

בג"צ חוק האינתיפאדה – ניתן וראוי היה להגיע לאותה תוצאה אף מבלי לפגוע בכבודה של הכנסת!

נכתב על ידי: עו"ד ישראל שדה

תקציר:

במסגרת מאבק הכוחות בין הרשות השופטת לבין הכנסת, ביטל בית המשפט העליון את "חוק האינתיפאדה" אשר פטר את המדינה מאחריות על נזקים שנגרמו באזורי עימות.

בדרך לביטול הסעיף דילג בית המשפט על השלב הפרשני של החוק שביטל. אלמלא דילוג זה, יכול היה בית המשפט להגיע לתוצאה הראויה של צמצום הפטור, על ידי פרשנות מצמצמת של החוק, וביטול הכרזות שר הביטחון על אזורי עימות, בעילה של חריגה מסמכות.

המחבר מציע פרשנות מצמצמת וראויה של החוק ומעגן אותה בנוסח החוק, בהיסטוריה החקיקתית ובכוונתם הסובייקטיבית של חברי הכנסת.

המחבר סבור כי:

- **בביטולו של סעיף 5 לחוק מבלי לנסות להתאים לו פרשנות שתעמוד במבחני המידתיות, פגע בית המשפט בשלטון החוק ובעקרון הפרדת רשויות השלטון.**
- **בדרך בה נקט בית המשפט של ביטול הסעיף, תוך התהדרות בכתר של הרשות היחידה השומרת על זכויות אדם - הוציא בית המשפט שם רע למחוקק, ופגע ללא הצדקה ובאופן לא לגיטימי בכבודה של הכנסת.**

מבוא

1. במסגרת מאבק הכוחות בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת (הכנסת), צעד לאחרונה בית המשפט העליון צעד נוסף, וביטל את סעיף 5 לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות מדינה) תשי"ב - 1952 (להלן: "החוק"). אין זו הפעם

עו"ד ישראל שדה - הרימון 16 (ת.ד. 315) נורדיה, 42954, טלפון – 09-8618182

נייד – 050-8725137, פקס – 050-8962203, דוא"ל - sadeh.law@gmail.com

הראשונה שבית המשפט מבטל חוק שחוקקה הכנסת, אולם הפעם נראה כי בית המשפט "שש אלי ביטול", מבלי שכלל בחן אם ניתן לפרש את החוק באופן שעומד במבחני המידתיות החוקתיים. כפי שיובהר להלן, לו נעשה ניסיון שכזה, ניתן היה להותיר את החוק על כנו, ולהגיע לתוצאה הרצויה של צמצום חסינות המדינה, באמצעות פרשנות מצמצמת של החוק ופסילת הכרזות שר הביטחון על אזורי עימות.

החוק, רציונאל פסק הדין וכוונת המחוקק

2. **חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7) תשס"ה – 2005**, שכונה בתקשורת "חוק האינתיפאדה", הוסיף את סעיף 5ג לחוק. סעיף זה פוטר את המדינה מאחריות בנזיקין, בגין מעשים שנעשו על ידי כוחות הביטחון באזורי עימות. תוקפו החוקתי של הסעיף נדון בבית המשפט העליון בבג"צ 8276/05 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון** (להלן: "פסק הדין"). פסק הדין ניתן ביום 12.12.06 בהרכב של תשעה שופטים, כאשר פסק הדין העיקרי נכתב על ידי הנשיא בדימוס אהרון ברק.
3. בית המשפט קבע כי שלילת אחריות המדינה בנזיקין במצבים של "פעילות מלחמתית" היא חוקתית וכי:

"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" (פסקה 37 לפסק הדין).

דהיינו, קיימת הצדקה לפטור את המדינה מאחריות רק במקרה שהנוק נבע מפעולה מלחמתית. לשם כך יש לבחון כל מקרה לגופו. שלילה גורפת של אחריות

המדינה אינה מידתית, שכן היא עשויה להוביל לפטור מאחריות אף בגין מעשים שאינם בגדר "פעולה מלחמתית".

4. עיון בפרוטוקולים של דיוני ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת, בנוגע להצעת החוק, מלמד שרציונאל זה תואם את כוונת המחוקק. כך לדברי יו"ר הועדה ח"כ מיכאל איתן:

"אני לא קובע אזור עימות יחיד, קלסי ... אני לא קובע שכל יהודה ושומרון זה אזור עימות או חיפה אזור עימות, או תל אביב ... צריכות להיות סיטואציות מסוימות שהשופט ישקול אותן אם היו במציאות כן או לא. לא בצורה גורפת. כל מקרה לגופו" (עמוד 36 לפרוטוקול מיום 30.06.05).

רציונאל זה אף בא לידי ביטוי בפרוצדורה שנקבעה בחוק – בתוך 90 יום ממתן הודעה המעשה נשוא התביעה, רשאי שר הביטחון להכריז על השטח שבו אירע הנזק כאזור עימות. אפשרות זו מאפשרת "עידון" של אזורי העימות ובחינת כל מקרה לגופו, האם הוא אכן אירע באזור שבו התרחשו אירועים בעלי אופי צבאי בין כוחות הביטחון לבין כוחות עוינים, אם לאו.

יישום החוק – הכרזות שר הביטחון על אזורי עימות

5. מדוע אם כן החליט בית המשפט לבטל את החוק? התשובה נעוצה באופן בו יושם החוק.

מתוקף סמכותו לפי סעיף 5ג חילק שר הביטחון את שטח יהודה, שומרון וחבל עזה ל"אזורים", והכריז לגבי כל אחד מהם את המועדים בהם הוא היווה "אזור עימות". רובם הגדול של האזורים כולל בתוכו שטחים נרחבים ומספר מקומות ישוב שונים. כך למשל אזור 1 ביהודה ושומרון כולל 18 מקומות שונים, אזור 2

כולל 15 מקומות שונים, ואזור 9 הכולל רק מקום אחד, כולל את כל אזור גדר ההפרדה (הודעה על הכרזה על אזורי עימות לפי חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) מיום 09.02.06 ילקוט הפרסומים 5492). כפי שציין בית המשפט, התוצאה המעשית מהכרזות אלו היתה ש :

”די באירוע חבלני שאירע במקום אחד בתחומו של אזור מסוים על מנת להכריז על האזור כולו כעל אזור עימות, וזאת למשך מספר ימים ... [דהיינו] מתן פטור למדינה מאחריות בנוזיקין ביחס לתחומים נרחבים של פעולות שאינן פעולות מלחמתיות גם על-פי הגדרתו הרחבה של ביטוי זה” (פסקה 36 לפסק הדין).

כמובן שתוצאה זו של שלילה גורפת של אחריות המדינה בנוזיקין, באזורים שהוכרו כאזורי עימות, אינה מידתית.

הפתרון הראוי לחוסר המידתיות – ביטול ההכרזות על אזורי עימות

6. משקבע בית המשפט כי התוצאה הנובעת מהחוק היא בלתי מידתית, עמדו בפניו שתי אפשרויות :

- האחת – ביטולו של החוק ;
- והשנייה – ביטולן של ההכרזות על אזורי עימות. ביטול שכזה אפשרי לאחר מהלך פרשני של פירוש החוק באופן מצומצם שפוגע באופן מידתי בזכויות אדם, וקביעה הכרזות השר היוו חריגה מסמכות, בהתאם לפרוש המצומצם של החוק.

שתי הגישות מובילות לאותה תוצאה של צמצום הפטור מאחריות של המדינה, ופתיחת פתח להגשת תביעות בגין מעשים שביצעו כוחות הביטחון באזורים שהוכרזו כאזורי עימות.

7. האפשרות השנייה עדיפה מבחינת עקרון שלטון החוק, ועקרון הפרדת הרשויות. עקרונות אלו מסמיכים את המחוקק לחוקק חוקים, את הרשות המבצעת לבצע אותם, ואת בית המשפט לפרש אותם, ולהפעיל ביקורת שיפוטית. בית המשפט מחויב לפרש את החקיקה ברוח עקרונות היסוד של המדינה וברוח חוקי היסוד, ורק לעיתים רחוקות ובמקרים קיצוניים, רשאי בית המשפט במסלול של האפשרות הראשונה, לפסול חוקים.

8. האפשרות השנייה תואמת את גישתו הפרשנית שהתקבלה בפסיקה מימים ימימה:

”כל דבר חקיקה השולל זכות יסוד או פוגע בה יפורש בצמצום ... לפיכך למשל יש לפרש בצמצום הוראות המקנות חסינות מאחריות” (אהרון ברק, פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה (נבו הוצאה לאור בע”מ, ירושלים תשנ”ג – 1993), עמודים 555 – 558 וראו את ההפניות לפסקי דין המופיעות שם).

לפיכך, בבחירה שעמדה בפני בית המשפט, היה עליו לבחור באפשרות השנייה של מתן פרשנות ראויה ומידתית לחוק באופן שמתיישב עם חוקי היסוד, וביטולן של הכרזות שר הביטחון על אזורי עימות, באמצעות ביקורת שיפוטית.

9. יודגש, כי לא הרי ביקורת שיפוטית על המחוקק, המהווה התערבות במעשי החקיקה, כהרי הפעלת ביקורת שיפוטית על פעולות הרשות המבצעת שהיא מתפקידיה המובהקים של הרשות השופטת.

אפשרות הביקורת שיפוטית על הכרזת שר הביטחון נצפתה ואף התקבלה בברכה על ידי חברי הכנסת שחוקקו את החוק. כך לדברי עו"ד מרים רובינשטיין מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה, בפני ועדת חוקה חוק ומשפט:

"ברור שברגע שיש הכרזה, היא ראייה לבית משפט שכך היה במקום. מי שרוצה לתקוף, עושה זאת או בבג"ץ, תקיפה של עצם ההכרזה, או בבית משפט אזרחי, בתביעה, וזו תקיפה עקיפה. האדם אומר: התביעה שלי מוצדקת, ההכרזה לא מוצדקת. למה? כי ניתנה מטעמים זרים וכו'" (עמוד 22 לפרוטוקול מיום 20.07.05)

וכך לדברי חבר הכנסת מיכאל איתן, יו"ר הועדה אשר הציג את החוק בפני הכנסת לקריאה שנייה ושלישית:

"בא הבן-אדם לבית-המשפט, ואומר: עם כל הכבוד לשר הביטחון, הוא הוציא תעודות סתם, על הבאב-אללה, לא הסתכל, לא ראה, לא בדק, אני רוצה לתקוף את העניין. הוא יכול לתקוף" (דברי הכנסת מיום 27.07.05 כרך 198, עמוד 111 בפרוטוקול הדיון שפורסם באתר הכנסת).

10. כפי שיובהר להלן, ניתן לפרש את סעיף 5ג באופן שהפגיעה הנובעת ממנו תהיה מידתית. לפיכך, היה על בית המשפט: להותיר את הסעיף על כנו, ולבחון את הכרזות שר הביטחון על אזורי עימות, תוך צמצום האזורים או ביטול ההכרזות במקרים שבהן ההכרזות חורגות באופן בלתי מידתי מתכלית החוק שהיא שלילת אחריות המדינה במצבים של "פעילות מלחמתית".

הפרשנות הראויה של החוק

11. שאלת מפתח בפרשנות החוק הינה: מהי הפרוצדורה להכרזה על אזור עימות? האם ההכרזה נעשית בשני שלבים, דהיינו: חלוקת השטח לאזורים נעשית מראש, והשר רק קובע באילו מועדים כל אחד מהאזורים היה אזור עימות, או שההכרזה נעשית בשלב אחד שבו נקבעים הן גבולות הזמן והן את גבולות המקום, בהם שימש השטח כאזור עימות.

- גישת שני השלבים בה נקט שר הביטחון, מובילה בהכרח להגדרת אזורים נרחבים כאזורי עימות, ולתוצאה הלא רצויה שתיאר בית המשפט לפיה בהתקיים אירוע מלחמתי בקצה אחד של אזור, תהיה המדינה פטורה מאחריות בנוזיקין על נזקים שאינם נובעים מפעילות מלחמתית שאירעו במקומות אחרים הכלולים באזור.

- לעומת זאת גישת השלב האחד מאפשרת תיחום מדויק של המקום והזמן בו אירע העימות - אירוע בעל אופי צבאי כהגדרתו בסעיף.

כפי שצוין לעיל, בית המשפט קבע כי הדרך המידתית ליישום תכלית החוק הינה בחינה של כל מקרה לגופו, תוך הרחבה אפשרית של הגדרת "פעולה מלחמתית". לפיכך יש להעדיף את השיטה החד שלבית המאפשרת בחינה של כל מקרה לגופו.

12. ניתוח ההיסטוריה החקיקתית של תיקון 7 לחוק, מלמד שבמעבר מהנוסח המקורי של הצעת החוק לנוסח הסופי שהוכנס לספר החוקים, עבר המחוקק משיטת שני השלבים לשיטת השלב האחד. לפי סעיף 5ג(ד) להצעת החוק "**שר הביטחון רשאי להכריז על אזור שהגדיר שהוא אזור עימות**". דהיינו, לפי הצעת החוק, בשלב הראשון השר צריך להגדיר אזורים ומאוחר יותר, בשלב השני, הוא יכול להכריז עליהם כאזורי עימות.

לעומת זאת, הנוסח הסופי שהתקבל לבסוף קובע בסעיף 5ג(ג) כי "שר הביטחון רשאי להכריז על שטח כעל אזור עימות". דהיינו, ההכרזה מתייחסת לשטח כלשהו, ולא לאזור שהוגדר מראש. גישה זו אף באה לידי ביטוי בדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט:

"אנחנו מציעים ששר הביטחון יהיה מוסמך להכריז על שטח כאזור עימות, ואם הוא עשה כן, הוא יקבע בהכרזה את גבולות אזור העימות ואת התקופה" (דברי עו"ד תמר קלהורה ממשרד המשפטים בעמוד 16 לפרוטוקול מיום 20.07.05).

13. שיטת ההכרזה החד שלבית מאפשרת כיוול נכון של גבולות אזור העימות על ידי שר הביטחון, באופן שיבטיח כי כל נזק שאירע באותו מקום על ידי כוחות הביטחון, קשור לאירוע העימות, דהיינו, נעשה על ידי "פעולה מלחמתית".

הכרזות שר הביטחון על אזורי עימות נתונות לביקורת שיפוטית, תוך בחינת כל מקרה לגופו. סביר להניח שהכרזת עיר שלמה כאזור עימות בשל פעולת כוחות הביטחון באחת משכונותיה היתה נפסלת, בשל היותה בלתי מידתית. מאידך, סביר להניח כי הכרזת בניין מגורים או חצר בהם פעלו כוחות הביטחון כאזור עימות היתה מתקבלת.

מקרים אלו ומקרי הביניים כגון הכרזת הרחוב או השכונה בה פעלו כוחות הביטחון כאזורי עימות, צריכים היו להיבחן כל מקרה לגופו, בהתאם לאופי הפעולה. לעיתים פעולה למעצר שני מבוקשים באותו רחוב היתה מובילה להכרזת שני אזורי עימות, ולעיתים להכרזת של הרחוב כולו כאזור עימות אחד.

אילו נקט בית המשפט בגישה המוצעת במאמר זה, והיה מותיר את החוק על כנו, סביר למדי שהפסיקה שהיתה מצטברת עם הזמן היתה מנחה את שר הביטחון לעניין תיחום אזורי העימות במקום ובזמן.

14. לכאורה, הפרשנות המוצעת מטילה עומס כבד מידי על שר הביטחון המחייב אותו לפרק כל פעולה של כוחות הביטחון לגורמיה, לבחון איפה פעלה כל קבוצת חיילים, ולהכריז על כל אחד מהמקומות כעל איזור עימות. הפרוצדורה שנקבעה בחוק, המאפשרת לשר הביטחון להכריז על אזור עימות בתוך 90 יום מיום שהתקבלה הודעה על המעשה נשוא התובענה, עונה על קושי זה. פרוצדורה זו, שלא היתה קיימת בהצעת החוק, מאפשרת לשר הביטחון להתמקד רק באירועים שבהם נגרם נזק ושיש כוונה להגיש תובענה בעטיים. השר אמנם רשאי להכריז על איזור עימות מבלי שקיבל הודעה, אולם כאמור, אין הוא מחויב לעשות כן. יצוין כי בדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט, יו"ד הועדה חבר הכנסת מיכאל איתן אף התנגד לפרסום ההכרזה ברשומות. לשיטתו, הוצאת התעודה המכריזה על השטח כאזור עימות, נועדה להחליף את הצורך להזמין את הרמטכ"ל או המפקד הצבאי של השטח להעיד על הפעילות שנעשתה באזור (עמודים 94-95 לפרוטוקול 14.07.05).

היחס בין הפטור על "פעולה מלחמתית" לבין הפטור ב"איזור

עימות" לפי הפרשנות המוצעת

15. פרשנות סעיף 5ג המבטיחה כי כל נזק שאירע באותו מקום על ידי כוחות הביטחון, קשור במידה זו או אחרת לאירוע העימות, מעוררת את שאלת היחס בין סעיף זה לבין סעיף 5 לחוק, הפוטר את המדינה מאחריות במקרה של "פעולה מלחמתית". במילים אחרות: אם ניתן לצפות כי בכל המקרים בהם בית המשפט לא יפסול את הכרזת שר הביטחון על אזור עימות, המדינה ממילא היתה פטורה משום שנוק נגרם על ידי "פעולה מלחמתית", משמע שסעיף 5ג אינו מוסיף דבר, אז מה טעם שלא לבטלו?

הטעם לכך הוא בראש ובראשונה העדר סמכות לבית המשפט לבטל חוק אך ורק משום שלא נעשה בו שימוש. בית המשפט מוסמך לפרש חוקים, ולצמצם את תחולתם עד כדי הפיכתם ל"אות מתה" בספר החוקים. אך כל עוד חוק אינו פוגע

באופן בלתי מידתי באחת הזכויות המעוגנות בחוקי היסוד, בית המשפט איננו מוסמך לבטלו.

16. לגופו של עניין, מכיוון שחסינות המדינה על "פעילות מלחמתית" פורשה בפסיקה באופן מצומצם, סעיף 5ג בא להרחיב אותה על כל המכלול של הפעילות המלחמתית באזור העימות. הצורך בהרחבה זו בא לידי ביטוי בדוגמא שנתן עו"ד אהרון גל מפרקליטות מחוז תל אביב בועדת חוקה, חוק ומשפט:

"במהומות חברון, אחרי הר-חומה, היו אירועים של זריקות אבנים מגגות, מהומות אדירות ברחובות, ובא נער וטען: נפגעתי כשהלכתי בכל המהומה הזאת ולא עשיתי כלום. הבאנו עדים להוכיח את כל מהומות שהיו. היו שם מפקד משמר הגבול באזור ומפקד הצבא באזור ותיארו את המהומות על כל מה שהיה שם. בית-המשפט קבע שמכיוון שלא הוכחנו ישירות שאותו בחור שנפגע סיכן אותנו או השתתף במהומות, הוא חייב את המדינה לשלם לו פיצויים" (עמוד 53 לפרוטוקול מיום 31.05.05).

הדוגמא מלמדת כי בתי המשפט נהגו לבחון אם התקיימה "פעולה מלחמתית" מנקודת המבט של הניזוק, ואילו סעיף 5ג נועד לכוון אותם להרחיב את המושג ולהתבונן בו מנקודת המבט של הכוח הפועל.

האם הענקת פטור למדינה מאחריות לנזיקין במקרה המתואר היא מידתית? סבורני שכן, אולם את עמדת בית המשפט בנידון לא ניתן לדעת, מכיוון שבית המשפט העליון פסל את סעיף 5ג באופן גורף, מבלי לבחון אף מקרה לגופו.

17. זאת ועוד. לצורך הפטור מאחריות על "פעולה מלחמתית" הקבוע בסעיף 5 לחוק, צריכים להתקיים שני מרכיבים מצטברים:

(1) "פעולה מלחמתית"; (2) של "צבא ההגנה לישראל".

תיקון מספר 4 לחוק הוסיף הגדרות רחבות לשני מושגים אלו. אולם, בעוד הגדרת "פעולה מלחמתית" מופיעה בסעיף הפרושים לחוק (סעיף 1) ומתייחסת לחוק כולו, ההגדרה של "צבא ההגנה לישראל" מופיעה בסעיף 5א לחוק, ומתייחסת רק להליכים הפרוצדוראליים שנקבעו בסעיף זה. התוצאה היא שחסינות המדינה לפי סעיף 5 אינה חלה על פעולה מלחמתית שבוצעה על ידי כוחות הביטחון שאינם חלק מצבא ההגנה לישראל, כדוגמת השב"כ. חסינות זו קיימת רק לפי סעיף 5ג לחוק, במידה ושר הביטחון הכריז על האזור כאזור עימות.

**עם ביטול הסעיף על ידי בית המשפט העליון, עשויה המדינה לשאת באחריות
בנזיקין על מעשה שנעשה על ידי "פעולה מלחמתית" של השב"כ!**

18. הצד השני של המטבע בא לידי ביטוי במגבלות המוטלות על חסינות המדינה לפי סעיף 5ג:

- **האחת** – החסינות לא חלה בסוגי תביעות או תובעים המפורטים בתוספת השנייה לחוק (למשל נזק שנגרם בעבירה שהורשעו עליה בפסק דין חלוט, ונזק שנגרם בתאונת דרכים);

- **והשנייה** – המדינה עשויה להתחייב לשלם תשלום לפנים משורת הדין, לפי החלטת ועדת חריגים.

מגבלות אלו אינן חלות על החסינות במקרים של "פעולה מלחמתית, לפי סעיף 5 לחוק. מכאן שבעקבות חקיקת סעיף 5ג עמדו בפני המדינה שתי אופציות להתגונן בפני תביעה: הדרך הקשה מבחינה ראייתית – לטעון שזק אירע ב"פעולה מלחמתית", ודרך קלה יותר – לטעון שהנזק נגרם ב"אזור עימות". **נטיית של המדינה לבחור בדרך הקלה, עשויה היתה להיטיב עם התובעים, שכן במקרה זה פתוחה בפניהם הדרך לפנות לוועדת חריגים.**

יצוין כי בית המשפט התייחס להסדר ועדת החריגים וקבע שאין בו כדי להכשיר את חוסר המידתיות הגלום בחוק. סבורני כי קביעה זו נכונה רק בנסיבות המתוארות בפסק הדין לפיהן כל אחד מאזורי העימות כלל בתוכו שטחים נרחבים. אולם ככל הנוגע לאזורי עימות מצומצמים, בהתאם לפרשנות המצמצמת שפורטה לעיל, קיומה של ועדת החריגים והפיצוי לפני משורת הדין מהווים שיקול משמעותי בבחינת תקינותה של הכרזת השר על השטח כאזור עימות.

הליך החקיקה בראי פסק הדין

19. תיקון 7 לחוק הוגש כהצעת חוק ממשלתית, ונדון בוועדת חוקה, חוק ומשפט לאחר שהמונח "פעולה מלחמתית" כבר הורחב על ידי המחוקק, במסגרת תיקון 4 לחוק. הצורך בהרחבה נוספת של חסינות המדינה, הוסבר בכך שתיקון 4 נכשל בהכוונת המחוקק. בדיוני הוועדה עלו טענות כי למרות תיקון 4, המשיכו בתי המשפט לפרש את המונח "פעילות מלחמתית" באופן צר, תוך התעלמות מהמציאות החדשה שנוצרה במהלך האינתיפאדה השנייה, אשר חייבה פרשנות מרחיבה למונח.

20. בדרך מהצעת החוק הממשלתית שהעניקה למדינה חסינות גורפת על נזקים שנגרמו לתושבי איזור עימות, אל הנוסח הסופי שהתקבל בכנסת והוכנס כסעיף 5 לחוק, עברה הצעת החוק שינויים מרחיקי לכת, שנועדו לצמצם באופן משמעותי את חסינות המדינה. שינויים אלו הוכנסו במהלך כחמש ישיבות של ועדת חוקה, חוק ומשפט, ישיבות נוספות של יו"ר הוועדה ח"כ מיכאל איתן עם נציגי משרד המשפטים, וישיבות פנימיות של האחרונים. קריאת הפרוטוקולים של הוועדה מגלה ניסיונות כנים של המחוקקים לכייל את החוק על מנת להגיע לתוצאה ראויה, מידתית וצודקת. המוטו שחזר פעמים רבות בדברי ח"כ מיכאל איתן בדיוני הוועדה היה שאין להעניק למדינה חסינות גורפת, וכי מוטב לצמצם את החסינות מאשר להרחיבה יתר על המידה, על מנת לתת לחוק בסיס מוסרי רחב יותר.

21. כל האמור לעיל לא הוזכר ולא בא לידי ביטוי בפסק הדין.

פסק הדין מתעלם מתהליך החקיקה שעבר החוק ויוצר מצג כאילו החרדה לזכויות הניזוקים ושיקולי המידתיות הינם נחלתו של בית המשפט בלבד. כך למשל:

- בית המשפט התעלם מהשיקולים שהביאו לחקיקת תיקון 7 לחוק. בפסקה 7, לאחר סקירת ההיסטוריה החקיקתית של תיקון 4, ותיאור האופן בו הורחבה ההגדרה של "פעולה מלחמתית", ציין השופט ברק כי: **"המחוקק לא הסתפק בכך. הכנסת שבה ותיקנה (ביום 27.7.2005) את חוק הניזוקים האזרחיים באופן המצמצם עוד יותר את אחריותה של המדינה"**. תיאור זה יוצר רושם כאילו התיקון נבע מאיזו גחמה של המחוקק, תוך התעלמות מנקודת המבט של המחוקק לפיה נדרשה הכוונה נוספת של בתי המשפט;
- בית המשפט יצא כנגד החסינות שהחוק מעניק למדינה במחסומים ובמעברים לישראל (פסקה 36 לפסק הדין), אך לא ציין שחסינות זו נשללה על ידי חברי הכנסת בדיוני ועדה חוקה, חוק ומשפט אלא אם כן אירעה במחסום תקרית ביטחונית (עמודים 68-71 לפרוטוקול מיום 14.07.05);
- בית המשפט קבע כי אין בקיומה של ועדת החריגים כדי לנטרל את הפגיעה בזכויות אדם (פסקה 39 לפסק הדין), אך לא ציין שאף המחוקק היה שותף לדעה זו, ושחבר הכנסת מיכאל איתן אמר דברים דומים בדיוני הועדה (עמוד 35 לפרוטוקול מיום 30.06.06);
- בית המשפט התעלם ממודעותו ומרצונו של המחוקק כי בתי המשפט יפעילו ביקורת שיפוטית על הכרזות שר הביטחון, על מנת להבטיח שהזכות לפיצוי לא תישלל במקרים לא מתאימים.

סיכום

22. קריאת נימוקי הצדדים בפסק הדין מלמדת כי שני הצדדים "הלכו על כל הקופה". העותרים תבעו את ביטולו של החוק ואילו המשיבים - שר הביטחון, שר המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה, כולם נציגי הרשות המבצעת - טענו שהחוק ואופן יישומו כשרים. הרשות המחוקקת לא יוצגה בעתירה, כך שהטיעון העולה במאמר כי שר הביטחון חרג מסמכותו על פי חוק ואילו שהחוק עצמו מידתי וכשר, לא הוצג בפני בית המשפט. עם זאת חייב היה בית המשפט להעלות טיעון זה, מתוקף היותו הממונה על שלטון החוק. חובתו של בית המשפט לפעול במסגרת החוק גם אם כל בעלי הדין מסכימים לבטל חוק מסוים, והוא מוסמך לבטל חוק רק במקרים חריגים בהם לא קיימת לו פרשנות סבירה המתיישבת עם חוקי היסוד.

23. ניתן היה לקבל את ביטולו של סעיף 5ג, אילו סבר בית המשפט כי המחוקק שגה בניסוח החוק כך שלא ניתן לפרשו בהתאם לכוונה הסובייקטיבית של המחוקק. ניתן אף לקבל שיקול לפיו הענקת סמכות נרחבת מידי לשר הביטחון אינה מידתית, והאפשרות של בתי המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית אין בה כדי לרפא את הפגם. אולם:

- בביטולו של סעיף 5ג לחוק מבלי לנסות להתאים לו פרשנות שתעמוד במבחני המידתיות, פגע בית המשפט בשלטון החוק ובעקרון הפרדת רשויות השלטון.
- בדרך בה נקט בית המשפט של ביטול הסעיף, תוך התהדרות בכתר של הרשות היחידה השומרת על זכויות אדם - הוציא בית המשפט שם רע למחוקק, ופגע ללא הצדקה ובאופן לא לגיטימי בכבודה של הכנסת.

הפניות למסמכים באינטרנט:

פסק הדין נשוא המאמר - בג"צ 8276/05 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט

הערבי נ' שר הביטחון:

elyon1.court.gov.il/files/05/760/082/a13/05082760.a13.pdf

חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7) תשס"ה – 2005:

www.knesset.gov.il/Laws/Data/law/2026/2026.pdf

הודעות על הכרזה על אזורי עימות:

ילקוט פרסומים 5492:

www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/3E6548FB-6D3E-4098-AE55-09FE381E44D5/11412/5492.pdf

ילקוט פרסומים 5493:

www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/9265C209-DA14-4DB2-A0E5-4285B5BAACFF/11471/5493.pdf

ילקוט פרסומים 5582:

www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/52432FAA-C79B-4AA8-BE78-F9CA9FB97059/14086/5582.pdf

הצעת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 5) (הגשת תביעות נגד

המדינה על ידי נתין מדינת אויב או תושב אזור עימות) התשס"ב - 2002:

www.knesset.gov.il/Laws/Data/BillAllOld/3173/3173_All.html

www.knesset.gov.il/laws/heb/FileD.asp?Type=2&SubNum=1&LawNum=3173

הפרוטוקולים של ועדת חוקה, חוק ומשפט:

מיום 31.05.05:

www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-05-31-02.rtf

עו"ד ישראל שדה - הרימון 16 (ת.ד. 315) נורדיה, 42954, טלפון – 09-8618182

נייד – 050-8725137, פקס – 050-8962203, דוא"ל - sadeh.law@gmail.com

מיום 15.06.05 :

www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-06-15.rtf

מיום 30.06.05 :

www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-06-30.rtf

מיום 14.07.05 :

www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-07-14.rtf

מיום 20.07.05 :

www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-07-20-01.rtf

פרוטוקול הדיון בכנסת (קריאה שנייה וקריאה שלישית) :

www.knesset.gov.il/plenum/data/101136705.doc