

המכון הישראלי לדמוקרטיה
ת.ד. 4702, ירושלים 91046

19 באוגוסט, 2009
כ"ט אב, תשס"ט

לכבוד
ח"כ דוד חזתם
יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט
הכנסת
ירושלים

שלום רב,

הנדון: הצעת חוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשס"ח-2008

אנו מגישים בזה את הערותינו להצעת החוק שבנדון בעקבות פניית עו"ד אלעזר שטרן, וזאת לקראת חידוש הדיון בהצעת החוק עקב החלטת דין רציפות. נסתפק בהערות רק לשני הסעיפים הבעייתיים ביותר בהצעת החוק, על פי עניות דעתנו.

בהתמודדות של ישראל עם הטרור, עולות בעיות משפטיות מורכבות בשורה של תחומים. (ראו למשל את אחד מפרסומי המכון הישראלי לדמוקרטיה בעניין זה: דן מרידור וחיים פס, הקרב של חמאח ה-21: דמוקרטיה נלחמת בטרור) אחריות המדינה בנזיקין בעת לחימה בטרור היא אחד מאותם תחומים שבהם מתחבטת ישראל בשנים האחרונות. יחד עם הבנת הקשיים הכרוכים בלחימה בטרור, אנו סבורים שהצעת החוק אינה מציעה הסדר שמתמודד באופן ראוי עם תחום זה.

בסעיף 2 להצעת החוק מוצע לקבוע כי המדינה תהיה חסינה מאחריות בנזיקין בשל "פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות" שנעשו וייעשו ביהודה, שומרון או חבל עזה (להלן: "השטחים") החל מ-29 בספטמבר, 2000. הצעת החוק משמיטה את התנאי (שקבוע היום בסעיף 1 לחוק) כי הפעולות הללו נעשו "בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף", משום שכפי שמוסבר בדברי ההסבר להצעה, "ההנחה היא שפעולות למניעת טרור מהוות חלק בלתי נפרד מן הלחימה בטרור, וכרוכות מטבען בסיכון לחיים ולגוף".

ההנחה שכל פעולה למניעת טרור שנעשת בשטחים היא למעשה "פעולה מלחמתית" או פעולת לחימה המסכנת חיים היא הנחה שגויה. כוחות הביטחון שולטים בחלקים נרחבים מהשטחים, ופעולות רבות של כוחות הביטחון בשטחים היו והינן פעולות מובהקות של אכיפת החוק, אשר יוצרות סיכונים רגילים של אכיפת חוק, שדיני הנזיקין מציעים להם פתרונות יעילים וצודקים. למשל, אין זה מוצדק שאדם שעבר במחסום של צה"ל (שנועד למניעת טרור), ותוך כדי חיפוש שגרתי אך רשלני נשברה מצלמתו (למשל), לא יוכל לתבוע בגין נזקו. ומה ההצדקה לשלילת זכות התביעה מאדם שנפגע מרכב של כוחות הביטחון בעת שהיה בסיור שגרתי מבלי שנוהלה כל לחימה ומבלי שנשקפה כל סכנה לסיור? ברוח זו, כמעט כל פעולה של כוחות הביטחון תהיה חסינה אם תתרחש (או התרחשה) מאז ספטמבר

המכון הישראלי לדמוקרטיה:
ת.ד. 4702, ירושלים 91046

2000) בתחומי יהודה, שומרון וחבל עזה. אין שום הצדקה לקביעה גורפת זו, בחוק אשר קבע עד כה כעקרון (לפחות במשתמע) שיש לבחון כל פעולה של כוחות הביטחון לגופה. (השוו לע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1). קביעה גורפת זו פוגעת באופן בלתי מידתי - רטרואקטיבית - בזכויות יסוד של פלסטינאים, ישראלים וכל עובר אורח תמים בשטחים. מדובר במתן חסינות גורפת למדינה מאחריות בנוזיקין, אשר תחול על פעולות רשלניות וזדוניות כאחד, שנעשות במסגרת של אכיפת החוק בשטחים. למעשה, ההסדר המוצע נוגד בצורה ישירה את פסק דינו של בית המשפט העליון, אשר קבע בבג"צ 8276/05 עדאלה ואח' נ' שר הביטחון ואח' כי אופיו הגורף והרטרואקטיבי של התיקון שנבחן שם הופך את החוק האמור לבלתי חוקתי. וזו, הנוסח החדש המוצע רחב עוד יותר, ומידתי פחות, מהנוסח שנפטר בפרשת עדאלה.

בסעיף 3 להצעת החוק מוצע לקבוע חסינות בנוזיקין לישראל בגין נזק שנגרם ל"תושב של שטח מחוץ לישראל, שהוכרז בידי הממשלה, בצו, כשטח אויבי". מדברי ההסבר להצעה עולה, כי הכוונה היא להחיל את ההוראה הזו על תושבי חבל עזה מתום "ההתנתקות". גם כאן מדובר בהחלה גורפת של חסינות נזיקית לישראל על כל פעולה של כוחות הביטחון כלפי תושבי חבל עזה, לרבות פעולות שאינן נופלות בגדר פעולות לחימה מובהקות (לפי המבחנים שנקבעו בפרשת בני עודה). האם מוצדק למשל כי המדינה חסינה מאחריות בנוזיקין בגין נזק שנגרם אגב ביצוע עבירה פלילית של חייל צה"ל נגד תושב עזה (כגון ביזה) במהלך מבצע כמו "עופרת יצוקה"? מדובר בחסינות גורפת מפני אחריות בנוזיקין כלפי תושבי חבל ארץ שלם בו פועל צה"ל באופן תדיר, וזאת גם בגין פעולות שאינן מלחמתיות (או שאינן פעולות לשם מניעת טרור בעלות מאפיינים דומים לפעולות מלחמתיות).

ניכר כי שתי ההוראות האמורות נועדו למעשה להחליף את הוראת סעיף 35 לחוק, שהוכרזה כבטלה בשל אי-חוקתיותה על ידי בית המשפט הגבוה לצדק. כשם שההוראה החיאה הייתה בטלה משום שהיא שללה "אחריות בנוזיקין לכל נזק שנגרם באזור עימות על ידי כוחות הביטחון, גם בגין מעשים שנעשו שלא על ידי פעולה מלחמתית של כוחות הביטחון", וכשם שלא הייתה הצדקה אז "לשחרור גורף מאחריותה בנוזיקין" של המדינה בגין פעולות שנעשו בעזה לאחר ההתנתקות, כך גם הוראות אלה יהיו בטלות, ובשל אותן סיבות. (ראו פרשת עדאלה, פסקאות 35 ו-36 לפסק דינו של הנשיא ברק). למעשה, שתי ההוראות הנדונות מרחיקות לכת אף יותר מן ההוראה שהוכרזה כבטלה על ידי בית המשפט העליון. אם להוראה שהוכרזה כבטלה על ידי בית המשפט היו מספר חריגים, כלומר פעולות של צה"ל שעליהן הייתה המדינה אחראית בנוזיקין - למשל תאונות דרכים ועבירות פליליות - הרי ששתי ההוראות האמורות אינן כוללות חריגים של ממש. לפיכך, הוראות אלה בלתי חוקתיות ואין להפך לדבר חוק.

לסיכום, בפסק הדין בפרשת עדאלה פסק בית המשפט כי המדינה רשאית להעניק לעצמה חסינות מאחריות בנוזיקין לפעולות מלחמתיות. אולם בהוראות סעיפים 2 ו-3 להצעת החוק, כמו בהוראות סעיף 35 לחוק שהוכרזה כבטלה, מוצע להעניק למדינה חסינות גורפת בנוזיקין בגין כל פעולה שתבצע או התבצעה בשטחים. בהוראת סעיף 2 להצעת החוק מוצע לעשות זאת באמצעות ההנחה השגויה כי

המכון הישראלי לדמוקרטיה
ת.ד. 4702, ירושלים 91046

כל פעולה שנועדה למניעת טרור בשטחים היא פעולה הכרוכה בסיכון החיים והגוף. הנחה שגויה זו מעניקה חסינות גורפת לכל פעולה למניעת טרור, במקום שבו הייתה קודם לכן בחינה אינדיבידואלית של נסיבות הפעולה (שאלת סיכון החיים והגוף). בהוראת סעיף 3 להצעת החוק מוצע להעניק חסינות גורפת מנזיקין באמצעות שלילת זכות התביעה מנזיקין מכל תושבי חבל ארץ שיוגדר על ידי הממשלה. החסינות הגורפת הזו אסורה ובלתי מוצדקת, על אחת כמה וכמה כאשר היא רטרואקטיבית. בית המשפט קבע כי הענקת חסינות גורפת מנזיקין למדינה בחבל ארץ מסוים בגין כל פעולותיה שם אינה מתיישבת עם כללי המשפט החוקתי בישראל ועם כללי המשפט הבינלאומי – ובמיוחד עם ההכרה בכבודו של כל אדם הנמצא בשטח בו שולטת ישראל (ולו שליטה לזמן קצר, כמו בעת מבצע "עופרת יצוקה") ובזכותו של כל אדם שכזה להגנה יעילה על זכויות האדם שלו, גם בעת מלחמה. בכל מקרה, אין להעניק חסינות גורפת, כי אם רק חסינות לפעולות שעל פי נסיבותיהן האינדיבידואליות הן מלחמתיות או אנלוגיות לפעולות מלחמתיות. במילותיו של בית המשפט:

הדרך המידתית היא בבחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה. בחינה זו תבדוק אם המקרה נופל לגדרה של "פעולה מלחמתית", תהא הגדרתה אשר תהא. ניתן להרחיב הגדרה זו, אך אין להחליף בדיקה אינדיבידואלית זו בשלילת אחריות גורפת. (ראו פסקה 37 לפסק דינו של הנשיא ברק בפרשת עזאלה)

אשר על כן, אנו סבורים כי התיקון המוצע אינו ראוי וקוראים לוועדת החוקה, חוק ומשפט שלא לאשרו.



עו"ד גיא לוריא

בכבוד רב,


פרופ' יובל שני



פרופ' מרדכי קרמניצ'ר