, ביריה, ראש פינה, חצור הגלילית, מחנים, אליפלט, עכברה ועין זיתים – ולרבות כל השטחים הפתוחים של הר כנען.

20. בין היתר, כלול באזור מחסום בית-איבא, מהמחסומים המרכזיים בגדה המערבית, אשר יש בו תנועה מתמדת של אזרחים פלסטינים ונוכחות סדירה של נשות מחסום-Watch. נשים ישראליות אלו יתפלאו בוודאי לדעת שהן מעבירות ימים ארוכים של שגרה מאובקת מבלי להיות מודעות לכך שסביבן משתוללת כמעט ברציפות וללא הפסק סערת לחימה בין צה"ל לבין כוחות פלסטיניים סדירים או בלתי-סדירים. ואולי אותם מעצרים, שהן מבחינות בהן במחסום מפעם לפעם, הם-הם עילת ההכרזה על השטח כולו כ"אזור עימות".

## מקרה בוחן: בלעין

21. בכפר בלעין מתקיימות בכל סוף שבוע, מאז אפריל 2005, הפגנות נגד חומת ההפרדה. בהפגנות משתתפים, לצד תושבי הכפר, מאות אזרחים ישראלים ותושבי חוץ. ההפגנות מדוכאות בידי כוחות הביטחון תוך שימוש באמצעים לפיזור הפגנות, כגון גז מדמיע, כדורי מתכת מצופים

גומי, כדורי ספוג דחוס וכוח פיסי. במהלך פיזור ההפגנות נפגעו מפגינים רבים, ישראלים ופלסטינים, פגיעות רציניות. לפחות בשני מקרים בהם הוגש כתב אישום נגד מפגינים קבעו בתי-משפט שהתלונות נגדם היו כוזבות.

22. למרות שמדובר בפעילות שיטורית מובהקת, הכריז שר הביטחון על בלעין כ"אזור עימות" באופן שיטתי כמעט בכל סוף-שבוע, וכמעט אך ורק בסופי שבוע, בכל התקופה בה התקיימו הפגנות אלו.

23. למידת ה"מודל" (מש/8) מסבירה את התוצאה: בו ברגע שהכוחות בבלעין יורים אמצעים לפיזור הפגנות הם מכוננים את האזור באופן אוטומטי כאזור עימות ופוטרים עצמם מאחריות על כל נזק שלא יגרמו – מפגיעות ירי, דרך הכאה באלות וכלה במעצרי שווא. החסינות חלה לא רק באזור ההפגנה בלבד, אלא בכל אזור 62, לרבות הכפר צפא, שורה של כבישים בין-עירוניים ושטחים פתוחים נרחבים.

24. בנוגע לתאריך 11.8.2006 טרם הוכרז אזור 62 כ"אזור עימות". בתאריך זה נורה בבלעין חברנו, עו"ד לימור גולדשטיין. כדור מתכת מצופה גומי חדר לגולגלתו וגרם לנזק מוחי. תיעוד וידיאו של האירוע ( <http://mishtara.org/blog/?p=70#more-70> ) מלמד שהירי נעשה ללא כל הצדקה ותוך הפרה של כל כללי הזהירות. לו היה גולדשטיין פלסטיני, היה עצם הירי לעברו מכונן את האזור כ"אזור עימות", אולם היות והמדובר ביהודי – הרי שאותה הפעולה משכוונה נגדו אינה מהווה עילה להכרזה לפי המודל. עם זאת, באותו אירוע נורו אמצעים לפיזור הפגנות גם נגד פלסטינים ומכאן וניתן על פי המודל להכריז על האזור כ"אזור עימות". בנוסף קיימת סבירות גבוהה שביום האירוע, יום לפניו או יום אחריו, נעצר פלסטיני זה או אחר בבלעין, בצפא או בהתנחלות הסמוכה מתיתיהו, דבר שדי בו על פי המודל, על מנת להכריז על אזור 62 כולו כ"אזור עימות" גם בתאריך 11.8.2006. במקרה כזה תהיה זכאותו של גולדשטיין לפיצויים לפי החוק תלויה במדיניות הפרקליטות: האם תעלה את טענת החסינות לפי החוק או תלך לגישתה שהחוק ייושם רק נגד פלסטינים? האם תיערך חקירה יעילה שתביא להעמדה לדין ולהרשעה של השוטר היורה (ולחריג לחסינות המדינה)? למרבית הצער, הניסיון הוא שחקירות מקרי ירי בשטחים אף באותם מקרים בהם הן מתקיימות, מתמהמהות ואינן מובילות לתוצאות כלשהן, וכאשר הירי בוצע על ידי המשטרה כלל אין חקירה של ממש בשל מחלוקת בדבר הסמכויות בין המשטרה לבין מח"ש. כעת יהיה למדינה תמריץ נוסף, כספי, להיכשל בחקירת האירוע.

25. אחריות בנוזיקין צריכה להיקבע בהתאם להתנהגות הצדדים ולנסיבות בהן נגרם הנזק. החוק מחליף מבחנים אלו במבחנים של זהות הצדדים ומקום האירוע. עניינו של עו"ד גולדשטיין מדגים עד כמה התוצאה של מהלך זה היא אקראית, בלתי-צודקת ופוגעת בזכויות היסוד של האזרח ובעקרון האחריות (accountability) של המדינה.

<sup>1</sup> 29 הכרזות בשנת 2005, לאחר תחילת הפגנות-יום-שישי, נוגעות לסוף השבוע. רק בשלושה סופי שבוע בשנת 2005, לאחר תחילת ההפגנות, לא הוכרז אזור עימות. רק שש הכרזות באותה תקופה כוללות גם ימים מאמצע השבוע.

### מקרי בוחן נוספים: תביעות שהמדינה ביקשה למחוק

26. תוצאתו הקשה של החוק מתגלה גם מהתבוננות בתביעות שהמדינה ביקשה למחוק בעקבות ההכרזה על "אזורי עימות". החוק מופעל על-מנת לחסום את בירורן של תביעות של משפחות שכולות ושל נכים; של תביעות שיסודן בפעולות של כוחות הביטחון שהן שיטוריות באופיין ושל תביעות על נזקים שאין דבר וחצי דבר בינם לבין התנהלות חוקית של כוח צבאי:
27. ת.א. (שלום ירושלים) 7646/05: תביעה זו מקורה באירוע מחודש אוקטובר 2003. מוצטפא בדרסאוי, פעוט בן שנה וחצי נורה על גג בית המשפחה בחאן יונס. אש נורתה גם כלפי אביו שעלה לחלצו. רק בעקבות עתירה לבג"ץ (בג"ץ 1970/05) הורה הצבא, בחודש מרץ 2005, על חקירת מצ"ח. מסקנות החקירה המאוחרת טרם נמסרו – אך המדינה מיהרה להגיש בקשה לדחיית התביעה על הסף, בהתבסס על החוק, באופן שפרשת מותו של הפעוט לא תובא תחת ביקורת שיפוטית.
28. ת.א. (שלום ירושלים) 8982/04: התובע בתיק זה נורה בבטנו באוקטובר 2001, אושפז למשך 22 יום, וסובל מנכות לצמיתות בשיעור של 40%. המקרה התרחש במחסום צבאי. התובע נורה בידי חייל לאחר שהציג תעודת זהות, נבדק ועבר את המחסום. גרסת הצבא, בעקבות חקירת מצ"ח, היתה שהחייל היורה פעל בהתאם להנחיות, ושהירי, שפגע בבטנו של התובע, היה לעבר הרגליים ובמסגרת נוהל מעצר חשוד. לפי גרסה זו, הירי התבצע לאחר שהתובע חצה את המחסום מבלי להציג תעודת זהות ומשנקרא לעצור החל לברוח. במקום לאפשר את ליבון השאלות העובדתיות והמשפטיות בפני בית-משפט מוסמך, הגישה המדינה בקשה לדחיית התביעה על הסף בהתבסס על החוק.
29. ת.א. (שלום ירושלים) 9206/04: עניינה של תביעה זו בתפיסת בית מגורים בכפר שוויכה שבנפת טולכרם. בבית מתגוררת משפחת חסין על חמשת ילדיה. במשך שבועיים, בסתיו 2001, שימש הבית את חיילי הצבא, לאחר שבני הבית סולקו ממנו. עם עזיבת החיילים התברר שהחיילים נהגו בבית ובתכולתו בוונדליזם, הרסו ריהוט, השחיתו קירות ובזזו דברי ערך. המדינה לא שילמה עבור השימוש בבית ואף לא עבור השימוש בחשמל ובמים. תלונה שנשלחה לא זכתה להתייחסות. ב-10.4.2001 הגישה המדינה בקשה לדחיית התביעה על הסף בהתבסס על החוק וההכרזות.
30. ת.א. 9326/04: תיק זה ומספר תיקים מקבילים עניינם נזקים קשים, ואף חורבן מלא, של בתים שכל חטאם של דייריהם הוא שבתיהם היו סמוכים לבתים אחרים, שנהרסו בידי הצבא לפי תקנות ההגנה (שעת חירום). יחידות ההנדסה של הצבא, בפעולה שאורגנה ותוכננה היטב מראש, פוצצו בבתים המיועדים להריסה כמויות גדולות של חומר נפץ. לפי מסמכי הצבא הנזק הסביבתי היה צפוי. במקום להתמודד עם הסוגיות העובדתיות והמשפטיות בבית-משפט מוסמך, הגישה המדינה בקשות לדחייה על הסף בהתבסס על החוק.

## תיקון מס' 7 הינו בלתי חוקתי

### **תחולת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בענייננו**

31. בשנים האחרונות השתמש ביהמ"ש הנכבד בחוק היסוד, בלשונו, ברוחו ובניתוח החוקתי על פיו בבואו לדון בזכויות האדם של תושבי השטחים. כפי שקבעה השופטת ביניש אך לאחרונה:

"מן הצד האחד עומד הערך של הביטחון ושל השמירה על חייהם של תושבי האזור – הישראלים והפלסטינים גם יחד. כידוע, הזכות לחיים ולשלמות הגוף היא הזכות הבסיסית העומדת במרכז הדינים ההומניטאריים שנועדו להגן על האוכלוסיה המקומית באזור המוחזק על פי דיני התפיסה הלוחמתית (ראו: בג"ץ 02/3799 עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז (טרם פורסם), פסקה 23 לפסק דינו של הנשיא ברק). זכות זו מעוגנת גם במשפט החוקתי הישראלי בסעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואין כלל ספק כי מדובר בזכות הנמצאת ברמה הנורמטיבית הגבוהה ביותר (ראו: בג"ץ 96/1730 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 368; בג"ץ 03/2753 קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד נ(6) 359, 377-378). כל התושבים באזור – הפלסטינים והישראלים – זכאים, אפוא, ליהנות מהזכות לחיים ולשלמות הגוף ושיקול מרכזי ועיקרי שעל המפקד הצבאי לשקול בבואו להחליט על סגירת שטחים הוא השיקול של ההגנה על החיים ועל שלמות הגוף של כל התושבים באזור...

כאמור, זכות בסיסית נוספת אשר יש להתחשב בה בענייננו היא, כמובן, זכות הקניין של החקלאים הפלסטינים באדמותיהם. בשיטתנו המשפטית מוגנת זכות הקניין כזכות יסוד חוקתית (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). זכות זו הינה זכות מוכרת, כמובן, גם במשפט הבינלאומי הפומבי (ראו: בג"ץ 04/7862 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (טרם פורסם), פסקה 8 והאסמכתאות הנזכרות שם (להלן: פסק דין אבו דאהר)). לפיכך, לתושבים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית זכות מוגנת לקניינם. בענייננו, אין מחלוקת כי מדובר באדמות חקלאיות ובגידולים חקלאיים שלעותרים יש זיקה קניינית אליהם. משנמנעת, אפוא, מן העותרים הגישה לאדמות המהוות את קניינם, וכן נמנעת מהם האפשרות לטפל בגידולים החקלאיים השייכים להם, הרי שבכך מתבצעת פגיעה חמורה בזכותם לקניינם וביכולתם ליהנות ממנו."

בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, (פס"ד מיום 26.6.06) פסקה 14.

וכך, למשל, השופטת פרוקצ'יה:

"במסגרת אחריותו לרווחת תושבי האזור על המפקד לשקוד גם על מתן הגנה ראויה לזכויות אדם חוקתיות של תושבי המקום במגבלות שהתנאים והנסיבות העובדתיות בשטח מקימים. הגנה כזו חלה על כל סוגי האוכלוסיה המתגוררת במקום – יהודים וערבים כאחד. בכלל הזכויות החוקתיות המוגנות מצויות הזכויות לחופש תנועה, חופש דת ופולחן וזכות הקניין. על מפקד האזור לעשות שימוש בסמכויותיו לשמירת הביטחון והסדר הציבורי באזור תוך הגנה על זכויות אדם...

חופש הדת והפולחן נתון כזכות חוקתית לאוכלוסיה המתגוררת באזור – יהודים וערבים כאחד. הוא מוחזק כזכות חוקתית בעלת מעמד-על אשר יש להגשימה ככל הניתן בתנאים שהמציאות בשטח מאפשרת תוך הגנה על שלום המתפללים ועל ביטחון חייהם...



זכות הקניין הפרטי בקרקעות ובמבנים נושא צו התפיסה הינה זכות חוקתית מוגנת. היא מוכרת במשפט הבינלאומי, ובכלל זה באמנת האג [40] ובאמנת ג'נבה. היא זכתה למעמד חוקתי בישראל בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (בג"ץ 96/2390 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל [30], בעמ' 712, 716; ע"א 97/5546 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' הולצמן [31], בעמ' 641). זכות הקניין של הפרט אינה פוקעת גם בעת מלחמה (פרשת גוסין [1], בעמ' 610). לזכות הקניין מתלווה משקל-יתר מקום שמדובר בבית מגורים של אדם (רע"א 88/214 טוויל נ' דויטש [32], בעמ' 754).

בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח (3) 443, 461, 462, 464.

ושב השופטת ביניש:

זכות הקניין נמנית אף היא עם זכויות היסוד של האדם. זכות זו הוכרה כזכות יסוד הראויה להגנה בפסיקתו של בית-משפט זה (ראו למשל: בג"ץ 79/390 דויקאת נ' ממשלת ישראל [30], בעמ' 14-15; דנג"ץ 94/4466 נוסייבה נ' שר האוצר [31], בעמ' 83-85) ואף זכתה לעיגון חוקתי מפורש בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו מוכרת גם במשפט הבינלאומי, ובכל הנוגע לשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית מעוגנת היא, בין היתר, באמנת האג [35] ובאמנת ג'נבה הרביעית. עם זאת זכות הקניין אינה זכות מוחלטת, ועשויה היא לסגת מפני אינטרסים ציבוריים וזכויות יסוד אחרות (ראו למשל פרשת הס [3], בעמ' 464; פרשת עגירי [7], בעמ' 365).

בג"ץ 1890/03 **עיריית בית לחם נ' מ"י**, פ"ד נט (4) 736, 765-766.

32. רלבנטיים במיוחד לענייננו דבריה של השופטת דורנר, שהתייחסו לפעולתה של רשות בישראל ביחס לפלסטינים מהשטחים:

"כללי המשפט המינהלי מחייבים את רשויות המדינה בכל פעולותיהן השלטוניות הן כלפי ישראלים הן כלפי זרים. זהו הדין כאשר הרשות – לרבות מפקד צבאי של שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית – פועלת מחוץ לתחומי ישראל. ראו למשל בג"ץ 82/393 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאונה אלמחודדה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון [1], בעמ' 792-793, שם נקבע כי הפעלת סמכות של מפקד צבאי של אזור הנתון לתפיסה לוחמתית כלפי האוכלוסיה המקומית חייבת לקיים את...עקרונותיו של המשפט המינהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבורי". ראו גם בג"ץ 88/591 טאהה, קטין נ' שר הביטחון [2], בעמ' 51-52. זהו גם הדין, בבחינת קל וחומר, כאשר רשות ישראלית מפעילה את סמכויותיה, בין כלפי ישראלים ובין כלפי זרים, בתחומי המדינה.

אכן, בהפעלת שיקול-דעתה הרשות רשאית להתחשב במקרים מסוימים בהיותו של האדם שהסמכות מופעלת כלפיו זר, שאינו אזרח של המדינה או תושב שלה. כך למשל חוק-יסוד: חופש העיסוק מקנה את חופש העיסוק רק לאזרחי המדינה או תושביה. עם זאת במקרים אחרים שיקול זה אינו

רלוונטי, או שהרלוונטיות שלו מוגבלת. כך, מרבית הזכויות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נתונות לכל אדם."

בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח (5) 70, 75.

33. הטיעון לגבי תחולת חוק היסוד על פלסטינים בשטחים פורט בסעיפים 70-72 לעתירה. יחד עם זאת שאלה זו איננה מתעוררת ישירות בענייננו, שכן בדומה לפרשת סייף גם כאן מדובר בפלסטינים, שמבקשים לממש זכות בישראל - קבלת סעד אפקטיבי על העולה שנגרמה להם - והחוק המתקן מונע זאת מהם בבתי המשפט בישראל. לפיכך ברור, שהוראות חוק היסוד, החלות על כל אדם, חלות אף עליהם.
34. מעבר לכך יש להדגיש, שהחוק לא חל אך ורק על הפלסטינים תושבי השטחים. על פי לשונו (גם אם לא על פי תכליתו) הוא חל אף על ישראלים, שנפגעו בשטחים, וכן הוא חל אף על ישראלים, שהם חברי ארגון מחבלים. לפיכך גם בשל כך אין צורך להכריע בשאלת תחולתו האקס טריטוריאלית של חוק היסוד.

### **תכליות החוק המתקן אינה ראויות**

35. המשיבים מפרטים בתגובתם מהן התכליות, העומדות מאחורי חקיקת החוק (סעיפים 281-285). בתגובתם מנו חמש כאלה: השיקול הערכי, לפיו אין זה ראוי שהצד המותקף יישא בכל ההיבטים הנזיקיים של המלחמה; שנית, השיקול הכלכלי, לפיו החוק המתקן יחסוך כסף רב לאוצר המדינה; שלישית, השיקול הראייתי, לפיו ניהול התביעות קשה, והמדינה מתקשה להביא ראיות לצורך הדיפת התביעות; רביעית, השיקול של הראייה הכוללת, לפיו לא ראוי לבחון את פעולות הלחימה באופן נקודתי, אלא בראייה רחבה; וחמישית, מניעת סיוע לאויב במלחמה.
36. אף לו היינו מניחים לצורך הדיון, שאמנם כל התכליות הללו עמדו מאחורי חקיקת החוק המתקן, ושתכליות אלה כשלעצמן הן תכליות ראויות, הרי שאין בכוח ולו אחת מהן ואף לא בכוחן המצטבר כדי להצדיק שלילה כה חמורה של זכויות יסוד כה רבות. אין הן בגדר "תכלית ראויה" כמשמעות מונח זה בחוק היסוד:

"ניתן לומר שתכלית ראויה היא תכלית שנועדה להגשים זכויות אדם, או תכלית שנועדה להגשים מטרות חברתיות חשובות לקיומה של מסגרת חברתית שמכירה בעליונותן החוקתית של זכויות האדם, ובצורך היסודי להגן עליהן. על-פי אמת מידה זו, לא כל תכלית שתועלתה החברתית בצדה... או שנתקבלה על-פי הצבעת הרוב... מקיימת את הדרישה לתכלית ראויה. כדי שתכלית תועלתנית, המקובלת על הרוב הפוליטי, תהא "ראויה", היא צריכה להיות מכוונת להגשמת יעדים חברתיים חשובים, אשר השגתם עולה בקנה אחד עם אופיה של החברה כמגינה על זכויות אדם, ובכך מעגנת את ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית".

אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (נבו 1994) 525.

37. השיקול הערכי מתמקד בכך, שמדינת ישראל נאלצת לשאת "הן [ב]פיצויים לעוולות שנגרמו לאזרחיה וחייליה, והן [ב]נזקים כתוצאה מעוולות, שביצעו רשויות המדינה וחייליה כלפי תושבי הרשות. זאת מכיוון שהרשות מתנערת מכל אחריות לטרור היוצא משטחה, ולתושבי ישראל אין כל אפשרות לתבוע בבתי המשפט של הרשות הפלסטינית." העותרים פירטו בסעיפים 117-131 לעתירה את ערכיה של מדינת ישראל, שדווקא נפגעים כתוצאה מחקיקת החוק המתקן. מעבר לכך אמות המידה המוסריות של הרשות – תהינה כאשר תהיינה – אינן יכולות להצדיק שלילה של זכויות אדם מוגנות. ואם הרשות היתה מאפשרת קבלת סעד אפקטיבי לאזרחי ישראל, שנפגעו ממעשים שנעשו באחריותה, היתה נמנעת חקיקת החוק המתקן? הצגת המציאות בטיעוני המשיבים סלקטיבית במיוחד. אמת נכון הדבר, שאזרחים ישראלים אינם תובעים את נזקיהם בבתי המשפט הפלסטיניים, אך גם פלסטיניים אינם תובעים את מדינת ישראל בבתי המשפט שם. יחד עם זאת בבתי המשפט בישראל מתנהלות תביעות לא מעטות נגד הרשות על נזקים, שנגרמו לישראלים בפיגועי טרור, תוך שהתובעים מקבלים סעדים אפקטיביים של עיקול כספי הרשות, שמוחזקים ע"י מדינת ישראל. אף בארה"ב מתנהלות תביעות דומות.

38. המשיבים אף מציינים את העלות הכלכלית של התביעות וכן את הקשיים הראייתיים, העומדים בפני המדינה בטיפול בתביעות. על כך כבר ניתנה תשובה נחרצת בשורה ארוכה של פסקי דין, כי שיקולים תקציביים ולוגיסטיים אין בכוחם לפגוע בזכויות האדם.  
ראו, למשל, דברי הנשיא ברק:

"צורכי הביטחון מזה וחירותו של הפרט מזה – כל אלה מובילים לצורך בהגדלת מספר החוקרים. בוודאי כך בתקופת הטרור הקשה הפוקדת אותנו, ועל אחת כמה וכמה כאשר הייתה צפויה עלייה במספר העצורים בעקבות מבצע חומת מגן. עתירה זו אין עניינה צורכי הביטחון, המצדיקים הגדלתו של מספר החוקרים. על-כן לא נביע כל עמדה בשאלה סבוכה זו. עתירה זו עניינה שיקולים של חירות הפרט המצדיקים הגדלה זו. עמדה על כך השופטת דורנר, בציינה: "לזכות יסוד, מעצם מהותה, יש מחיר חברתי... השמירה על זכויות היסוד של האדם אינה רק עניינו של הפרט אלא של החברה כולה, והיא הקובעת את דמותה של החברה" (פרשת גנימאת [7]), בעמ' 645). וברוח דומה ציין השופט זמיר: "החברה נבחנת, בין היתר, על-פי המשקל היחסי שהיא נותנת לחירות האישית. המשקל צריך לבוא לידי ביטוי לא רק באמירות יפות, ולא רק בספרי משפט, אלא גם בספר התקציב. ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר. החברה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר בעבור הגנה על זכויות האדם" (פרשת צמח [1]), בעמ' 281). הוא הדין בענייננו. חברה המבקשת ביטחון, מזה, וחירות, מזה, צריכה לשלם את המחיר. אין להצדיק הימנעות מחקירה רק בשל מחסור בחוקרים. יש לעשות הכול כדי להגדיל את מספר החוקרים."

בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו (2) 349, 383.

כן ראו: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94, 110; עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136, 165, 188.

39. התכלית של המבט הכולל על פעולות הלחימה שתומה ומעורפלת במידה רבה. המשיבים מדברים על שימוש באמצעים רבים, שלא ניתן לקשור אותם לארוע לחימתי כזה או אחר. כדוגמה ניתנים חישוף שטחים והריסת בתים כדי למנוע ירי. "בחנינה נקודתית של אירועים אלה, על פי הדין, שקדם לתיקון, אינה מאפשרת לבחון את המלחמה בהיבט הרחב שלה." ברור לכל, שלא מדובר בענייננו במלחמה, וכלל לא ברור איזה אינטרס רב משקל יכול להצדיק שלילת פיצוי בשל הריסת עשרות בתים שלא כדין ובלא סמכות או הריסת בית באופן רשלני כך שנגרם נזק סביבתי לבתים סמוכים. ודאי שתכלית מעין זו – תהא משמעותה כאשר תהיה – אין די בה כדי לשלול זכויות אדם חוקתיות.

40. התכלית של מניעת סיוע לאויב במלחמה – לא ברור כלל כיצד החוק משרתה. מרבית הנפגעים הם תושבים מוגנים, שלא היו מעורבים בפעולות לחימה, ולפיכך לא ניתן לראות בהם אויב. על כל פנים הרשות אינה מדינה, אף ישראל אינה רואה בה מדינה, ולפיכך הדוקטרינה של מדינת אויב איננה יכולה לחול על תושביה. ברור ומובן, שפיצויים נזיקיים, שבהם להשיב את מצב הניזוק לקדמותו אין בהם משום סיוע לאויב. התכלית של העברת הכספים כתוצאה מתביעות נזיקין מוסדרת ממילא בפקודת המסחר עם האויב, כפי שקבע לאחרונה ביהמ"ש המחוזי בעניין דיראני (ראו מש/4). וממילא החוק אינו מונע את כלל העברת הכספים ל"אויב", אלא רק סוג אחד ויחיד – כספי פיצוי נזיקיים. אם זו היתה תכלית החקיקה היה עליה לאסור העברת כספים הן ע"י גורמים ממשלתיים והן ע"י גורמים פרטיים בכל התחומים – כספי מיסים, כספים כתוצאה מהתחייבויות מסחריות ועוד. יתרה מזו, טיעון זה נגוע בחוסר תום לב. רק בפברואר 2006 העבירה הממשלה 250 מיליון ₪ לרשות הפלסטינית מכספי המיסים, שגובה ממשלת ישראל עבור הרשות הפלסטינית (ראו בג"צ 06/1177 באואר נ' ממשלת ישראל (פס"ד מיום 11.4.06)). לפיכך הממשלה אינה יכולה מצד אחד להעביר כספים לרשות הפלסטינית, ומצד שני לטעון, שיש למנוע כל סיוע לרשות הפלסטינית, שהיא רשות אויב.

41. אין מנוס מן המסקנה, כי השיקול הכלכלי של חיסכון כספי ביחד עם הקשיים בניהול התביעות הם הוסיף השיקולים הראשוניים במעלה ולמעשה היחידים, שעומדים מאחורי החוק המתקן. אלה התכליות היחידות, שקשורות קשר רציונלי הדוק לכל היבטיו של החוק.

### **חקיקה רטרואקטיבית ואינטרס ההסתמכות**

42. בבג"ץ זנדברג עשה ביהמ"ש הנכבד מאמץ פרשני גדול כדי לקבוע, שחוק התשריר בעניין אגרת רשות השידור אינו מטיל קנס פיגורים באופן רטרואקטיבי לתקופה, בה לא היתה חובה בדיון לשלם את האגרה, בגינה מוטל הקנס:

"אין להניח כי החוק נועד להגשים תוצאה בלתי סבירה (ראה ע"א 73/50 דעואל נ' פטרזילקה [16], בעמ' 604). הטלת חובה לשלם כאמור היא תוצאה בלתי צודקת, ואין להניח כי החוק נועד להגשים תוצאה בלתי צודקת (ראה ע"א 492/73 שפיזר ואח' נ' המועצה להסדר הימורים בספורט ואח' וערעור שכנגד [17], בעמ' 27). אכן, ..."

חזקה על המחוקק שלא שאף לתוצאה המביאה עימה אי-צדק והגיון אין בה, ואם הגיע השופט-הפרשן לתוצאה כזו, אות הוא כי לא ירד לסוף דעתו של המחוקק, וכי פירושו מוטעה הוא" (השופט זוסמן בע"פ 14/55 היועץ המשפטי נ' שמואלוב [18], בעמ' 831). מסקנתו היא אפוא, כי מתן תוקף לקנס הפיגורים על פיגור בתשלום האגרות (לשנים 1985-1992), שקדם לחקיקת חוק התשריר, נוגד את תכליתו של חוק התשריר...

מסקנה פרשנית, שלפיה חוק התשריר מעניק תוקף להטלת קנס פיגורים רטרואקטיבית, הייתה יוצרת ספק רציני באשר לחוקתיותו של היבט זה של חוק התשריר. ניתן היה לטעון (בלי שנכריע בטענה זאת), כי על-פי פירושו זה הוא פוגע בקניינו של מחזיק מקלט הטלוויזיה מעבר למידה הדרושה. ספק זה ייעלם - והכרעה שיפוטית בו לא תהא נחוצה - אם יינתן לחוק התשריר הפירוש שלפיו הוא לא נועד לאפשר הטלת קנס פיגורים למפרע."

בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ (2) 793, 808-807.

ובהמשך ציין הנשיא ברק:

"חקיקה אזרחית רטרואקטיבית, כשלעצמה, אינה נוגדת את ערכיה של מדינת ישראל. הכול תלוי בתוכן החקיקה. בענייננו, אלה שהחזיקו במקלטי טלוויזיה (בשנים 1985-1992) נהנו מהשירות שהטלוויזיה העניקה להם, ואין זה נוגד את ערכיה של מדינת ישראל כי ישלמו אגרה בעבור שירות שנתקבל על-ידיהם. החקיקה הרטרואקטיבית לא פגעה בציפיותיהם. הם עשו שימוש במקלט הטלוויזיה, וכל שנדרש מהם הוא לשלם את אגרת השימוש." (בג"ץ זנדברג, בעמ' 815-816)

43. בענייננו אין כל אפשרות להסיר את הפסול שבפגיעה הרטרואקטיבית בזכויות יסוד מוגנות באמצעות פרשנות. החוק משתרע על כל מעשה עוולה, שנעשה החל מיום 29 בספטמבר 2000, בין שהוגשה בגינו תביעת נזיקין ובין אם לאו, ובלבד שאם הוגשה תביעה, טרם הוחל בשמיעת הראיות.

44. אינטרס ההסתמכות בנזיקין אולי אינו חזק לגבי מעשים עתידיים, אבל בוודאי שהוא משמעותי ביותר לגבי מעשים שכבר נעשו בעבר. אמנם הניזוקים לא היו מתנהגים אחרת בעת התרחשות העוולה, אך פגיעתו הרעה של החוק היא בשלילת זכות התביעה, ובעניין זה רבים מהניזוקים שינו מצבם לרעה – היה להם אינטרס חוקתי חזק לקבל סעד אפקטיבי על הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות, ובין שלא מיהרו לתבוע, בין שהוציאו הוצאות מרובות על הגשת תביעה, שלעולם לא תזכה להתברר – הם נפגעו פגיעה חסרת תקנה וחסרת הצדקה.

## תיקון מס' 7 לאור המשפט הבינלאומי ההומניטארי בראי המשפט הישראלי:

45. נקודת המוצא של המשיבים היא, שמאז פרוץ האינתיפאדה השנייה מתקיים מצב של מלחמה עם הפלסטינים תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה, ולכן, יש לבחון את הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי על רקע היחסים בין מדינות המתקיימת ביניהן מלחמה. על בסיס זה, המשיבים מאמצים פרשנות להוראות המשפט הבינלאומי הקובעת, כי נתיני האויב אינם זכאים לתבוע בנוזיקין את המדינה הזרה בפני ערכאותיה השיפוטיות וזאת היות וזכות זו נתונה למדינות ולא ליחידים. הגיון זה מוביל אותם גם לפרשנות אשר סותרת את לשונה של תקנה 23(h) לתקנות האג, הקובעת איסור ברור על ביטולן או השעייתן של הזכויות הקיימות המוענקות ל-"nationals of hostile party".

46. הבסיס הנורמטיבי שהעתירה התבססה עליו, בין היתר, כולל את סעיף 3 לאמנת האג משנת 1907 המתייחס באופן ישיר לאחריות צד לוחם המפר את הוראות תקנות אלה לשאת באחריות ולשלם פיצויים בגין ההפרות, את סעיף 91 לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה הרביעית הקובע הוראה דומה וכן את תקנה 29 לאמנת ג'נבה הרביעית. כמו כן, נטען בעתירה, כי האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם שישראל צד להן חלות על התושבים הפלסטינים בגדה המערבית וברצועת עזה. אמנות אלו מתייחסות, בין היתר, לזכויותיהם של יחידים לתבוע פיצויים וכן קובעת זכותם לגישה לבתי משפט.

47. סעיף 3 לאמנת האג קובע את הזכות לפיצויים למי שנפגעה זכותו המוגנת על ידי צד לוחם והאמנה אינה קובעת, כי זכות הפיצויים תבוצע בין המדינות באמצעות הסכמים, ובוודאי אין היא שוללת את תשלום הפיצויים ליחידים שזכויותיהם המוגנות נפגעו. למרות זאת המשיבים גורסים כי המדובר בזכות הקיימת בין מדינות ולא בין מדינה ויחידים. קביעה זו מתבססת על הפרשנות הישנה, שאינה חלה כיום, אשר שררה עד סיום מלחמת העולם השנייה. פרשנות זו התבססה, בעיקר, על הפרקטיקה של המדינות שהשתתפו במלחמות העולם ועל ועל הסברה כי יחידים שהם נתיני מדינה מסוימת לא יכולים וגם לא ירצו לפנות בעת ניהול הקרבות לערכאות השיפוטיות של המדינה שמנהלת מלחמה נגדם ונגד מדינתם. הניסיון של מלחמת העולם השנייה מלמד גם שהפיצויים ששולמו על פי אמנות או הסכמי שלום התבססו על הפרות המשפט ההומניטארי, ובמקרים רבים, הם הפנו את הפיצויים ליחידים שנפגעו. כך למשל, באמנה משנת 1952 ליישוב העניינים כתוצאה מהמלחמה והכיבוש בין בריטניה, ארה"ב, צרפת וגרמניה, הכירה גרמניה, בין היתר:

"the obligation to assure ... adequate compensation to persons persecuted for their political convictions, race, faith or ideology, who thereby have suffered damage to life, limb, health, liberty, property, their possessions or economic prospects (excluding identifiable property subject to restitution). Furthermore, persons persecuted by reason of

nationality, in disregard of human rights, who are now political refugees and no longer enjoy the protection of their former home country shall receive adequate compensation where permanent injury has been inflicted on their health.”

(Article 1(1), Chapter Four) (United Nations Treaty Series, Vol. 219, No. 4762)

48. עם זאת, הקביעה כי סעיף 3 לאמנת האג אינו חל על מימוש זכויותיהם של יחידים מול הצד הלוחם או הכובש הינה אנכרוניסטית ומנוגדת להתפתחויות במשפט הבינלאומי ההומניטארי ולקביעותיו היום. בטרם שנפנה לפרשנות סעיף 3 על פי המשפט הבינלאומי, נטען תחילה, כי עמדתם ופרשנותם של המשיבים הינה מנוגדת לכללי המשפט הישראלי החלים על השטחים הכבושים.

49. ראשית, גישתם של המשיבים מתעלמת מקביעותיו של המשפט הישראלי שחל על הפלסטינים תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה לפיו, השליטה הישראלית בהם הינה מכוח **תפיסה לוחמתית**, בהיות הצבא הישראלי שולט באופן אפקטיבי בשטחים הכבושים ואין הכרה דה-יורה או דה-פקטו בקיומה של מדינה אחרת השותפה לשליטה אפקטיבית זו. על משמעותה של התפיסה הלוחמתית עמד הנשיא ברק בקובעו:

”יהודה, שומרון וחבל עזה אינם מדינה ואינם דמוקרטים. השליטה הישראלית בהם הינה מכוח תפיסה לוחמתית (belligerent occupation). השליטה הישראלית לא באה מבחירת התושבים המקומיים אלא היא פרי הפעילות הלוחמתית.”

אהרן ברק, **שופט בחברה דמוקרטית** (הוצאת הספרים של אוני' חיפה, כתר, נבו 2004) עמ' 147.

ראו גם: בג"ץ 7015/02 עג'ורי ואח' נ' **מפקד כוחות צה"ל ואח'**, תק-על 2002 (3) 1021, 1025.

50. על כן הטענה, כי הפיצויים בגין הפרות המשפט ההומניטארי יבוצעו, אם בכלל, בין **שתי מדינות ריבוניות** אינה תואמת את המציאות לפיה הגדה המערבית ורצועת עזה הינם ב"תפיסה לוחמתית" של מדינת ישראל. עמדתם של המשיבים מובילה, אפוא, לאיון טוטאלי של זכויותיהם של הזכאים הפלסטינים והתרתם בוואקום משפטי ללא סעד אפקטיבי.

51. שנית, פרשנותם ועמדתם של המשיבים, הנשענות על מעמדו של "נתין אויב" בעת מלחמה ולפיה, כקביעת המשיבים, כל צד לוחם יפצה את נפגעיו, מתעלמת ממעמדם המוכר של רוב הפלסטינים הנמצאים תחת השליטה הישראלית בתור "**אזרחים מוגנים**" על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. בהקשר זה נקבע על ידי בית המשפט העליון, כי:

”ההוראה הבסיסית של המשפט הבינלאומי ההומניטארי החלה בעת פעולות לחימה הינה כי התושבים המקומיים 'זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמינהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי והם יגונו במיוחד מפני כל מעשי אלימות או איומי אלימות' (סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, וראו גם סעיף 46 לאמנת האג). ביסוד הוראה בסיסית זו עומדת ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין (השווה סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם

וחירותו)... אין לפגוע בחייו או בכבודו כאדם, ועל כבודו כאדם יש להגן." (ההדגשה לא במקור)

בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח (5) 385, פסקה 11 לפסק הדין.

ובמקום אחר צוין:

"מהם השיקולים שעל המפקד הצבאי לשקול בקובעו את תוואי הגדר... השיקול השני עניינו, במסגרת העתירה שלפנינו, טובתה של האוכלוסייה הערבית המקומית. על כבוד האדם של כל אחד מבני האוכלוסייה, לרבות המקומית, על המפקד הצבאי להגן."

בג"ץ 7957/04 מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', תק-על 2005 (3) 3333, 3346, פסקה 24.

52. בניגוד לטענת המשיבים השוללת את קיומו של סעד אפקטיבי או נקיטת אמצעים על מנת לפצות את הנפגעים, ההלכה הפסוקה בעניין זכותם של "האזרחים המוגנים" מקימה חובה חיובית לפעול למען ההגנה על חייהם וכבודם, וכפי שנקבע ע"י הנשיא ברק:

"חובתו של המפקד הצבאי על פי הכלל הבסיסי היא כפולה: ראשית, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו 'השלישית'; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זו חובתו 'החיובית'." (פסקה 11 לפס"ד רופאים לזכויות האדם).

ראו גם בג"ץ 3799/02 עדאלה ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל ואח', פסק-דין מיום 6.10.05 תק-על 2005(4), 49.

53. לכל הדעות, הפרשנות של המשיבים מובילה לפגיעה יסודית בזכויותיהם המוגנות של "האזרחים המוגנים" הפלסטינים שהרי היא מותירה את הנפגעים ללא הגנה משפטית ובלא סעד אפקטיבי בגין הנזק, והיא מעבירה מסר שלילי לפיו לפגיעה במוגנים אלה אין כל מחיר, דבר שכשלעצמו מוריד את אפקט ההרתעה. מתאימים בהקשר זה דברי המשיבים עצמם (פסקה 28 לתגובתם) שבהם הם קובעים:

"דיני הנזיקין מבקשים, בין היתר, להרתיע מזיקים פוטנציאליים. ההנחה היא כי חיובו של המזיק לשאת במלוא הנזק שגרם, תביא אותו לשקול את צעדיו בטרם יארע הנזק. הרתעה זו מבוססת על יסוד האשם שבהתנהגות המזיקה. לחיוב על בסיס אשם יש אף פן מוסרי ערכי."

54. לא למותר לציין, כי הכללים בדבר "התפיסה הלוחמתית" ביחד עם כללי ההגנה על "האזרחים המוגנים", מובילים למסקנה הידועה והמוכרת שלפיה במישור של המשפט הבינלאומי, מדינת ישראל הינה המדינה הריבונית היחידה אשר שולטת באוכלוסייה הפלסטינית בשטחים הכבושים, והיא המדינה היחידה הנוטלת באחריות על שלומם וביטחונם של התושבים שם.



לכן, הפרשנות שמציגים המשיבים בעניין זכות הפיצויים בין מדינות הנמצאות בקונפליקט עומדת בניגוד גמור לכללים אלה ולמציאות המשפטית השוררת בין ישראל והפלסטינים.

55. שלישית, הפרשנות של המשיבים עומדת בסתירה לכללי הפרשנות הנובעים ממערך הכללים המשפטיים החלים על השטחים הכבושים. הלכה פסוקה היא, כי בצד הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי חלים על הצבא גם העקרונות הכלליים של המשפט המינהלי הישראלי, לפיהם קיימת חובה לנהוג, בין השאר, בהגינות (מהותית ודיונית), בסבירות ובמידתיות, תוך איזון ראוי בין חירות הפרט לצרכי הכלל. כללים אלה מחייבים כשלעצמם תורת פרשנות הנותנת משקל לזכויות הפרט. הקביעה של המשיבים לפיה, סעיף 3 לאמנת האג חל על היחסים בין מדינות, לא רק שאינה מתיישבת עם לשון הסעיף ואין לה אחיזה בכלל בשאר סעיפי אמנת האג, אלא היא מאמצת פרשנות השוללת באופן גורף את זכויותיו של הפרט.

56. רביעית, הקביעה של המשיבים בדבר תחולת חובת הפיצויים בין המדינות בלבד, אינה מתיישבת עם חובתו 'השלילית' של המפקד הצבאי להימנע מפגיעה בזכויות קיימות של "האזרחים המוגנים". כאן הוא המקום להתייחס לבחירתם הפרשנית של המשיבים לתקנה 23 (h) לתקנות האג הקובעת איסור על הפגיעה בזכויות הקיימות של היחידים (nationals). על אף שלשונה של תקנה זו מתייחסת לכלל הזכויות הקיימות של היחידים, המשיבים דוחים את הפרשנות הקובעת כי מדובר בכלל הזכויות הקיימות, והם בוחרים בפרשנות מצמצמת לפיה מדובר בזכויות הקיימות והמיושמות בשטח הכבוש ולא אלו המתבססות על הדין הפנימי של הצד הלוחם. לגישתם, הפגיעה בזכותם של הפלסטינים להגיש תביעות נזיקין בישראל אינה מהווה פגיעה בזכויות קיימות או זכויות שהוקנו. בחירה פרשנית זו לא רק שהיא מתעלמת מלשון התקנה, אלא היא אף סותרת אותה. כמו כן, בחירה פרשנית זו אינה מתיישבת עם החובה המינהלית לנהוג בסבירות ובמידתיות והיא אף סותרת את התכליות העיקריות של תקנות האג העומדות בבסיס הסמכויות המופקדות בידי המפקד הצבאי, ואשר תפקידן להבטיח את זכויות המוגנים. כדברי השופטת פרוקצ'ה:

"הצורך האחד הוא צבאי, והאחר הוא צורך אזרחי-הומניטארי. הראשון מתמיד בדאגה לביטחון הכוח הצבאי המחזיק במקום. והשני – באחריות לקיום רווחתם של התושבים. בתחום האחרון מופקד מפקד האזור לא רק על שמירת הסדר וביטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובייחוד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטאריים שחובה על המפקד לשקול" (פרשת הס' עמ' 455).

57. ודוק, קביעתם הפרשנית של המשיבים לתקנה 23(h) אינה נשענת על הטיעון ששלילת הזכות להגיש תביעות נזיקין בישראל נועדה לשמור על צורך צבאי או על אינטרס ביטחוני מובהק המצדיק את הגבלת הזכויות הקיימות. לכן, ובהעדר אחיזה בלשון התקנה, בחירה פרשנית זו הינה בחירה שרירותית העומדת גם בניגוד למציאות המשפטית הקיימת שבה נפגעים פלסטינים רשאים לפנות לבתי המשפט בישראל, וכפי שהדגישה השופטת ביניש:

"אי קיום החובות ההומניטריות פותח בפני הנפגעים, ובדרך כלל מטעמים מעשיים בפני גיופים המייצגים אותם, את שעריו של בית המשפט המפעיל ביקורת שיפוטית בימי המלחמה כבימי השלום". (הפיסקה הרביעית לפסק דינה של השופטת ביניש בפס"ד **רופאים לזכויות האדם**).

58. לכן, אם תתקבל פרשנותם השרירותית של המשיבים לתקנה 23(h) היא עלולה להצדיק בעתיד גם את שלילת זכויותיהם של הפלסטינים לפנות לערכאות השיפוטיות בישראל בתחומים אחרים, ואז, כמו בעתירה זו, יטענו המשיבים שאין תקנה מתקנות האג המאפשרת לפלסטינים לפנות לערכאות השיפוטיות בישראל ואי לכך ניתן לשלול את הזכות הזו גם בהעדר קיומו של צידוק רציני המאפשר את שלילת הזכות!

59. חמישית, הקביעות הפרשניות של המשיבים בדבר תחולתן של סעיף 3 לאמנת האג ותקנה 23(h) לתקנות האג אינן מתיישבות עם האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם שישראל צד להן. כידוע, חוות הדעת המייעצת של בית הדין בהאג בעניין חומת ההפרדה קבעה מפורשות, כי אמנות אלו חלות על השטחים הכבושים. בית משפט נכבד זה קבע בפרשת מערבה כי קביעותיו הכלליות של בית הדין בהאג מקובלות עליו.

International Court of Justice, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 ICJ reports, paras 106-114.

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

בג"ץ 7957/04 **מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח'**, טרם פורסם (תק-על 2005(3), 3333) פסקה 57 לפסק הדין.

60. גם אם בית המשפט הנכבד יבחר להשאיר את סוגיית היקף תחולתן של האמנות הבינלאומיות הללו בצריך עיון, הרי שבהתאם להלכה הפסוקה הקובעת שיש לפרש הוראות חקיקה ברוח האמנות הבינלאומיות שישראל צד להן, ברור לחלוטין, כי פרשנותם של המשיבים את סעיף 3 לאמנת האג ותקנה 23(h) לתקנות האג סותרת את מהותן ותכליתן של אמנות בינלאומיות אלו (ראו ההפניות השונות בעתירה), והיא אינה עומדת בקנה אחד עם עקרונות המשפט הישראלי אודות תחולת המשפט הבינלאומי בשטחים הכבושים.

### **הזכות לפיצויים במשפט ההומניטארי הבינלאומי**

61. המשיבים מתייחסים בתגובתם מיום 6 ביולי 2006 למשפט המשווה באשר לתביעות נתני אויב, ואולם הפסיקה אליה מפנים המשיבים אינה מלמדת על עניינה של עתירה זו וזאת ממספר טעמים. ראשית הפסיקה הינה בעיקרה פסיקה ישנה מאד, אשר קדמה להתפתחות הרבה שחלה במשפט ההומניטארי הבינלאומי ולהיווצרות משפט זכויות האדם הבינלאומי לאחר נוראות מלחמת העולם השנייה. גם הפסיקה החדשה יותר אליה מפנים המשיבים

מתייחסת ברובה לתביעות שהוגשו בגין נזקים שארעו בשנות הארבעים של המאה העשרים ולכן הוחל עליהן המשפט ההומניטארי הבינלאומי כפי שנהג אז.

62. במחקר המקיף של הצלב האדום על המשפט ההומניטארי הבינלאומי המנהגי נקבע, כי מדינה האחראית להפרות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי:

"is required to make full reparation for the loss or injury caused"

J.M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, **Customary Humanitarian International Law**, (Vol. 1) Cambridge University Press, 2005, p. 537-550

המחקר מציין, כי ניכרת מגמה גוברת והולכת להכיר בזכות של הקרבן האינדיבידואלי לתבוע פיצויים ישירות מהמדינה האחראית מכח תקנה 3 לאמנת האג הרביעית, וכי:

"...no court has explicitly ruled out such a possibility under contemporary international law."

עמ' 544.

63. יודגש, כי ביום 16.12.05 החליטה האסיפה הכללית של האו"ם על אימוץ העקרונות בדבר הזכות לסעד ולפיצויים של קורבנות הפרות חמורות של משפט זכויות האדם הבינלאומי והפרות רציניות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי. במבוא להחלטה מודגש, כי הזכות לסעד ולפיצויים של הקורבן הינה זכות מוכרת ומבוססת במשפט הבינלאומי, ובכלל זה מכח סעיף 3 לאמנת האג הרביעית. כמו כן, עקרונות אלה מבססות את זכות הגישה לבתי המשפט.

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.

<http://www.ohchr.org/english/law/remedy.htm>

64. הזכות לפיצויים קמה גם מכח משפט זכויות האדם הבינלאומי, החל בד בבד עם המשפט ההומניטארי הבינלאומי, במצבים של קונפליקט מזוין ו/או כיבוש. בית המשפט הבינלאומי לצדק בדונו בסוגיה זו בחוות דעתו בעניין הקמת חומת הפרדה בגדה המערבית קבע, כי בגדה המערבית חלים הן משפט זכויות האדם הבינלאומי והן המשפט ההומניטארי הבינלאומי.

International Court of Justice, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 ICJ reports, paras 106-114.

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

65. ועדת החקירה הבינלאומית בעניין דארפור קבעה כי הפרות רציניות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי ושל משפט זכויות האדם הבינלאומי מקימות חבות בפיצויים של המדינה המפרה כלפי הקרבן, וזאת תוך הפניה ישירה אל הוראות סעיף 3 לאמנת האג:

"593. Serious violations of international humanitarian law and human rights law can entail not only the individual criminal liability of the perpetrator but also the international responsibility of the State (or state-like entity) on whose behalf the perpetrator was acting. This international responsibility involves that the State (or the state-like entity) must pay compensation to the victim.<sup>213</sup>"

<sup>213</sup> The international obligation to pay compensation was first laid down in Article 3 of the 1907 Hague Convention on Land Warfare, whereby "A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations [the Regulations annexed to the Convention, also called Hague 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". This obligation was restated, with regard to grave breaches of the 1949 Geneva Conventions, in each Convention, where it was provided that "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 [on grave breaches]" (common Article on grave breaches, found respectively at 51/52 /131/148). The same obligation, although worded in the terms of Article 3 of the 1907 Hague Convention, was laid down in Article 91 of the First Additional Protocol.

Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, Submitted to the United Nations Secretary-General. Geneva, 25 January 2005

[http://www.un.org/News/dh/sudan/com\\_inq\\_darfur.pdf#search=%22report%20of%20the%20international%20commision%20of%20inquiry%20on%20Darfur%20to%20the%20United%20Nations%20Secretary%22](http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf#search=%22report%20of%20the%20international%20commision%20of%20inquiry%20on%20Darfur%20to%20the%20United%20Nations%20Secretary%22)

ראו גם :

Eyal Benvenisti, Human Dignity in Combat: The Duty to Spare Enemy Civilians, **Is.L.R.** Vol. 39 No. 2, 81 97-99 (2006).

Elke Schwager, "The Right to Compensation for Victims of an Armed Conflict", **Chinese Journal of International Law Advance Access**, Oxford University Press, published on November 1, 2005, DOI 10.1093/chinesejil/jmi025, p. 3.

F. Kalshoven, "State responsibility for warlike acts of the armed conflict forces: from Article 3 of the Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol 1 of 1977 and beyond" **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 40, 1991, pp. 827-858.

66. בתגובת המשיבים מיום 6 ביולי 2006 נטען בפסקה 177, כי "אמנות האג ואמנות ז'נבה, המשתייכות למשפט הבין לאומי ההומניטארי, עוסקות במהותן בסכסוכים בין מדינות"

וכתמיכה הובא קטע ממאמרה של המלומדת Zegveld. ואולם עיון במאמר מעלה, כי המשיבים הביאו רק חלק מהדברים והשמיטו את תחילתם ואת המשכם הסותרים את טיעוניהם הנ"ל של המשיבים מעיקרם:

**"At the outset, the treatment which IHL prescribed to be accorded to protected persons was not presented, nor indeed clearly conceived, as constituting a body of "rights" to which they were entitled. The humanitarian law norms were generally understood as applicable to States vis-à-vis each other and are commonly worded in terms of prohibitions applicable to the parties to a conflict. However, in 1929, the principle of rights was more clearly defined, the word "right" appearing in several provisions of the 1929 Prisoners of War Convention. And in the 1949 Geneva Conventions the existence of rights conferred on protected persons was explicitly affirmed. An empirical investigation into these Conventions shows that a number of rules refer explicitly to concepts such as "rights", "entitlements" or "benefits"... These and other provisions create rights of individuals or presuppose the existence of rights".**

(הקטעים אשר הושמטו בתגובת המשיבים הודגשו).

[http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5SRELT/\\$File/irrc\\_851\\_Zegveld.pdf#search=%22The%20humanitarian%20law%20norms%20were%20generally%20understood%20to%20be%20applicable%20to%20states%20vis%22](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5SRELT/$File/irrc_851_Zegveld.pdf#search=%22The%20humanitarian%20law%20norms%20were%20generally%20understood%20to%20be%20applicable%20to%20states%20vis%22)

## הזכות לפיצויים במשפט המשווה

### ארה"ב

67. ה- Alien Tort Act משנת 1789 מתבסס על סמכות אוניברסאלית המאפשרת לכל זר להגיש תביעת נזיקין בארה"ב בגין פגיעות שהן תוצאה של הפרת "משפט העמים". בהקשר זה ניתן לאחרונה פסק דין Rasul בו נקבע כי לבתי המשפט הפדראליים בארה"ב יש סמכות לדון בחוקיות מעצרו של זר שהוגדר enemy combants המוחזק בגואנטנמו. בית המשפט העליון האמריקאי קבע, בין היתר, כי השליטה האפקטיבית בגואנטנמו על ידי ארה"ב מאפשרת לבתי המשפט האמריקאיים לדון בתביעתו של הזר המוחזק על ידיה. בפס"ד זה נקבע, בין היתר, כי:

"The courts of U.S have traditionally been open to nonresident aliens...And indeed 28 U.S.C article 1350 explicitly confers the privilege of suing for an actionable "tort...committed in violation of the law of nations or a treaty

of the U.S.” on aliens alone. The fact that petitioners in these cases are being held in military custody is immaterial to the question of the District Courts’s jurisdiction over their nonhabeas statutory claims.”

**Rasul v. Bush**, 542 U.S. 466 (2004) at 484-5.

68. לאחרונה ניתן פסק הדין החשוב לענייננו, שבו נידונה זכותם של זרים שהוחזקו בבסיס גואנטנמו ללא גישה לבתי משפט המבטיחים קיומו של הליך הוגן. בית המשפט האמריקאי דחה את טענת המדינה שלפיה אמנת ג'ניבה אינה חלה אלא על מדינות שהן צד לסכסוך ובכך הוא קבע כי זכות הגישה לבתי משפט אמריקאיים המקיימים הליך הוגן מעוגנת בסעיף 3 לאמנת ג'ניבה הרביעית החלה על החזקתם של אלה המוחזקים בחשד לשייכות לארגון "טרוריסטי" כמו אל-קאעדה.

**Hamdan v. Rumsfeld**, 548 U.S. 126 S.Ct 2749 (2006)

69. לגבי תחולתה של חסינות המדינה מפני תביעות נזיקין נקבע בפס"ד **Koohi** שהחסינות חלה רק במקרים שבהם מתקיימת מלחמה של ממש מול צבא של אומה אחרת:

“United States armed forces engaged in an organized series of hostile encounters on a significant scale with the military forces of another nation, the FTCA exception applies”

**Koohi v. U.S.**, 976 F.2d 1328

חריג זה אינו חל במקרים האחרים שאינם בבחינת מלחמה. כך נקבע בפס"ד זה (עמ' 1331):

“Federal courts are care capable of reviewing military decisions, particulary when those decisions cause injury to civilians”.

70. פס"ד **Koohli** נשען על הלכה ישנה בעניין **Paquete Habana** לפיה נתפסו אוניות ספרדיות על ידי ארה"ב בעת קיומה של מלחמה עם ספרד. בית המשפט קבע, כי לא התקיים צורך צבאי המצדיק את תפיסת האניות וזאת על אף קיומה של המלחמה. בהתייחסו לפרשה זו נקבע ב-**Koohi** (עמ' 1332):

“As the court has stated, ‘when presented with claims of judicially cognizable injury resulting from military intrusion into the civilian sector, federal courts are fully empowered to consider claims of those asserting such injury’. As the Paquete Habana demonstrates, this is true in time of war as well as in time of peace and with respect to claims by enemy civilians as well as by Americans”

71. הנה כי כן, המשפט האמריקאי, וככל שהוא רלבנטי לעתירה דנן, הוא מכיר בחריג של חסינות מדינה רק במקרים שבהם מתקיימת מלחמה של ממש מול צבא של אומה אחרת.

## קנדה

72. המשיבים מתייחסים בתגובתם לפס"ד הקנדי **Aleksic v. Canada** משנת 2002, בו קנדה נתבעה בניזיקין על ידי תובע שטען שקרוביו ורכושו ניזוקו עקב הפצצות על יוגוסלביה לשעבר שקנדה נטלה חלק בהן. בית המשפט הקנדי דחה את התביעה בקובעו, כי היא נוגעת לעניין של מדיניות חוץ. אולם, יודגש, כי בית המשפט הגביל את קביעותיו על ידי האבחנה שקבע שלפיה אמנם ניתן להגביל את זכות התביעה כאשר מדובר בנושא הנופל בתחום קביעת המדיניות אך אין היא מוגבלת כאשר מדובר ביישום מדיניות צבאית. בית המשפט ראה מקום להדגיש, כי פעולות הממשל והצבא אינם חסינים כאשר הם מפרים את המשפט הבינלאומי:

“It would shock the conscience today if the Executive could rely upon the prerogative to justify actions or omissions that were illegal or contrary to our international commitments. Maintenance of the Honour of the Crown dictates that the courts ensure that the executive not be allowed to rely upon such acts as defence to its torts.” (Aleksic at 725).

## בית הדין האירופי לזכויות האדם

73. בפרשת **Loizidou** קבע בית הדין האירופי לזכויות האדם, בפסק דינו מיום 18 בדצמבר 1996, כי טורקיה, הפרה את הוראות סעיף 1 לפרוטוקול הראשון של האמנה האירופית לזכויות האדם בכך שמנעה את הגישה וההנאה של התובעת, אזרחית קפריסאית, אל קניינה הנמצא בצפון קפריסין, אשר נמצא תחת כיבוש טורקי. בית הדין חייב את טורקיה בתשלום פיצויים לתובעת בגין נזקיה.

**Loizidou v. Turkey** ((preliminary objections), judgment of 23 March 1995, Series A no. 310), **Loizidou v. Turkey** ((merits), judgment of 18 December 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI).

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=1132746FF1FE2A468ACBCD1763D4D8149&key=782&sessionId=8158868&skin=hudoc-en&attachment=true>

74. בפרשת **Xenides-Arestis** פסק בית הדין האירופי לזכויות האדם, בהחלטה מיום 14 במרץ 2005, כי תביעה שהוגשה לבית הדין על ידי אזרחית קפריסאית, אשר נמנעה ממנה הגישה וההנאה מבית שבעלותה בצפון קפריסין, הנמצא תחת כיבוש טורקי, הינה בסמכות בית הדין האירופי. בית המשפט קבע זאת על אף שהתובעת לא מיצתה את האפשרות לפנות לוועדת פיצויים שהוקמה בצפון קפריסין, על פי חוק שנחקק על ידי הפרלמנט של צפון קפריסין ביוני 2003. בית הדין פסק שהועדה אשר הוקמה על ידי החוק אינה מהווה סעד אפקטיבי והולם בשל סמכותה החלקית והעמומה והיותו והיא לא מכסה את כל סוגי הנזק ואינה מאפשרת את כל סוגי הפיצוי.

Case No. 46347/99 **Myra Xenides-Arestis v. Turkey**, 14 March 2005.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=1132746FF1FE2A468ACCBCD1763D4D8149&key=25847&sessionId=8134779&skin=hudoc-en&attachment=true>

בפסק הדין הסופי התקבלה התביעה ובית הדין פסק, כי טורקיה הפרה את סעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות האדם וכן את סעיף 1 לפרוטוקול הראשון של האמנה וחייב את טורקיה לפצות את התובעת בגין נזקיה.

Case No. 46347/99 **Myra Xenides-Arestis v. Turkey**, 22 December 2005.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=1132746FF1FE2A468ACCBCD1763D4D8149&key=11879&sessionId=8158743&skin=hudoc-en&attachment=true>

## איטליה

75. בפרשת **Ferrini**, שעניינה בתביעת פיצויים שהגיש אזרח איטלקי שנכלא על ידי הצבא הגרמני בשנת 1944 הועבר לגרמניה שם שימש כעובד כפייה בתעשיית הנשק, דחה בית המשפט העליון באיטליה את טענת החסינות שהעלתה גרמניה ופסק, כי חסינות מדינה זרה לא תקום בגין מעשה המהווה פשע על פי המשפט הבינלאומי. בית המשפט התייחס באופן ישיר וחיובי לאפשרות של תביעה נזיקית המוגשת על ידי הקרבן האינדיבידואלי.

**Ferrini v. Federal Republic of Germany**, Corte di Cassazione (Sezioni Unite), Judgment No 5044 of 6 Nov. 2003, registered 11 March 2004, 87 Rivista Diritto Internazionale (2004) 539, 540.

לניתוח מפורט של פסק הדין ראו:

Pasquale De Sena and Francesca De Vittor, "State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case", **The European Journal of International Law** (2005), Vol. 16 No. 1, 89–112.

<http://www.ejil.org/journal/Vol16/No1/art4.pdf#search=%22State%20Immunity%20and%20Human%20Rights%3A%20The%20Italian%20Supreme%20Court%20Decision%20on%20the%22>

## גרמניה

76. בית הדין המינהלי הגבוה בגרמניה פסק שעל הצבא הבריטי לשלם פיצויים לאזרח גרמני שנדרס על ידי רכב של הצבא הבריטי שהיווה כח כובש, וזאת, בין היתר, בהתבסס על הוראת סעיף 3 לאמנת האג הרביעית.



OVG Munster. 9 April 1952, ILR (1952), p. 632-634.

יוון

.77 בפרשת Avoritis אבחן בית המשפט העליון ביוון בין נזק שנגרם בפעולה מלחמתית, שאז הזכות לתבוע פיצויים היא של המדינה וקמה עם סיום הסכסוך, לבין נזק שאינו קשור באופן מלא לפעולה מלחמתית, שאז לקרבן האינדיבידואלי קמה זכות תביעה עצמאית, אשר אינה נדחית לתום הסכסוך ולמדינה לא קמה חסינות מפניה.

Federal Republic of Germany v. Selfadministration of the Prefecture Bootien as representative of Konstantinos Avoritis et al. Aeropag, decision of 20 January 2000.

ראו התייחסות לפסק הדין ב:

Elke Schwager and Roland Bank, An Individual Right to Compensation for Victims of Armed Conflicts?

<http://www.ila-hq.org/pdf/Compensation%20for%20Victims%20of%20War/IndividualRight-Bank-Schwager.pdf#search=%22an%20individual%20right%20to%20compensation%20%22>

לאור כל האמור לעיל מתבקש בית-המשפט הנכבד לקבל העתירה ולהפוך את הצו על-תנאי לצו החלטי.

28 באוגוסט, 2006

חסן ג'בארין, עו"ד

ארנה כהן, עו"ד

דן יקיר, עו"ד

יוסי וולפסון, עו"ד

ב"כ העותרים