

# אחריות המדינה בנזיקין בגין פעולות למניעת טרור

גיא לוריא, יובל שני, מרדכי קרמניצר

## היבטים משפטיים ללוחמה בטרור

ב-14 בספטמבר 2009 יתקיים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת דיון בהצעת חוק של הממשלה הקוראת לתקן את חוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952.<sup>1</sup> דיון זה הוא המשכו של שיח משפטי שמתנהל זה שנים ועוסק בשאלת אחריותה של המדינה בנזיקין בעת ניסיונותיה למנוע טרור ביהודה, שומרון וחבל עזה.

בהתמודדותה של ישראל עם הטרור עלולות בעיות משפטיות מורכבות בשורה של תחומים, ובכולם ישראל מנסה להתמודד עם הטרור מתוך שמירה על זכויות האדם כמתחייב במדינה דמוקרטית, על פי חוקי היסוד שנחקקו בישראל ועל פי כללי המשפט הבין-לאומי. בשנים האחרונות, נוסף על נושאים כגון פגיעה בחפים מפשע או הריגה מונעת, מתחבטת ישראל גם באחריותה של המדינה בנזיקין בעת לחימה בטרור.<sup>2</sup> נושא זה מדגיש את המתח בין העיקרון הכללי ולפיו על המדינה לפצות יחידים בגין הנזקים שהיא גרמה להם עקב מעשים רשלניים או לא חוקיים, ובין התפיסה כי המלחמה בטרור (כמו מלחמה בין מדינות) מחייבת אימוץ אמצעים חריגים ואינה מתיישבת עם החלה של דיני הנזיקין הרגילים. אף שאנו מבינים את הקשיים הרבים הכרוכים בלחימה בטרור, איננו סבורים שהצעת החוק מציעה הסדר שמתמודד באופן ראוי עם תחום זה.

## אחריות המדינה בנזיקין בגין פעולות מלחמתיות

חוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) קובע כעיקרון יסוד כי המדינה תהא אחראית בנזיקין ככל גוף מאוגד אחר. אחד החריגים לעיקרון זה הוא "פעולה מלחמתית" של צה"ל. בגינה, קובע החוק, המדינה אינה אחראית. ההיגיון העומד מאחורי חריג זה הוא כי דיני הנזיקין הרגילים אינם המסגרת הנורמטיבית המתאימה להתמודדות עם נזקים שנגרמים עקב פעולות לחימה, בניגוד למשל לפעולות שיטור.

---

<sup>1</sup> להצעת חוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מספר 8), התשס"ח-2008 ראו :

<http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/ABE63FEB-6890-49A2-AA61-BA9F0E3EDD09/10575/387.pdf>

<sup>2</sup> למכון הישראלי לדמוקרטיה פרסומים אחדים בנושאים אלה, ראו למשל דן מרידור וחיים פס, **הקרב של המאה ה-21: דמוקרטיה נלחמת בטרור**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2006. [http://www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Pages/BOOK\\_7056/Publications\\_Catalog\\_7056.aspx](http://www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Pages/BOOK_7056/Publications_Catalog_7056.aspx)

## אחריות המדינה בנוזיקין בעת לחימה בטרור

אחת הבעיות המשפטיות שעלו ביחס ללחימת ישראל בטרור, לפחות מאז פרוץ האינתיפאדה הראשונה, הייתה בהגדרת המונח "פעולה מלחמתית". ברור כי הפעולות שנקטו כוחות הביטחון נגד גורמי הטרור לא היו מלחמתיות במובן הקלסי של המילה (לא עירבו פעילות אלימה בין צבאות סדירים); אבל יחד עם זאת כמה מהפעולות התנהלו בתנאים קשים ומסוכנים שאינם שונים באופן מהותי מהתנאים השוררים בשדה הקרב. נוצר אפוא צורך להתאים את החוק ללוחמה בטרור ולהבהיר אילו פעולות של כוחות הביטחון הן בכל זאת "פעולות מלחמתיות" (שבגינן אין להטיל על המדינה אחריות בנוזיקין) אף שלא בוצעו נגד צבא של ממש.

בשנת 2002 פרסם בית המשפט העליון פסק דין עקרוני בנושא. בפרשת בני עודה נפסק כי לא כל הפעולות של כוחות הביטחון ביהודה, שומרון וחבל עזה הן "פעולות מלחמתיות", וכי ההגדרה של "פעולות מלחמתיות" צריכה להיבחן בכל פעולה לגופה: "הפעולה היא מלחמתית אם זו פעולת לחימה, או פעולה מבצעית-צבאית, של הצבא. לא נדרש שהפעולה תתבצע כנגד צבאה של מדינה. גם פעולות כנגד ארגוני טרור עשויות להיות פעולות מלחמתיות".<sup>3</sup> בית המשפט קבע מבחנים שלפיהם יש לבחון אם הפעולה הנתונה היא פעולה מלחמתית, ופסק שיש לבחון "את מטרת הפעולה, את מקום האירוע, את משך הפעילות, את זהות הכוח הצבאי הפועל, את האיום שקדם לה ונצפה ממנה, את עוצמת הכוח הצבאי הפועל והיקפו ואת משך האירוע".<sup>4</sup>

## פסק דין עדאלה ובטלות סעיף 5 לחוק

פסיקת בית המשפט העליון בשאלת ההגדרה של המונח "פעולה מלחמתית" לא השביעה את רצונו של המחוקק, שכן הוא סבר כי יש להרחיב את החסינות מעבר להיקף שנקבע בפסיקה. בשנת 2002 תוקן החוק ובין היתר הובהר כי בהגדרה של "פעולה מלחמתית" תיכלל "כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף". בשנת 2005 נוסף לחוק תיקון מספר 7, וזה הרחיב במידה רבה את החסינות המוענקת למדינה. סעיף 5 לחוק המתוקן מעניק למדינה חסינות גורפת בנוזיקין בגין כל מעשה שביצעו כוחות הביטחון ב"אזורי עימות" בשטחים (אזורים ששר הביטחון הכריז עליהם ככאלה) – בין שמדובר בפעולת לחימה ובין שלא - רטרואקטיבית מתחילת האינתיפאדה השנייה (בכפוף לחריגים מצומצמים שנקבעו בחוק). כנגד תיקון זה עתרו לבית המשפט הגבוה לצדק ארגונים אחדים, ובדצמבר 2006 קיבל בית המשפט חלקית את העתירה. בפסק הדין בפרשת עדאלה נקבע כי הוראת סעיף 5 לחוק בטלה. בית המשפט פסק כך משום שראה בהוראה זו אמצעי שפוגע באופן בלתי מידתי בזכויות יסוד שמוגנות על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדברי בית המשפט העליון, הוראה זו פגעה באופן בלתי מידתי בזכויות האדם משום שנשללה בה "אחריות בנוזיקין לכל נזק שנגרם באזור עימות על ידי כוחות

<sup>3</sup> ראו פסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1, 7 (2002) (להלן: "פרשת בני עודה").

<sup>4</sup> פרשת בני עודה, עמ' 9.

הביטחון, גם בגין מעשים שנעשו שלא על ידי פעולה מלחמתית של כוחות הביטחון.<sup>5</sup> זו הייתה אחת הפעמים היחידות שבית המשפט הכריז על הוראת חוק כבטלה בהסתמך על חוקי היסוד.

### הצעת החוק העומדת עתה לדיון בכנסת

פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין עדאלה לא סתמה את הגולל על הדיון בסוגיית אחריותה של המדינה בנוזיקין בגין פעולות למניעת טרור. הצעת החוק, אשר תידון ב-14 בספטמבר 2009 בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (הצעת חוק הנוזיקין האזרחיים [אחריות המדינה]) [תיקון מספר 8], התשס"ח-2008, היא עוד ניסיון של הממשלה להרחיב את חסינות המדינה בנוזיקין בעת לחימה בטרור. נציג כעת את שתי ההוראות שהן לדעתנו הבעייתיות ביותר בהצעת החוק החדשה.

**חסינות גורפת למדינה בגין כל פעולה למניעת טרור גם אם בוצעה בלא סיכון לחיים או לגוף**  
בסעיף 2 להצעת החוק מוצע לקבוע כי המדינה תהיה חסינה מאחריות בנוזיקין בשל "פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות" שנעשו וייעשו ביהודה, שומרון או חבל עזה למן 29 בספטמבר 2000. הצעת החוק משמיטה את התנאי (הקבוע היום בסעיף 1 לחוק) כי פעולות אלה נעשו "בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף", משום שכמו 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 שנעשית בשטחים היא "פעולה מלחמתית" או פעולת לחימה שמסכנת חיים היא הנחה שגויה. כוחות הביטחון שולטים בחלקים נרחבים מהשטחים, ופעולות רבות של כוחות הביטחון שם היו והינן פעולות מובהקות של אכיפת החוק. פעולות אלה יוצרות סיכונים רגילים של אכיפת חוק, ודיני הנוזיקין מציעים להם פתרונות יעילים וצודקים. כך למשל אין זה מוצדק שאדם שעבר במחסום של צה"ל (שנועד למנוע טרור), ותוך כדי חיפוש שגרתי אך רשלני נשברה מצלמתו, לא יוכל לתבוע בגין נזקו. ומה ההצדקה לשלילת זכות התביעה מאדם שנפגע מרכב של כוחות הביטחון בעת שהיה בסיור שגרתי בלי שנוהלה כל לחימה ובלי שנשקפה כל סכנה לסיור? ברוח זו כמעט כל פעולה של כוחות הביטחון תהיה חסינה אם תתרחש (או התרחשה מאז ספטמבר 2000) בתחומי יהודה, שומרון וחבל עזה. אין שום הצדקה לקביעה גורפת זו בחוק אשר עד כה קבע כעיקרון (לפחות במשתמע) שיש לבחון כל פעולה של כוחות הביטחון לגופה.<sup>6</sup> קביעה גורפת זו פוגעת באופן בלתי מידתי – **רטרואקטיבית** - בזכויות יסוד של פלסטינים, ישראלים וכל עובר אורח תמים בשטחים. מדובר במתן חסינות גורפת למדינה מאחריות בנוזיקין אשר תחול על פעולות רשלניות וזדוניות שנעשות במסגרת של אכיפת החוק בשטחים. לאמתו של דבר ההסדר המוצע נוגד באופן ישיר את פסק דינו של בית המשפט העליון, אשר בפרשת עדאלה

<sup>5</sup> ראו פסקה 35 לפסק דינו של הנשיא א' ברק בבג"ץ 8276/05 עדאלה ואח' נ' שר הביטחון ואח' (טרם פורסם, 12.12.2006) (להלן: "פרשת עדאלה"). קישור לפסק הדין ראו באתר עדאלה: <http://www.adalah.org/features/compensation/decision.pdf>

<sup>6</sup> השווו לפרשת בני עודה.

קבע כי אופיו הגורף והרטוראקטיבי של התיקון שנבחן שם הופך את החוק האמור לבלתי חוקתי. ודוק, הנוסח החדש המוצע רחב עוד יותר ומידתי פחות מהנוסח שנפסל בפרשת עדאלה.

### **חסינות גורפת למדינה בגין כל נזק שנגרם לאדם מחבל עזה**

בסעיף 3 להצעת החוק מוצע לקבוע חסינות בנזיקין לישראל בגין נזק שנגרם ל"תושב של שטח מחוץ לישראל, שהוכרז בידי הממשלה, בצו, כשטח אויב". מדברי ההסבר להצעה עולה כי הכוונה להחיל הוראה זו 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 בגדר פעולות לחימה מובהקות.<sup>7</sup> האם מוצדק למשל כי המדינה חסינה מאחריות בנזיקין 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 בנזיקין כלפי תושבי חבל ארץ שלם שצה"ל פועל בו באופן תדיר, גם בגין פעולות שאינן מלחמתיות (או שאינן פעולות למניעת טרור בעלות מאפיינים דומים לפעולות מלחמתיות).

### **חקיקה "עוקפת בית המשפט"**

ניכר כי שתי ההוראות האמורות נועדו להחליף את הוראת סעיף 5 לחוק שבית המשפט הגבוה לצדק קבע שהיא בטלה משום שאינה חוקתית. כשם שההוראה היא הייתה בטלה משום ששללה "אחריות בנזיקין 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 בנזיקין" של המדינה בגין פעולות שנעשו בעזה לאחר ההתנתקות, כך גם הוראות אלה יהיו בטלות, ובשל אותן סיבות.<sup>8</sup> בעצם שתי ההוראות הנדונות מרחיקות לכת אף יותר מן ההוראה שבית המשפט העליון הכריז שהיא בטלה. אם להוראה זו היו כמה חריגים, כלומר פעולות של צה"ל שעליהן הייתה המדינה אחראית בנזיקין – למשל תאונות דרכים ועברות פליליות – הרי בשתי ההוראות המוצעות אין חריגים של ממש. לפיכך הוראות אלה בלתי חוקתיות ואין להפכן לדבר חוק.

### **המסקנה: שתי ההוראות המוצעות אינן ראויות ואין להפכן להוראות חוק**

לסיכום, בפסק הדין בפרשת עדאלה פסק בית המשפט כי המדינה רשאית להעניק לעצמה חסינות מאחריות בנזיקין לפעולות מלחמתיות, ואולם בהוראות סעיפים 2 ו-3 להצעת החוק, כמו בהוראת סעיף 5 לחוק שהוכרזה כבטלה, מוצע להעניק למדינה חסינות גורפת מנזיקין בגין כל פעולה שתבצע או התבצעה בשטחים. בהוראת סעיף 2 להצעת החוק מוצע לעשות זאת באמצעות ההנחה השגויה כי כל פעולה שנועדה למנוע טרור בשטחים היא פעולה שכרוכה בסיכון של החיים והגוף. הנחה שגויה זו מעניקה חסינות גורפת לכל פעולה למניעת טרור, במקום שבו הייתה קודם לכן בחינה פרטנית של נסיבות הפעולה (שאלת סיכון החיים והגוף). בהוראת סעיף 3 להצעת החוק מוצע להעניק חסינות גורפת מנזיקין באמצעות שלילת זכות התביעה בנזיקין מכל תושבי חבל

<sup>7</sup> לפי המבחנים שנקבעו בפרשת בני עודה.

<sup>8</sup> ראו פרשת עדאלה, פסקאות 35 ו-36 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ארץ שתגדיר הממשלה. חסינות גורפת זו 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 הבין-לאומי – ובייחוד עם ההכרה בכבודו של כל אדם שנמצא בשטח שישראל שולטת בו (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 למדינה חסינות גורפת, כי אם רק חסינות לפעולות שעל פי נסיבותיהן הפרטניות הן מלחמתיות או אנלוגיות לפעולות מלחמתיות. כמו שכתב הנשיא ברק:

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.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> ראו פסקה 37 לפסק דינו של הנשיא ברק בפרשת עדאלה.