



בבית המשפט העליון

רע"א 993/06

בפני: כבוד השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה
כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופט ח' מלצר

המבקשת: מדינת ישראל

נגד

המשיב: מוסטפה דיב מרעי דיראני

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 20.12.05 בבש"א 22502/04 (ת"א 1461/00) שניתנה על-ידי כב' השופט ע' בנימיני

בשם המבקשת: עו"ד נעמי זמרת ועו"ד שמאי בקר

בשם המשיב: עו"ד צבי ריש

פסק-דין

השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה:

1. זו בקשת רשות ערעור מטעם המדינה המופנית כנגד החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט ע' בנימיני) בה הוחלט לדחות את בקשתה לסלק על-הסף תביעת נזיקין שהגיש נגדה המשיב, מוסטפה דיראני (להלן: המשיב או דיראני).

2. בקשת רשות הערעור נסבה על שאלה מרכזית אחת, והיא – האם יש לשלול את זכות הגישה לערכאות השיפוט בישראל מאדם אשר תבע את המדינה בגין עוולות שבוצעו בו, לטענתו, בעת שהיה נתון בחקירה ומעצר בישראל, וזאת מן הטעם שלאחר שחרורו מן המשמורת, ובעת שהתביעה בישראל היתה תלויה ועומדת, שב להתגורר במדינת מוצאו שהיא בגדר "מדינת אויב", ואף חזר למעורבות בפעילות עוינת נגד המדינה.

יש להבהיר כבר עתה, כי במהלך הדיון בתביעה בבית המשפט המחוזי התקבל חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005 (להלן: תיקון מס' 7), הנותן מענה חקיקתי לשאלה העולה בהליך זה. אלא שתחולתו של אותו תיקון

מבחינת הזמן אינה מתפרשת על נסיבות הענין הנדון לפנינו. הסוגיה העומדת לדיון מתמקדת, אפוא, במצב המשפטי שקדם לתיקון לחוק.

3. לאור המימד העקרוני והחשיבות הציבורית של השאלה, ומאחר שהיא טרם הוכרעה בערכאת שיפוט בישראל, החלטנו לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור, והוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה.

הרקע

4. דיראני הוא אזרח לבנוני שהוחזק במשמורת בישראל בין השנים 1994 ל-2004, מעת שהובא אליה בידי כוחות הביטחון הישראליים, ועד ששוחרר במסגרת עסקת חילופי שבויים שהמדינה היתה צד לה. דיראני היה ועודנו פעיל בארגוני טרור: בין השנים 1984 ל-1988 הוא שימש כקצין הביטחון של תנועת אמ"ל, ארגון טרור שנלחם בישראל; באמצע שנות השמונים הוא הקים את ארגון "ההתנגדות המאמינה" כזרוע הצבאית של התנועה, וכראש הארגון היה אחראי, בין היתר, לכליאתו ולהחזקתו בשבי של הנווט הישראלי רון ארד; בשנת 1988 פרשו דיראני ואנשיו מתנועת אמ"ל, וארגון "ההתנגדות המאמינה" הפך לארגון טרור עצמאי ששיתף-פעולה עם החיזבאללה. במסגרת תפקידיו השונים היה דיראני אחראי לפעילות עוינת אינטנסיבית נגד כוחות צה"ל וצד"ל, והיווה סיכון ביטחוני ממשי למדינת ישראל.

5. בשנת 1994 נלכד דיראני בלבנון על-ידי כוחות הביטחון של ישראל, והובא לישראל לצורך חקירתו. התכלית העיקרית לחקירתו נועדה לדלות פרטים בעניינו של הנווט השבוי רון ארד, ונתונים על פעילות הטרור שבה היה מעורב. בתום חקירה שנמשכה מספר שבועות, נותר דיראני במעצר בישראל בשל מסוכנותו לביטחון המדינה. במשך כשמונה שנים הוא הוחזק במעצר מינהלי על-פי צווים שהוצאו על-ידי שר הביטחון מכוח חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, והחל משנת 2002 ועד לשחרורו בשנת 2004, הוא הוחזק במעצר מכוח הוראות חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002. מעצר דיראני הוארך מעת לעת, ואושר במסגרת הביקורת השיפוטית העיתית שנערכה מכוח החוק, תוך שנקבע כי שחרורו עלול להסב נזק ממשי לביטחון המדינה ולשלום תושביה (ראו למשל: עמ"מ 5652/00 שיח' עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(4) 913, 923 (2000)).

6. בשנת 2000 הגיש דיראני לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו תביעת נזיקין נגד המדינה, בה טען כי במהלך חקירתו בישראל, בסמוך לאחר הבאתו לארץ, הופעלו

כלפיו עינויים קשים על-ידי כוחות הביטחון, ובכלל זה בוצעו בו, בהוראת חוקריו ועל-ידם, מעשה אינוס ומעשי סדום. בגין הנזקים שנגרמו לו, לכאורה, כתוצאה ממעשים אלה, תבע דיראני מהמדינה פיצוי בסך של 6 מיליון ₪.

7. בחודש ינואר 2004, בעוד התביעה תלויה ועומדת, הוחזר, כאמור, דיראני ללבנון במסגרת עסקת חילופי שבויים. מספר ימים קודם לכן, לבקשת דיראני ולאור שחרורו הצפוי, הורה בית המשפט המחוזי על שמיעת עדותו המוקדמת טרם צאתו מן הארץ. בהמשך, הוא נחקר בחקירה נגדית על תצהירו, והתיק נקבע להמשך הוכחות.

זמן קצר לאחר שובו ללבנון, הודיע דיראני על התמזגות תנועתו עם ארגון החיזבאללה, והעמיד עצמו לרשות הארגון.

8. על רקע התפתחויות אלה, פנתה המדינה בחודש נובמבר 2004 לבית המשפט המחוזי בבקשה לסלק את התביעה על-הסף. לב טענתה היה כי, העיקרון המקובל שלפיו "אין מבררים תביעתו של אויב", בצירוף שיקולים שונים הנעוצים במדיניות משפטית ראויה ועקרונית משפטיים מקובלים, מובילים למסקנה כי אין מקום לברר את תביעתו של דיראני בישראל, בהיותו תושב מדינת אויב, ומשהוא אינו מצוי עוד בשטח המדינה, וחזר לפעול נגדה עם יציאתו ממנה.

בית המשפט המחוזי דחה, כאמור, את הבקשה לסילוק על-הסף, והתביעה נותרה בעינה. על החלטה זו נסב הליך הערעור שבפנינו.

החלטת בית המשפט המחוזי

9. בית המשפט המחוזי בחן, ראשית, את שאלת סיווגו של דיראני כ"אויב מדינת ישראל". נקבע, כי מהוראות החוק הרלוונטיות, ומתשתית הנתונים הקיימת ביחס לדיראני ולארגון החיזבאללה שאליו הצטרף, מתחייבת המסקנה כי דיראני לא רק משתייך לארגון טרור המהווה אויב של מדינת ישראל, אלא הוא עצמו עונה להגדרת "אויב". לדבריו, די בפעילות המשיב כבכיר בארגון החיזבאללה, המהווה "ארגון טרוריסטי" או "ארגון מחבלים" הפועל נגד ישראל, כדי להופכו ל"אויב", וגם פעילות פוליטית, ארגונית או תעמולתית הנעשית במסגרת ארגון טרור, מהווה חלק מן הפעילות הטרוריסטית נגד מדינת ישראל.

שנית, בית המשפט דחה את טענת דיראני לפיה המדינה מנועה מלטעון כנגד זכותו להמשיך בניהול התביעה נוכח השתהותה בהגשת הבקשה. צוין, כי הכלל לפיו "אין מבררים תביעתו של אויב" הפך רלוונטי רק מעת שדיראני יצא מישראל, שב לבנון, וחזר לפעול משם נגד ישראל. נראה כי הצטרפות דיראני לשורות החיזבאללה לאחר שחרורו, ולא-דווקא עצם היותו נתין לבנוני, היא שעמדה ביסוד בקשת המדינה לסילוק התביעה על-הסף. לכן, אין לראות בהתנהגות המדינה משום שיהוי היוצר מניעות או השתק.

10. לגופם של הדברים, ציין בית המשפט קמא כי בקשת המדינה מעלה שתי שאלות שונות המחייבות הכרעה: האחת, האם נשללת זכות המשיב להמשיך בתובענה בשל היותו תושב מדינת אויב או בשל היותו אויב של ישראל; והשנייה, האם נשללת זכותו לקבל פיצוי כספי, לאור האיסור הקיים בחוק הישראלי על העברת כספים לתושבי מדינות אויב.

בשאלה השנייה קבע בית המשפט כי האיסור על מסחר עם האויב הקבוע בפקודת המסחר עם האויב, 1939 (להלן: פקודת המסחר עם האויב או הפקודה) אכן עשוי למנוע העברה ללבנון של כספי פיצויים אם ייפסקו לטובת דיראני, אם, וככל, שיזכה בתביעה. הוסבר, כי הפקודה נועדה למנוע כל העברה של כספים וטובות הנאה העשויים לסייע לאויב במלחמתו נגד ישראל, ומטרה זו מוגשמת על-ידי הקפאת אפשרותם של נתיני מדינת אויב לממש זכויות לכספים ונכסים המגיעים להם בישראל כל עוד נמשך מצב המלחמה. משנקבע כי דיראני הוא תושב מדינת אויב, ואף מי שמוגדר כאויב, הרי שככל שייפסק לזכותו סכום כסף כלשהו במסגרת התביעה, לא ניתן יהיה להעבירו אליו כל עוד נמשך מצב המלחמה בין ישראל ללבנון. ואולם, אין בכך כדי להפוך את הדיון בתביעה לתיאורטי. התביעה נועדה לברר האם נפגעו זכויות המשיב, האם הוא זכאי לפיצוי, ומה שיעורו. גם אם לא יזכה המשיב לממש את זכותו לפיצוי, ככל שייפסק לטובתו פיצוי כזה, כל עוד שורר מצב מלחמה בין ישראל ללבנון, אין להסכים כי אדם הטוען לפגיעות חמורות בגופו ובכבודו בהיותו במעצר בישראל לא יוכל למצות את בירור טענותיו בקשר לכך בבית משפט בישראל.

אשר לשאלה הראשונה, הנסבה על טענת המדינה לפיה אין לאפשר לדיראני להמשיך בניהול התובענה משעה ששב להיות תושב מדינת אויב ומהווה אויב בעצמו, קבע בית המשפט כי בענין זה מתעוררת שאלה האם יש תחולה בישראל לכלל האנגלו-אמריקאי השולל היזקקות לתביעת אויב בערכאות המדינה, כדי למנוע ממנו קבלת פיצוי כספי שעלול לסייע לאויב במלחמתו. לגישת בית משפט קמא, בדין הישראלי,

בניגוד לדין בארצות-הברית, אין הוראת חוק השוללת מתושב מדינת אויב, או אף מאויב ממש, את זכות הגישה לערכאות בישראל. כן אין בדין הישראלי, בניגוד לדין האנגלי, כל הלכה פסוקה הקובעת כלל כזה. משכך, אין מקום לשלול את זכות הגישה לערכאות מדיראני, ודי בכך כדי להביא לדחיית בקשתה של המדינה. יתר על כן, פגיעה בזכויות יסוד החורגת מהתכלית הראויה של מניעת סיוע לאויב עלולה להיחשב גם בלתי מידתית, אולם לא נדרש להכריע בכך בענין זה. עוד נקבע, במענה לטענת המדינה לפיה מטרת התביעה היא "להוציא את דיבת הארץ רעה", כי אינטרס המדינה הוא לברר עד תום את הטענות הקשות שהעלה דיראני כלפי הרשויות הציבוריות, כדי שאלה לא תמצאנה "מנסרות בחללו של עולם". הפסקת התובענה בשלב זה, מבלי שניתן לטענות דיראני כל מענה מצד המדינה, עלולה להתפרש כהעדר נכונות אמיתית להתמודד עם טענותיו, ובכך יש כדי לפגוע בתדמית המדינה.

11. בסופו של יום נקבע, כי האיזון הראוי בין התכלית של מניעת סיוע לאויב, לבין הפגיעה בזכויות האדם המוגנות בחוק-יטוד: כבוד האדם וחירותו (להלן גם: חוק-היטוד), יושג באמצעות ההסדר הקבוע בפקודת המסחר עם האויב. הסדר זה מונע, מצד אחד, העברת כספים שנפסקו לטובת תושב מדינת אויב כל עוד מתקיים מצב מלחמה; מצד שני, הוא קובע מנגנון לשמירה על נכסי האויב עד לסיום המלחמה. בית המשפט הוסיף, למעלה מן הנדרש, כי גם אילו היו בתי המשפט בישראל מאמצים את הכלל האנגלי לפיו אין מבררים תביעת אויב, ספק אם היה מקום להחילו במקרה זה, בהתחשב בכך שכבר הוחל בכירור התביעה, ולאור קיומו של אינטרס ציבורי מובהק בדיון והכרעה בטענות המועלות בה.

טענות הצדדים

עמדת המדינה

12. טענתה העיקרית של המדינה היא כי אין מקום לדון בתביעת המשיב על יסוד הכלל לפיו "אין מבררים תביעתו של אויב", ובהתבסס על הוראות פקודת המסחר עם האויב, המעגנת ומשלימה עיקרון זה. לטענתה, העיקרון לפיו "אין מבררים תביעתו של אויב" הינו כלל עתיק-יומין במשפט האנגלי, בבחינת מושכלות-יסוד, ובארצות-הברית הוא אף עוגן במפורש בחקיקה ונתמך בפסיקה. כלל זה מבטא שיקולי מדיניות משפטית ראויה ונכונה, אשר לפיהם מדינה אינה אמורה לברר בערכאותיה תביעה של תושב מדינת אויב אשר עם יציאתו את גבולותיה חזר לפעול נגדה. הוא חל ביחס לכל הליך, כנגד כל בעל-דין, ובכל תחומי המשפט. תחולת כלל זה בישראל נגזרת מקליטתו של

המשפט האנגלי אל תוך שיטת המשפט הישראלית, והפיכתו לחלק מהדין הפנימי בהתאם להוראת סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 (להלן: פקודת סדרי השלטון והמשפט), ומגישתו של המשפט הישראלי הרואה במשפט האנגלו-אמריקאי מקור משפטי ראוי להשלמת חסר המצוי בו. אף שהשאלה האם יש למנוע מאויב המדינה הנמצא מחוץ לשטחה בירור תביעה בישראל טרם הוכרעה במישרין, ניתן למצוא בפסיקה אחיזה לעיקרון האמור, בין היתר בבג"צ 24/52 חכים נ' שר-הפנים, פ"ד ו(1) 638 (1952) (להלן: ענין חכים). פקודת המסחר עם האויב משלימה ומדגימה את העיקרון כי אין לברר תביעת אויב, בקובעה כי אין לסחור עם האויב, כי על נכסי האויב לעבור לידי האפוטרופוס על נכסי האויב, וכי בסמכות האפוטרופוס לשקול האם יש מקום להמשיך בהליכים אזרחיים שהוחלו על-ידי מי שהפך לאויב. זכות התביעה של אדם שפתח בתביעה, והפך לאחר מכן לאויב, הופכת להיות בבחינת טובת הנאה עבורו, וככלל, אין להעניקה. ממילא, אין להמשיך בניהול התביעה מבלי שהדבר ייבחן בידי האפוטרופוס, והמשיב אינו רשאי עוד לעשות בניהולה כראות עיניו.

לטענת המדינה, מסקנה זו מתחייבת אף מתיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 משנת 2005 (להלן: חוק הנזיקים האזרחיים). תיקון מס' 7 מבטא את עמדת המחוקק לפיה יש להגביל את זכות הגישה של תושבי מדינות אויב לערכאות המדינה לצורך הגשת תביעות נזיקין נגדה, וזאת, גם אם ייסודן בעוולות שבוצעו, לכאורה, תחת משמורתה, וככל שבתום המשמורת התובע חזר לפעילות עוינת נגד המדינה. אף שבמישור הפורמאלי התיקון אינו חל על הליך זה בשל הוראת התחולה שלו הקובעת כי הוא יחול על מעשים שאירעו מיום 29.9.00 ואילך בלבד, הרי מדובר בהוראה דקלרטיבית, המעגנת הלכה בינלאומית מושרשת, המצהירה על הדין הקיים שחל עוד קודם לכן.

שנית, טוענת המדינה כי אין לדון בתביעה מאחר שהיא נוגדת את תקנת הציבור, ומן הטעם שיש בהגשתה, ובמיוחד בדרישה להמשיך בניהולה, משום חוסר תום-לב ושימוש לרעה בהליכי משפט. לדבריה, בירור תביעתו של מי שפועל במסגרת ארגון טרור ומבקש לפגוע במדינת ישראל ואף להשמידה כליל עומד בניגוד מובהק לעיקרי תקנת הציבור. המשיב עצמו העיד כי עיקר מטרתו איננה הזכייה בתביעה, אלא כל מטרתו היא להוציא את דיבת המדינה רעה, ויתכן אף ליצור לעצמו צידוק לשיתוף-הפעולה עם חוקריו הישראליים. פנייתו לערכאות בנסיבות אלה, עולה כדי שימוש לרעה בהליכי משפט.

שלישית, טוענת המדינה כי גם אם נכיר בזכות הגישה של המשיב לערכאות המדינה ואף בזכותו הנטענת לקניין, סילוק התביעה על-הסף עומד באמות-מידה חוקתיות. חוקי-היסוד לא נועדו להעניק לאויב את זכות הגישה לערכאות של מדינה אותה הוא מבקש להכחיד, במיוחד כשהוא אינו מצוי בשטחה ומנהל לחימה פעילה נגדה. ממילא, הפגיעה הנטענת בזכויות החוקתיות שהמשיב טוען להן עומדת במבחני פסקת ההגבלה: היא מבוססת על הסמכות הקבועה בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי), בהוראות פקודת המסחר עם האויב ובעיקרון הכללי לפיו "אין מבררים תביעת אויב"; היא נעשית לתכלית ראויה – מניעת סיוע לאויב בזמן מלחמה ומניעה הכבדה נוספת על מערכות השלטון והמשפט בישראל בתקופה זו; והפגיעה היא מידתית.

רביעית, אשר לתחולת המשפט הבינלאומי ההומניטארי והדינים הבינלאומיים להגנת זכויות אדם, נטען, כי הפרת הכללים המעוגנים בדינים אלה אינה יוצרת עילה לתביעה של הפרט הנפגע, אלא משקפת מחויבות במישור הבין-מדינתי בלבד. וכך, אף שהפיצויים בגין הפרה כזו מיועדים להיטיב את נזקי הפרט, הזכות לדורשם מוקנית למדינה בלבד, באמצעות הסכמים בין-מדינתיים הנערכים בתום המלחמה.

חמישית, טוענת המדינה כי אין צורך אמיתי בבדיקת טענותיו החמורות של דיראני כלפיה. זאת, מאחר שבעקבות הגשת התביעה נערכה חקירה על-ידי צוות חקירה מיוחד של המשטרה הצבאית, אשר בסיומה קבע הפרקליט הצבאי הראשי כי לא נמצא כל יסוד לטענות המשיב. לא ניתן, אפוא, לומר כי טענות דיראני נותרו בלא מענה, משהן נחקרו עד תום בידי המדינה בכלים הנתונים בידיה. משכך, שוב אין נחיצות בתביעה מבחינת האינטרס הציבורי, ויש לדחות את הקביעה לפיה אי-בירורה עלול להביא לפגיעה בתדמית המדינה, או במסר הנדרש כלפי כוחות הביטחון בדבר חובתם לנהוג בצורה הולמת כלפי הכפופים למשמורתם. הביקורת על התנהלות כוחות הביטחון בעת חקירת עציר נותרת על מכוונה באמצעות שימוש בכללי המשפט המינהלי, בכלים המשמעותיים, ואף בכלים הפליליים, במקרים המתאימים לכך.

שישית, טוענת המדינה כי אין להמשיך ולדון בתביעה בשל היותה תיאורטית. אפילו יזכה דיראני בתביעתו, ממילא מונעות הוראות פקודת המסחר עם האויב כל העברה של כספים לידי. תוצאה זו מתחייבת אף מהוראות פקודת מניעת טרור, התש"ח-1958 (להלן: פקודת מניעת טרור) האוסרת על מתן כסף או שווה-כסף לטובת ארגון טרור. ככל שייפסק פיצוי לטובת המשיב, שר הביטחון יוכל גם להורות בצו על החרמת

רכושו מכוח תקנה 120 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945. לאור כל אלה, מדובר ממילא בניהול הליך סרק.

לטענת המדינה, מכלול טעמים אלה מקים עילה בדין המהותי לדחיית התביעה על-הסף מכוח תקנה 101(א)(3) לתקנות סדר הדין האזרחי. אף שצעד זה שמור למקרים חריגים וקיצוניים, נסיבותיו יוצאות הדופן של מקרה זה מצדיקות נקיטה בו בענייננו.

עמדת המשיב

13. המשיב טוען, ראשית, כי יש לדחות את בקשת המדינה לאור תיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים. העובדה כי סעיף 5ב והתוספת הראשונה לחוק זה, אשר נועדו להגביל את האפשרות להגשת תביעות נזיקין בידי מי שחזר לפעילות עוינת נגד המדינה, הוחלו באופן רטרואקטיבי רק ביחס לתביעות שעילתן נוצרה החל מחודש אוקטובר 2000 בלבד, מלמדת כי מדובר בהוראה קונסטיטוטיבית, שיצרה מצב משפטי חדש, וכי עובר לחקיקתה לא ניתן למדינה בדין הישראלי פטור דומה מאחריות נזיקית. כך עולה גם מהליכי החקיקה שקדמו לתיקון זה.

שנית, טוען המשיב, כי המדינה מנועה מלהעלות את הטענה בדבר תחולת הכלל המונע בירור תביעתו של אויב, משהיא עצמה הצהירה בפני בית המשפט קמא כי ניתן יהיה להמשיך בניהול ההליך גם לאחר שישוב ללבנון.

שלישית, ולגופם של דברים, המשיב סומך ידיו על קביעת בית המשפט קמא לפיה, בהעדר הוראת חוק מפורשת המאפשרת למנוע את בירור התביעה, אין כל סמכות לשלול את זכות הגישה שלו לערכאות בישראל. הזכות לתבוע פיצויים מהמדינה אינה נקבעת על-פי מיקומו של התובע בעת בירור התביעה, או על-פי יעוד כספי הפיצויים שאפשר וייפסקו לזכותו, אלא היא מוקנית לו בשל הימצאו בישראל בעת שבוצעו בו העוולות, ובשל זהות המעוולים וזיקתם לישראל. אין באי-היכולת לממש את הזכות לפיצוי בעת מצב המלחמה כדי לייתר דיון בתביעה והכרעה בה. פקודת המסחר עם האויב נועדה למנוע סחר כלכלי עם האויב, ואין בינה לבין הטלת הגבלה על זכות הגישה של נתין אויב לערכאות ולא כלום. שלילת גישה לערכאות כמוה כשלילת זכויות היסוד שאת הפגיעה בהן מבקש המשיב להוכיח בתביעתו, ואין בהוראות פקודת המסחר עם האויב דבר המכשיר פגיעה שכזו, שאם לא כן, לא היה צורך להורות על כך במסגרת תיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים.

רביעית, המשיב מבקש לדחות את טענת המדינה לפיה הדוקטרינה כי "אין מבררים תביעתו של אויב" חלה במשפט הישראלי. לדבריו, אפשר שדוקטרינה זו חלה במשפט האנגלו-אמריקאי בעבר, אך היא פסה מן העולם עם התפתחות המשפט הבינלאומי, וכיום היא בבחינת הלכה שאין מורין כן עוד. הלכות עדכניות שנפסקו בארצות-הברית ובאנגליה מקנות גם לאויב הנמצא במדינת אויב נגישות לבתי המשפט המדינתיים בעטיין של פעולות שנעשו על-ידי שלוחיהן בעת שהפעילו את שליטתן מחוץ לגבולותיהן, והן חלות מכוח קל-וחומר כשמדובר בתובע הטוען לעוולות שבוצעו כלפיו בשטח המדינה. ממילא, אפילו היתה הדוקטרינה האמורה נוהגת עדיין במדינות אלה, אין מקום לאמצה לשיטת המשפט שלנו, שכן היא מייצגת עיקרון לא ראוי. יתר על כן, הטענה בדבר תחולת הכלל האנגלו-אמריקאי אף מנוגדת להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי והדינים הבינלאומיים בענין ההגנה על זכויות האדם, המחייבים את בתי המשפט המדינתיים לברר הפרות של זכויות שנעשו בשטחם בידי רשויות המדינה.

לבסוף, נטען על-ידי המשיב, כי בירור התביעה חיוני לצורך הוצאת האמת לאור וביעור מעשים פסולים כדוגמת אלה שנקטו כלפיו. בירור כזה יבטיח שמירה על צביונה הדמוקרטי של המדינה, ויגן על חוסנה המוסרי והמשפטי, ועל כיבוד שלטון החוק.

דיון והכרעה

השאלה שבמחלוקת

14. אדם המוכר כאויב פעיל של מדינת ישראל מובא לתחומי הארץ ומוחזק תחת משמורת המדינה לצרכי חקירה ביטחונית. מספר שנים לאחר שמסתיימת החקירה, ובעודו נתון במעצר, הוא פונה בתביעת נזיקין נגד המדינה בטענה כי בעת החקירה בוצעו בו עוולות קשות על-ידי אנשי רשות שפיקחו עליו בעת החזקתו במשמורת. התביעה מתחילה להתברר, אך בינתיים מסתיימת המשמורת, ואותו אדם מוחזר לארץ מוצאו – לבנון, במסגרת עסקת חילופי שבויים. עם שובו ללבנון, הוא חוזר לפעילות טרור נגד המדינה. מה גורלה של תביעתו שנותרה תלויה ועומדת בערכאות המדינה – האם יש להמשיך בבירורה או לסלקה על-הסף? זו השאלה העומדת להכרעה.

15. ראוי להבהיר כבר בפתח הדברים באשר למהות תביעתו של דיראני, כי אף שהיא מסווגת כתביעת נזיקין לפיצוי כספי, היא במהותה הליך שיפוטי שנועד לברר

טענות בדבר פגיעה חמורה, לכאורה, בזכויות אדם לה טוען המשיב. טענות המשיב הן כי גורמי הביטחון הישראליים ביצעו בו מעשי עינויים קשים, ובתוכם מעשה אינוס ומעשי סדום. יובהר, כי העובדה שהמדינה חקרה טענות אלה באמצעות רשויותיה והגיעה לממצאים כי אין בהן ממש, אינה מייצרת הגשת תביעה אזרחית בידי מי שטוען לפגיעה, המבקש להוכיח את טענותיו בהליך אדוורסרי בפני ערכאה שיפוטית. אמנם, שלב זה של בחינת ההצדקה לסילוקה על-הסף של התביעה אינו השלב בו ניתן להביע עמדה ביחס למידת ביסוסן של הטענות הללו או באשר למידת סיכויין להתקבל. עם זאת, ברי כי סילוקה על-הסף של התביעה שקול לסגירת שערי בית המשפט בפני האפשרות לברר טענות, שעל-פי טיבן, נוגעות לשורש זכויות היסוד של האדם לכבוד ולשלמות הגוף, אשר זכו לעיגון חוקתי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שלילת זכות התביעה בנסיבות אלה, שקולה, אפוא, לפגיעה פוטנציאלית בזכויות חוקתיות. אכן:

”האחריות בנוזיקין מגינה על מספר זכויות של הניזוק, כגון הזכות לחיים, לחירות, לכבוד ולפרטיות. דיני הניזוקין הם אחד המכשירים העיקריים באמצעותם מגינה שיטת המשפט על זכויות אלה; הם האיזון שהמשפט קובע בין זכויות הפרטים, בינם לבין עצמם, ובין זכות הפרט ואינטרס הציבור. שלילתה של האחריות בנוזיקין או צמצומה פוגעות בהגנה על זכויות אלה. בכך נפגעות זכויות חוקתיות אלה” (בג”צ 8276/05 עדאלה נ’ שר הביטחון, פסקה 25 לפסק דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 12.12.2006) (להלן: ענין עדאלה); ראו גם: דפנה ברק-ארז וישראל גלעד “זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הניזוקין: המהפכה השקטה” קרית המשפט ח 11 (תשס”ט)).

16. שלילת הזכות לקבלת סעד בנוזיקין עשויה לעלות גם כדי פגיעה בזכות היסוד לקניין, בהיות הזכות לפיצויים בתביעת נזיקין חלק מרכושו-קניינו של האדם (ענין עדאלה, פסקה 24 לפסק דינו של הנשיא ברק). עמד על כך השופט אנגלרד בספרו:

”זכות הפיצויים הבסיסית של אדם, הנפגע על ידי מעשה עוולה, היא זכות חוקתית העולה מן ההגנה על חייו, על גופו, ועל קניינו. ... שלילה מוחלטת של זכות פיצויים על נזק גוף היא פגיעה בזכות החוקתית של ההגנה על החיים ועל הגוף, משום ששלילה זו קרובה למתן היתר לגרום את הנזק. ... הפקעת זכות הפיצויים היא על כל פנים פגיעה בקניינו של אדם” (יצחק אנגלרד פיצויים לנפגעי תאונות דרכים 15 (2005)).

יוצא, אפוא, כי העוולות הנטענות על-ידי דיראני, ודרישתו לפיצויים בגין ביצוען, נוגעות במהותן במאטרייה של זכויות האדם. שלילת האפשרות לבררן מהווה גם פגיעה בזכות הגישה לערכאות, המוכרת אף היא כזכות בעלת אופי חוקתי.

17. שאלה היא האם ראוי בנסיבות הענין לשלול את זכות הגישה לערכאות של המשיב. שאלה זו מצריכה בחינה בת מספר רבדים: תחילה, יש לבחון האם עומדות למשיב זכויות היסוד האמורות וההגנה החוקתית הניתנת להן בישראל. לצורך מענה לשאלה זו נידרש להבחין בין התקופה שבמהלכה שהה דיראני בישראל לבין התקופה שלאחר עזיבתו את הארץ, ולקבוע, ראשית, האם עמדה למשיב זכות גישה לערכאות כל עוד היה בישראל, תחת משמורת המדינה, ושנית, ככל שהתשובה לשאלה הראשונה היא בחיוב, האם זכות זו ממשיכה לעמוד לו לאחר שובו ללבנון לפעילות במסגרת ארגון טרור; בהקשר זה יש לבחון האם העיקרון במשפט המקובל האנגלי כי "אין מבררים תביעתו של אויב" חל במשפט הישראלי, והאם קיימת מגבלה סטטוטורית לזכות הגישה לערכאות בישראל של תובע זר המוגדר כאויב ביחס לתביעה כלפי הרשויות המייחסת להן התנהגות עוולתית כלפיו בעת היותו במשמורת בישראל. כן יש להוסיף ולבחון האם בירור תביעה כאמור עומד, כטענת המדינה, בניגוד לעיקרון תקנת הציבור במשפט הישראלי, ולבסוף, האם יש בתיקון מס' 7 כדי להשפיע על תוצאת ההליך שלפנינו.

המסגרת הדיונית – סילוק על-הסף של תביעה אזרחית

18. האמצעי הדיוני של דחיית תובענה על-הסף בלא שתתברר לגופה קבוע בתקנה 101 לתקנות סדר הדין האזרחי, המונה שלושה טעמים שמכוחם מוסמך בית המשפט לדחות תובענה. על טעמים אלה נמנה טעם לפיו ניתן לדחות תובענה על-הסף מ"כל נימוק אחר" שעל-פיו בית המשפט סבור כי ניתן לדחות מלכתחילה את התובענה (תקנה 101(א)(3) לתקנות).

19. מטרתה של תקנה 101 הינה "לעקור על הסף תובענה, אשר אפילו תתברר עד תומה, לא תוכל להביא לתובע את הסעד המבוקש" (יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 409 (מהדורה שביעית, 1995) (להלן: זוסמן); ע"א 455/06 חלקה 21 בגוש 6539 בע"מ נ' עיריית הרצליה, פסקה 1 לפסק דיני (לא פורסם, 11.6.2009) (להלן: ענין חלקה 21); ע"א 316/56 קרמח נ' סול, פ"ד יא(3) 1336, 1341 (1957)). יסודו של אמצעי הדחייה על-הסף נעוץ ברצון למנוע מבית המשפט לבזבז זמנו לריק בדיון בטענות שאין בהן ממש, כאשר הוא נוכח לדעת שהתביעה תיכשל גם אם תתברר עד תומה (ע"א 14/61

עזבון המנוח אברבנאל נ' "מבטחים" מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ, פ"ד טו(2) 1840, 1841 (1961); ענין חלקה 21, פסקה 2). המילים "כל נימוק אחר" פורשו ככל נימוק של חוק או של עובדה, אשר בית המשפט סבור כי מוטב לבררו מלכתחילה ובנפרד מיתר השאלות השנויות במחלוקת (משה קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי – הלכה ומעשה 682 (כרך א', 2007) (להלן: קשת)). בהקשר זה, אף מאורעות שאירעו לאחר הגשת התובענה עשויים להיחשב לשיקול רלוונטי, ולא רק מאורעות שקדמו לה (ד"נ 43/74 מוניץ נ' דקלו, פ"ד ל(1) 242, 247 (1975)). בין היתר, שימוש לרעה בהליכי משפט עשוי לשמש עילה לדחיית התובענה, למשל, כאשר זו לוקה בחוסר תום-לב (אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 179 (מהדורה עשירית, 2009) (להלן: גורן); ע"א 813/87 רוטברד נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד מג(3) 514, 517 (1989)).

20. תובענה שנדחתה על-הסף מקימה מעשה בית דין, ובדרך-כלל לא ניתן להגיש לאחריה תביעה נוספת באותו ענין. זאת, אף אם הדיון השיפוטי שהתקיים בה התמקד בגזרה צרה מאוד מתוך המתחם הכולל של השאלות השנויות במחלוקת בין הצדדים (זוסמן, שם; ענין חלקה 21, שם). על רקע זה, ובהתחשב בזכות הגישה לערכאות ובזכותו של בעל-דין ליומו בבית המשפט, נדרשת זהירות מיוחדת בנקיטת צעד קיצוני ויוצא-דופן זה (גורן, בעמ' 177). אכן: "על בית המשפט הדין בבקשות לסילוק על הסף לפלס דרכו בין אינטרסים נוגדים – נוגדים לא רק בין בעלי הדין אלא גם מבחינת המדיניות השיפוטית. מחד גיסא, עשיית צדק מחייבת פתיחתם של שערי משפט; מאידך גיסא, צדק הוא גם מניעתם של הליכי סרק, הטרדת בעלי הדין שכנגד והעמסת יומנו של בית המשפט. מכאן הזהירות הנדרשת" (ע"א 5634/05 צוקית הכרמל פרויקטים בע"מ נ' מיכה צח חברה לקבלנות כללית בע"מ, פסקה י"ב (לא פורסם, 4.6.2007); ע"א 2452/01 אורן נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(1) 577, 582-583 (2003)).

זכות הגישה לערכאות

21. רבות נאמר ונכתב על מרכזיותה וחשיבותה של זכות הגישה לערכאות וכתרים רבים נקשרו לה: "יכולת הפניה לבתי-משפט היא מזכויות היסוד של האדם" (ע"א 579/90 רוזין נ' בן-נון, פ"ד מו(3) 738, 742 (1992)); היא "אבן הפינה של שלטון החוק" (בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 462 (1988)); "זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק" (ע"א 733/95 ארפל אלומניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997) (להלן: ענין ארפל)). זכות הגישה לערכאות אינה מצטמצמת לעצם

הזכות ליזום הליך שיפוטי בפני בית המשפט; מקופלת בה הזכות המהותית לאכוף את הזכויות המשפטיות הנתונות לאדם, ובתוך כך הזכות ליחס ראוי ושווה כלפי בעלי-הדין, לבירור הולם והוגן של טענות הצדדים, ולמתן הזדמנות נאותה להפעיל זכויות דיוניות שונות, הנתונות לבעלי-הדין, לצורך בירור האמת (יורם רבין "זכות הגישה לערכאות" כזכות חוקתית 25 (1998) (להלן: רבין); קשת, כרך ב', בעמ' 1371). אכן, "במשטר דמוקרטי הפונקציה הבסיסית המוטלת על הרשות השופטת היא הכרעה בסכסוך, בין סכסוך בין פרטים ובין מחלוקת בין פרט לבין רשות שלטונית. תפיסה זו הולידה את הכלל כי שערי בית-המשפט לא יינעלו בפני מי שמבקש סעד מרשות שיפוטית אלא מטעמים כבדי משקל" (ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נז(5) 433, 444 (2003) (להלן: ענין תלמוד תורה); ע"א 9413/03 אלנקווה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פסקאות 12-13 (לא פורסם, 22.6.2008) (להלן: ענין אלנקווה)).

22. קיומן של זכויות מהותיות – בין זכויות מכוה חוק ובין זכויות חוקתיות – אין בו די, אם לא קיימת בצידן של זכויות אלה היכולת לאכוף אותן באמצעות פנייה לערכאות המשפט (רבין, בעמ' 46). אכן: "בהעדר אפשרות לפנות לערכאות, לא יוכל אדם לזכות בסעד בגין פגיעה באיזו מזכויותיו המהותיות, וממילא לא תהיה משמעות אפקטיבית לזכויות אלה" (ע"א 1480/04 מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון, פסקה 16 (לא פורסם, 17.9.2006); וראו גם: בג"צ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פסקה 43 לפסק דינו של השופט פוגלמן (לא פורסם, 20.12.2010)). זכות הגישה לערכאות מהווה, אפוא, תנאי בלעדיו-אין להגשמת הזכויות המהותיות הנתונות לאדם, אשר נותרות, בהעדרה, חסרות ערך ממשי; לא בכדי, היא נתפסת כ"תנאי הכרחי להבטחת הגנה נאותה על חירויות היסוד של האדם, ולשם אכיפת שלטון החוק ובירור תקינות פעילותן של רשויות השלטון" (המכון הישראלי לדמוקרטיה חוקה בהסכמה 162 (2005)). זכות הגישה לערכאות מאפשרת לאדם לקדם תהליכים חברתיים חשובים; היא מאפשרת לאזרח להשפיע על מהלכיה של החברה הדמוקרטית, להגן על שלטון החוק, ולקדם עקרונות של שוויון וצדק חברתי (רבין, בעמ' 49-50, 52; יורם רבין "זכויות חברתיות מהספרה הדיונית" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 769-772 (י' רבין וי' שני עורכים, 2004)).

23. זכות הגישה לערכאות המשפט מוכרת מזה זמן כזכות יסוד של האדם אף שאינה כתובה עלי-ספר. כך היה קודם לחקיקת חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, וכך גם היום. הדעה הרווחת היא כי זכות הגישה לערכאות היא בעלת מעמד חוקתי: "הזכות לפנות לבית-המשפט היא זכות חוקתית. בעבר היא היתה חלק מהזכויות ההילכתיות. כיום

היא נגזרת מחוקי היסוד עצמם. יש לה מעמד חוקתי-על-חוקי" (הנשיא ברק בענין תלמוד תורה, בעמ' 460; וראו למשל: בש"א 1528/06 ורנר נ' כונס הנכסים הרשמי, פסקה 8 (לא פורסם, 17.10.2007); ע"א 4980/01 עו"ד כהן, כונס נכסים נ' גלאם, פסקה 4 (לא פורסם, 28.4.2004); רע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרוייקטים (בנייה) 1989 בע"מ נ' מצפה כנרת 1995 בע"מ, פ"ד נו(5) 156, 163 (2002); יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט ה 217 (2000)). שאלת עיגונה החוקתי של זכות הגישה לערכאות עמדה על סדר יומה של הכנסת מספר פעמים במהלך השנים, אך בסופו של יום, היא לא מצאה את הסדרה הכוללת בחקיקת-היסוד (רבין, בעמ' 141-140, 162-163).

24. יהא אשר יהא מיקומה הגיאומטרי של זכות הגישה לערכאות בתכנית הנורמות העל-חוקיות, אין חולק כיום כי מדובר בזכות יסוד בעלת מעמד חוקתי מיוחד, הזוכה להגנה מוגברת. אכן, "גישה חופשית ויעילה אל בית המשפט היא זכות יסוד, אף אם עדיין אינה כתובה עלי חוק יסוד, ובית המשפט אמור להגן עליה כמו על זכויות יסוד אחרות" (ע"א 3833/93 לוינ' לוי, פ"ד מח(2) 862, 874 (1994) (להלן: ענין לוי); וכן: ענין ארפל, בעמ' 630-629).

25. זכות הגישה לערכאות משקפת, אפוא, הכרה חוקתית בזכותו של הפרט ליזום הליך שיפוטי לבירור טענותיו בענין פגיעה בזכויותיו. האופי החוקתי של הזכות מקרין על הפרשנות העקרונית הניתנת להוראות סדרי הדין, ומשליך על אמות-המידה להפעלת שיקול-הדעת השיפוטי המיושמות ביחס להסדרים דיוניים שונים (רע"א 8292/00 יוספי נ' לוינסון, פסקה 5 (לא פורסמה, 20.7.2001)). בין היתר, מקימה ההכרה בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית חזקה פרשנית לפיה המחוקק לא התכוון לשלול או לצמצם את היקפה של זכות חשובה זו אלא מקום שהדבר נועד להשגת תכלית בעלת משקל נכבד (ענין תלמוד תורה, בעמ' 445; ענין אלנקווה, שם; ענין ארפל, בעמ' 593; ענין לוי, שם). לפיכך, שלילה או הגבלה של זכות הגישה לערכאות מחייבת אמירה ברורה – מפורשת או משתמעת – בדין, ובהעדרה – תעמוד לאדם זכות בסיסית זו. אכן:

"יש לאמץ עיקרון פרשני, שלפיו בפרשנות הוראות שבדין יש להעדיף את הפרשנות אשר אין בה להגביל או להציב מכשול לפני מי שמבקש להביא את עניינו לביקורת שיפוטית. יש לומר כי נדרשת לשון חקיקתית ברורה וחד-משמעית כדי להביא למסקנה כי המחוקק ביקש להגביל זכות זו בדרך של הכבדה על מימושה..." (ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4) 549, 559-560 (1997); ההדגשה אינה במקור).

26. לצד דברים אלה, יש לזכור, כי בדומה ליתר הזכויות החוקתיות, כך גם זכות הגישה לערכאות אינה זכות מוחלטת. ככל זכות בעלת אופי חוקתי, גם היא עשויה להתנגש בזכויות אדם אחרות או בערכים ואינטרסים ציבוריים שונים המחייבים איזון ראוי ביניהם.

האם עומדת למשיב זכות גישה לערכאות בישראל?

27. על-פי הדין בישראל, לכל אדם נתונה, ככלל, זכות גישה לערכאות המדינה, ככל שיש בידו עילה בדין המהותי לעשות כן: "זכות הגישה לערכאות אינה רק זכותו של התובע במשפט אזרחי, אלא זכותו של כל מתדיין במערכת המשפט" (בג"צ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 36 לפסק דינה של השופטת נאור (לא פורסם, 2.10.2008), ההדגשה במקור); "הזכות לפנות לערכאות השיפוטיות היא זכות קונסטיטוציונית מן המעלה הראשונה... זכות זו נתונה לכל" (רע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' עזבון המנוח איברהים, פ"ד נח(5) 865, 868 (2004) (השופט גרוניס)).

האם הנחה זו נכונה גם ביחס למשיב – תושב מדינת לבנון וחבר בארגון טרור המעורב באופן פעיל בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל? המענה לשאלה זו מצריך אבחנה בין שני "פרקים" בחייו של המשיב: ראשית, יש לבחון האם היתה נתונה לו זכות גישה לערכאות בישראל כל עוד הוחזק במשמורת המדינה, על אף שהובא לישראל והוחזק במעצר כעציר ביטחוני המהווה סיכון לביטחון המדינה?; שנית, ככל שהתשובה לשאלה הראשונה היא בחיוב, יש לבחון האם זכות זו ממשיכה לעמוד למשיב גם לאחר שיצא את גבולות המדינה, שב ללבנון, וחזר לפעילות עוינת נגד ישראל?

זכות הגישה של עצירים ואסירים לערכאות השיפוט בישראל

28. זכותם של עצירים ואסירים המוחזקים במשמורת בישראל לפנות לערכאות שיפוט בישראל בהליכים שונים הנוגעים לזכויותיהם מוכרת ונאכפת בשיטת המשפט הישראלית מקדמת דנא. אכן, בפסיקה מקיפה ומגוונת, בחן בית המשפט לאורך השנים היבטים שונים הנוגעים לזכויותיהם של אנשים המוחזקים במשמורת בישראל. כך, נבחנה שאלת חוקיותם של אמצעים פיזיים שונים שנקטו על-ידי שירות הביטחון הכללי כלפי עצירים החשודים בפעילות חבלנית עוינת (בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999)); נבחנו היבטים שונים של זכויות עצירים ואסירים להיפגש עם עורך-דין ולקבל שירותים משפטיים (בג"צ

1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746 (2004); נבחנה שאלת זכותו של כל אסיר למיטה לישון בה, כחלק מזכותו לכבוד (בג"צ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (לא פורסם, 12.2.2007) (להלן: ענין רופאים לזכויות אדם)); נדונה שאלת חוקיות עריכתם של דיונים בענין הארכת מעצרו של חשודים בעבירות ביטחון שלא בנוכחותם (בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.2.2010)); נדונה שאלת זכותם של אסירים ביטחוניים לביקורים מצד ילדיהם ומצד ידידים ובני משפחה שלא מדרגה-ראשונה (בג"צ 7585/04 כנעאנה נ' שרות בתי הסוהר (לא פורסם, 25.3.2010); רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם, 7.10.2010)); וכיוצא באלה הליכים מהליכים שונים ומגוונים.

29. נקודת המוצא של המשפט בישראל הינה, אפוא, כי לכל אדם הנמצא בישראל בהקשר כזה או אחר, ובכלל זה – אסירים או עצירים פליליים או ביטחוניים – בלא הבדל דת או לאום, נתונה זכות ליזום הליך משפטי בפני ערכאות המשפט במדינה ולעתור לסעד. שיטת המשפט בישראל מכירה בזכותו של כל אדם הנמצא בתחומה, לרבות המסוכן שבעצירים או האסירים הביטחוניים המוחזקים כאן, להביא את טענותיו בפני בית המשפט, ולקבל את יומו בבית המשפט. בעניינם של עצירים או אסירים, פליליים או ביטחוניים, מתלווים לזכות הגישה לערכאות גם שני עקרונות-היסוד הבאים:

העיקרון האחד עניינו בחובה להבטיח כי זכויות היסוד של האדם לא ייפגעו עקב מאסרו או מעצרו אלא במידה ההכרחית לצורך הגשמת האינטרס הציבורי הטמון בתכלית המשמורת, או באינטרס חיוני אחר כבד-משקל. המאסר והמעצר כורכים עמם, מטבע הדברים, הגבלה של החירות האישית של האדם ופגיעה בחופש התנועה שלו. מהגבלות אלה נובעת גם פגיעה בזכויות נוספות שמימושן מותנה בקיום חירותו של האדם. אולם, אין בהחזקתו של אדם במשמורת כדי להפקיע מאליהן את מכלול זכויות האדם החוקתיות הנתונות לו מכוח יסודות השיטה החוקתית הנוהגת בישראל, וניתן לגרוע מהן רק במידה שהדבר מתחייב באופן הכרחי משלילת החירות עקב המאסר, לצרכי החקירה או ניהול המשפט, או לשם קיומו של אינטרס ציבורי חיוני, ובכפוף להוראות הדין (עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 152 (1996) (להלן: ענין גולן); בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 298 (1980); בג"צ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 832 (1984) (להלן: ענין הוקמה); ענין רופאים לזכויות אדם, פסקאות 10-11 לפסק דיני).

העיקרון השני, השלוב בעיקרון הראשון ומשלים אותו, נוגע לאחריותה הכוללת של המדינה כלפי מי שנמצאים במשמורתה ותחת חסותה. המרות השלטונית הכרוכה בהחזקת אנשים במשמורת, בין במעצר ובין במאסר, מטילה על המדינה אחריות לדאוג לשלומם של הנתונים תחת חסותה, הן בהיבט הפיזי והן בהיבט הנפשי, ולהבטיח הגנה על מכלול זכויותיהם; עליה לדאוג לבריאותם ולצרכיהם הבסיסיים כבני אדם; עליה לספק להם תנאי מגורים סבירים, מזון ברמה מספקת, וטיפול רפואי גופני ונפשי כנדרש; עליה לכבד את זכויותיו החוקתיות של הנתון במשמורת לחיים, לכבוד ולהגנת הגוף. אחריות זו של המדינה חלה הן במישור המשפטי הציבורי והן במישור המשפטי האזרחי-נזיקי (ע"א 4241/06 לוי נ' מדינת ישראל - משטרת ישראל, פסקה 5 לפסק דיני (לא פורסם, 12.3.2009) (להלן: ענין לוי); כבר ציינתי בעבר כי: "אם מוטלת על המדינה חובה לדאוג לצרכים המינימאליים של תושביה כחלק מזכותם לכבוד אנושי, על אחת כמה וכמה כך הוא ביחס לבני אדם המצויים במסגרת משמורתה ותחת חסותה, שלגביהם היא נושאת באחריות ישירה" (ענין רופאים לזכויות אדם, פסקה 12 לפסק דיני). וכן: "ככל שהמדינה אחראית לעשיית השימוש בכח-המרות השלטוני, כך אחראית היא להבטיח את זכויות האדם של מי שכלפיו מופעל כח זה" (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, בפסקה 12 לפסק דיני (לא פורסם, 19.11.2009)). הגשמת אחריותה האמורה של המדינה אינה רק עניינו של העציר או האסיר; זהו גם עניינה של החברה כולה. פגיעה בזכויות היסוד של מי שמצויים במשמורת המדינה פוגעת לא רק בהם עצמם, אלא גם בדמותה של החברה ובמחויבותה לעקרונות הדמוקרטיה ושלטון החוק. מניעת פגיעה כזו היא, אפוא, עניינה של החברה כולה, המחויבת לנורמות של זכויות אדם, מוסר ואתיקה (ענין לוי, שם; ענין גולן, בעמ' 156).

שילובם של שני עקרונות אלה מקים צורך חיוני להבטיח קיומה של גישה לערכאות שיפוטיות לעצירים ואסירים, וקיומה של ביקורת שיפוטית יעילה והולמת בעניינם. מטרתה של ביקורת שיפוטית זו היא, בעיקר, להבטיח כי זכויותיו של המוחזק במשמורת לא תפגענה מעבר למתחייב ולנדרש כתוצאה מהחזקתו במסגרת זו, וכי הרשויות האחראיות עליו תמלאנה את תפקידן כשורה (רבין, בעמ' 126).

30. על רקע אמות-מידה אלה, ברי, כי כל עוד היה דיראני נתון במעצר בישראל עמדה לו זכות גישה לערכאות המדינה. כוחה של זכות זו היה יפה הן לצרכי עתירה לסעדים במסגרת הליכים מינהליים ופנייה לבית המשפט הגבוה לצדק, בהם אף נקט בפועל, והן לצרכי הגשת תביעה אזרחית לפיצויים בעילה של פגיעה שלא כדין בזכויותיו. כלל זה נכון ביחס לכל אסיר ועציר באשר הם, ובהתייחס למגוון סוגי ההליכים הקיימים (השוו: ענין הוקמה, בעמ' 833; רבין, בעמ' 126-127). ואמנם,

המדינה לא חלקה על כי כל עוד היה המשיב נתון במשמורת בארץ, עמדה לו זכות גישה לערכאות בישראל; ואכן, תביעת המשיב התנהלה בבית המשפט במשך שנים כל עוד הוחזק במשמורת בישראל; בהתייחס לתקופה זו אף נקבע בהחלטה שיפוטית כי הוא זכאי לכך שטענותיו תתבררנה בהליך האזרחי שהגיש, וכי יש אינטרס ציבורי בבירור הטענות (בש"א 5664/02 דיראני נ' שר הבטחון, פסקה 9 להחלטת הנשיאה ביניש (לא פורסמה, 26.1.2003) (להלן: ענין דיראני)). השאלה היא – האם זכות הגישה של המשיב לערכאות בישראל ממשיכה לעמוד לו לצורך המשך ניהול התביעה שהגיש גם לאחר עזיבתו את הארץ וחזרתו לפעילות עוינת נגד ישראל במסגרת ארגון טרור בלבנון?

זכות הגישה לערכאות של עציר בישראל לאחר עזיבתו וחזרתו למדינת אויב

31. כאמור, למשיב עמדה זכות גישה לערכאות כל עוד שהה בישראל במשמורת המדינה. האם זכות זו פקעה עם חזרתו ללבנון והשתלבותו בפעילות טרור נגד ישראל? שאלה זו יש לבחון בשני מישורים: במישור הדיוני – העוסק בסדרי הדין החלים על תביעה מן הסוג האמור; ובמישור המהותי – הכרוך בשאלה האם קיימת במשפט בישראל מגבלה על ניהול תביעתו של זר המוגדר "אויב" כאשר עיקרה של התביעה נשען על טענת פגיעה בזכויות התובע על-ידי הרשויות בעת היותו נתון במשמורת המדינה.

המישור הדיוני

32. כדי להגיש תביעה בישראל נדרש כי תהיה בידי התובע עילת תביעה, וכי בית המשפט אליו הוא פונה יהיה בעל סמכות מקומית, עניינית ובינלאומית – כלומר בעל סמכות כלפי הנתבע מכוח המצאת הזמנה כדין לידיו. כדי שענין יהיה בגדר סמכותו המקומית של בית משפט בישראל, נדרשת זיקה בין נושא הדיון או בעלי-הדין לבין בית המשפט. תקנה 3 לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת חלופות למקום השיפוט, שביניהן – מקום מגוריו או עסקו של הנתבע, או המקום שבו התרחש מרכיב חשוב בהתרחשות הנמצאת במוקד עילת התביעה של התובע. ככל שעילת התביעה נוגעת לענין שהתרחש בישראל, וכאשר הנתבע מצוי בישראל, קיימת, ככלל, סמכות עניינית, מקומית ובינלאומית לבית המשפט בישראל. כן נדרש כי בית המשפט יהיה "הפורום הנאות" שאליו מובילות מירב הזיקות הענייניות הרלוונטיות, מבחינת הקשר האמיתי, המשמעותי והמהותי למקרה מושא הדיון (בע"מ 9769/09 פלונית נ' פלוני, פסקאות 16-20 (לא פורסם, 20.1.2010)). לעומת זאת, "כשלא הענין ולא האיש (היינו, הנתבע)

מצויים בארץ, לא ניתן השיפוט בידי בית המשפט הארץ-ישראלי, וכאן מסתמנת ההגבלה הטריטוריאלית בה הוגבל שיפוט בתי המשפט" (זוסמן, בעמ' 34).

33. במישור הדיוני, עובדת היותו של תובע "זר", כשלעצמה, אינה שוללת את סמכותו של בית המשפט בישראל ככל שמתקיימים לגביו תנאי הסמכות המקומית, העניינית והבינלאומית. אכן: "אין יסוד להבחנה בין תובע ישראלי לבין תובע זר, בכל הנוגע לאופן ניהול התביעה, באופן המקפח את זכויותיו הדיוניות של התובע הזר. ... מסקנה אחרת, משמעותה שלילת זכויותיהם של התובעים הזרים על פי דין ושלילת זכות גישתם לערכאות" (ע"ע (ארצי) 664-09 איליה נ' סולל בונה בנין ותשתיות בע"מ, פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא אדלר (לא פורסם, 13.10.2010)). עם זאת, עובדת היות התובע זר עשויה להשפיע על היבטים שונים הנוגעים לניהול ההליך בישראל, כגון דרך המצאת כתבי-דין, דרכי מסירת העדויות וכדומה. לעתים, שהות התובע או הנתבע מחוץ לישראל עשויה להביא להשעיית מרוץ תקופת ההתיישנות, וזאת בנסיבות מסוימות שבהן לא ניתן היה לקיים את הברור המשפטי בישראל (סעיף 14 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958; רע"א 10179/05 הארגון לשחרור פלסטין נ' צ'סר (לא פורסם, 5.10.2010)).

34. למעשה, סדרי הדין האזרחי אינם מחייבים, ככלל, כי התובע ישהה בישראל, בין בעת הגשת התביעה ובין במהלך ניהולה, ומרבית הפעולות הנדרשות במהלך ההליך השיפוטי ניתנות להיעשות באמצעות בא-כוח הפועל מטעמו (תקנה 472 לתקנות סדר הדין האזרחי; גורן, בעמ' 700; זוסמן, בעמ' 215; רע"א 7340/01 סיגנל טורס בע"מ נ' יובל, פ"ד נו(2) 1, 4 (2001)). אמנם, לבית המשפט סמכות לדרוש התייצבות בעל-דין בפניו (תקנה 474 לתקנות סדר הדין האזרחי; גורן, בעמ' 706); אך ככלל, סמכות זו אינה מופעלת אלא לצורך תכלית מסוימת ושלא על דרך-שגרה (רע"א 4187/06 מועצה אזרחית עמק הירדן נ' עיזבון המנוח מג'יד ז"ל, פסקה ד(4) (לא פורסמה, 13.9.2006)); הדבר עשוי להידרש מטעמי יעילות שיפוטית, מקום בו נוכחותו האישית של בעל-הדין עשויה לתרום תרומה ממשית להמשך ניהולו היעיל וההוגן של ההליך (גורן, בעמ' 707).

35. מדברים אלה עולה, כי אין בסדרי הדין האזרחי, כשלעצמם, כדי להוביל – במישור הדיוני – לשלילה מלכתחילה של זכותו של דיראני להמשיך בניהול התובענה אותה הגיש מכוח הזכות הדיונית שעמדה לו בעת שהותו בישראל. אין בכך כדי לשלול אפשרות של הכבדה דיונית במישורים שונים עקב העדרו של דיראני מתחום השיפוט, אך ענין זה נתון לשיקול-דעתה של הערכאה השיפוטית הדנה בתביעה.

36. שאלת המפתח בענייננו היא האם זכות הגישה לערכאות שהיתה נתונה לדיראני בעודו בגבולות המדינה, ואשר מומשה על-ידו בהגשת התביעה, נמשכת גם לאחר עזיבתו את הארץ והתחברותו לארגון טרור, או שמא היא פקעה מכוח היותו "אויב" למדינה? ; והאם אפשר שגם אם הזכות לא פקעה, היא תוגבל למתן הכרעה בלא זכות למימוש הסעדים הכספיים – אם ייפסקו – עד להשגת הסדר שלום? ; שאלת תחולתה של זכות הגישה לערכאות במקרה זה מקבלת גוון חוקתי מיוחד לאור נושא התביעה, הכורך טענות מצד דיראני לפגיעות חמורות בגופו ובכבודו במהלך מעצרו בישראל.

המסגרת הנורמטיבית – האם קיימת בדין הישראלי הסמכה לפגיעה בזכותו של המשיב לגישה לערכאות?

37. עד לתיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים – שנעסוק בו בהמשך – ואשר אינו חל ישירות על ענייננו, לא נמצאה הוראת חוק מפורשת בדין הישראלי השוללת מתובע זר, שהוא בבחינת "אויב", אפשרות לנהל תביעה אזרחית בישראל, ככל שנתקיימו לגביה זיקות של סמכות עניינית, מקומית ובינלאומית לבית המשפט הישראלי. אולם, שאלה היא האם חל בישראל העיקרון המוכר במשפט המקובל האנגלי לפיו "אין מבררים תביעתו של אויב", והאם מכוחו, ומכוח פקודת המסחר עם האויב העומדת בתוקפה במשפט בישראל, עולה מניעה כלשהי כי בית המשפט הישראלי יזקק לתביעת הזר-האויב, כטענת המדינה?

"אין מבררים תביעתו של אויב" – הכלל האנגלי ותחולתו במשפט הישראלי

(1) הכלל במשפט המקובל האנגלי

38. במשפט המקובל האנגלי מוכר מזה מאות שנים הכלל שלפיו אין "אויב זר" ("Alien Enemy") רשאי להגיש תביעה בבתי המשפט באנגליה. כלל זה זכה לפיתוח במיוחד בעת מלחמות העולם הראשונה והשנייה, והוא עומד בעינו כחלק מן המשפט המקובל האנגלי גם היום, כשלצידו חלה פקודת המסחר עם האויב שנחקקה באנגליה בשנת 1914.

39. בפסיקה האנגלית ניתן למצוא התייחסויות רבות המלמדות על הכלל לפיו אין לאויב זכות תביעה בבתי המשפט באנגליה, בין בדרך של ייזום תביעה ובין בדרך של

המשך ניהול תביעה, אלא אם כן הוא יושב באנגליה ונתון לחסותו של הכתר. כך, קבע בית המשפט לערעורים באנגליה כבר בשנת 1915 כי:

“... an alien enemy, unless here by permission of the King, could not sue in the King’s Court.

...

Alien enemies have no civil rights or privileges unless they are here under the protection and by permission of the Crown” (*Porter v. Freudenberg*, [1915] 1 K.B. 857, 872, 869 (A.C.)).

(להלן: ענין *Porter*).

בדומה, קבע בית הלורדים בפרשה מאוחרת יותר משנת 1942 כי:

“... it is, of course, common ground that an ‘alien enemy’ cannot sue in the King’s courts or otherwise take up the position of an actor in British litigation save under royal licence” (*Sovfracht (V/O) v. Van Udens Scheepvaart En Agentuur Maatschappij*, [1943] A.C. 203, 209 (H.L.)).

(להלן: ענין *Sovfracht*); ומהעת האחרונה ראו: *Amin v.*

(*Brown*, [2005] EWHC 1770 para. 22 (Ch.)).

40. ההלכה הפסוקה באנגליה מלמדת כי כלל זה חל, בעיקרו, על כל אדם שהוא תושב מדינת אויב או מנהל את עסקיו שם, גם אם אינו אזרח של אותה המדינה אלא רק מתגורר בה, ואפילו הוא אזרח אנגלי. המבחן לענין זה הוא אובייקטיבי-טריטוריאלי: מקום מושבו או מקום ניהול עסקיו של האדם הם הקובעים, וככל שמתקיימים באדם תנאים אלה ביחס למדינה המצויה במצב מלחמה עם אנגליה, הוא ייחשב לצורך ענין זה לאויב (ראו למשל: ענין *Porter*, בעמ' 868; ענין *Sovfracht*, בעמ' 211). האיסור האמור מונע מאויב הן מלהגיש תביעה והן מלהמשיכה, וזכות התביעה הנתונה לו מושהית עד לסיום מצב המלחמה (ענין *Porter*, בעמ' 880; ענין *Sovfracht*, בעמ' 213).

41. הכלל האנגלי המונע בירורה של תביעת אויב בערכאות המדינה מתבסס על טעמים שבמדיניות ציבורית, שבמרכזם הנימוק הנעוץ בהגנת המדינה בזמן מלחמה: “The rule precluding an alien enemy from the right of suit is based on public policy – the protection of the state in time of war” (ענין *Sovfracht*, בעמ' 213). במהלך השנים, חלו התפתחויות בתפיסות המרכזיות המונחות ביסודו של כלל זה. בעוד שבעבר הונע הכלל בעיקר מדרישת נאמנות אישית מוחלטת למדינה, בהמשך,

השיקול המרכזי בהפעלת הכלל הוסב על מניעת סיוע כלכלי לאויב, העשוי להקנות בידו יתרון במסגרת יחסי-הכוחות בין המדינות (Julius Stone *Legal Controls of*) *Rodriguez* ; 867-868 'בעמ' ,Porter ; ענין *International Conflicts* 441-443 (1954) ; (להלן: ענין *Rodriguez*) ; אודות הכלל והטעמים המונחים ביסודו ראו גם : Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law*, 490-491 (14th edit., 2008); R. H. Graveson, *Conflict of Laws - Private International Law*, 152-153 (7th edit., 1974).

42. כאמור, גם במסגרת הכלל האוסר תביעת אויב, הוכר חריג ביחס לאנשים השוהים בתחומי המדינה כדין, או הנתונים, במסגרת זו או אחרת, תחת חסות הממלכה. וכך, למשל, לאסירים ועצירים הנתונים תחת משמורת המדינה נותרה הזכות לתבוע בבתי המשפט באנגליה, גם אם הם עונים להגדרת "אויב" (ראו למשל: *Schaffenius v. Goldberg*, [1916] 1 K.B. 284, 302 (A.C.) (quoting *Sparenburgh v. Bannatylne*, (1797) 1 Bos & P 163 (Court of Common Pleas) וכן בעמ' 301).

43. יתר על כן, יישומו בפועל של הכלל באנגליה מצביע על כך שלא אחת התעוררו חילוקי-דעות באשר להיקפו. כך למשל, כאשר בנסיבות מקרה ספציפי התברר כי מניעת זכות תביעה באנגליה מאויב תסב נזק רב יותר לאזרחים בריטים מאשר לאויב, עלתה השאלה אם ראוי מלכתחילה להחיל את הכלל בדבר מניעת זכות התביעה מאויב. בענין *Rodriguez* נאמר בענין זה :

"The rule is founded on public policy; but any such rule of law must be observed, even if there are circumstances in any particular case which make its enforcement contrary to public policy, and indeed detrimental to the interests of this country. If, however, there may be a state of circumstances in which to prevent an alien enemy from being a party to an action as plaintiff would do much more harm to British subjects or to friendly neutrals than to the enemy, this is a consideration most material to be taken into account in determining whether such a case falls within the true scope and extent of the rule. If the particular case is outside the rule, to apply it might be not merely contrary to public policy but also a mistake in law" (שם, בעמ' 66-67, ההדגשה אינה במקור).

בית הלורדים הוסיף, כי החלת הכלל האוסר היוקקות לתביעה שהוגשה על-ידי אויב אינה ראויה מקום בו האויב לא ייצא נשכר מהתביעה במהלך תקופת המלחמה, ולכן לא תוסב כל תועלת למדינת האויב, וכאשר תביעה כזו עשויה להסב תועלת לתובעים אחרים שאינם בגדר "אויבים". יש לבחון את מהות העניין הנדון לפרטיו ולהחליט על-פי הנסיבות אם יש הצדקה וטעם בהחלת הכלל בנסיבות אותו עניין:

"To hold that the doctrine of disability applies to a case in which an enemy alien cannot during the war reap any benefit from the action, and where the action is really for the benefit of the other partners, would, I think, involve a misconception of the principle and extent of the rule ... In these cases the substance of the matter must be looked at" (שם, בעמ' 75).

לעומת זאת, בעניין *Sovfracht* הדגיש בית הלורדים כי המבחן להחלתו של הכלל נעוץ בשאלה האם התרת תביעת האויב עשויה לסייע לאויב ככלל, להבדיל מהשאלה אם תביעה כזו עשויה לסייע לאויב בפועל (שם, בעמ' 251-252).

44. מחלוקת אחרת שעלתה בפסיקה האנגלית עוסקת בשאלה האם ראוי למנוע תביעת אויב גם בהנחה כי פירות התביעה לא יועברו אליו עד לסיום המלחמה. בעניין *Rodriguez* הובעה הדעה כי מקום בו אין כל סכנה להתעשרות האויב כתוצאה מן ההליך, אין למנוע ממנו לנהל את התביעה (עמדת לורד Chancellor Finlay, בעמ' 66-67); אך קיימת דעה שונה לפיה גם במצב זה יש למנוע את התביעה עד לסיום מצב המלחמה, שכן עצם ההצהרה על קיום זכות בידי התובע, גם בלא אכיפת הסעד הכספי, עשויה להקנות לו יתרון וחיזוק כלכלי, או לשמש בטוחה בעלת ערך כלכלי בידיו (עניין *Sovfracht*, עמדת לורד Simon, בעמ' 212; לורד Wright, בעמ' 236; ולורד Porter, בעמ' 252; וראו גם: דעת לורד Sumner בעניין *Rodriguez*, בעמ' 114 (דעת מיעוט)).

45. ניתן לסכם ולומר: במשפט המקובל האנגלי עומד בעינו עיקרון אשר מכוחו נשללת מאויב האפשרות להגיש או להמשיך בניהול תביעה באנגליה, כל עוד נמשך מצב המלחמה בין המדינות. כלל זה מוציא מגדרו את מי שנמצא באנגליה בחסות הממלכה. כן נשמעים קולות המבקשים להגביל את החלת הכלל למצבים בהם יוגשם הרציונל העיקרי הטמון בו – קרי: מניעת הסבת יתרון כלכלי לאויב. ואכן, נראה כי הכלל מיושם, בפועל, בעיקר במסגרת סכסוכים מסחריים-כספיים בין פרטים, להבדיל ממחלוקות בין הפרט למדינה, ובשונה ממחלוקות שעניינן פגיעה בזכויות אדם

(לבחינה ביקורתית עדכנית של הכלל האנגלי והפעלתו בידי הערכאות באנגליה בתקופת מלחמת העולם הראשונה, ראו: Rachel Vorspan, *Judicial Power and Moral Ideology in Wartime: Shaping the Legal Process in World War I* Britain, 87 Or. L. Rev. 401, 406-416 (2008); מאמר זה גורס כי במהלך תקופת מלחמת העולם הראשונה הכלל הוגמש במידה רבה; כן ראו והשוו: Karen Knop, *Citizenship, Public and Private*, 71 Law & contemp. Prob. 309, 322-323 (2008), בו נטען כי התפתחות הכלל מצביעה על תחזית כי בעתיד הוא ייושם לעיתים נדירות בלבד).

46. במדינות נוספות בעולם האנגלו-אמריקאי אומץ כלל דומה לזה שאומץ בפסיקה האנגלית. כך למשל, בארצות-הברית אומץ העיקרון המשעה את זכות התביעה של אויב בפני ערכאות המדינה למשך תקופת המלחמה תחילה בפסיקת המשפט המקובל, ובהמשך הוא עוגן בחקיקה במסגרת פקודת המסחר עם האויב (ראו: Trading ; With the Enemy Act, 50 U.S.C.S. Appx §7(b) (1917) Martin Domke, *Trading ; with the Enemy in World War II*, 212-213 (1943) *Propper v. Buck*, 33 F. Supp. ; N.Y.S.2d 11, 13 (N.Y. Sup. Ct. 1942) *Sundell v. Lotmar Corp.*, 44 F. Supp. ; N.Y.S.2d 11, 13 (N.Y. Sup. Ct. 1942) גם *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763, 776 (1950); 816 (S.D.N.Y. 1942)). גם במשפט האמריקאי הובהר כי ביסוד העיקרון האמור עומדת התכלית של מניעת תמיכה וסיוע לאויב כל עוד נמשך מצב המלחמה, המשתקפת בעיקר בהקשרים מסחריים-כלכליים (*Weiditschka v. Supreme Tent Knights of Maccabees of the World*,) (Iowa 1920) *Birge-Forbes Co. v. Heye*, 251 U.S. 317, 323 ; 170 N.W. 300, 303 (1920)).

אשר לתביעות שעניינן פגיעה בזכויות אדם, התפיסה המקובלת בארצות-הברית הינה כי ההגנות החוקתיות הנתונות מכוח החוקה אינן חלות, ככלל, מחוץ לשטח הריבוני של המדינה, ולפיכך, ספק אם אויב הנמצא מחוץ לארצות-הברית זכאי ליהנות מהן גם כאשר הוא נתון לשליטת הרשויות האמריקאיות (ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי-היסוד" משפט וממשל יב 145, 151 *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 693-694 (2009) (להלן: אורגד); וכן, למשל: *United States v. Vergudo-Urquidez*, 494 U.S. 259, 269 (1990); *Arar v. Ashcroft*, 532 F.3d 157, 179 (2d Cir. 2008), *aff'd*, 585 F.3d 559, 571 (2d Cir. 2009) (en banc); *In re Iraq & Afghanistan Detainees Litig.*, 479 F. Supp. 2d (D.D.C. 2007) 85, 97-98). עם זאת, בענין זה חלו התפתחויות מעניינות בשנים האחרונות על רקע מעצרים של חשודים במעורבות בטרור והחזקתם בידי שלטונות

ארצות-הברית בבסיס המעצר במפרץ גואנטנמו שבקובה. לאחר שבמשך מספר שנים לא הוכרו זכויותיהם החוקתיות של עצירים אלה, ובכלל זה לא הוכרה זכותם לפנות לערכאות שיפוט אמריקאיות בעתירות בדבר פגיעות בזכויות אדם הכרוכות במעצרם, בשנת 2008 פסק בית המשפט העליון של ארצות-הברית כי לעציר במשמורת אמריקאית בגואנטנמו נתונה זכות חוקתית לפנות לערכאת שיפוט אמריקאית בעתירה לצו הביאס-קורפוס (*Boumediene v. Bush*, ; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004)) (2008) 553 U.S. 723; וראו גם: אורגד, בעמ' 151-152; בג"צ 9441/07 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסקה י' (לא פורסם, 20.12.2007); בג"צ 5303/08 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסקה ו(4) (לא פורסם, 23.6.2008); ראו מקרה דומה גם באנגליה: *Al-Skeini v. Secretary of State for Defence*, [2008] AC 153, para. 35. ((H.L.))

47. יש להוסיף, כי הכלל לפיו אין לאויב זכות עמידה לצורך הגשת תביעה כל עוד נמשך מצב המלחמה אומץ – בהשראת המשפט האנגלי – גם במשפט הקנדי, תוך שגם שם הובהר כי ביסודו מונחת המטרה של מניעת סיוע לאויב, והדבר עלה בעיקר בהקשר לתביעות כספיות ויחסי מסחר (*Reventlow v. Rur. Mun. of Streamstown*, [1917]) (*Newman v. Bradshaw*, [1916] 28 D.L.R. 769 (B.C. ; 37 D.L.R. 394 (Alta. S.C.)) (*J.G. White Engineering Corp. et al. v. Canadian Car & Foundry Co.*, ; S.C.) [1940] 4 D.L.R. 812).

(2) תחולת העיקרון כי "אין מבררים תביעתו של אויב" בישראל

48. שאלה היא האם העיקרון במשפט המקובל האנגלי כי "אין מבררים תביעת אויב" נקלט אל תוך המשפט הישראלי, כטענת המדינה.

49. לאורך שנות השלטון הבריטי בשטחי ארץ-ישראל נהג בארץ סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922-1947 (להלן: דבר המלך במועצה), אשר קבע כי בכל מקום בו לא נמצא הסדר בחוק לסוגיה משפטית, על בית המשפט לפנות "ליסודות החוק המקובל ולעיקרי הצדק הנוהגים באנגליה". סימן 46 נועד "לשמש צינור אשר דרכו יועברו למשפט הארצישראלי יסודות החוק המקובל ועיקרי היושר הנוהגים באנגליה, בכל מקום שהתחיקה המקומית משאירה תהום פעורה במשפט הקיים, ובמידה שתנאי האוכלוסייה ותנאי המקום יחייבו זאת" (ע"א 81/55 כוכבי נ' בקר, פ"ד יא(1) 225, 238 (1957)); דרך "צינור" זה, הוזרמו למשפט שחל בארץ-ישראל באותן שנים הלכות שונות מהמשפט המקובל האנגלי. מעמדם של מקורות משפטיים אלה השתנה עם הכרזת

העצמאות והקמת מדינת ישראל בשנת 1948, עת נקבע בסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט כי "המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו", אך זאת "עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על-ידי מועצת המדינה הזמנית או על פיה, ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה". מכוח הוראה זו, המשיכו לעמוד בתוקף החקיקה וההלכות הפסוקות שחלו ערב הקמת המדינה, אך בד בבד הובהר, כי הם יהיו כפופים לשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה (ד"נ 29/84 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(4) 505, 510 (1984)); אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 203 (כרך ראשון, 1993) (להלן: ברק, תורת הפרשנות הכללית)).

50. הוראת סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, יחד עם הוראות נוספות שנקבעו בחוק ובהלכה הפסוקה, הביאה לצמצום הדרגתי של זיקת המשפט הישראלי למשפט האנגלי (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד 49 (כרך א', 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה, כרך א'); וראו לדוגמה גם את סעיף 15(ג) לפקודת סדרי השלטון והמשפט). מהלך זה הושלם עם חקיקת חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 (להלן: חוק יסודות המשפט), אשר קבע בסעיף 1 כי במקרה שבו נתקל בית המשפט בשאלה משפטית שלא נמצאה לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה הפסוקה או בדרך של היקש, עליו להכריע בה "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". בכך, נקבע מקור משפטי משלים לחסר במשפט במקום המשפט המקובל ועיקרי הצדק בדין האנגלי, ובהתאם לכך, סעיף 2(א) לחוק יסודות המשפט ביטל את סימן 46 לדבר המלך במועצה, אף כי לצד זה נקבע כי "אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה" (סעיף 2(ב) לאותו חוק; רובינשטיין ומדינה, כרך א', בעמ' 51-52). מכאן, כי המשפט המקובל האנגלי "שנקלט בארץ" לפני תחילת חוק יסודות המשפט נותר, בעיקרו, בתוקף, ותוקף זה לא נפגע אף לאחר ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצה. ואולם, בהותירו את "המשפט שנקלט בארץ" חסין מפגיעה, התכוון החוק להשאיר בתוקפן רק את הלכות המשפט המקובל שנקלטו בפועל במשפט הארצי-ישראלי והישראלי, ואותן בלבד. ואכן, מטרת הוראת סעיף 2(א) לחוק היתה כי "ביטול סימן 46 לא יפגע בהלכות שנשאבו דרכו מן המשפט האנגלי ובינתיים "התאזרחו" בארץ כהלכות ישראליות" (דברי ההסבר להצעת חוק יסודות המשפט, התשל"ח-1978, הצ"ח 1361, בעמ' 308). המשפט "שנקלט בארץ" הוא, אפוא, אך המשפט שאומץ באופן אקטיבי בפסיקה הישראלית; זהו "המשפט המצוי בהלכות שנפסקו במדינה" (גואלטירו פרוקצ'יה "חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980" עיוני משפט י(1) 145, 149 (1984)); ויותר מכך – זהו אך המשפט

שנקלט על-ידי פסקי הדין של בית המשפט העליון (ברק, תורת הפרשנות הכללית, בעמ' 508-509).

51. מהו, אפוא, מעמדו של הכלל האנגלי שלפיו "אין מבררים תביעתו של אויב" במשפט הישראלי? האם הכלל אומץ ונתמזג לתוך שיטת המשפט הישראלית? ואם כן, מהי פרשנותו הראויה על רקע עקרונות היסוד של שיטת המשפט בישראל?

לגישתי, העיקרון האנגלי האמור מעולם לא אומץ באופן מפורש ומחייב בפסיקה הישראלית, ולכן, לא הפך להיות חלק אינטגרלי מן המשפט המקובל "נוסח ישראל". יתר על כן, אפילו היינו מקבלים את הטענה כי עיקרון זה התמזג בעבר אל תוך שיטת המשפט הישראלית, הרי שפרשנותו לאור עקרונות היסוד של השיטה כיום היתה מעלה ספק של ממש אם יש להחילו, ולו על תביעה של תובע המוגדר "אויב" בעת היותו במדינה זרה, המוגשת כלפי רשויות המדינה בישראל בטענה כי פגעו בזכויות אדם הנתונות לו בעת החזקתו במשמורת תחת חסותן. זאת, הן מטעמי הרציונל של העיקרון עצמו, שאינו מתכוון לחול על תביעות מסוג זה, והן נוכח עקרונות יסוד בשיטת המשפט הישראלית, המקנים מעמד מיוחד לזכות הגישה לערכאות המשפט ולזכויות היסוד של האדם להגנה על הגוף ועל הכבוד. נפרט את הדברים:

ראשית, פסק הדין בענין חכים, אשר ממנו מבקשת המדינה להסיק על אימוצו של הכלל האנגלי לשיטתנו, לא רק שלא עסק במישרין בסוגיה זו, אלא שקיימות בו אף הסתייגויות מפורשות מן הכלל, באופן שאינו מאפשר להסיק ממנו הלכה כלשהי בענין זה. באותו מקרה, נדונה עתירה שהוגשה על-ידי אמו של אדם שהיה נתין ארץ ישראל בתקופת המנדט הבריטי ותושב מדינת לבנון בהווה. אמו של המבקש היתה תושבת ישראל, והיא ביקשה כי יוענק לבנה רישיון כניסה לישראל על מנת שיוכל לשוב ולהתגורר בארץ. השאלה המרכזית שנדונה באותה פרשה היתה האם יש מקום להעניק למבקש רישיון כניסה לישראל, בשונה משאלת זכות הגישה של נתין אויב לערכאות שיפוט בישראל. השופט ש"ז חשין הסתמך בדבריו במידת-מה על דברים שנקבעו בפרשה האנגלית בענין *Porter*: ראשית, לענין המבחן הטריטוריאלי לקביעת הזכויות האזרחיות של אדם, ציין השופט כי "אינני מתכוון לאמר, כי ההלכה שנקבעה במשפט זה מחייבת אותנו במסיבות המקרה שלפנינו", אלא רק כי "העקרון אשר עליו בנויה אותה הלכה עשוי לשמש לנו ציון ומורה דרך, בבואנו לקבוע באיזו מידה מצוויים בתי המשפט ליתן תוקף לזכויותיו האזרחיות של אדם מסוגו של בן-המבקשת" (שם, בעמ' 640); ושנית, לענין הרציונל העומד ביסוד העיקרון בדבר הפסקת משא-ומתן מסחרי עם נתיני מדינת אויב. על בסיס רציונל זה כפי שהובא בענין *Porter*, ובהסתמך על העמדה שהוצגה

על-ידי המדינה לפיה מן המבקש נשקף סיכון לביטחון המדינה, נקבע, כי אם יחסי מסחר עם נתין האויב עשויים להיות משום מתן סעד למדינת אויב, קל-וחומר הכנסת אנשים המתייחסים למדינה מתוך איבה, ועשויים, לדעת הרשויות, לסכן במישרין את ביטחון המדינה ולסייע לאויב. על רקע זה קבע השופט חשין כי אין מקום להורות למדינה להתיר את כניסתו של בן העותרת לישראל, ובכך "לעשות מעשה העלול לסכל את תכניות ההגנה והבטחון של המדינה, אשר הצבא תכנן ועמל לבצען" (שם, בעמ' 641). השופט זוסמן, שהצטרף למסקנה זו, ציין במפורש כי אינו נוטה לדעה כי העיקרון שהוצהר על-ידי בית המשפט בענין *Porter* אמנם "נועל את שערי בית-משפט זה בפני המבקשת מחמת ישיבת בנה בארץ האויב". לדבריו, המניעה החלה על אדם המתגורר בארץ אויב מלהגיש תביעה לבית המשפט מתייחסת לתביעות בין פרטים, שכן במקרה כזה עלול הדבר לסייע בידי השלטון העוין אשר התובע כפוף לו, ותשלום חוב המגיע לאותו אדם יש בו, לפעמים, אפילו עבירה פלילית. ואולם: "הפסלות הפרוצסואלית באה רק בעקבותיה של ההלכה המטריאלית, הדוחה את ביצוע הזכות עד לסיום פעולות האיבה". באותו מקרה, לעומת זאת, נקבע כי "אין אנו עוסקים ביחסים המשפטיים אשר בין האזרח לבין חברו, הנובעים מהמשפט האזרחי, אלא הסכסוך הוא בין הפרט ובין הכלל, והוא טובב כולו על שטח המשפט הפומבי. כיון שכך, לא יסרב בית-משפט להושיט לתובע סעד ועזר, אלא אם יוברר לו כי המשפט הפומבי, המטריאלי, לפיו נחתך דינו של התובע, אינו מכיר משך זמן המלחמה, בקיום זכותו, בדומה למשפט האזרחי" (שם, בעמ' 642-643). עוד ציין השופט זוסמן, כי לעמדתו, מקום בו החוק מכיר בזכות מהותית של אדם, אין זה מתקבל על הדעת כי בית המשפט יפסול את זכות הפנייה אליו לשם ביצועה של אותה זכות (שם, בעמ' 643).

פסק הדין בענין חכים הסתמך, אפוא, על הלכת *Porter* בכל הנוגע לקביעה בדבר היותו של אדם "אויב" על בסיס "אויבותה" של מדינת מושבו, וכן בכל הנוגע לרציונל העומד ביסוד הכלל של איסור מסחר עם האויב; כן הוסבר בו מדוע בהליך אזרחי המתנהל בין שני פרטים שהתובע בו הוא תושב מדינת אויב, יש מקום לשלול את זכות התובע לפנות בתביעה לבית המשפט עד לסיום פעולות האיבה. ואולם, אין בפסק דין זה כדי ללמד על כי הלכת *Porter* אומצה על-ידי בית המשפט ככל שהדבר נוגע בשאלת זכותו של תושב מדינת אויב להתדיין בפני הערכאות בישראל בתביעה נגד המדינה בגין פגיעה בזכויות היסוד שלו, ולא כל שכן, להמשיך בתביעה התלויה ועומדת שהוגשה על-ידו בעת ששהה בישראל. למעשה, גם בענין חכים עצמו לא נשללה זכותו של מי שנחשב לאויב כי טענותיו כנגד המדינה יידונו בפני ערכאות שיפוט בישראל; ואף שלגופם של דברים הוחלט לבסוף כי אין מקום להעניק את הסעד

המהותי שנתבקש, זכות הגישה של המבקש לערכאות, גם אם באמצעות אמו, לא נפסלה באותו ענין.

שנית, גם מקרים אחרים שנדונו בפסיקה בישראל תומכים במסקנה כי הכלל האנגלי לא אומץ כדין מחייב בהלכה הפסוקה בישראל. כך למשל, באחת הפרשות מראשית ימי המדינה ציין בית המשפט, מפי השופט גויטיין, כי מלבד דברי חקיקה ספציפיים האוסרים על מסחר עם האויב, המשפט המקובל האנגלי אוסר גם הוא, בזמן מלחמה, על קיום יחסים עם האויב. ואולם, הודגש, כי בישראל נחקקו חוקים ותקנות המסדירים את היחסים עם האויב, כדוגמת פקודת המסחר עם האויב, ואילו עקרונות המשפט המקובל אומצו למשפט הישראלי רק במקרה שהחקיקה המקומית לא נתנה מענה לאותו ענין. ממילא, כך לדברי השופט גויטיין, גם הפסיקה האנגלית, אף שהחילה עצמה על כל סוג של יחסים עם האויב ולא-דווקא על יחסים מסחריים, בפועל לא טיפלה כלל ביחסים שאינם יחסים מסחריים-כספיים:

“... האיסור החל על ישראלי לסחור עם האויב או לקיים אתו יחסים מקורו לא במשפט המקובל האנגלי אלא בפקודה הארץ-ישראלית. אך במה דברים אמורים, ביחסים מסחריים או כספיים, אבל לא ביחסים אחרים עם “אויב” כמשמעותו בחוקים אלה. העובדה שהמלה “יחסים (intercourse) נמצאת בין המלים “מסחריים” ו”כספיים” והמלה “התעסקויות” (dealings) מוכיחה שהמחוקק נתכוון ליחסים מסחריים דוקא ... גלוי וידוע, שבפסקי-דין אנגליים מסוף המאה השמונה-עשרה עד שנת 1954 ישנן מימרות האומרות שיחסים אינם מצומצמים ליחסים מסחריים אלא לכל יחסים שהם ... אבל אין שום פסק-דין המטפל ביחסים אחרים חוץ מיחסים מסחריים, כספיים וכדומה (בג”צ 101/54 ג’דאי נ’ נשיא משרד ההוצל”פ, בית המשפט המחוזי, חיפה, פ”ד ט(1) 135, 141-143 (1955); ההדגשה אינה במקור).

בפרשה אחרת ראה בית המשפט (הנשיא שמגר) לדון לגופה בטענת אזרח לבנוני כי רכושו נתפס שלא כדין על-ידי הרשויות בישראל במסגרת מבצע “שלום הגליל”, ולא ראה להגביל את שפיטות הענין עקב טענת המדינה כי אין לדון בעתירת אויב, אף כי הובהר כי העותר אינו מייצג גוף עוין. בית המשפט הניח כי ככל שקיימת בידי התובע טענה לסעד עקב פגיעה שנגרמה לו על-ידי רשויות המדינה, אין מניעה להיזקק לתביעתו בפני הערכאות בישראל (בג”צ 574/82 אל נאוואר נ’ שר הביטחון, פ”ד לט(3) 449, 461-462 (1985)).

52. הניתוח שהובא מצביע על כך כי הכלל האנגלי לפיו "אין מבררים תביעתו של אויב" אינו מהווה, ככזה, חלק מהמשפט הישראלי הפוזיטיבי. ראשית, הוא מעולם לא אומץ באופן מפורש בפסיקה הישראלית, בין לפני קום המדינה ובין לאחריה, ולכן הוא אינו בגדר ה"משפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה", כלשון חוק יסודות המשפט. שנית, בכל הנוגע להסדרת היחסים עם האויב, תפסה החקיקה הישראלית את מקום המשפט המקובל האנגלי, והיא שמגדירה ותוחמת כיום את הכללים בדבר איסור יחסי מסחר עם האויב. פקודת המסחר עם האויב, שתידון בהמשך, מסדירה היבטים מסוימים בסוגיית היחסים עם האויב, וכמוה גם חוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005 (להלן: חוק איסור מימון טרור) ודברי חקיקה אחרים. ממילא, גם אם היה נטען כי קיים חסר חקיקתי בנושא הנדון על-ידינו, נראה כי מכוח חוק יסודות המשפט, היה מקום למלא את החסר באמצעות מקורות המשפט המנויים בו, ולא בדרך של קליטת עקרונות המשפט המקובל האנגלי. מכל מקום, העניין הנדון כאן אינו מחייב הכרעה בשאלה אם ראוי לאמץ את הכלל האמור באמצעות אחד המקורות המשלימים את הדין על-פי חוק יסודות המשפט. יתר על כן, אפילו היה מקום לאמץ כלל דומה בשיטתנו, הדבר היה מחייב את התאמתו למשמעויות הנובעות מהקמת המדינה ורשויותיה, כלשון סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, ולעקרונות החוקתיים שהתפתחו בשיטת המשפט באשר לכיבוד זכויות האדם, ובהן גם זכות הגישה לערכאות. נרחיב מעט בהיבט זה:

השלכות חקיקת-היסוד בדבר זכויות האדם בישראל על תביעות אויב

53. תביעה המוגשת בישראל על-ידי תובע זר המוגדר כ"אויב" אינה בעלת גוון אחיד. היא עשויה להיות תביעה בעלת אופי מסחרי-כלכלי, שתכליתה לזכות בסעד כספי על בסיס טענות של קניין או חיובים אובליגטוריים. ביחס לתביעה מסוג זה, מובן הרציונל העומד ביסוד העיקרון הקובע כי מדינה ביחסי מלחמה עם מדינת התובע אינה אמורה לדון בערכאותיה בתביעה כלכלית כזו ולאפשר לאויב שאינו מצוי בגבולות שטחה לקבל טובות הנאה שיעשירו את האויב ויסייעו במאבקו. אולם, זו אינה התביעה היחידה שאויב עשוי להגיש. תיתכן תביעה – כמו זו בענייננו – המוגשת על-ידי אויב כנגד רשויות המדינה, המושתתת על טענות לפגיעה בגופו ובכבודו של אדם, שאירעה, כנטען, במהלך מעצרו וחקירתו בידי הרשויות בישראל. תכליתה של תביעה כזו – בלא להתייחס לסיכוייה להתקבל – היא לברר את חוקיות ותקינות פעולות הרשויות, ולבחון אם אכן נפגעו בגינן זכויות אדם. בירור זה אינו אמור לסייע לאויב במישור החומרי והכלכלי, מה גם שכפי שיוסבר בהמשך, אין חולק כי סעד כספי, אפילו יינתן בתביעה, לא ייאכף עד תום המלחמה.

54. העיקרון השולל בירור תביעת אויב בערכאות המדינה אינו מכוון, ביסודו, למנוע תביעת אדם נגד רשויות המדינה בעילה של פגיעה בזכויות האדם שהמשפט בישראל מעניק לו מכוח חוקי-היסוד בעת היותו במשמורת בישראל. שהרי, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בעיקרו מעמיד במרכז את האדם באשר הוא. הוא קובע כי זכויות היסוד של "האדם בישראל" מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, וכי הן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל (סעיף 1). על-פי החוק, "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם", ו"כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" (סעיפים 4-2; ההדגשות אינן במקור). תחולת חוק היסוד מתפרשת, אפוא, בעיקרה, על כל אדם הנמצא בישראל ללא קשר למעמדו האזרחי, דתו, פועלו והשקפותיו, ואף בלא קשר לשאלה אם הוא נאמן למדינה או עוין לה. האיסור לפגוע בזכויותיו של אדם לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד מתייחס לכל אדם הנמצא בישראל, באשר הוא אדם (בג"צ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פסקה 36 לפסק דיני (לא פורסם, 13.4.11) (להלן: ענין קו לעובד); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 435-436 (כרך שלישי, 1994)).

ברוח זו, גם עצירים ואסירים זרים השוהים במשמורת בישראל, ובהם גם כאלה העונים להגדרת "אויב", זכאים למרבית ההגנות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; הדבר אמור גם בעצירים ביטחוניים המוחזקים בישראל, גם אם הם ממשיכים תוך כדי מעצרו בפעילות עוינת נגד המדינה (דין דומה הוחל גם ביחס לעובדים זרים המועסקים בישראל, הנהנים מזכויות יסוד המעוגנות בחוק-היסוד (ענין קו לעובד, שם; בג"צ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פסקאות 28-39 לפסק דינו של השופט לוי (לא פורסם, 30.3.2006)). לאור זאת, אין חולק כי דיראני, גם בהיותו פעיל טרור תוך כדי מעצרו בישראל, היה זכאי להגנות חוק-היסוד כל עוד שהה בישראל. שאלה אחרת היא האם הגנות אלה עומדות לו גם לאחר שעזב את המדינה ועבר להתגורר במדינת אויב, והמשיך בפעילות טרור נגד המדינה.

55. שאלת היקף פרישתו של חוק-היסוד על מי שאינו נמצא בישראל, הטוען לפגיעה בזכויות אדם הנתונות לו מצד רשות שלטונית בישראל, עלתה בעבר והועמדה לפרשנות (ענין עדאלה, פסקה 22 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 560 (2005); בג"צ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385, 396 (2002); בג"צ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 280-281, 412 (2006)). אין צורך להכריע בענייננו בשאלת היקף התפרשות חוקי-היסוד על מי שטוען לפגיעה שנגרמה לו מחוץ לישראל על-ידי רשויות

ישראליות, המעוררת, בעקיפין, אף את השאלה העקרונית הרחבה יותר בדבר טיב והיקף התחולה של חקיקת-היסוד בדבר זכויות האדם בישראל – אוניברסאלית, טריטוריאלי, פרסונאלית או פונקציונאלית (השוו: אורגד, בעמ' 149; אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: רשויות השלטון ואזרחות 928 (כרך ב', 2005)). ניתן, עם זאת, לומר, כי מי שטוען לפגיעה בזכויות היסוד שהיו נתונות לו בישראל בעת שהוחזק בידי רשויות המדינה, טענות אלה עומדות לו גם לאחר שעזב את המדינה, ושמורה לו זכות הגישה לערכאות המשפט בישראל לצורך בירורן. טענות דיראני כנגד מעשי הרשויות כלפיו נוגעות בזכויות יסוד שהיו נתונות לו בעת היותו במשמורת בישראל. היכולת לממש תביעה על פגיעה בזכויות אלה אינה מותנית בהכרח בהימצאותו בישראל. לכאורה, בעצם עזיבתו של דיראני את ישראל לא היה כדי לנתק את הרצף המושגי של זכויות היסוד שהיו נתונות לו בעת היותו בישראל, ועימן את זכות התביעה שעמדה לו בישראל מכוח הדין המהותי, ולא היה בה כדי לפגוע בזכות הגישה לערכאות הנתונה לו מכוח עקרונות השיטה בישראל.

56. על השאלה האם יש מקום לסייג או להגביל זכויות אלה נוכח חזרתו של המשיב למדינת אויב והשתלבותו בפעילות טרור יש להשיב בשים לב לאופי התביעה בה מדובר; מאחר שענין לנו בתביעה שעיקרה בהעמדה למבחן של פעולות רשויות המדינה, ואין עיקרה בהיבט קנייני-כלכלי-כספי, נראה כי הרציונל הטמון בכלל האוסר בירור תביעת אויב אינו חל עליה במישרין. אינטרס הציבור באי-מתן סיוע לאויב לא יסוכל בקיומה ובניהולה של התביעה האמורה. זאת, כמובן, בהנחה כי פיצוי כספי, אם ייפסק, לא יועבר לידיו של המשיב עד לתום המניעות מחמת מצב המלחמה בין המדינות או שינוי במעמד ה"אויבות" של המשיב.

57. לסיכום היבט זה ניתן לומר: עיקרון המשפט המקובל האנגלי לפיו "אין מבררים תביעת אויב" לא אומץ אל תוך המשפט הישראלי בימים עברו. השאלה אם ראוי לאמצו עתה אינה נדרשת בענייננו, ולו מן הטעם שהתביעה הנדונה בענייננו אינה מסוג התביעות שאותו עיקרון מכוון אליהן וביקש למונען, קרי: תביעות בעניינים כספיים-כלכליים העשויות לסייע לאויב. יתר על כן, העקרונות החוקתיים בדבר זכות הגישה לערכאות וההגנה על זכויות יסוד אחרות של האדם, הנטועים בשיטתנו, מתיישבים, בהעדר הוראת חוק סותרת, עם הותרת דלתות בית המשפט בישראל פתוחות לברר תביעות אויב הנוגעות לטענות בדבר פגיעה בזכויות אדם על-ידי גורמים מוסמכים בישראל, שאירעה, כנטען, בעת שהתובע הוחזק במשמורת בישראל. כל זאת, מתוך הנחה כי סעדים כספיים, ככל שינתנו, לא יועברו לידי התובע עד לגמר מצב האויבות. נותר לבחון, האם יש בפקודת המסחר עם האויב כדי לשנות ממסקנה זו.

58. פקודת המסחר עם האויב (Trading with the Enemy Ordinance, 1939) נחקקה סמוך לתחילת מלחמת העולם השנייה בידי השלטון המנדטורי בארץ-ישראל, במתכונת דומה לפקודה שנחקקה באותה עת באנגליה ולחקיקה דומה שפורסמה בבריטוריות נוספות שהיו תחת שלטון בריטי, באשר ליחסי המסחר עם האויב ולטיפול בנכסיו בתקופת מלחמה (איל זמיר ואיל בנבנשתי 'אדמות היהודים' ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים 35 (1993) (להלן: זמיר ובנבנשתי)). זמן קצר לאחר חקיקת הפקודה הוצא גם צו המסחר עם האויב (אפוטרופוס), 1939 (Trading with the Enemy Order) (Custodian), להלן: צו המסחר עם האויב או הצו), גם הוא במתכונת דומה לצו מקביל שיצא באנגליה, ובמסגרתו מינה הנציב העליון אפוטרופוס על רכוש האויב, ונקבעו הוראות מפורטות בדבר סמכויותיו ותפקידיו של האפוטרופוס. במהלך השנים נערכו תיקונים ועדכונים שונים בפקודה ובצו, בין היתר על מנת שיתאימו לשינויים שחלו עם הקמת המדינה ומוסדותיה; ואולם, ככלל, הפקודה והצו עומדים בתוקפם גם היום כחלק ממערך החקיקה בישראל (בג"צ 1285/93 שכטר נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פסקאות 14 ו-18 (לא פורסם, 8.12.1996) (להלן: ענין שכטר); בג"צ 894/09 כל בו ספרים (ס.ה.ד) בע"מ נ' שר האוצר (לא פורסם, 1.10.2009); בג"צ 3103/06 ולידו נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.2.2011) (להלן: ענין ולידו); בג"צ 3198/05 למלה נ' עיריית תל-אביב (לא פורסם, 13.6.2011)).

59. פקודת המסחר עם האויב קובעת איסור מוחלט על מסחר עם האויב, מטילה עונשים פליליים בגין עריכת מסחר כזה, ומעניקה היתר להחרמת סחורות או כספים שבהם בוצע מסחר כאמור (סעיף 1(3)). הגדרת "מסחר" לצרכי הפקודה היא רחבה ביותר, וכוללת כל צורה של קשר מסחרי או כספי עם האויב או לטובתו; והגדרת "אויב" לצורך הפקודה אף היא רחבה (סעיפים 2(3), 3(3), 4(1) ו-1(2)(א) לפקודה).

60. בצד איסור יחסי מסחר עם האויב, מסדירה הפקודה מנגנון שמירה על רכוש האויב עד תום מצב המלחמה והשגת שלום, ולצורך כך עיגנה חובת מינוי אפוטרופוס על נכסי האויב על-ידי שר האוצר, והסמיכה אותו להורות על הקניית רכוש האויב לאפוטרופוס, וכל זאת – "כדי למנוע תשלום כסף לאויב וכדי לשמור על נכסי האויב עד לסידורים שייעשו עם חתימת חוזה השלום" (סעיף 9(1) לפקודה; בג"צ 59/49 דימנט נ' שר-האוצר, פ"ד ד 164, 167 (1950) (להלן: ענין דימנט)). ההנחה היא כי רק בתום מצב המלחמה ועם השגת שלום, ייעשו סידורים שייקבעו את גורלו של הרכוש האמור (ענין

ולירו, בפסקה 21; ענין שכטר, בפסקה 15; ע"א 332/67 אלבו נ' בן דוד, פ"ד כב(1) 173, 178 (1968); זמיר ובנבנשתי, בעמ' 47-41).

61. בהתאם לכך, צו המסחר עם האויב קובע כי ישולמו לאפוטרופוס כל הכספים אשר אלמלא מצב המלחמה היו צריכים להיפרע לאדם שהוא אויב או לטובתו (סעיף 3). כן מורה הצו כי שר האוצר רשאי להקנות לאפוטרופוס בצו רכוש של אויב או זכות להעביר רכוש של אויב, בכל מקרה שבו הוא רואה כמועיל לעשות כן (סעיף 4(1)). ככלל, חובת האפוטרופוס היא להחזיק בכל הכספים ששולמו לו ובכל רכוש או זכות להעברת רכוש שהוקנו לו על-פי צו עד גמר המלחמה, ולאחריה, עליו לטפל ברכוש ובזכויות האמורות באופן שיורה לו שר האוצר (סעיף 5(1) לצו). לצד זאת, מוסמך האפוטרופוס, בכל עת, לשלם כספים ששולמו לו, או להעביר רכוש שהוקנה לו, למי שהיה זכאי להם אלמלא הפקודה או צווים שניתנו על-פיה, וכן לטובתו של אותו אדם או למורשהו, בכפוף להוראות מיוחדות מאת שר האוצר (סעיף 5(2) לצו). רשות זו אף עשויה להפוך בתנאים מסוימים לסמכות חובה לעשות כן (ענין דימנט, בעמ' 168-167).

62. בהוראה שנוספה לפקודה בשנת 1945, הוסמך האפוטרופוס לנקוט בהליכים משפטיים שונים בענין נכסי אויב. על-פי האמור בפקודה, האפוטרופוס רשאי, אם הוא סבור כי הדבר נדרש לשם מילוי נאות של תפקידיו, לכונן הליכים משפטיים אזרחיים על כל אדם (סעיף 9א(2)), וכך, בין היתר, הוא "יהיה זכאי לכונן כל תביעה אזרחית או הליכים משפטיים אחרים (לרבות ערעורים) או להגן עליהם, ולהופיע ולהשמיע דבריו בפני כל בית משפט או בית דין או בודר, בין בעצמו, ובין באמצעות פקיד ממשלתי באמצעות עורך דין שהרשהו בכתב" (סעיף 9א(3)). הפקודה מבהירה, כי כינון או הגנה של הליכים משפטיים כוללים גם את "המשכתם – בידי האפוטרופוס – של כל תביעה או הליכים שהוחל בהם בידי אדם או על אדם, שנעשה לאויב לאחר שנתכוננו אותם תביעה או הליכים משפטיים" (סעיף 9א(4)); ולבסוף מודגש, כי הוראות אלה תחולנה על כל תביעה או הליך משפטי, בלא שים לב מתי הוחל בהם (סעיף 9א(5) לפקודה). ראוי לציין, כי הוראה דומה אינה קיימת בפקודת המסחר עם האויב באנגליה.

63. בצד האינטרס העיקרי למנוע מן האויב יכולת להפיק טובת הנאה מנכסיו, נועדו פקודת המסחר עם האויב והצו על-פיה להבטיח את שמירתם הנאותה של הנכסים בידי האפוטרופוס, כדי שבעת סיום המלחמה ניתן יהיה להגיע להסדרי שלום אשר יקבעו, בין היתר, את גורלם של נכסי האויב שאפשר שיוחזרו לבעליהם. על התכליות המשולבות העומדות ביסוד הפקודה והצו עמדתי בענין ולירו:

"התכלית המשתמעת מהוראות אלה של הפקודה והצו היא בעלת מימד כפול: מן הצד האחד, היא נועדה למנוע מן האויב יכולת להפיק טובת הנאה מנכסיו, או לעשות בהם שימוש כל עוד מצב המלחמה בין המדינות נמשך. מצד שני, האפוטרופוס נדרש להגן על הנכסים ולפעול לשמירתם "עד לסידורים שייעשו עם חתימת חוזה שלום". משמעות הדבר היא כי אמנם בעת מלחמה לא ניתן לאפשר לאויב ליהנות מנכסיו, אולם במבט צופה העתיד, רואה הפקודה גם את הימים שיבואו לאחר המלחמה, ומניחה כי עם השגת השלום, ייעשו סידורים שיקבעו את גורלו של רכוש זה" (שס, בפסקה 21).

64. ממכלול הוראות אלה ניתן ללמוד על התכליות העיקריות העומדות ביסודם של דיני המסחר עם האויב כפי שעוגנו בפקודה המנדטורית ובצו על-פיה. דינים אלה יוצאים מנקודת ההנחה כי עושרה של מדינה, אשר עשוי לשמש לקידום מאמציה המלחמתיים, מתפרש לא רק על הנכסים המצויים בשטחה, אלא גם על נכסיה ונכסי אזרחיה ותושביה המצויים מחוצה לה, לרבות במדינת אויב. נכסים מעין אלה עשויים לשמש סיוע למדינת האויב (זמיר ונבנשתי, בעמ' 39). מכאן התפיסה כי במצב מלחמה, קיומם של יחסי מסחר בין תושבי שתי המדינות האויבות, עשוי להשפיע על יחסי-הכוחות בין המדינות. תפיסה זו היא שהביאה לקביעת האיסור על מסחר עם האויב כל עוד נמשך מצב המלחמה. עיקר תכליתם של דיני המסחר עם האויב הוא במניעת פעולות שעשויות "להביא תועלת למדינה האויבת, ולסייע בידה להרבות את כושרה להמשיך במלחמה" (ענין חכים, בעמ' 641).

65. ראוי להוסיף, כי האינטרס הציבורי המתבטא במניעת סיוע כלכלי למדינות אויב ולארגוני טרור בפרט, משתקף גם בסעיף 4(ד) לפקודת מניעת טרור הקובעת עבירה פלילית בגין מתן כסף או שווה-כסף לטובת ארגון טרוריסטי, ובעבירות הקבועות בסעיפים 8 ו-9 לחוק איסור מימון טרור בגין פעולות ברכוש טרור או למטרות טרור. חוק אחרון זה נחקק בשנת 2005 על רקע ההסלמה שחלה בפיגועי טרור ברחבי העולם, וההבנה כי יש צורך דוחק ביישול האמצעים הנתונים לרשויות לצורך מלחמה בטרור, בדגש על מאבק בפן הכלכלי של הטרור, ובעיקר במימון הכספי הנדרש לצורך התארגנותו ופעילותו. עיקרו של החוק בקביעת עבירות פליליות שעניינן הטלת איסור על ביצוע פעולות ברכוש שיש להן קשר וזיקה למעשי טרור, והוא מבקש לתפוס ברשתו פעולות רכושיות המתבצעות במטרה לתמוך ולחזק את הטרור ואת ארגוני הטרור, ולשכלל את האמצעים הנתונים לרשויות האכיפה במאמצייהן להדביר את הטרור הפנימי והעולמי (בג"צ 1169/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ראש המחשלה, פסקאות 10, 13 ו-16 לפסק דיני (לא פורסם, 15.6.2009)).

66. שילוב ההוראות הפרטניות הכלולות בפקודת המסחר עם האויב, על רקע התכליות הכלליות המונחות ביסודה, מעלה כי אין לראות גם בה מקור משפטי לשלילת זכות הגישה של המשיב לערכאות לצורך המשך בירור התביעה שהגיש. הטעמים לכך הם אלה:

פקודת המסחר עם האויב והצו על-פיה נועדו בעיקרם לאסור על מסחר עם האויב, במובנו הרחב, כדי לחסום כל אפשרות כי האויב יפיק טובת הנאה מרכוש המצוי במדינה אחרת, העשוי לסייע לו במלחמתו. גם עיון מדוקדק בהוראות הפקודה והצו מביא למסקנה כי אין בהם דבר המונע תביעת אדם המוגדר "אויב" כנגד רשויות המדינה בטענה כי נפגעו זכויות האדם הנתונות לו בעת מעצרו בישראל. תביעה מסוג זה אינה נמנית על אות סוג עניינים שלשם הסדרתם נועדה הפקודה. אמנם, לאפוטרופוס מוקנים נכסי אויב, הכוללים גם "זכויות ראויות" (סעיף 9(8) לפקודה); ניתן לו כוח לפתוח בהליכים משפטיים במסגרת ניהול רכוש האויב (סעיפים 9(א2) ו-3 לפקודה); סמכות זו משתרעת הן על הגשת תביעה והן על המשכה בידי האפוטרופוס, כאשר היא הוגשה בידי אדם שהפך אויב (סעיף 9(א4)). תכלית הפקודה לרכז בידי האפוטרופוס את נכסי האויב ולנהלם, בין היתר על-ידי קיום הליכים משפטיים בעניינם, כל עוד מצב המלחמה נמשך. עם זאת, אין כוונת הפקודה והצו להקנות לאפוטרופוס שליטה על זכות תביעה של אדם שעיקרה בעילה הנסבה על טענות בדבר פגיעה בזכויות יסוד שאין להן קשר לקניין, ואין להן נגיעה לרכוש אויב. אולם, ככל שהכרעה בתביעה כזו עשויה להניב סעד כספי לטובת התובע, פיצוי זה יתפס על-ידי האפוטרופוס, ויוחזק על-ידו עד לימי שלום.

פקודת המסחר עם האויב והדינים האחרים העוסקים במסחר עם האויב אינם שוללים, אפוא, את המשך ניהול התביעה בשמו של המשיב, ואין לראות בהם מחסום לניהולה.

67. לסיכום ניתן לומר: הכלל האנגלי שלפיו אין מבררים תביעת אויב לא נקלט במשפט המדינה באופן מחייב. גם פקודת המסחר עם האויב אינה שוללת או מגבילה את זכות התביעה של המשיב בענייננו גם לאחר שעזב את ישראל, ואף שחבר לארגון טרור הפועל נגד המדינה. עיקר תכליתה של הפקודה הוא למנוע מסחר עם האויב, כדי לא לאפשר את חיזוקו. תכלית זו אינה עומדת בסתירה לבירור תביעת אדם הטוען כי, בהיותו במשמורת הרשויות בישראל, הוא נוצל לרעה וסבל פגיעות קשות בגוף וברוח. מטרת הפקודה – לאסור העברת רכוש לאויב תוך שמירת הרכוש שלא יינזק עד להשגת

שלום – אינה אוסרת המשך ניהול תביעתו של המשיב, אלא שאם יזכה בתביעה, פירות הסעד יוקנו לאפוטרופוס, כדי שיחזיקם עד לסיום מצב המלחמה והשגת הסדר שלום.

טיעונים נוספים – על תקנת הציבור, תום-לב ושימוש לרעה בהליכי משפט

68. המדינה טענה עוד כי המשך בירור תביעתו של המשיב בישראל נוגד את תקנת הציבור, מהווה שימוש לרעה בזכות הגישה לערכאות, ומהווה התנהגות בחוסר תום-לב. לגישה, אין זה ראוי שערכאות שיפוט במדינת ישראל תפעלנה לבירור טענותיו של מי שנמנה על הקשים שבאויביה, ותשחחנה את זמנן ומשאביהן לחקר טענות שכבר נחקרו ונמצאו נטולות-יסוד, וכל זאת שעה שהמשיב עצמו טען בעבר כי אין הוא מכיר בסמכויות ערכאות המדינה ואין לו ענין בקבלת סעד מהן.

דין טענות אלה להידחות.

69. תקנת הציבור משמעה "הערכים, האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים, אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת לקיים, לשמר ולפתח". זהו "המכשיר המשפטי, אשר באמצעותו החברה מבטאת את "האני מאמין" שלה. באמצעותו היא יוצרת מסגרות נורמטיביות חדשות ומונעת חדירה של הסדרים נורמטיביים בלתי ראויים למסגרות הקיימות. אכן, תקנת הציבור הינה כלי מרכזי, אשר בעזרתו שיטת המשפט שומרת על עיקרי ערכיה כנגד מוקדי כוח שונים אשר מבקשים ליצור נורמות משפטיות או פעולות פיסיות הנוגדים ערכים אלה" (בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 778 (1993)). תקנת הציבור היא מושג דינמי ומתפתח; היא משקפת תפיסות יסוד חברתיות, המשתנות ומתאימות את עצמן למציאות המתפתחת על-פי צורכי החברה והמשפט, המשקפים את ערכיה; תכניה של תקנת הציבור נתונים לשינויים והתפתחויות בין חברה לחברה, ומזמן לזמן (דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 363-364 (2000) (להלן: ענין רקנט); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 259-261 (2004)).

70. מה הם הערכים והעקרונות אשר ההתנגשות ביניהם מעצבת את תוכנה של תקנת הציבור בסוגיה שלפנינו?

מצד אחד, מונחים על הכף עיקרון זכות הגישה לערכאות השמורה לכל אדם בישראל, גם אם הוא מהווה גורם עויין, כאשר בצידה נושא התביעה נוגע לטענות בדבר פגיעה בזכויות יסוד בעת משמורת מעצר. ככלל, פגיעה נטענת בזכויות אדם בידי המדינה מצדיקה כי עניינה יתברר בפני ערכאות המדינה. על חשיבות בירור טענות

המשיב בפרשה זו כבר נאמר כי: "אופיה של התביעה וחומרת הטענות שהועלו בה, מצדיקים כי המדינה תעשה מצידה כל שניתן כדי שבירור הטענות המועלות בה לא יחסם ולא ימנע, וגם בכך יש אינטרס ציבורי מובהק", וכך: "על אף שמדובר בהליך אזרחי, הרי טיב התביעה וחומרת הטענות המועלות בה, מצדיקות את בירורה גם מטעמים של אינטרס ציבורי מובהק" (ענין דיראני, פסקאות 3 ו-9 להחלטת הנשיאה ביניש).

מן העבר האחר, ניצבים שיקולים הנוגעים לאינטרס הציבורי במניעת תמיכה באויב, וחשיבות צמצום הנטל המוטל על המערכת המשפטית. אין באלה כדי לגבור על השיקולים התומכים בבירור התביעה. אשר לאינטרס מניעת תמיכה באויב, עיקרו של אינטרס זה זוכה למימוש והגנה באמצעות ההסדר הקבוע בפקודת המסחר עם האויב, האוסר על העברת נכסים או כספים לאויב כל עוד מצב המלחמה נמשך. הסדר זה מבטיח כי גם אם המשיב יזכה בתביעתו, הכספים שייפסקו לטובתו יוחזקו בידי האפוטרופוס על נכסי האויב, וממילא, לא תועבר טובת הנאה חומרית למדינת אויב. אשר לאינטרס הציבורי למנוע הכבדת-יתר על בית המשפט, אכן, בירור תביעה זו, כתביעות אחרות, מצריך השקעה של משאבים – הן מערכתיים והן אישיים. אולם, לשיקול זה אין מעמד בכורה, וביחס בינו לבין ערך מיצוי זכות הגישה לערכאות – גובר הערך האחרון (ענין רקנט, בעמ' 355; בג"צ 6845/00 ניב נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663, 697 (2002)).

71. האיזון בין הערכים השונים על רקע עיקרון תקנת הציבור אינו מתיישב עם סילוק התביעה על-הסף. דווקא תקנת הציבור מצדיקה כי גם אויב יוכל לעתור לערכאות שיפוט בישראל, ולשטוח טענות בדבר פגיעה של השלטון בזכויות אדם הנתונות לו, בעת שהיה בישראל והיה נתון במשמורת השלטון. משטר חוקתי נאור פורש את הגנת החוק גם על אויב בעת שהוא נמצא במשמורתו, וככל שמועלות טענות בדבר סטיות הרשויות מן השורה, יש למצות את בירורן. אכן, בית משפט זה דן והכריע בעניינם של מאות ואלפי אסירים ועצירים ביטחוניים, מהם רבי-מעללים שדם על ידיהם, אשר טענו לפגיעה בזכויות יסוד הנתונות להם במשפט הישראלי; וכבר נאמר כי: "אין בית-משפט זה מודד אלא במידה שווה לכול", וכי: "לעניין העמידה לפני בית-משפט זה אין אנו מבדילים בין צדיק לרשע או בין רשע גמור ורשע טירון" (בג"צ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113, 127 ו-130 (1980) (להלן: ענין קוואסמה)).

אכן:

"מן המפורסמות היא, ששערי בית-משפט זה פתוחים לרווחה לפני כל אדם, ויהא הוא הנבזה והמסוכן והמושחת שבפושעים ... כשם שבית-משפט זה לא

יסבול, שרשות מרשויות המדינה תשלול שלא כדין זכות חוקית מאת אזרח שומר חוק, כן ובה במידה לא יסבול, שתישלל שלא כדין זכות חוקית כלשהי מאת אדם, שהורשע בפלילים או שנחשד על חיי פשע. גם משכמותם ניתן לשלול זכות מזכויותיהם החוקיות רק על-פי הסמכה מפורשת בחוק ובמסגרת העניינית והדיונית שנקבעה בחוק; ובית-משפט זה שומר בהקפדה על מסגרת זו, שלא יחרגו ממנה" (שם, דברי השופט ח' כהן (בדעת מיעוט לענין התוצאה), בעמ' 130).

אמירה זו נכונה גם ביחס לפתיחת שערי בית המשפט בפני גורמים עוינים לצורך שמיעת טענותיהם בדבר פגיעה שנגרמה לזכויותיהם מידי רשויות המדינה. אין בכך סכנה לעוצמתה של המדינה, אלא דווקא ערובה לעוצמתה המוסרית והערכית. שהרי, עוצמתה של המדינה אינה רק בכוח נשקה וצבאה, אלא בקיום עקרונות שלטון החוק (ענין קוואטסמה, בעמ' 132; בג"צ 7195/08 אבו רחמה נ' תא"ל אביחי מנדלבליט, הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 90 לפסק דיני (לא פורסם, 1.7.2009)). דברים ברוח זו נאמרו בעבר ביחס לשאלה האם יש להתיר ביקורים של נציגי הצלב האדום אצל דיראני, המשיב בענייננו, ואצל השיח' עובייד, בעת שהיו נתונים במעצר מינהלי בישראל:

"מדינת ישראל הינה מדינת חוק; מדינת ישראל היא דמוקרטית, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים. שוקלים אנו שיקולים אלה משום שהחמלה וההומניות טבועה באופיינו כמדינה יהודית ודמוקרטית; שוקלים אנו שיקולים אלה, שכן יקר בעינינו כבודו של כל אדם, גם אם הוא נמנה עם אויבינו ... מודעים אנו לכך כי גישה זו מעניקה, לכאורה, "יתרון" לארגוני טרור שההומניות מהם והלאה. אך זהו "יתרון" חולף. גישתנו המוסרית, ההומניות שבעמדתנו, שלטון החוק שמדריך אותנו – כל אלה הם מרכיב חשוב של ביטחוננו ושל כוחנו. בסופו של יום, זהו יתרוןנו שלנו" (בג"צ 794/98 שיח' עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(5) 769, 774 (2001)).

המשיב בענייננו מצהיר על עוינותו לישראל, ומעשיו מעידים בו שהוא אויב אמיתי למדינה ולבני העם. עם זאת, לא נשללה כדין הישראלי זכותו, גם בהיותו אויב, לברר את טענותיו בדבר פגיעה מצד רשויות המדינה בזכויות יסוד שהיו נתונות לו מכוח המשפט בישראל בעת היותו במעצר בתחומי המדינה.

התפתחות חקיקתית – תיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים

72. ביום 10.8.05 פורסם תיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים, אשר במסגרתו הוספו לחוק סעיף 5b והתוספת הראשונה, העוסקים באחריות המדינה בהתייחס לתביעות נזיקין המוגשות נגדה על-ידי נתיני מדינות אויב או גורמים הפעילים או חברים בארגוני מחבלים. וכך מורה סעיף 5b לחוק:

תביעות אויב ופעיל או חבר בארגון מחבלים
 (א) על אף האמור בכל דין, אין המדינה אחראית
 בנזיקים לנזק שנגרם למי שמפורט בפסקאות (1), (2) או
 (3), למעט לנזק שנגרם בסוגי תביעות או לסוגי תובעים
 כאמור בתוספת הראשונה –
 (1) נתין של מדינה שהיא אויב, אלא אם כן
 הוא שוהה כדין בישראל;
 (2) פעיל או חבר בארגון מחבלים;
 (3) מי שניזוק בעת שפעל בשליחותו או מטעמו
 של נתין מדינת אויב, חבר או פעיל בארגון
 מחבלים.
 (ב) בסעיף זה –
 "אויב" ו"ארגון מחבלים" – כהגדרתם בסעיף 91
 לחוק העונשין, התשל"ז-1977;
 "המדינה" – לרבות רשות, גוף או אדם הפועלים
 מטעמה.

זו לשון התוספת הראשונה לחוק הנזיקים האזרחיים:

תביעה שעילתה נזק שנגרם לאדם כאמור בסעיף 5b(א)
 בעת שהיה מצוי במשמורת של מדינת ישראל כעצור או
 כאסיר ואשר לאחר שהותו במשמורת לא חזר להיות
 פעיל או חבר בארגון מחבלים או לפעול מטעמו או
 בשליחותו של מי מהם.

73. הוראת סעיף 5b לחוק הנזיקים האזרחיים פוטרת את המדינה מאחריות לנזק שנגרם לנתין מדינת אויב, אלא אם כן הוא שוהה בישראל כדין, וכן לפעיל או חבר בארגון מחבלים ולמי שניזוק בעת שפעל בשליחותו או מטעמו של נתין מדינת אויב, חבר או פעיל בארגון מחבלים. לחסינות זו של המדינה מאחריות בנזיקין נקבע חריג בתוספת הראשונה לחוק, אשר לפיו, אין החסינות חלה בהתייחס לתביעות שעילתן נזק שנגרם לאדם כאמור בעת שהיה מצוי במשמורת המדינה כעציר או כאסיר, ובלבד – שאותו אדם לא חזר, לאחר סיום המשמורת, להיות פעיל או חבר בארגון מחבלים או לפעול מטעמו או בשליחותו. הוראה זו קובעת, למעשה, "חריג לחריג", אשר לפיו, תחול על המדינה חסינות מפני אחריות בנזיקין גם בהתייחס לתביעות בגין נזק שנגרם

לאדם בעת שהיה במשמורתה, אם אותו אדם, לאחר שנסתיימה משמורתו, חזר לפעילות טרור.

74. סעיף 3(א) לתיקון מס' 7 מסדיר את נושא תחולתו של התיקון בזמן, והוא קובע בענין זה כי "הוראות סעיפים 5ב עד 5ד לחוק העיקרי, כנוסחם בסעיף 1 בחוק זה, יחולו על מעשה שאירע ביום כ"ט באלול התש"ס (29 בספטמבר 2000) ואחריו, אך למעט מעשה שבשלו הוגשה תובענה והחלו בשמיעת הראיות בה לפני מועד פרסומו של חוק זה". משמע, כי התיקון חל על עוולות תביעה שנולדו החל ביום 29.9.00 ולא קודם לכן. לעומת זאת, ענייננו מתייחס לאירועים שאירעו, על-פי הנטען, בשנת 1994.

75. הרקע להוספת סעיף 5ב במסגרת תיקון מס' 7 לחוק, ותכליתו של התיקון, תוארו בדברי ההסבר להצעת החוק באופן הבא:

"הצעת חוק זו באה להסדיר את הפטור מאחריות המדינה לנזק שנגרם לנתין של מדינה שהיא אויב, או למי שהוא פעיל בארגון מחבלים, או למי שניזוק בעת שפעל בשליחותו של אחד מהם או מטעמו ... מאז יום כ"ט באלול התש"ס (29 בספטמבר 2000), נמצאת מדינת ישראל בעימות מתמשך בעל אופי צבאי בין כוחות הביטחון לבין גורמים סדירים או בלתי סדירים העוינים לישראל, הן בשטח המדינה והן באזורי עימות, המצויים מחוץ לשטחה.

...

מוצע לאבחן בין אחריות המדינה בנזיקין בשל נזק שנגרם כתוצאה מפעולותיה לתושב אזור עימות, לבין נזק שנגרם למי שהוא נתין אויב; ... לגבי נזק שנגרם לנתין אויב, תהיה המדינה פטורה מאחריות בנזיקין, למעט לגבי נזק המפורט בתוספת הראשונה ...

...

מוצע לקבוע כי על אף האמור בכל דין, מדינת ישראל תהיה פטורה מאחריות בנזיקין לגבי נזק שנגרם לנתין אויב; יחד עם זאת מוצע לקבוע שמדינת ישראל לא תהיה פטורה מאחריות לנזק שנגרם לנתין אויב בעת ששהה במשמורת של המדינה כאסיר או כעצור" (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, ה"ח 3173, 892).

76. על הרקע לתיקון מס' 7 טענה המדינה בפרשת עדאלה כי הוא נועד להוות פתרון כולל לסוגיית התביעות הנזיקיות של תושבי האזור ומדינות אויב נגד המדינה. לדבריה, העימות בין ישראל לפלסטינים בשנת 2000 יצר מצב בו דיני הנזיקין אינם

מתאימים להכרעה בתביעות שעילתן עימות מזוין ומצבי מלחמה; ולשיטתה, בעימות מזוין, על כל צד לשאת בנזקיו, כאשר מקומו של הפיצוי עבור נזקי העימות הוא במסגרת הסדר כולל בין הצדדים לעימות. עוד גרסה המדינה בענין עדאלה כי ההסדר בענין מניעת הגשת תביעות מצד נתיני אויב נועד למנוע העברת כספים מהמדינה לאויביה, שעלולים לסייע לאויב במלחמה. זהו הסדר משלים לאיסור הסחר עם האויב הקבוע כבר בחקיקה הישראלית, מתוך חשש כי כספים אלה ישמשו את מכונת המלחמה של מדינות האויב. החריגים לכך מכירים באחריות המדינה כלפי נזק שנגרם לאדם במהלך משמורת בישראל, בתנאי שהנפגע לא חזר לפעילות נגד מדינת ישראל במסגרת ארגון מחבלים. ככל שהוא חזר לפעילות טרור, קיים פטור למדינה מאחריות כדי למנוע סיוע לאויב במלחמתו בישראל (תגובת המדינה מיום 6.7.06 לעתירה בענין עדאלה, פסקאות 1, 12, 15-16, 63, 90, 96, 284 ו-306; וראו גם: פרוטוקול ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 31.5.05 (פרוטוקול מס' 489), בעמ' 5).

77. אין חולק, כי לאור הוראת התחולה שנקבעה בתיקון מס' 7, המורה כי התיקון יחול על תביעות בגין מעשים שאירעו מיום 29 בספטמבר 2000 ואילך, אין התיקון חל במישרין על עניינו של המשיב, הטוען למעשי עוולה שבוצעו בו עוד בשנת 1994. חרף זאת, עמדת המדינה היא כי לתיקון לחוק משמעות לענייננו בשני היבטים: ראשית, מדובר בהוראת חוק דקלרטיבית בלבד, המצהירה על הדין שהיה קיים בישראל עוד קודם לתיקון; שנית, התיקון עוסק רק בתביעות נזיקין המוגשות נגד המדינה, בעוד העיקרון שלפיו אין לברר תביעתו של אויב חל ביחס לכל הליך, כנגד כל בעל-דין, ובכל תחומי המשפט. על כן, גם בהינתן הוראת החוק החדשה, יש לקבוע כלל רחב כי תביעות אויב באשר הן לא תתבררנה בערכאות בישראל. המשיב, מצידו, דוחה את טענת המדינה בדבר היותו של הדין החדש דין דקלרטיבי, ומעלה טענות שונות ביחס לחוקתיות הוראת סעיף 5ב לתיקון. לטענתו, הוראת החוק אינה חוקתית נוכח העובדה כי היא שוללת מן הנפגע פיצויים באופן מוחלט וגורף, על בסיס זהותו והשתייכותו, ולא על בסיס נסיבות גרימת הנזק. על-פי הטענה, מתן פטור גורף למדינה מאחריות בנזיקין פוגע בזכויות יסוד המוכרות בישראל כזכויות חוקתיות, סותר עקרונות יסוד המעוגנים במשפט הישראלי וכן עקרונות מקובלים במשפט הזר ובמשפט הבינלאומי.

דין טענות המדינה להידחות.

78. אכן, לא כל תיקון חוק משמעו בהכרח יצירת חוק חדש, ואפשר כי תיקון חוק ייעשה לצורך הבהרה או מניעת ספק באשר לפרשנותו: "עצם תיקונו של חוק אינו מעיד בהכרח כי מטרתו היא שינוי החוק. לעתים בא תיקון החוק לשנות, ולעתים בא הוא אך

להבהיר את המצב המשפטי הקיים" (רע"א 3527/96 אקסלברד נ' מנהל מס רכוש, פ"ד נב(5) 385, 406 (1998)). כך הוא הדבר, בין אם מדובר בתיקון המבהיר הוראת חוק קודמת, ובין בתיקון המבהיר הלכה פסוקה באמצעות עיגונה בחוק. גם תיקון כזה עשוי להיחשב תיקון מבהיר: "מעצם העובדה שהחוק תוקן אין בהכרח להסיק שהמצב המשפטי ששרר קודם לכן היה שונה מזה שנקבע בתיקון, מאחר שלא פעם באים תיקונים כאלה לאשר במפורש מתוך זהירות יתר את המצב הקיים או כדי להסיר ספק או להבהיר דבר סתום" (דנ"א 3962/93 מינץ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד נ(4) 817, 825 (1996); וראו גם: רע"א 4373/05 אבן חיים נ' בנק עצמאות למשכנתאות ופיתוח בע"מ, פסקה 8 (לא פורסם, 15.11.2007); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 54-51 (כרך שני, 1993)). ואולם, כפי שעולה מהניתוח שהובא לעיל, לא נמצאה במשפט הישראלי, קודם לחקיקת תיקון מס' 7, הוראת דין חקוקה, או הוראה הנובעת מהמשפט המקובל הישראלי, השוללת זכות גישה לערכאות של נתין מדינת אויב, כדוגמת הכלל שנקבע עתה במסגרת התיקון לחוק. הן בלשונו של התיקון, והן בתכליתו – כפי שהיא עולה מדברי ההסבר להצעת החוק – אין כדי להצביע על כי מדובר בתיקון דקלרטיבי המבהיר מצב משפטי קיים. נהפוך הוא. הן הלשון, והן התכלית, מצביעות על כך שהתיקון כולו, והוראת סעיף 5 בכלל זה, נעשו על רקע שינוי נסיבות קיצוני במצב הביטחוני בישראל, בעקבות הסלמת העימות בין ישראל לפלסטינים בשנת 2000, אשר הצריך, לדעת המחוקק, שינוי הדין והתאמתו לצרכים המשתנים בעקבות ההתרחשויות של אותה עת.

גם הוראת התחולה של התיקון, הקובעת תחולה רטרואקטיבית מיום 29.9.00 ואילך, מחזקת את המסקנה כי מדובר בדין חדש ולא בדין דקלרטיבי גרידא.

79. ולבסוף, אשר לשאלת חוקתיותם של סעיף 5 והתוספת הראשונה על-פי תיקון מס' 7 – טענה אותה העלה בא-כוח המשיב – אין זה המקום וההקשר המתאים לדון בכך; זאת, הן מאחר שהתיקון מלכתחילה אינו חל במישרין על המשיב בענייננו, ואין בו כדי להשפיע על זכויותיו, והן מאחר שההיבט החוקתי הנדון נמצא מחוץ למסגרת הדיון בהליך הנדון לפנינו (ענין עדאלה, פסקה 31 לפסק דינו של הנשיא ברק ופסקה 4 לפסק דינו של השופט גרוניס).

סוף-דבר

80. על רקע מכלול הטעמים האמורים, אציע לחבריי לדחות את הערעור, ולהותיר את החלטת בית המשפט קמא על כנה. התיק יוחזר, אפוא, לבית המשפט המחוזי בתל

אביב-יפו, על מנת שתביעתו של המשיב תמשיך להתברר בפניו לגופה. אין בדברים האמורים כדי לנקוט עמדה בשאלות דיוניות העשויות לעלות אגב בירור התביעה נוכח העדרו של המשיב מישראל והימצאותו בארץ אויב.

אציע כי, נוכח נסיבותיו המיוחדות והמורכבות של הענין, לא יינתן צו להוצאות בהליך זה.

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופט ח' מלצר:

1. קראתי את חוות הדעת המקיפה של חברתי, השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה – ואינני יכול להסכים עימה. לדעתי, ההלכה שהיא מציעה לקבוע כאן היא חדשנית וקשה, מה גם שהיא סותרת הלכות קודמות של בית משפט זה וכן את הכללים המסדירים את הסוגיה שבפנינו במשפט המשווה (במתקדמות שבמדינות), הקובעים כי בעקרון: אין מבררים תביעתו של אויב. אני מסכים עם זאת להשקפת חברתי שהסוגיה חשובה ועקרונית ולכן אנסה להציג להלן את עמדתי הנוגדת לזו שלה, המובילה למסקנה כי אם תישמע דעתי נקבע שדין ערעור המדינה להתקבל.

טרם שנלבן את השאלות המשפטיות הכרוכות בהליך זה, נראה לי שיש להקדים ולהציג מספר נתוני רקע רלבנטיים, וזאת אעשה מיד בסמוך ובתמציתיות. התיאור העובדתי שיובא בפרק הבא נסמך על האמור בהחלטה ב-בש"א 5664/02 דיראני נ' שר הביטחון (לא פורסם, 26.1.2003) מפי השופטת (כתארה אז) ד' ביניש, על חוות דעתו של תת-אלוף יוסף קופרבוטר (שכיהן כראש חטיבת המחקר באמ"ן), אשר תמכה בבקשת המדינה לדחות תביעתו של המשיב על הסף, וכן על עדויותיו של המשיב עצמו בהליכים קודמים שאוזכרו במכלול שבפנינו.

הרקע העובדתי לפרשה והשתלשלות ההליך

2. המשיב, מוסטפא דיב מרעי דיראני (להלן גם: דיראני), הוא אזרח לבנוני, פעיל בארגוני טרור אנטי-ישראליים שם. הוא היה חבר ב-ארגון אמ"ל החל משנת 1978. בין השנים 1984-1988 שימש דיראני כקצין הביטחון של אמ"ל ובחלק מתקופה זו אף שימש כראש הזרוע הצבאית של הארגון. דיראני עמד בתוך כך בראש חטיבת הפיגועים

של ארגון האמ"ל, שכונתה: "ההתנגדות המאמינה". בשנת 1988 חטיבה זו פרשה מאמ"ל, הפכה לעצמאית והחלה לשתף פעולה עם ה"חיזבאללה".

במסמכי היסוד של "ארגון ההתנגדות המאמינה", שנכתבו על ידי דיראני בכתב ידו ונתפסו בביתו, פורטו מטרותיו של הארגון, בין היתר, כך:

"[...] וזאת במטרה לגרום לו [לאויב, קרי ישראל – ח"מ] אבידות ומכות, לגרום להתפרקותו ולחיסולו ובכך למנוע ממנו לתקוף [...] מכאן אנו רואים שמטרתו של חדר המבצעים יסוב סביב:

1. תוכנית להתקפת האויב הישראלי בתוך ישראל ובחור"ל.
2. תוכנית להתקפת צבא הסוכן לחוד [צד"ל – ח"מ]."

לאחר מכן מפורטים האמצעים להשגת מטרות אלו:

"לפעול לאספקת אמל"ח מיוחד ומפותח להתקפה, ע"מ לתקוף חלק מנקודות הכח של האויב כגון: – למידת טנק המרכבה ואספקת נשק נגדו. – אספקת אמל"ח נ"מ הנישא על הכתף ואמל"ח נ"מ אחר [...] וכן אמצעי ראיית לילה. – הצבת מארבים רבים המתבססים על ביצוע מהיר והסבת אבידות רבות בשורות האויב. – פיתוח שיטה להטמנת מטענים ושליטה עליהם מרחוק. – להכשיר חוליות לבצע פיגועים דרך הים [...]. – לפעול להריגת הסוכנים הפועלים [אנשי צד"ל – ח"מ] כעונש חינוכי. (מתוך תרגום מסמכי היסוד של ארגון ההתנגדות המאמינה, נספחים 11 ו-21 לחוות דעתו של תא"ל קופרווסר).

במהלך השנים 1991-1994 ביצע "ארגון ההתנגדות המאמינה", בראשות דיראני, עשרות פיגועים כנגד כוחות צה"ל. במסמך נוסף בכתב ידו, שנתפס בביתו של דיראני, נמצאה טבלה המפרטת את פיגועי ארגון ההתנגדות המאמינה ולהלן עיקריה:

"1991 – סה"כ 8 פיגועים [...] בעיקר במאפיינים של הנחת מטענים/מוקשים כנגד כוחות צה"ל/צד"ל באזור הבטחון [...]."

1992 – סה"כ 14 פיגועים [...] הארגון הלך והפך לשני בחשיבותו בתחום הפח"ע אחרי חיזבאללה שעמו קיים קשרי שתוף פעולה הדוקים. [...] הפיגוע הבולט התרחש

ב-2.5, במהלכו הופעל מטען צד לעבר פתיחת ציר של צד"ל, שכתוצאה ממנו נהרג חייל צד"ל וחייל נוסף נפצע.

1993 – סה"כ 17 פיגועים. במהלך חצי השנה הראשונה בוצעו שני פיגועי איכות: התנקשות בבכיר בצד"ל ופיגוע משולב בגזרה הצפונית של אזור הבטחון.

1994 – [פירוט של 11 פיגועים שבוצעו, ובהם נפצעו חיילי צה"ל וצד"ל – ח"מ].
(נספחים 1ג-2ג לחוות דעתו של תא"ל קופרווסר).

3. בתקופה שבין אוקטובר 1986 למאי 1988 היה דיראני (תחילה – כחבר בכיר באמ"ל ולאחר מכן עם פרישתה של "ההתנגדות המאמינה" – במסגרת ארגון זה) אחראי לכליאתו ולהחזקתו של הנווט השבוי רון ארד. בתפקידו זה איפשר דיראני לסורים ולגורמים אחרים לחקור את רון ארד ובמאי 1988 הוא "העביר" את הנווט השבוי לידי גורמים אחרים. מאז נעלמו עקבותיו של רון ארד, ולא ידוע מה עלה בגורלו.

4. בשנת 1994 נלכד דיראני בלבנון ע"י כוחות הביטחון של ישראל והובא ארצה לצרכי חקירה. לאחר הגעתו לישראל נחקר דיראני כדי לקבל ממנו מידע בכל הקשור לרון ארד ואף ביחס לפעילות הטרוריסטית של הארגונים אליהם השתייך. בתום חקירה אינטנסיבית, שנמשכה מספר שבועות, נותר דיראני במעצר בישראל בשל מסוכנותו לביטחון המדינה. במשך כשמונה שנים הוא הוחזק במעצר מינהלי על פי צווים שהוצאו ע"י שר הביטחון מכח חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979 והחל משנת 2002 הוא הוחזק במעצר מכח הוראות חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, כאשר מעת לעת מעצרו הוארך במסגרת ביקורות שיפוטיות שנעשו על-פי הוראות החוקים הנ"ל.

5. בשנת 2000 הגיש דיראני תביעת נזיקין נגד המדינה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב (ת"א 1461/00). בתביעתו טען דיראני כי במהלך חקירתו, בסמוך לאחר הבאתו ארצה (כשש שנים קודם להגשת התביעה) הופעלו כלפיו אמצעי חקירה פסולים וחמורים, שהיתה בהם התעללות. כמו כן הוא טען כי בוצע בו במהלך החקירה מעשה אינוס על-ידי שוטר צבאי וכי האחראי על חקירתו ביצע בו מעשה סדום על-ידי החדרת אלה לפי הטבעת שלו. מעשים אלה אף הביאוהו, לדבריו, למסור בחקירתו גירסה שאינה אמת ביחס למעורבים בהעלמו של הנווט הנעדר. בגין המעשים שדיראני מפרט בתובענה, הוא תבע מן המדינה, בשל אחריות ישירה ושילוחית, כטענתו – פיצוי בסך 6,000,000 ש"ח (סכום שהוא בחר לנקוב בו מטעמים של "סימבוליקה", כפי שהצהיר

בא-כוחו בדיון שהתקיים בבית המשפט המחוזי הנכבד בתאריך 27.01.2004 (שם, בעמ' 49)).

6. נוכח ההאשמות החמורות שהעלה דיראני בכתב התביעה, הורה הפרקליט הצבאי הראשי דאז (להלן: הפצ"ר), על דעת פרקליטת המדינה דאז, על פתיחת חקירת מצ"ח. צוות חקירה מיוחד (להלן: הצח"מ) חקר את הטענות, וניהל חקירה ממושכת ומסועפת, שבמסגרתה נחקרו עשרות עדים ונתפסו מסמכים רבים. בתום החקירה הועבר החומר אל הפצ"ר, אשר ערך חוות דעת מפורטת ומנומקת שנמסרה לרמטכ"ל, לפרקליטות המדינה ולראש אמ"ן.

בחוות דעתו מתאריך 24.9.2001 הפצ"ר קבע כי לאחר שבחן את חומר החקירה, הוא הגיע למסקנה כי לא נמצאו בחומר החקירה ראיות המאפשרות להסיק, לכאורה, כי בוצע בדיראני מעשה אינוס, או שהוחדרה אלה לפי הטבעת שלו, כנטען על-ידו. עם זאת, בחקירת מצ"ח הסתבר כי היתה במהלך חקירת דיראני פעולה שהיתה בגדר איום לביצוע מעשים מיניים מהסוג שהוא טוען להם, והדבר נעשה כדי לטעת בדיראני תחושת פחד. בעקבות חוות דעת הפצ"ר, הוחלט שאין מקום להגשת אישומים פליליים, ואולם הומלץ על צעדים שיביאו לסיום שירותו בצה"ל של האחראי על החקירה.

7. לאחר סיום חקירת מצ"ח – הגישה המדינה כתב הגנה כנגד תובענתו של דיראני. בכתב ההגנה הכחישה המדינה את המעשים המיניים החמורים שהלה ייחס לחוקריו. במסגרת התובענה הנדונה התקיימו הליכי גילוי מסמכים, ונוכח העובדה שהוצאה תעודת חיסיון על-ידי שר הביטחון לגבי מסמכים רבים – הוגשה מטעם המשיב עתירה לגילוי ראיות וזו נידונה במסגרת בש"א 5664/02 הנ"ל, ובעקבות ההחלטה בה ניתן היה להתקדם בהכנת התיק לשמיעה.

8. ביני לביני, בחודש ינואר 2004, בעוד התביעה תלויה ועומדת, הוחזר דיראני ללבנון במסגרת עסקה של חילופי שבויים. מספר ימים קודם לכן, לבקשת דיראני ונוכח שחרורו הצפוי, הורה בית המשפט המחוזי בת"א על גביית עדותו המוקדמת, טרם צאתו מן הארץ, והוא נחקר גם בחקירה נגדית.

במסגרת זו השיב דיראני, בין השאר, לשאלות שהופנו אליו על-ידי נציגי המדינה (ישיבת יום 27.01.2001, עמ' 49, שורה 13 ואילך), כך:

ש: תגיד, אתה סומך על בימ"ש ישראלי?
ת: לא.

ש: אתה צריך כסף ישראלי?

ת: לא. אני אישית לא צריך שקל אחד. המשפט הזה מה שקרה איתי בעינויים כדי שלא יקרה למישהו אחר, והאמת תצא לאור. העניינים הכספיים אצלי אין להם ערך.

ש: אגב, למה 6 מיליון ש"ח?

ת: זה החוק אצלכם.

ש: זה החוק אצלנו 6 מיליון ש"ח?

ת: זה החוק תשאל את העו"ד.

עו"ד ריש: זה הסימבוליקה, כל אחד והסימבוליקה שלו.

ובהמשך (עמ' 105, החל משורה 14), הוסיף דיראני גם את הדברים הבאים:

ת: אני בכלל לא מאמין בבית משפט.

ש: אתה לא מאמין? אתה רוצה למחוק את התביעה

שלך?

ת: לא.

9. זמן קצר לאחר שחזר דיראני ללבנון, הוא נועד עם שורה של מנהיגים בחיזבאללה ובתאריך 8.4.2004 הוא כינס מסיבת עיתונאים והודיע כי ארגון "ההתנגדות המאמינה" מתמזג עם החיזבאללה – ארגון שהוכרז כארגון טרוריסטי ע"י ממשלת ישראל בתאריך 22.6.1989 (י"פ 3675 התשמ"ט-1989, עמ' 3474). בעקבות המיזוג מונה דיראני כ"אחראי מדיני" בחיזבאללה והחל לפעול במסגרתו. יצויין כי קודם לשחרורו דיראני הצהיר, בהליך שהתקיים בזמן מעצרו, כי לא ישוב לפעול כנגד ישראל לאחר נסיגתה מלבנון (תמ"מ 1/94, 18/94 בעניין עובייד ודיראני – בפני כב' נשיא בית המשפט המחוזי בת"א, השופט אורי גורן; נזכר בפיסקה 15 להחלטה, מושא הערעור).

10. נוכח הצטרפותו של דיראני לארגון טרור שמטרתו לפגוע במדינת ישראל, החליטה המדינה על הגשת בקשה לדחיית תביעתו על הסף, בהתאם לתקנה 101(א)(3) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד 1984 (להלן: תקסד"א), הקובעת כי לבית משפט סמכות לדחות על הסף תביעה מ"כל נימוק אחר שעל פיו הוא סבור שניתן לדחות מלכתחילה את התובענה בנוגע לאותו נתבע". הטעמים שעמדו בבסיס הבקשה היו הכלל לפיו אין מבררים תביעתו של אויב (אשר בא לידי ביטוי, לטענת המדינה, גם בפקודת המסחר עם האויב 1939 (להלן: פקודת המסחר עם האויב), הקובעת הסדרים

ביחס למי שנעשה אויב), שיקולים שבתקנת הציבור, והעובדה שמדובר בתביעה שגם אם תתקבל – הסעד המבוקש בה לא יועבר לדיראני, כל עוד הוא אויב.

11. בית המשפט המחוזי הנכבד דחה את בקשת המדינה הנ"ל, בקובעו כי במקרה דנן יושג האיזון הראוי בין הפגיעה בזכויות היסוד של דיראני לבין התכלית של מניעת סיוע לאויב, באמצעות ההסדר הקבוע בפקודת המסחר עם האויב, לפיה – אם וככל שייפסק פיצוי לדיראני – האפוטרופוס לנכסי האויב ישמור על נכס זה עד שתגיע עת שלום.

12. על החלטה זו הגישה המדינה את הבקשה שלפנינו, אשר החלטנו לדון בה כבערעור, כאמור בחוות דעתה של חברתי.

13. אין בדעתי להכנס כאן לפירוט טענות הצדדים במסגרת ההליך, שהרי אלה הוצגו בהרחבה בפסק דינה של חברתי. משיקולים של תמצות הכרחי – לא ארחיב גם בנושאים שאני מסכים עליהם עם חברתי, כמו, למשל, קביעתה שכל עוד שהה המשיב בישראל – דרכו לערכאות בארץ היתה סלולה והוא היה רשאי להגיש תביעה אזרחית לפיצויים (ראו: פסקה 30 לחוות דעתה).

דא עקא שלשיטתי, כאשר שב המשיב ללבנון וחזר להיות פעיל בארגון מחבלים – זכותו האמורה פקעה מכוח הכלל שאין מבררים תביעה של אויב, ולפיכך דין תביעתו להידחות על הסף. את נימוקיי לפרופוזיציה האמורה ובאשר לדרכים ליישומה אציג בפרק הבא.

שליטת זכות התביעה מנתין של מדינת אויב, ובמיוחד כשהוא פעיל בכוחות הבטחון של האויב, או בארגון טרוריסטי, הפועל כנגד המדינה בה מוגשת התביעה

14. במשפט הבינלאומי הפרטי, המקובל על המדינות בנות-התרבות וכן ב-Common Law האנגלי, נהוג זה מאות בשנים הכלל שערכאותיה של מדינה נתונה אינן מבררות תביעות של מי שהם אויבים-זרים (Enemy Aliens) של אותה מדינה. ראו: (2008) 490-491, Cheshire, North and Fawcett, PRIVATE INTERNATIONAL LAW; Walker CANADIAN CONFLICT OF LAWS (Vol. 1, 6th ed., 2005), Ch.10.1; עיינו גם: Lord McNair, A.D. Watts THE LEGAL EFFECTS OF WAR 78-115 (1966); Vladeck "Enemy Aliens, Enemy Property, and Access to the Courts," (2007) 11 Karen Knop, (2007) 963, 976 LEWIS & CLARK L. REV. 963, 976 (להלן: Vladeck);

“Citizenship, Public and Private” (2008) 71: 3 LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS
309-341 (להלן: Knop).

במרוצת הזמן התפתחו הלכות שגדרו מיהו “אויב” לעניין זה וכן נוצרו חריגים שונים לכלל.

15. חברתי איננה חולקת על כך שהעקרון לפיו: אין מבררים תביעתו של אויב הוא אכן חלק מן המשפט המקובל. לגישתי, עיקרון זה נקלט אף למשפט הישראלי, מכוח סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, בצירוף סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש”ח-1948. זאת ועוד – החקיקה המנדטורית והישראלית התייחסה לעקרון זה כחל במשפט הארץ. מכאן שאף אם נראה בזכות הגישה לערכאות כזכות יסוד חוקתית, הבאה תחת כנפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (קביעה שאני מסכים לה), הרי שעדיין ניתן לפגוע בה, ובלבד שהפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד האמור. לתפיסתי, דרישה זו מתקיימת פה ולפיכך ראוי לצוות על דחיית התובענה שהגיש המשיב כנגד המדינה על הסף – מכוח הוראת תקנה 101 לתקסד”א.

עתה נפרט את כל מרכיבי הפרופוזיציה הנ”ל, ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

“אין מבררים תביעתו של אויב” – הכלל האנגלי ושלוחותיו במדינות Common Law אחרות

16. כמבואר בחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה (פיסקאות 38 ואילך), במשפט המקובל האנגלי מוכר מזה מאות שנים הכלל שלפיו אין “אויב זר” רשאי להגיש תביעה בבתי המשפט באנגליה ובמושבותיה.

17. את מקורו של הכלל האמור ניתן לאתר כבר בפרשה שהתעוררה בראשית המאה ה-17 (Calvin's Case (1608) Co. Rep. 1a, 17a), שם קבע Sir Edward Coke כך:

“If this alien becomes an enemy (as all alien friends may) then he is utterly disabled to maintain any action, or get anything within this [judicial] realm”.

לגבי תביעות של אויב, אשר הגיש תביעתו טרם פרוץ מצב האיבה נקבע באנגליה כי ההליך יוקפא עד להפסקת מצב המלחמה (ראו למשל: *Janson v. Driefontein Consol. Mines, Ltd.* [1902] A.C. 484, 493).

כלל זה נשמר כאמור מאות בשנים, ובא לידי ביטוי מובהק, כמובן, בעתות של מלחמות, שבהן היתה אנגליה נתונה. כך, בעיצומה של מלחמת העולם הראשונה, בשנת 1915, ניסח Lord Reading את הכלל האמור, במקרה Porter, כדלקמן:

"Whenever the capacity of an alien enemy to sue or proceed in our Courts has come up for consideration, the authorities agree that he cannot enforce his civil rights and cannot sue or proceed in the Civil Courts of the realms... By the existing law of the country, the mere fact of war operates ipso facto to suspend any rights of action which at the time of the outbreak of the war any alien enemy may possess." (*Porter v. Freudenberg*, [1915] 1 K.B. 857 (C.A))

על אף שלא אחת הובעה ביקורת כנגד החלתו הגורפת של הכלל – הכלל ככזה נותר שריר וקיים במשפט האנגלי, אם כי הוא מותן בהדרגה ונקבעו לו חריגים. יש לציין גם כי מרבית ההשגות הופנו כלפי החלתו של הכלל בסכסוכים עסקיים, בהם לא היה לנתין הזר קשר מהותי למדינת האויב, ולא מקום בו ברור היה כי האדם נמצא במדינת אויב בפועל, או שהוא פעיל בכוחות הבטחון של האויב (כמו המצב שלפנינו).

18. כלל זה, שטעמו העיקרי הוא הגנת המדינה בעת מלחמה, לא נס ליחו גם בעידן המודרני, חרף התמעטות המלחמות המוכרזות שבין מדינות ריבוניות. בשנת 2005 שב High Court of Justice ואשרר את הכלל האמור בעניין Amin (Amin v. Brown,) (27 July 2005) (EWHC 1670 (Ch) [2005]). באותו מקרה הותר לתובעת עיראקית להמשיך בתביעתה הכספית כנגד אזרח אנגלי, בנימוק כי אנגליה ועיראק אינן במצב מלחמה, ומטעם זה בלבד לא חל הכלל האוסר על תביעת אויב, אף שהעקרון שאין מבררים תביעתו של אויב אושר מחדש מפי השופט Collins, שנחשב כבר-הסמכא הרם ביותר בבריטניה בתחום זה, בהיותו העורך הנוכחי של DICEY, MORRIS AND COLLINS (2010) ON THE CONFLICT OF LAWS.

19. הכלל האמור הוחל, וממשיך לחול, אף במדינות אחרות, אשר הושפעו מן המשפט המקובל. כך, אף ב-קנדה אין לברר תביעתו של אויב. בשנת 1914 נוסח הכלל שם על ידי השופט Cockburn שם בפרשת Bassi כך:

"An alien enemy has no civil rights in this country, unless he is here under a safe conduct or license from the Crown. In modern times, however, on declaring

war, the Sovereign usually, in the proclamation of war, qualifies it by permitting the subjects of the enemy resident here to continue, so long as they peaceably demean themselves; and without doubt such persons are to be deemed alien friends”
(*Bassi v. Sullivan* [1914] O.J. No. 101, para, 11).

בדומה לאנגליה, גם בקנדה הובעה מורת רוח מסוימת מהיותו של הכלל גורף מדי, ולכן נקבעו בפסיקה שם חריגים מצומצמים וספורים לגבי אנשים, אשר ברור ונהיר כי אינם מהווים אויב של המדינה ואף אינם קשורים בכל דרך שהיא לפעילות כנגדה. בפרשת *Gusetu* משנת 1915 (*Gusetu v. Laing* [1915] Q.J. No. 15), המצטטת את הכלל שנקבע בפרשת *Porter* האנגלית, דובר על אזרח אוסטרי, אשר העילה לתביעתו התגבשה טרם פרוץ מלחמת העולם הראשונה והפיכתה של אוסטריה למדינת אויב, ולכן נקבע כחריג לכלל כי אדם שהפך אויב לאחר שתביעתו הוגשה – התביעה לא תמחק, אלא תוקפא עד לתום מצב המלחמה. עם זאת, גם בקנדה – הכלל כי בעיקרון אין מבררים תביעה של אויב לא שונה עד עצם היום הזה.

20. נפנה עתה למצב בארצות הברית: שם קיבל הכלל מה-Common Law כי אין מבררים תביעת אויב – ביטוי בחוק, בשנת 1798, עת הקונגרס חוקק את ה-*Alien Enemy Act* (1798). חוק זה מאפשר, בעת מלחמה – להגביל ואף לבטל לחלוטין את זכות הגישה לערכאות משפטיות של נתיני אויב. חוק זה עומד בתוקפו עד היום, ובית המשפט העליון שם נזקק לו פעמים אחדות במהלך מלחמת העולם השנייה ובעקבותיה. כך, יושם הכלל בפרשת *Johnson*, בגדרה נקבע כי:

“In war, the subjects of each country were enemies to each other, and bound to regard and treat each other as such [...] [T]hey have no power to sue in the public courts of the enemy nation.”(*Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763, 772, 776 (1950)).

גם בארה"ב קיים מעין חריג לכלל לגבי תביעות שהחלו טרם פרוץ המלחמה. חריג זה, המאשרר למעשה את הכלל עצמו, קובע כי תביעות אלו וכל הזכויות הנלוות להן מוקפאות למשך המלחמה, אך לא מתבטלות (ראו: *Johnson*).

יוער, כי הדגש בדין האמריקאי בסוגיית זיהוי ה"אויב" הוא לפי הלאום של הזר, ולא מקום מושבו, וזאת בניגוד לדין באנגליה ובקנדה, שסקרנו לעיל. עיינו: Knop, שם.

21. חוק ה-Alien Enemy לא יושם בארה"ב במלחמתה בטרור, בהיעדר מלחמה רשמית מוכרזת. עם זאת, נותרה בעינה, בצד החוק, הגישה שנקלטה מה- Common Law, לפיה יכולתם של נתיני אויב לפנות לערכאות השיפוטיות בדרישה להגן על זכויותיהם היא מוגבלת. Vladeck במאמרו סיכם תפיסה זו כך: "A nation at war need not be detained by time-consuming procedures while the enemy bores from within" (שם, בעמ' 976). גישה ביקורתית ביחס למצב הנורמטיבי האמור ראו כנגד זאת אצל: David Cole, ENEMY ALIEN, 1-14, 88-104 (2003).

בית המשפט העליון בארה"ב, בעקבות הביקורת האקדמית והליברלית שנמתחה על עמדת הרשויות במכלול, נכון היה להכיר בזכותם של עצורים במחנה Guantanamo שבקובה (שבשליטת ארה"ב) לפנות לערכאות השיפוט בארה"ב בעתירות לצו Habeas Corpus (ראו: *Boumediene v. Bush* 5553 US 723 (2008)). ברם ניתן לומר שבכך נתמצתה ההגנה על הזכויות החוקתיות של העצורים הללו. בתי המשפט בארה"ב מצאו כי תחולתו של פסק הדין בעניין *Boumediene* מצומצמת, ודחו תביעת פיצויים של עצורים לשעבר במחנה Guantanamo בגין פגיעות נטענות בהם במהלך חקירתם, עת היו עצורים (*Rasul v. Myers* 563 F.3d 527 (D.C. Cir. 2009)). כן הוחלט כי לקרובי משפחתם של עצורים שהתאבדו במחנה – לא עומדת זכות חוקתית להביא תביעת נזיקין בפני בית משפט בארצות הברית (*Al Zahrani v. Rumsfeld* 684 F. Supp. 2d 103 (D.D.C. 2010)). כן ראו: *Mohammed v. Rumsfeld*, 2011 WL 2462851 (D.C. Cir.); *In re Iraq and Afghanistan Detainees*, 479 F. Supp. 2d 85, 105 (D.D.C. 2007).

22. מן הסקירה שלעיל – שוודאי איננה מתימרת למצות את הנושא – עולה במפורש כי הכלל הגורס כי: "אין מבררים תביעתו של אויב" מוכר ב- Common Law האנגלי ובמדינות הצועדות אחריו ומאפשר להשעות, ואף לדחות במקרים הראויים, את תביעתו של אזרח זר ממדינה אויבת. לכלל זה ניתן לאתר חריגים מסוגים שונים – אי-תחולה על תביעות של אזרח זר המצוי במדינה שלערכאותיה הוא מבקש לפנות; אי-תחולת הכלל על תביעות של נתיני מדינה זרה שאיננה מצויה במצב מלחמה רשמי עם המדינה, שבה הוא הגיש את תביעתו, ועוד. אולם הכלל הרחב – בעינו עומד.

קליטת הכלל שאין מבררים תביעתו של אויב במשפט הישראלי

23. עתה יש לבחון האם הכלל האמור, למצער – ככל שהוא נוגע לתביעת אויב, ממקום שבתו במדינת אויב, נקלט במשפט הישראלי, ואם לאו – האם ראוי לו להיות מאומץ במשפטנו. תשובתי לשתי השאלות היא בחיוב.

24. אשר לקליטת הכלל ש"אין מבררים תביעתו של אויב" במשפט הישראלי: חברתי, השופט פרנקלין, מוצאת בקריאה מדוקדקת בפסק הדין בעניין חכים (בג"ץ 24/52 חכים נ' שר הפנים, פ"ד ו 638 (1952)), עליו ביקשה המדינה להסתמך – איפכא מסתברא, דהיינו היא גורסת שמפסק הדין הנ"ל ניתן ללמוד כי הכלל לפיו "אין מבררים תביעתו של אויב" – לא נקלט במשפט הישראלי. זאת היא מסיקה מאבחונים שונים, שהיא עושה בחוות הדעת של השופטים ש"ז חשין ו-י' זוסמן שם.

הבנתי את פסק הדין הנ"ל שונה. באותו מקרה דרשה העותרת הישראלית לאפשר לבנה, שלמד באוניברסיטה בלבנון עובר להקמת המדינה, להיכנס לישראל, בטענה כי יש לראות בו נתין של מדינת ישראל. מכשול דיוני שעמד בדרכו של הבן נעוץ היה בעובדה שישב במדינת אויב, עובר להגשת העתירה. בפסק הדין הסכימו כל השופטים כי העקרון המנחה הוא זה שנקבע בפסק הדין בעניין *Porter*, שנזכר לעיל, לפיו הגר במדינת אויב ייחשב לאויב, נתון המשליך על זכותו לפנות לערכאות המדינה האחרת. כמבואר בפסק דינו של השופט חשין, המדובר אכן ב"הלכה", אף אם אין היא מכריעה וניתן לאבחנה בנסיבות המקרה הקונקרטי. השופט חשין הדגיש כי חרף האבחנה, הרי ש"העקרון אשר עליו בנויה אותה הלכה עשוי לשמש לנו ציון ומורה דרך, בבואנו לקבוע באיזו מידה מצווים בתי המשפט ליתן תוקף לזכויותיו האזרחיות" (שם, בעמ' 640). טעמה של אותה הלכה, כך הובהר, הוא: "כי טובת הכלל דורשת לאסור כל פעולה העשויה להביא תועלת למדינה האויבת ולסייע בידה להרבות את כשרה להמשיך במלחמה" (שם, בעמ' 641). אם יש להפסיק העברת כספים למדינת אויב בעת מלחמה, כך נקבע, הרי שמכלל קל וחומר שאין לאפשר לאויב להיכנס לישראל (שם).

עיון בחוות דעתו של השופט זוסמן מלמד אף הוא כי הכלל שבעניין *Porter* היה מקובל עליו, אף שגם הוא גרס כי אין הוא נועל, כשלעצמו, את שערי בית המשפט מפני עתירת המבקשת במקרה הנתון, זאת, שכן הכלל האמור עניינו "בקשר לזכויות ולהתחייבויות האזרחיות" (שם, בעמ' 642). המצב בעניין חכים היה שונה, לשיטתו, שכן אין מדובר: "ביחסים משפטיים אשר בין האזרח לבין חברו, הנובעים מהמשפט האזרחי, אלא הסכסוך הוא בין הפרט ובין הכלל, והוא סובב כולו על שטח המשפט

הפומבי" (שם, בעמ' 642). השופט אסף הסכים עם מסקנתם של שני השופטים: חשין וזוסמן.

לדידי, תביעתו הכספית של דיראני, אף שאיננה כנגד פרט, אלא נגד המדינה, היא עדיין בגדר תביעה כספית, והיא קרובה יותר, ודאי מבחינת הרציונל שבכלל האוסר על בירור תביעתו של האויב – לתביעה בתחום האזרחי, ולא בתחום "המשפט הפומבי", כהגדרתו של השופט זוסמן.

25. פסק הדין בעניין חכים לא חלק איפוא, לשיטתי, על תחולתו העקרונית של הכלל כי "אין מבררים תביעתו של אויב" במשפט הישראלי, והשאלה היתה רק האם חל הכלל ישירות על עניינם של העותרת ובנה, בשים לב לכך שהעתירה היתה בתחום המשפט המינהלי והתמקדה בשאלה האם להעניק לבנה של העותרת אפשרות כניסה לישראל. הטעמים שבגינם מצאו השופטים חשין וזוסמן, כל אחד מטעמיו הוא, כי הכלל הנ"ל איננו חל על העתירה שם, אין משמעה שהכלל עצמו איננו ישים, במקרים המתאימים, על תביעות אזרחיות ככאלה, מה גם שהצו על-תנאי בעניין חכים בוטל על דעת שלושת השופטים.

26. זאת ועוד – אחרת. שנים אחדות לאחר שניתן פסק הדין בעניין חכים, התייחס המחוקק הישראלי עצמו לכלל לפיו "אין מבררים תביעתו של אויב", כעולה מהוראת סעיף 14(א) לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות), בגדרו נקבע כך:

"בחישוב תקופת ההתיישנות לא יבוא במנין הזמן שבו נמצא אחד מבעלי הדין בשטח מדינה, שמחמת התנאים שהיה נתון בהם שם, או מחמת היחסים שהיו שוררים בין אותה מדינה לבין מדינת ישראל לא יכול היה, הוא או בעל דינו, לקיים את הבירור המשפטי.

בסעיף זה –

"שטח מדינה" – לרבות כל ארץ חסות וכל שטח התפוס למעשה בידי מדינה;

"בעל דין" – לגבי נכס המוקנה לאפוטרופוס על נכסי נפקדים, לאפוטרופוס על נכסי גרמנים או לממונה על רכוש האויב – מי שהיה בעל הנכס האמור ערב ההקנייה." [בשנת 1978 הוספו כאן המילים: ולגבי נכס שבניהולו של האפוטרופוס הכללי – בעל הנכס (ח"מ); ההדגשות שלי – ח"מ]

הנה כי כן המחוקק הישראלי, בהתאמה לדין האנגלי, הכיר בכך שאדם במדינת אויב מנוע מלתבוע בערכאות בישראל, וביקש להסדיר את סוגיית ההתיישנות בעניין

תביעה מעין זו, דהיינו להאריך את תקופת ההתיישנות כך שתקופת המניעה לא תימנה (ראו: זלמן יהודאי, דיני ההתיישנות בישראל (כרך א') 251 (1991)). לעניין המצב המקביל באנגליה מצינו בספרו של J.F. Josling PERIODS OF LIMITATIONS 126 (1966) את הקטע הבא:

"At common law an alien enemy could not sue, though he could be sued. In time of war, therefore, limitation periods which commence with the accrual of a cause of action can begin to run in favour of an alien enemy but not against him. Once begun, the period would in either case continue to run, the procedural difficulty notwithstanding".

לפרשנות סעיף 14 לחוק ההתיישנות בפסיקה ראו: ע"א 35/68 מועלם נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים פ"ד כב(2) 174 (1968). יצוין כי חוק ההתיישנות אימץ בהוראה הנ"ל את ההסדר הזה למעשה, שקבע המחוקק כבר בשנת 1956, בסעיף 3 לחוק לתיקון פקודת הנזיקים האזרחיים (תיקון מס' 2), התשט"ז-1956, והרי אצלנו מדובר בתביעה נזיקית.

27. להשלמת הדברים אציין כי לסברתי אין למצוא בהוראות החקיקה השונות, עליהן עמדתי השופטת פרוקצ'יה בחוות דעתה (פיסקה 52 ואילך), כדי לשלול את תחולתו של אותו כלל ולמעשה ניתן לגרום שאפילו ההפך הוא הנכון, דהיינו שההוראות הסטטוטוריות באות לאמץ אותן ולהתאימן לתנאי הארץ ותושביה במקרים המתאימים. עוד אעיר, כי דווקא העובדה שחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005 קבע כי תחולתו היא מתאריך 29.9.2000 ואילך, אין בה כדי לגרוע מהיותו – בסוגיה שלפנינו – חוק דקלרטיבי בלבד (השוו: רע"א 4373/05 אבן חיים נ' בנק עצמאות למשכנתאות ופיתוח בע"מ (לא פורסם, 15.11.2007)). במסגרת זו אומץ, כידוע, אותו חריג מוכר לכלל על פיו מי שהיה מצוי במשמורת של המדינה כעציר, או כאסיר ונעשתה כלפיו עוולה נזיקית רשאי לתבוע (אפילו הוא נתין זר) ובלבד שלאחר שהותו במשמורת – לא חזר להיות פעיל, או חבר בארגון מחבלים, או לפעול מטעמו או בשליחותו של אחד מהם (ראו: סעיף 5(א) והתוספת הראשונה לחוק האמור). הנה כי כן קביעת התחולה הנ"ל (29.9.2000) הייתה חיונית לצורך הוראות אחרות בחוק, שאין ספק כי היה בהן כדי לחדש.

28. העולה מכל המקובץ מוביל למסקנה כי אם תאומץ עמדתי, לפיה הכלל בעניין אי-בירור תביעת אויב נקלט במשפט הישראלי, אזי גורלו של הערעור שבפנינו: להתקבל. זאת ועוד – אף אם יאמר שקיימים חריגים שונים לכלל, הרי שהמקרה

שבפנינו איננו יכול להימנות עמם. עסקינן, נזכיר, בתביעה של מי שאיננו עוד נתון במשמורתה של המדינה, הוא נתין מדינת אויב, הוא עצמו אויב מר של ישראל, ופועל אישית, במסגרת ארגון החיזבאללה, לפגוע במדינה ולזרוע בה הרס. אכן אין בנמצא "אויב קטן", כל שכן כך כאשר מדובר באויב קשה.

29. אדגיש עוד כי אני סבור, בניגוד להשקפת חברתי (פיסקאות 53 ו-56 לחוות דעתה) כי אין לסווג את תביעתו של דיראני ככזו שאיננה אזרחית, או לראות בה ככזו ש"עיקרה בהעמדה למבחן של פעולות רשויות המדינה, ואין עיקרה בהיבט קנייני-כלכלי-כספי", ומטעם זה "נראה כי הרציונל הטמון בכלל האוסר בירור תביעת אויב אינו חל עליה במישרין" (פיסקה 56 לחוות הדעת). לגישתי אף שעילת התביעה היא פגיעה נטענת (ומוכחשת על-ידי המדינה) בגופו ובכבוד האדם של דיראני, הרי שהסעד המבוקש – סעד כספי – הוא המבאר וחותרך את מהותה של התביעה. דיראני איננו מבקש כיום, כבעבר, להגן על זכויותיו החוקתיות. בקשתו הנוכחית היא כי מדינת ישראל תפצה אותו בכסף, בגין פגיעה נטענת בו בעבר. בתביעתו הוא דורש כי מדינת ישראל תשלם לו ששה מיליון ש"ח (סכום שהוא בחר בו, כאמור, מטעמי "סימבוליקה" – ונותר לקורא רק לנחש לאיזו "סימבוליקה" כיוונו דיראני ובא-כוחו בבוחרם במספר זה).

הנה כי כן תביעה זו, אף שהיא מכוונת כנגד המדינה, היא תביעה אזרחית. הכלל האוסר על בירור התביעה בהיות דיראני אויב – חל עליה, ואם לא במקרה דנן – אימתי?!.

דחיית התובענה עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה

30. זה המקום להסביר גם מדוע הפגיעה בזכות הגישה לערכאות של המשיב עומדת אף בתנאי פסקת ההגבלה, ואולם טרם שאנו מגיעים לכך נעיר שתי הערות מקדימות:

(א) הכלל שנקלט מה- Common Law האנגלי, לפיו אין מבררים תביעתו של אויב (וכן פקודת המסחר עם האויב) הם דינים שממשיכים לעמוד בתוקף, שהרי הם היו קיימים לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעניין זה סעיף 10 לחוק היסוד הנ"ל, קובע, כידוע, כי: "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד" (ההדגשה שלי – ח"מ).

דיני המשפט המקובל ועקרונות היושר של אנגליה וכן פקודה מנדטורית הם בגדר "דין", על פי סעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הפרשנות), וודאי שהם כאלה אפילו אם תמצא שלא לפרש את חוק היסוד בהתאם לחוק הפרשנות (הנמוך יותר בהיררכיה הנורמטיבית). ראו: אהרון ברק מידתיות במשפט, הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה, 165 (2010); (להלן – ברק, מידתיות במשפט).

(ב) עם שובו של דיראני ללבנון והצטרפותו לארגון החיזבאללה, הוא ויתר למעשה על זכות הגישה לערכאות במדינת ישראל ועל זכות הקניין שלו במדינת ישראל. גם אם לא תתקבל עמדה זו – וייקבע שעדיין קיימות לו זכויות אלו, הזכויות החוקתיות האמורות הינן מוגבלות ויחסיות, ככל זכות אחרת, ומקובלת עלי עמדת המדינה, לפיה דחיית התביעה והפגיעה בזכויות הללו הינה, בנסיבות, בהתאם לחוק, הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, נועדה היא למטרה ראויה והיא מידתית ומאוזנת.

אסביר הדברים מיד.

31. הפגיעה בזכות היא מכח חוק, או הסמכה מפורשת בו: הבקשה לדחיית התביעה על הסף נסמכה על תקסד"א, ועל הדין הקיים, הקובע שאין מבררים תביעה של אויב. זאת ועוד – אחרת. ה"חוק" הנזכר בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל גם: משפט מקובל אנגלי, שנקלט בישראל, ומשפט מקובל "תוצרת הארץ". ראו: ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 156-166. השוו: 2 (1979) *Sunday Times v United Kingdom* ECHR 245. עיינו גם: בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 20.8.2008).

32. הפגיעה היא באמצעות חוק (במשמעותו הרחבה של ביטוי זה) ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שהרי הוא בא לשמר אותה מפני אויביה – כמדינה יהודית ודמוקרטית. כאן יש להפעיל את עקרונות "הדמוקרטיה המתגוננת", שפותחו ע"י הנשיא ש' אגרנט והשופט י' זוסמן ב-ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965). בהקשר זה ראוי לצטט מדבריו של השופט זוסמן באותה פרשה: "רשות ... מרשויות המדינה אינה צריכה לשמש מכשיר בידי מי ששם לעצמו את חיסול המדינה כמטרה, ואין לו - אולי - מטרה אחרת זולתה" (שם, בעמ' 390).

הוא אף הוסיף דוגמה:

“פלוני חפץ לזרוק פצצה בכנסת כדי לרצוח את חברי הכנסת, אך מיציע האורחים אין הדבר ניתן לביצוע, לכן הוא מגיש רשימת מועמדים לבחירות לכנסת, ומטרתו המוצהרת היא שבתור חבר כנסת, הנהנה מחסינות, יוכל להיכנס לאולם הישיבות ולבצע בו את זממנו. פלוני זה מגיש רשימת מועמדים שאין בה פגם. החייבת ועדת הבחירות על פי סעיף 23 הנ”ל, לאשר את הרשימה ולסייע בידו, בדרך זו, לבצע פשע? או שמא רשאית הוועדה לומר שלא למטרה זו קיים במשטר דמוקרטי בית הנבחרים, והשימוש שפלוני מבקש לעשות בסדר המשטר שימוש לרעה הוא שאין הוועדה חייבת להשלים עמו? ואם רשאית הוועדה לסרב לאשר רשימת מועמדים שהוגשה לה לשם קידומה של עבירת רצח, כלום אינה רשאית לסרב לאשר רשימה שהוגשה לקידומה של בגידה במדינה?”.

ולבסוף סיכם:

“הכללים היסודיים, העל חוקתיים האמורים אינם בעצם, לגבי עניינינו אלא זכות ההתגוננות של החברה המאורגנת במדינה. בין אם נקרא לכללים בשם “דין טבעי” (Natural Law), ללמדך שמטבע ברייתה של מדינת דין הם ... ובין אם נקרא להם בשם אחר, שותף אני לדעה, שהנסיון שבחיים מחייב אותנו שלא לחזור על אותה שגיאה שכולנו היינו עדים לה. כמו שאמר חברי הנכבד, השופט כהן, בית המשפט הגרמני לחוקה, בדונו בשאלת חוקיותה של מפלגה, דיבר על “דמוקרטיה לוחמת”, שאינה פותחת את שעריה למעשי חתירה במסווה של פעילות פרלמנטרית לגיטימית. כשלעצמי, לגבי ישראל, מוכן אני להסתפק ב”דמוקרטיה מתגוננת” וכלים להגנה על קיום המדינה מצויים בידינו ...” (שם).

הנמשל לעניינינו ברור, וחבל שלא כולם מבחינים בו.

33. דחיית התביעה נועדה לתכלית ראויה: בעניין עדאלה (בג”ץ 8276/05 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ’ שר הבטחון (לא פורסם, 12.12.2006)) נפסק כי: “כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית – כגון החיים, החירות, כבוד האדם, הקניין, הפרטיות – התכלית צריכה להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ” (שם, פסקה 28). כמבואר לעיל, במתקנות שבמדינות קיים הכלל לפיו אין מבררים תביעתו של אויב וזהו כלי בידי מדינה ריבונית לחסום את אויביה ולמנוע מהם כספים, העלולים לסייע להם במלחמתם כנגדה. התכלית ביסוד כלל זה ברורה – מדינה איננה חייבת לעזור לאויביה. המדובר איפוא בתכלית ראויה ומוצדקת. עיינו גם: Knop, שם, שם.

34. הפגיעה בזכויות היסוד היא מידתית: הפגיעה בזכויות החוקתיות של דיראני, היא במידה שאיננה עולה על הנדרש והיא מידתית בנסיבות. היא עומדת בשלושה מבחני המשנה לעמידת הפגיעה בזכויות בתנאי האמור (ראו: עניין עדאלה, פסקה 29): האמצעי שהחוק (כפי שפירשנו מושג זה) נקט בו מתאים להגשמת המטרה אותה הוא מבקש להגשים (מבחן הקשר הרציונלי); המדובר באמצעי שמידתו פחותה, ובתוצאה שהיא מידתית במובן הצר (מבחן היחסיות).

35. אשר למבחן המשנה הראשון, כאן אכן קיים קשר רציונלי בין דחיית התביעה על הסף לבין השגת התכלית של מניעת סיוע לאויב, שעה שהמשיב מבקש לעשות שימוש במערכת המשפט הישראלית לצורך פגיעה במדינה בכלל ובמישור הבינלאומי בפרט והוא פועל בצורה אקטיבית כנגד ישראל.

אשר למבחן המשנה השני, ברי כי בנסיבות אין אמצעי אחר שמידתו פחותה, וזאת נוכח היותו של המשיב "אויב אישי", בנוסף להיותו נתין של המדינה המצויה במצב של לוחמה עם ישראל. אוסיף, כי פה ודאי אין קושי מיוחד בעניין המידתיות, שעה שדיראני עצמו איננו מעוניין למעשה בסעד אותו הוא תובע, אלא רק בקיום ההליך, הכל כעולה מעדותו הנ"ל. בנסיבות אלה, ספק רב אם ניתן לומר כי יש בדחיית התביעה כדי לפגוע אפילו במימוש זכות-יסוד של דיראני, שעה שהוא למעשה איננו מעוניין, ובמצב הדברים הנוכחי אף לא יוכל לקבל את הפיצוי אותו הוא תובע, כפי שקבע בית המשפט המחוזי הנכבד.

אשר למבחן המשנה השלישי, הרי שהתועלת החברתית מדחיית התביעה עולה על הפגיעה במשיב, ועל כן דחיית התובענה היא מידתית ומאוזנת ועומדת במבחן היחסיות. דחיית התביעה מעגנת כאמור כללים מקובלים, אשר בבסיסם עומד הרציונל כי אין לסייע לאויב, לרבות באמצעות בירור תביעתו. דחיית התביעה תמנע מצב בו בעת לוחמה (אפילו היא בעצימות נמוכה) – מדינת ישראל מבררת בערכאותיה תביעה של אויב פעיל שלה. כפי שהראינו לעיל, רצונו של דיראני להמשיך ולברר את תביעתו הינה לצורך קידום אינטרסים אחרים וזרים לאינטרסים המוגנים ולכך לא ניתן להסכים. בהקשר זה אחזור ואדגיש כי הציניות שבתביעה בולטת והיא עולה מסכומה "הסימבולי" (6,000,000 ש"ח), שאין לו בסיס ראייתי או תחשיבי כלשהו ומטענת בא כוח המשיב כי בירור התביעה אמור להבטיח שמירה על צביונה הדמוקרטי של המדינה ולהגן על חוסנה המוסרי והמשפטי ועל כיבוד שלטון החוק (עיינו בהקשר זה גם: פסקה 13 סייפא לחוות דעתה של חברתי).

יתמה המתבונן מן הצד: וכי באלה אכן מעוניין המשיב?! אין זאת אלא שיש כאן טענות, אשר George Orwell בספרו הידוע 1984 כינה אותן Doublethink ואותן יש חובה לבלום על אתר (עיינו והשוו: בג"צ 121/68 אלקטרה (ישראל) נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כב(2) 551, 560 (1968)).

36. לסיכום פרק זה – לשיטתי, דחייתה של התביעה על הסף, אפילו היא פוגעת בזכויות חוקתיות – מצויה בתוככי מתחם המידתיות, והיא אף עונה על יתר תנאיה של פיסקת ההגבלה. לפיכך דין הטענות לפגיעה בלתי חוקתית בזכויות – להדחות.

37. נניח עתה, לצורך הדיון בלבד, כי עמדתי – לפיה הכלל האוסר על בירור תביעתו של אויב מהווה כבר חלק מן המשפט בישראל – תידחה ולפיכך בפנינו לוח חלק. עתה יש לשאול האם יש מקום לקליטת הכלל האמור במשפט הישראלי וכיצד.

חברתי גורסת (פיסקה 52 לחוות דעתה) כי אין צורך להכריע בשאלה זו, וניתן להכריע בערעור על יסוד מקורות אחרים, כמבואר על-ידה. גישתי, אף בעניין זה, שונה. אומר, באופן התמציתי ביותר: בסוגיה שבפנינו אני מתקשה לראות מדוע במדינות העולם הנאור יעמוד בעינו כלל מסוים משך כארבע-מאות שנים, ויצלח אתגרים של ממש שניצבו בפניו, דוגמת מלחמות העולם, ורק במדינתנו נבחר שלא לאמץ אותו לחלוטין. אינני יכול לקבל – בסוגיה הקונקרטית שלפנינו – שאנגליה, קנדה וארצות הברית ימצאו כולן שאין הצדקה ליתן כלי בידי האויב בדרך של הגשת תביעות כספיות בערכאותיהן השיפוטיות (למעט בחריגים מתאימים), ואילו אנו נקבע כי אין קושי בכך שהגרוועים שבאויבינו, עת יושבים הם לבטח בארצם, יוכלו לנהל תביעות כספיות נגד מדינת ישראל ולעשות בתביעות אלו קרדום לחפור בו. קושי זה מתעצם עוד יותר נוכח היעדר כל אפשרות חוקית (נתון שחברתי מקבלת ומבארת בהרחבה) לכך שתביעה ממין זה תוביל, למצער לעת הזו, למתן הסעד המבוקש בידי המשיב-התובע.

38. אדגיש: אינני קורא לאימוצו של הכלל האוסר על בירורן של תביעות אויב ללא כל סייג. חריגים שכאלה קיימים כבר, כאמור, במדינות שמעבר לים, אשר אימצו ויישמו את הכלל הבסיסי, וראוי שהם יתקיימו אף אצלנו. נדגים:

כך, ה"חריג" שארה"ב נכונה היתה להכיר בו – מתן צווי Habeas Corpus (אך לא זכויות אחרות) לנתיני אויב המצויים בשטח שבשליטתה – הוא בבחינת מובן מאליו

בישראל זה מכבר. יתר על כן, אצלנו, כאשר נתין של אויב (לרבות עזיר בטחוני) מצוי בשטח שבשליטת המדינה הוא מקבל גישה ישירה לערכאות השיפוטיות (ולא רק בענייני הביאס קורפוס), כאשר הן היחידות היכולות להבטיח באופן אפקטיבי את זכויותיו החוקתיות והאחרות.

כך, כאשר איסור האפשרות על בירור תביעתו של האויב עלולה לגרום לנזק מצרפי גדול יותר לישראל ולאזרחיה מאשר התועלת שביישום האיסור – יש מקום לברר את התביעה (השוו: (Rodriguez v. Speyer Bros. [1918] AC 59 (H.L.)).

כך, כאשר מקום מושבו של העותר הוא במדינת אויב, אך הוא טוען כי עומדת לו זכות חוקתית להיכנס לישראל, או זכות אחרת ממין זה – אין הצדקה שלא לברר את עתירתו (השוו: עניין חכים).

וכך ייתכנו טעמים אחרים, שאינני רואה צורך לגודרם לעת הזו, שבעטיים ימצא בית המשפט כי אין מקום להחלת הכלל האוסר על בירור תביעות אויב באופן גורף.

עם זאת, וזה עיקר לענייננו – תביעתו הכספית של אויב, היושב במדינת אויב, ומשקיע את כל מרצו בפעולות לפגיעה בישראל, איננה יכולה להיכנס בשום מקרה בגדר החריגים לכלל האמור.

39. מהי איפוא הדרך המשפטית "לקליטתו" של הכלל הבסיסי (על חריגיו), בהנחה שהוא טרם "התאזרח" בארצנו. התשובה מצויה בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם–1980 (להלן: חוק יסודות המשפט), הקובע כך:

"ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל."

במקרה זה נציין ראשית לכל כי אם נעשה כן – עדיין ההלכה שתקבע תהיה מכח חוק (חוק יסודות המשפט) ולכן יתקיים התנאי הראשון שבפיסקת ההגבלה (ראו: ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 163). הערה: שאר התנאים מתמלאים ממילא, כפי שבואר לעיל. לחילופין – ההלכה שתיפסק תהיה מקור לגיטימי למילוי תכנה של תקנה 101(א)(3) שבתקסד"א.

לעיצומם של דברים – דחיית התביעה מתאימה לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. ואכן ניתן למצוא ביטוי לעיקרון דומה לכלל ש"אין מבררים תביעתו של אויב" אף במשפט העברי, שכן כל זמן שהזר מסכן את הציבור – דינו דינו כמי שאין לו זכויות (ראו: מיכאל ויגודה "אמר אויב ארדף אשיג אחלק שלל' – תביעה אזרחית של אויב", רשימה שנכתבה בעקבות ההחלטה, מושא הערעור; ניתן לצפייה ב: <http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/240-2.htm>). חשוב להדגיש כי אין להסיק מכך שעל פי מורשת ישראל מותר לפגוע בגופו של האויב, או לשלול ממנו זכויות אדם בסיסיות כשהוא עצור כבר בידי ישראל, כי משעה שהוא כלוא – לא צפויה עוד ממנו סכנה מיידית. מכאן שאף אם ביצע אדם פשעים חמורים לפני שנעצר, לא זו בלבד שהוא זכאי למשפט הוגן ואסור לגעת בשערה משערות ראשו, אלא יש לו גם זכות גישה לערכאות, אם הוא טוען שנעשה לו עוול (ויגודה, שם, בעמ' 7; אליאב שוחטמן סדר הדין 176 (תשמ"ג); אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני – כרך א 480-471 (תשמ"א)).

זאת ועוד – אחרת. על פי הלכות המשפט העברי ניתן לדחות את תביעתו של דיראני על הסף גם על בסיס התובנה ש"הוא עשה שלא כהוגן ואף אנו נעשה עימו שלא כהוגן" (ראו: ויגודה, שם; שוחטמן, שם; נחום רקובר שלטון החוק בישראל 112 (התשמ"ט–1989)), מה שמקביל אצלנו לשימוש לרעה בזכות, או לחוסר תום לב – במשמעותו ובנפקותו המשפטית.

אפשרות חלופית: עיכוב הליכי התביעה עד שהמשיב יחדל להיות "אויב"

40. לצורך המשך הדיון, אצא מנקודת הנחה שעמדתי, לפיה דין תביעתו של דיראני להידחות על הסף – לא תתקבל על דעת חבריי. אף במקרה זה, סבורני כי אין מנוס מעיכוב הליכי תביעתו של דיראני והשעייתם, עד שיחדל מלהיות "אויב", במשמעות פקודת המסחר עם האויב (להלן גם: הפקודה).

41. הפקודה, כפי שהבהירה השופטת פרוקצ'יה (פיסקה 58 לחוות דעתה) עומדת בתוקפה גם היום, לאחר שינויי החקיקה השונים שחלו בה. סעיף 9 לפקודה מתיר לשר האוצר למנות אפוטרופוס על נכסי האויב.

42. סעיף 9א(2) לפקודה מתיר לאפוטרופוס על נכסי האויב, שמינה שר האוצר לשמור על נכסי האויב "כדי למנוע תשלום כסף לאויב וכדי לשמור על נכסי האויב עד לסידורים שייעשו עם חתימת חוזה השלום". סעיף 9א(2) לפקודה מתיר לאפוטרופוס

"לכונן הליכים משפטיים אזרחיים" בשם האויב, אם הוא סבור שראוי לעשות כן. סעיף 9א(4) לפקודה קובע כי כינון הליכים משמעו אף: "המשכתם בידי האפוטרופוס של כל תביעה או הליכים שהוחל בהם בידי אדם ... שנעשה לאויב לאחר שנתכוננו אותם תביעה או הליכים משפטיים". לכאורה חלה הוראה אחרונה זו אף על תביעתו של דיראני. השופטת פרוקצ'יה סבורה שאין הדבר כך, שכן לשיטתה: "אין כוונת הפקודה והצו להקנות לאפוטרופוס שליטה על זכות תביעה של אדם שעיקרה בעילה הנסבה על טענות בדבר פגיעה בזכויות יסוד שאין להן קשר לקניין, ואין להן נגיעה לרכוש אויב". עמדתי, שהובהרה כבר בהקשרים אחרים לעיל, היא כי לעניין זה כי העיקר הוא הסעד המבוקש בתביעה. לפיכך, כאשר המדינה נתבעת בהליכים משפטיים לשלם כסף לתובע, שהפך נתין מדינת אויב במהלך בירור התביעה, הרי אלו הליכים משפטיים, שהמשכם נתון בידי האפוטרופוס ותלוי בשיקול דעתו.

43. מן המקובץ עולה, שלשיטתי, פקודת המסחר עם האויב לא רק שמונעת היא את אפשרות מתן הסעד והעברת הכספים למשיב, כל עוד הוא לא חדל מלהיות "אויב", אלא שהיא אף חוסמת את המשך אפשרות בירורה של התביעה בידי המשיב עצמו. אין איפוא כל חלופה אפשרית בגדרה המשיב יוכל להמשיך בניהול תביעתו בעצמו, בזמן שהוא "אויב", כמשמעו בפקודה (ונזכור שארגון חיזבאללה נחשב לארגון טרוריסטי מאז שנת 1989). בנסיבות אלה, כל עוד אין האפוטרופוס לנכסי אויב מנהל את תביעתו של המשיב, הרי שיש להשעות את ניהול תביעתו, כמתחייב מהוראת סעיף 9א(4) לפקודה.

44. בנוסף, אפילו היינו אומרים שהמשיב רשאי להמשיך בניהול תביעתו, הרי שבהתחשב בכך שאת הסעד המבוקש בתביעתו הוא לא יוכל לקבל כל עוד הוא "אויב", הן נוכח הוראות הפקודה והן מחמת מכשלות נוספות, שפורטו בחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה, הרי שאין לסברתי הצדקה להמשך ניהולה של התביעה עד לשינוי מעמדו של המשיב. בנסיבות אלה יש להורות, למצער, על דחיית הדיון בתובענה – דחייה ללא מועד, ואם יחדל המשיב מלהיות אויב – הוא יוכל לעתור להחזרת התובענה לרשימת המשפטים התלויים ועומדים, הכל בהתאם להוראת תקנה 153 לתקט"א.

סוף דבר

45. דיראני הוא אויבה המר של מדינת ישראל. מטרתו – לפגוע במדינה, בחייליה ובאזרחיה. למעט כעשור, במהלכו היה נתון במשמורת בישראל, הוא אכן פועל בכל מאודו לקידום מטרתו הנ"ל. בצד האמור, הוא מבקש להמשיך ולנהל תביעה כספית נגד

מדינת ישראל, שאת פירותיה הוא ממילא לא יוכל לקבל בהיותו אויב, וזאת כל זמן שלא יפרוץ שלום בין ישראל ללבנון והוא ישנה מדרכו.

אכן, בתקופה שדיראני שהה בישראל, וממילא בעת שמצב הלחימה נמשך, איפשרו לו המדינה והוראות הדין להמשיך בניהול תביעתו. בכך הרחיקה ישראל לכת יותר מאשר מדינות אחרות, הכל תוך מימוש זכות הגישה של דיראני לערכאות. האיזון העדין, המבטיח את זכויותיו של נתין האויב, המצוי בשטח שבשליטת ישראל ובמשמורתה – מחייב בירור מעשים נזיקיים שנעשו לו, לטענתו, ואולם הצדקה זו איננה עומדת לו עוד כאשר הוא עוזב את ישראל ושב לפעילות של טרור כנגד המדינה (במקרה של דיראני – הוא עשה גם זאת בניגוד להצהרותיו, טרם יציאתו מהארץ). הנה כי כן מצויים אנו במצב שהוא אולי הקיצוני ביותר האפשרי, בגדרו של הכלל שאין מבררים תביעתו של אויב, כלל שלשיטתי נקלט במשפט הישראלי זה מכבר, ואם לאו – ראוי לאמצו כאן ועכשיו. אף בהתחשב בכך שאת הסעד המבוקש – דיראני לא אמור לקבל, הרי שלגישתי יש מקום לדחייתה של תובענתו על הסף, כאמור בתקנה 101 לתקס"ד"א, ועל כן – יש לסברתי להורות על קבלת הערעור.

46. לסיום רואה אני צורך להעיר כי לעתים ראוי שנלמד משיטות משפט אחרות, המתבססות על חוכמתן ונסיונן של מדינות דמוקרטיות ובנות-תרבות נכבדות, מה גם שהילוכן בנושא שעמד בפנינו כאן – תואם את מורשת ישראל.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

במחלוקת שנפלה בין חבריי, השופט ח' מלצר והשופטת א' פרוקצ'יה, דעתי כדעת השופטת פרוקצ'יה, ומטעמיה. אף לטעמי, אין לשלול את זכות הגישה לערכאות מתובע הנמצא במדינת זרה, כאשר הוא מבקש להמשיך לנהל תביעה שהגיש כנגד רשויות המדינה, בטענה כי זכויותיו נפגעו בעת שהוחזק במשמורת בישראל. מסקנתי זו לא משתנה גם כאשר אותו תובע מוגדר כאויב של מדינת ישראל, וממשיך לנהל את תביעתו בעת שהוא שוהה במדינה המוגדרת כמדינת אויב. בנוסף, מקובלת עלי מסקנתה של השופטת פרוקצ'יה, שלפיה במידה ויזכה המשיב בתביעתו, יועברו כספי הזכייה לאפוטרופוס על נכסי האויב, בהתאם להוראות פקודת המסחר עם האויב משנת 1939 (כאמור בפסקאות 58-67 לחוות דעתה).

אף להשקפתי "משטר חוקתי נאור פורש את הגנת החוק גם על אויב בעת שהוא נמצא במשמורתו, וככל שמועלות טענות בדבר סטיות הרשויות מן השורה, יש למצות את בירורן (בפסקה 71 לחוות דעתה של חברתי, השופטת פרוקצ'יה). צורך זה, בדבר בירור טענות כנגד רשויות המדינה, מתחזק במקרים כמו המקרה שלפנינו, בהם מועלות טענות לסטיות חמורות, כגון עינויים והתעמרות בכלואים הנתונים במשמורת בישראל. בית משפט זה כבר פסק, כי בהתאם למשפט הישראלי ולמשפט הבינלאומי קיים איסור מוחלט על שימוש בעינויים במהלך חקירה:

"חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו. חל איסור על שימוש "באמצעים ברוטליים ובלתי אנושיים" במהלך החקירה... איסורים אלה הם "מוחלטים". אין להם "חריגים", ואין בהם איזונים" (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נ' עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 836 (1999)).

איסור זה חל לגבי כל אדם הנתון במשמורת בישראל ונחקר על ידי גורם מרשויות החקירה, בין אם הוא אזרח, תושב זר, או אויב. כך, נקבע כי "יקר בעינינו כבודו של כל אדם, גם אם הוא נמנה עם אויבנו" (בג"ץ 794/98 שייח עובייד נ' שר הבטחון, פ"ד נה(5) 769, 774 (2001)). לפיכך, נדמה כי אין חולק על כך שכל עוד שהה המשיב בישראל, הוא היה רשאי לפנות לערכאות המשפטיות בישראל ולטעון כי פגעו בזכויותיו, וכך עמדה לו הזכות להגיש תביעה אזרחית לפיצויים (ראו בפסקה 30 לחוות דעתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה). כאמור, לדעתי זכות זו ממשיכה לעמוד גם כיום, כאשר נמצא המשיב בלבנון.

ידועה האמרה, לפיה מקום שבו קיימת זכות, קיים גם סעד – ubi ius ibi remedium. כך, שלילת הזכות לפנות לבית המשפט, שוללת למעשה את הזכות עצמה (והשוו: אהרון ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי: פרשנות חוקתית 363 (1994); בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, בפסקה 43 (טרם פורסם, 20.12.2010)). מאחר ולמשיב זכות, שלא להיות מעונה במהלך חקירתו בישראל, יש לאפשר לו להגיש תביעה ולקבל סעד בגין הפגיעה בזכותו, במידה וזו אכן התקיימה. אכן, רבות כבר נכתב על חשיבותה של זכות הגישה לערכאות ועל מעמדה בשיטת המשפט שלנו (ראו למשל: ע"א 1480/04 מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון, פסקה 16 לפסק דינו של השופט גרוניס (טרם פורסם, 21.5.2007)). וכך כתבתי בהקשר זה במקרה אחר:

"בנוסף, הזכות לפנות לבית המשפט היא זכות יסוד מוכרת בשיטתנו מזה שנים. אכן, "גישה חופשית ויעילה אל בית המשפט היא זכות יסוד" (השופט י' זמיר בע"א 3833/99 לוי' נ' לוי, פ"ד מח(2) 862, 874). אמת, "זכות הגישה לבית המשפט הינה צינור החיים של בית המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק" (השופט מ' חשין בע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 631). ... עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש נטייה גוברת לראות בזכות הגישה לערכאות זכות יסוד חוקתית על חוקית...". (רע"א 3899/04 מדינת ישראל נ' שמואל אבן זוהר, פ"ד סא(1) 301, בפסקה 26 (2006)).

לטעמי, זכות הגישה לערכאות, ככל הזכויות החוקתיות בישראל, קיימת לכל אדם, בהיעדר אמירה מפורשת בחוק היסוד השוללת את החלת הזכות (והשוו: בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פסקה 36 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (לא פורסם 13.4.2011)). אף לטעמי, העיקרון שנקבע במשפט האנגלי, לפיו אין מבררים תביעות של אויב, לא אומץ על ידי המחוקק הישראלי או על ידי בית משפט זה (ראו חוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה, בפסקה 51) ולכן אין טעם המצדיק את שלילת הזכות במקרה זה. אמנם, ייתכן ויהיו מקרים בהם יהיה זה מוצדק למנוע מאדם הנמצא במדינת אויב להגיש תביעה אזרחית בערכאה משפטית בישראל, אך מקרה זה אינו אחד מאותם מקרים. זאת, לאור חומרתן של הפגיעות להן טוען המשיב, לאור העובדה שהתביעה הוגשה בעת שהיה המשיב בישראל, וכן לאור העובדה שמדובר בתביעה כנגד הרשות שעניינה פגיעה בזכויות אדם ולא תביעה בין אדם לחברו שעניינה בסכסוך כספי גרידא.

התרת תביעות מסוג זה תשרת מספר מטרות חשובות, שאחת מהן היא הבהרה לכל רשויות החקירה במדינה, שאין אדם שהחוק לא חל עליו, ושאינן סיטואציות שהינן מחוץ לגדרי החוק, אף כאשר מדובר בזמן מלחמה או במאבק המתמשך בטרור. כך יובהר, כי "בניגוד למדינות אחרות, בישראל לא נוצר "ריק משפטי" או "חורים שחורים" (black holes), קרי, אזורים שבהם אין תחולה של הדין המדינתי – חוקתי או אחר" (ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי היסוד" משפט וממשל יב 154, 185 (תש"ע)). מסקנה זו הולמת את התפיסה לפיה יש להגן על זכויות היסוד של האדם ועל העקרונות עליהם מושתתת המדינה בתקופת מלחמה, כמו בתקופת שלום. כך, קובע סעיף 39(ד) לחוק יסוד: הממשלה, כי אין בכוחן של תקנות לשעת חירום לפגוע בזכות הגישה לערכאות או בכבוד האדם. כך קבע גם בית משפט זה כי: "חוקי היסוד אינם מכירים בשתי מערכות דינים, האחת החלה בתקופת רגיעה,

והאחרת החלה בתקופת לחימה. הם אינם כוללים הוראות לפיהן זכויות האדם החוקתיות נסוגות בעת לחימה" (בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, בפסקה 20 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006)).

לפיכך, לאור האמור לעיל, מצרף אני את דעתי לדעתה של חברתי, השופטת פרוקצ'יה.

ש ו פ ט

לפיכך, הוחלט ברוב דעות של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה והשופט ג'ובראן, כנגד דעתו החולקת של השופט מלצר, לדחות את הערעור בלא צו להוצאות.

ניתן היום, ט"ז בתמוז התשע"א (18.7.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת (בדימ')