<u>בבית המשפט העליון</u>

דנ"א 5698/11

לפני:	כבוד הנשיא א' גרוניס כבוד המשנה לנשיא מ' נאור כבוד השופט א' רובינשטיין כבוד השופט ס' ג'ובראן כבוד השופט ח' מלצר כבוד השופט י' דנציגר כבוד השופט נ' הנדל
העותרת:	מדינת ישראל
	נ ג ד
המשיב:	מוסטפה דיב מרעי דיראני
	דיון נוסף בפסק-דינו של בית המשפט העליון מיום 18.7.2011 ברע"א 993/06 שניתן על ידי כבוד השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה והשופטים: ס' ג'ובראן, ח' מלצר
תאריך הישיבה:	י"ח בשבט התשע"ג (29.1.2013)
בשם העותרת:	עו"ד אורית סון; עו"ד נעמי זמרת
בשם המשיב:	עו"ד צבי ריש

<u>פסק-דין</u>

<u>הנשיא א' גרוניס:</u>

1. המשיב, מוסטפה דיב מרעי דיראני (להלן – דיראני), הוא אזרח לבנוני שהיה נתון במשמורת בישראל בשל חברותו בארגוני טרור. בעת היותו נתון במשמורת, הגיש דיראני לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו תביעת נזיקין נגד מדינת ישראל, בטענה שהוא סבל מעינויים שהופעלו כלפיו על-ידי חוקריו. בעוד תביעתו תלויה ועומדת,

שוחרר דיראני מן המשמורת, יצא את גבולות ישראל, ושב להיות פעיל בארגון טרור. האם בנסיבות אלו יש להפסיק את בירור תביעתו, מכוח הכלל הנוהג במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה?

2. בבית המשפט המחוזי נדחתה בקשת המדינה לסילוק התביעה על הסף, ונקבע כי יש להמשיך בבירורה (כבוד השופט ע' בנימיני, החלטה מיום 19.12.2005). על החלטה זו הגישה המדינה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון דן בבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה. בדעת רוב הוחלט לדחות את הערעור ולהותיר את החלטת בית המשפט המחוזי על כנה (השופטים א' פרוקצ'יה ו-ס' ג'ובראן, בניגוד לדעתו החולקת של השופט ח' מלצר, פסק-דין מיום 18.7.2011 ברע"א 993/06; להלן – פסק-הדין בערעור). עתה עומדת השאלה האמורה להכרעתנו בדיון נוסף, עליו הורה המשנה לנשיאה א' ריבלין ביום 1.1.2012.

התשתית העובדתית והשתלשלות ההליכים עד-כה

3. התשתית העובדתית המפורטת להלן מבוססת על זו שנקבעה בפסק-הדין בערעור. דיראני הוא אזרח לבנוני. טרם לכידתו על-ידי כוחות הביטחון של ישראל בשנת 1994, היה דיראני פעיל בארגוני טרור והיווה סיכון ביטחוני ממשי למדינת ישראל. כפי שנקבע בפסק-הדין בערעור (פיסקה 4 לחוות-דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה):

> "בין השנים 1984 ל-1988 הוא [דיראני, א.ג.] 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".

4. כאמור, בשנת 1994 נלכד דיראני בלבנון על-ידי כוחות הביטחון של ישראל. מעת לכידתו ועד שנת 2004 הוחזק דיראני במעצר מינהלי בישראל (בתחילה בהתאם לצווים שהוצאו מכוח חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, והחל משנת 2002 מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002). הארכת

מעצרו של דיראני אושרה בביקורת השיפוטית העיתית המחויבת על-פי דין, וזאת בשל הסכנה לביטחון המדינה שהייתה טמונה בשחרורו (ראו, למשל, עמ"ם 5652/00 עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(4) 913 (2000); ב"ש (מחוזי – תל-אביב-יפו) 91589/02 מדינת ישראל נ' עבייד (7.11.2002); ב"ש (מחוזי – תל-אביב-יפו) 93066/02 מדינת ישראל נ' עבייד (10.3.2003); ב"ש (מחוזי – תל-אביב-יפו) 91257/03 מדינת ישראל נ' שומאן (8.7.2003)).

5. ביום 13.3.2000, ובעת שהיה נתון במשמורת, הגיש דיראני לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו תביעת נזיקין נגד מדינת ישראל. בתביעתו טען דיראני כי סמוך לאחר הבאתו לישראל ובמהלך חקירתו, הוא סבל עינויים קשים שנעשו בו על-ידי כוחות הביטחון, ובכלל זאת בוצעו בו על-ידי חוקריו מעשה אינוס ומעשי סדום. סכום התביעה הועמד על שישה מיליון ש"ח.

6. בחודש ינואר 2004, ובעוד תביעתו תלויה ועומדת, שוחרר דיראני במסגרת עסקה לשחרור שבויים וחטופים ישראליים והושב ללבנון. מספר ימים קודם לשחרורו, הורה בית המשפט המחוזי, לבקשתו של דיראני, על גביית עדותו המוקדמת טרם יציאתו מישראל (כבוד השופטת ש' סירוטה, החלטה מיום 26.1.2004), ועדותו נשמעה יום לאחר מכן (בחקירה ראשית ונגדית). כפי שנקבע בפסק-הדין בערעור (פיסקה 7 לחוות-דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה), זמן קצר לאחר שובו ללבנון הודיע דיראני על התמזגות תנועתו עם ארגון הטרור החיזבאללה, והעמיד עצמו לרשות הארגון. למען שלמות התמונה יצוין, כי ארגון החיזבאללה הוכרז על-ידי ממשלת ישראל כארגון טרור (ילקוט פרסומים 3675, בעמ' 3474, 2.7.1989; כן הוכרז הארגון על-ידי שר הביטחון כ"התאגדות בלתי מותרת" בהתאם לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (ילקוט פרסומים 5198, בעמ' 2866, 26.6.2003)).

7. לאחר ששוחרר דיראני ושב ללבנון, הגישה מדינת ישראל בקשה לסילוק תביעתו על הסף. זאת, בלשון המדינה, "על בסיס כלל היסוד לפיו – אין מבררים תביעתו של אויב" (עמ' 1 לבקשה לסילוק על הסף, מיום 3.11.2004), ונוכח העובדה שדיראני עזב את שטחה של ישראל אל מדינת אויב ושב לפעילות עוינת נגד המדינה. המדינה טענה בבקשתה, כי כל עוד שהה דיראני בישראל, לא הייתה מניעה להמשיך בבירור תביעתו. אולם, לטענתה, "עת יצא דיראני מגבולות המדינה, ובמיוחד שעה שהוא חוזר להיות אויבה, שאז שונים הם פני הדברים, מן הקצה אל הקצה", ואין מקום להמשיך בבירור התביעה (פיסקה 47 לבקשה לסילוק על הסף). המדינה צירפה לבקשתה חוות-דעת מומחה, שבה פורטו פעילותו של דיראני עובר לתפיסתו בלבנון

בשנת 1994 כבעל תפקיד בכיר בארגוני טרור אלימים, וכן אחריותו בהחזקת הנווט השבוי רון ארד. כן עמד המומחה בחוות-הדעת על חזרתו של דיראני למעגל הטרור לאחר שחרורו מן המשמורת בישראל ועל היותו נושא תפקיד בהנהלת ארגון החיזבאללה.

8. בית המשפט המחוזי דחה את בקשת המדינה לסילוק על הסף (כבוד השופט ע' בנימיני). בית המשפט המחוזי קבע בהחלטתו, כי דיראני אכן משתייך לארגון החיזבאללה, שהוא ארגון טרור, וכי דיראני עצמו מהווה "אויב" של מדינת ישראל. יחד עם זאת, נקבע שאין מקום למנוע את המשך בירורה של התביעה שהגיש. זאת, בשל חשיבותה של זכות הגישה לערכאות, ובשל היעדר הוראה בדין הישראלי, בחוק או בהלכה הפסוקה, המונעת את המשך בירור התביעה. בית המשפט המחוזי קבע, כי האיזון הראוי יושג באמצעות ההסדר הקבוע בפקודת המסחר עם האויב, שלפיו אם יזכה דיראני בתביעתו, לא יוכל הוא לקבל לידיו את כספי הפיצוי אלא עד סיום הלחימה בין ישראל לבין לבנון.

9. בקשת רשות ערעור שהגישה המדינה לבית המשפט העליון נדחתה, ברוב דעות (לאחר שכאמור, נדונה כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה). בדעת הרוב (השופטים א' פרוקצ'יה ו-ס' ג'ובראן) נקבע, כי אומנם במשפט המקובל האנגלי מוכר זה מאות שנים הכלל שלפיו אין אויב זר רשאי להגיש או להמשיך לנהל תביעה בבית משפט באנגליה, כל עוד נמשך מצב של מלחמה בין אנגליה לבין המדינה שבה מתגורר התובע. עם זאת, נקבע כי כלל זה הוגמש ברבות השנים, והשימוש בו התמקד בסכסוכים מסחריים-כספיים להבדיל ממחלוקות בין הפרט לבין המדינה וממחלוקות שעניינן פגיעה בזכויות אדם (כתביעתו של דיראני). כן נקבע, כי אין מקום לפעול על-פי הכלל האמור הנוהג במשפט האנגלי, שכן כלל זה לא "נקלט" בהלכה הפסוקה בישראל. לעניין זה נבחנה בפסק-הדין של דעת הרוב השאלה, האם הכלל במשפט המקובל האנגלי אומץ בשיטת המשפט הישראלית בזמן שבו עמד בתוקפו סימן 46 לדבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י), 1922 עד 1947 (להלן – סימן 46 לדבר המלך במועצה), בטרם בוטל סימן זה בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 (להלן – חוק יסודות המשפט). עיקר הדיון בסוגיה זו התמקד בפסק-הדין שניתן בבג"ץ 24/52 חכים נ' שר-הפנים, פ"ד ו 638 (1952) (להלן – עניין חכים). נקבע כי בעניין חכים לא נפסקה הלכה המאמצת אל המשפט הישראלי את הכלל הקיים במשפט המקובל האנגלי. כן נקבע בדעת הרוב, כי נוכח חשיבותה של זכות הגישה לערכאות, אין מקום למנוע מדיראני את המשך בירור תביעתו. בנוסף, נקבע כי אין בסעיף 9א לפקודת המסחר עם האויב, המסמיך את האפוטרופוס על נכסי האויב להמשיך בניהול הליך אזרחי שהוגש

על-ידי אדם שנעשה לאויב לאחר הגשת התביעה, כדי להוביל למסקנה שונה. זאת, שכן התביעה שהגיש דיראני, לפיצוי בגין הפגיעה בזכויות הפרט שלו, אינה מסוג התביעות שלשמן נועדה הוראה זו בפקודה. עם זאת נקבע, כי ככל שההכרעה בתביעה תניב סעד כספי לטובת דיראני, הרי שבהתאם להוראות הפקודה, כספי הפיצוי יוקנו לאפוטרופוס על נכסי האויב על-מנת שיחזיקם עד לסיום מצב המלחמה והשגת הסדר שלום. כן נקבע, כי חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005 (להלן – תיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים או תיקון מס' 7) (שלפיו אין המדינה אחראית בנזיקים לנזק שנגרם ל"אויב", בנסיבות שונות המפורטות באותו תיקון חוק ושאליהן נידרש בהמשך) יצר דין חדש, ולא הצהיר על דין קיים, ומאחר שתיקון זה אינו חל על עניינו של דיראני יש להמשיך בבירור תביעתו.

10. השופט ח' מלצר סבר, בדעת מיעוט, כי יש לקבל את עמדת המדינה ולסלק על הסף את תביעתו של דיראני. בהתאם לחוות-דעת שופט המיעוט, מששב דיראני ללבנון וחזר להיות פעיל בארגון טרור, פקעה זכותו לנהל תביעה בישראל, מכוח הכלל הנוהג במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעה של אויב. דעת המיעוט סברה, לאחר סקירת המשפט המשווה בסוגיה זו, כי הכלל האמור עודנו שריר וקיים במשפט האנגלי, כפי שהוא ממשיך להיות קיים במדינות נוספות, כגון ארצות-הברית וקנדה. כלל זה, נקבע בדעת המיעוט, נקלט במשפט הישראלי בפסק-דינו של בית המשפט העליון בעניין חכים. כן סבר השופט ח' מלצר, כי הפגיעה בזכות הגישה לערכאות של דיראני עומדת בתנאי פסקת ההגבלה הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לחלופין סברה דעת המיעוט כי בהתבסס על הוראת סעיף 9א לפקודת המסחר עם האויב, יש לעכב את בירור התביעה עד שדיראני יחדל להיות בגדר "אויב".

טענות בעלי הדין בדיון הנוסף

11. מדינת ישראל טוענת בפנינו, כי דיראני הוא פעיל בארגון טרור, אשר באופן מוצהר שם לו למטרה להביא להשמדת מדינת ישראל, וכי נוכח זאת, אין להמשיך בבירור תביעתו. לטענת המדינה, כל עוד שהה דיראני במשמורת בישראל, לא ביקשה היא לסלק את תביעתו על הסף. אולם, לטענתה, משיצא דיראני את גבולות המדינה אל שטחה של מדינת אויב ושב להיות פעיל בארגון טרור, "נקודת האיזון השתנתה" (בלשון המדינה בפיסקה 47 לעתירה לדיון נוסף), ויש מקום להורות על סילוק תביעתו על הסף. עמדת המדינה היא, שסילוק התביעה על הסף מחויב נוכח הכלל הקיים במשפט המקובל, שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה. עוד טענה המדינה, כי כלל זה נקלט בשיטת המשפט הישראלית בפסק-הדין שניתן בעניין חכים.

פסק-הדין בעניין חכים ניתן בטרם בוטל סימן 46 לדבר המלך במועצה, ועל כן, לגישת המדינה, הכלל הקיים במשפט המקובל ממשיך להיות חלק מהמשפט הנוהג בישראל. לחלופין טוענת המדינה, כי גם אם הכלל הנזכר לא אומץ אל שיטת המשפט הישראלית בעניין חכים, הרי ש"כלל שהוא חלק בסיסי במשפט המקובל – נקלט מעצם כך במשפט הישראלי" (פיסקה 63 לעתירה לדיון נוסף), בלא תלות בשאלה "האקראית" (בלשון המדינה, שם) האם הדבר נקבע בפסיקת בית המשפט העליון בטרם בוטל סימן 46 לדבר המלך במועצה. כן מוסיפה המדינה, כי נוכח חומרת טענותיו של דיראני לגבי מעשים שבוצעו בו בחקירתו, הוחלט לערוך חקירה פלילית בעניין. לדברי המדינה, נערכה חקירה יסודית ביותר של טענותיו של דיראני, במסגרתה נחקרו עשרות עדים (ביניהם שוטרים צבאיים, חוקרים ורופאים), נתפסו מסמכים רבים ונערכו בדיקות שונות ובכללן גם בדיקות רפואיות. בסיומה של החקירה, מצאה המדינה כי אין בחומר החקירה ראיות שמהן ניתן להסיק כי בוצעו בדיראני מעשים כנטען על-ידו. לטענת המדינה, די בחקירה זו כדי להבטיח בירור נאות של טענותיו של דיראני בדבר פגיעה בזכויותיו, ואין מקום להמשיך בבירור תביעתו.

12. דיראני תומך יתדותיו בדעת הרוב בפסק-הדין בערעור. לטענתו, גם אם נכונה טענת המדינה כי הוא בגדר "אויב" של מדינת ישראל, אין לשלול ממנו את זכותו להמשיך בבירור התביעה שהגיש. לטענת דיראני, אין לשלול ממנו את זכות הגישה לערכאות בלא הוראת חוק מפורשת המסמיכה את בית המשפט להורות כן. בנוסף טוען דיראני, כי הכלל הנוהג במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה לא נקלט במשפט הישראלי. בא-כוחו של דיראני מוסיף, כי בירור התביעה שהגיש דיראני אינו מתייתר גם אם ייקבע שדיראני לא יוכל לקבל לידיו את כספי הפיצוי אם יזכה בדינו, בטרם סיום הלחימה בין ישראל ללבנון. עוד נטען, כי אין למנוע מדיראני להמשיך בבירור תביעתו נוכח דיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי, המגנים מפני פגיעה בזכויות האויב והמחייבים את המדינה לברר בבתי המשפט שלה תביעות לפיצויים שבהן נטען להפרת זכויות אלו.

דיון והכרעה

13. זה יהיה סדר דברינו: ראשית, נסקור את המצב המשפטי השורר במדינות המשפט המקובל בנוגע לכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה. כפי שנראה, מדובר בכלל המוכר בבתי המשפט במדינות אלו זה מאות שנים, והוא ממשיך להיות מוכר בהן אף כיום. שנית, נבחן מה מעמדו של הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה בשיטת המשפט הישראלית. בעניין זה נראה, כי הכלל במשפט

המקובל נקלט על-ידי בתי המשפט בישראל, והוא מהווה חלק מהמשפט בישראל. שלישית, נוסיף ונשאל כלום יש מקום להמשיך כיום ביישומו של הכלל הנזכר במשפט המקובל. שאלה זו תיבחן בשני מישורים: נשאל האם יש מקום להחיל את הכלל הנוהג במשפט המקובל, שמיועד לחול בעיתות מלחמה, גם על עימות מתמשך עם ארגון טרור הפועל ממדינה זרה, ואם כן, כיצד; בנוסף, נשאל האם יש מקום להמשיך ביישום כלל זה נוכח ההתפתחויות שחלו בישראל במידה ובהיקף ההגנה על זכויות אדם. רביעית, נדון בהשלכתה על עניינו של חקיקה הקיימת בישראל. כפי שנראה בהמשך, לאחר שהוגשה תביעתו של דיראני חוקקה הכנסת את תיקון מס׳ 7 לחוק הנזיקים האזרחיים, שבו ניתן מענה מסוים לסיטואציה המתעוררת בעניינו. עם זאת, בהתאם להוראת התחולה שנקבעה בתיקון חוק זה, אין החוק חל על תביעתו של דיראני, ונשאלת השאלה מהי המסקנה המתבקשת מכך. לבסוף, ניישם את המסקנות המשפטיות שאליהן נגיע על עניינו של דיראני.

הכלל במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה

14. אחת המחלוקות שנתעוררו בין חברי המותב בפסק-הדין בערעור היא בנוגע לשאלה, אם הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה עודנו עומד בתוקפו במדינות המשפט המקובל, או שמא מדובר בהלכה ישנה שהיקפה צומצם והוגבל עם השנים ושאין עוד לפעול על-פיה. משכך, אקדיש מספר מילים באשר למצב המשפטי הקיים בעניין זה במדינות המשפט המקובל.

15. הכלל במשפט המקובל האנגלי שלפיו אין מבררים תביעה של אויב בעת מלחמה הוא עתיק יומין. שורשיו של כלל זה עוד במאה ה-17 (ראו, The Calvin's Case (1608) 77 E.R. 377, 397; כן ראו הסקירה ב- Amin v. Brown [2005] EWHC 1670 (Ch.) (להלן – עניין *Amin*); CHITTY ON CONTRACTS, 811-808 (13th ed. 2008) (להלן – *Chitty*); 6 A BRITISH DIGEST OF INTERNATIONAL LAW 270 (Clive Parry ed., 1965) (להלן – *Parry*)). אחד מפסקי הדין המנחים בסוגיה זו הוא Porter v. Freudenberg, [1915] KB 857 (להלן – עניין *Porter*), שניתן באנגליה בימי מלחמת העולם הראשונה. כפי שנקבע בעניין *Porter*, מדובר ב-

> "…ancient rule of the English common law that an alien enemy, unless with special licence or authorization of the Crown, has no right to sue in our Courts during the war" (Lord Reading שם, בעמ׳ 880).

וכפי שקבע בית הלורדים באנגליה בזמן מלחמת העולם השנייה ב- Sovfracht (V/O) v.Van Udens Scheepvaart En Agentuur Maatschappij, [1943] A.C. 203, 232 (להלן – עניין *Sovfracht*):

> "Indeed, the rule that an alien enemy cannot sue in our courts seems to be more ancient and more stringent than the rule against trading with the enemy, though both rules are equally corollaries of the status of enemy" (Lord Wright).

16. תכליתו המרכזית של כלל זה נעוצה באינטרס למנוע כל הטבה אפשרית ממדינת האויב בזמן מלחמה, מתוך הנחה שבירור התביעה מיטיב עם כלכלתה של המדינה שבה מתגורר התובע (עניין *Porter*, בעמ' 867-868; עניין *Sovfracht*, בעמ' 212). נוכח תכלית זו נקבע במשפט המקובל, כי המבחן להיותו של התובע בגדר "אויב" הוא טריטוריאלי, כך ש"אויב" הוא כל מי שמתגורר באופן רצוני במדינה עימה שורר מצב של מלחמה, בלא תלות באזרחותו ובלא בחינת עוינותו האישית לאנגליה (להלן Lord McNair & A.D. Watts, LEGAL EFFECTS OF WAR, 78 (4th ed. 1966)) (*McNair & Watts* – להלן); Julius Stone, LEGAL CONTROLS OF INTERNATIONAL CONFLICT, 419-422 (1954) (*Stone* – להלן); *Chitty*, בעמ' 808; עניין *Porter*, בעמ' 868-869; עניין *Sovfracht*, בעמ' 209). על כן, אזרח אנגלי המתגורר מרצון במדינה נגדה מתחוללת מלחמה ייחשב ל"אויב" לעניין יכולתו להגיש תביעה בבית משפט אנגלי. יחד עם זאת, אזרח של מדינה שנגדה מתנהלת מלחמה השוהה באנגליה כדין אינו נחשב ל"אויב" לעניין זה (*McNair & Watts*, בעמ' 78, 89-91; עניין *Porter*, בעמ' 867-869; G. H. L. Fridman, *Enemy Status*, 4 INT'L & COMP. L.Q. 613 (1955)). בתוך כך, אין בכלל האמור כדי למנוע גישה לערכאות מאזרח של מדינה השרויה במצב של מלחמה עם אנגליה, העצור באנגליה (*McNair & Watts*, בעמ' 93-95; Schaffenius v. Goldberg, [1916] 1 K.B. 284). הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב תקף גם באשר להליכים קיימים, אשר המלחמה פרצה בעודם תלויים ועומדים, ובירורם יושהה עד תום המלחמה (עניין *Porter*, בעמ' 880, 884; *McNair & Watts*, בעמ' 84-86; *Chitty*, בעמ' 809). כן ראוי לציין, כי בהתאם לכלל במשפט המקובל, אויב יכול להיתבע בבית משפט אנגלי בעת מלחמה (*McNair & Watts*, בעמ' 79; עניין *Porter*, בעמ' 880; Robinson v. Continental Insurance Co. of Mannheim, [1915] 1 K.B. 155). במסגרת זו, רשאי האויב שנתבע בבית משפט אנגלי להתגונן בטענת קיזוז ואף להגיש ערעור על פסק-הדין אם הפסיד בדינו, אולם אין הוא רשאי להגיש תביעה שכנגד, לשלוח הודעה לצד שלישי או לקבל לידיו הוצאות

משפט שנפסקו לזכותו (*Chitty*, בעמ׳ 811; עניין *Porter*, בעמ׳ 883-884). עוד יוער, כי כלל זה במשפט המקובל קיים לצד דבר החקיקה האנגלי המעוגן ב- Trading with the Enemy Act 1939, האוסר על סחר עם האויב (ראו, *Chitty*, בעמ׳ 809).

17. אומנם, במרוצת השנים הוכרו במשפט האנגלי חריגים שונים לכלל המונע בירור תביעה של אויב בעת מלחמה. כך, למשל, בעניין Rodriguez v. Speyer Brothers [1919] A.C. 59 (להלן – עניין *Rodriguez*) נפסק בבית הלורדים, בדעת רוב, כי יש לברר תביעה שהוגשה על-ידי מספר שותפים הגם שאחד מהם הוא בגדר "אויב". זאת, מאחר שנפסק שבאותו מקרה אי-בירור התביעה יזיק יותר לנתינים בריטיים מאשר בירורה יסייע לאויב. בדעת הרוב בפסק-הדין בערעור מובא עניין זה כדוגמא לכך "שלא אחת התעוררו חילוקי-דעות באשר להיקפו" של הכלל הנוהג במשפט המקובל (פיסקה 43 לחוות-דעתה של השופטת א׳ פרוקצ׳יה). אולם שומה לציין, כי עת דן בית הלורדים בתקופת מלחמת העולם השנייה בעניין *Sovfracht*, נקבע כי את ההכרעה בעניין *Rodriguez* יש להגביל לנסיבותיו הספציפיות של אותו מקרה בלבד (עניין *Sovfracht*, בעמ׳ 233):

> "I cannot think that the majority of their Lordships in Rodriguez v. Speyer Brothers intended so sweeping a departure from settled law. The case must, I think, be limited to its special facts which were that a partnership of six, of which five members were English and one German, had been dissolved in 1914 by the outbreak of war and in the winding-up of the firm it was necessary to sue to recover a debt... I do not think the decision is an authority beyond its precise facts" (Lord Wright).

וכפי שהעירו *McNair & Watts*, בספרם (בעמ׳ 83, ה"ש 4): " The House of Lords have in the *Sovfracht* case substantially repaired the damage done by the majority speeches in *Rodriguez v. Speyer Brothers* " (וראו גם, *Chitty*, בעמ׳ 810). בספרות המשפטית האנגלית ניתן למצוא חריגים נוספים לכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה, אך נראה שגם אלו מצומצמים בהיקפם (למשל, לגבי עניינים הנוגעים למשפט ימי, כאשר התובע מסתמך על אמנה בינלאומית, ויתכן שגם באשר לתביעה של אויב כנאמן על כספים של אדם שאינו אויב, ראו, *Chitty*, בעמ׳ 810-811; *McNair & Watts*, בעמ׳ 86). עם זאת, הכלל עומד בעינו אף היום. כך, בפסק-הדין שניתן בשנת 2005 בעניין *Amin*, סקר בית המשפט את תולדותיו של

הכלל במשפט המקובל החל מן המאה ה-17, וקבע כי: " Consequently an enemy national resident in the enemy state has no right of access to an English court during the war as a claimant or other actor in any proceedings, except by licence of the Crown". אומנם, בעניין *Amin* קבע לבסוף בית המשפט שאין למנוע מהתובעת באותו עניין, המתגוררת בעיראק, להמשיך בבירור תביעתה, שעה שלא התחוללה מלחמה פורמלית בין אנגליה לבין עיראק (ולקביעה זו נידרש בהרחבה בהמשך). אולם אין בכך כדי לגרוע מן הקביעה באותו עניין, כי הכלל במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה ממשיך להיות קיים במשפט האנגלי אף כיום (וכן ראו, J. J. Fawcett, J. M. Carruthers, Sir P. North, CHESHIRE, NORTH & FAWCETT – PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 490-491 (14th ed. 2008) (להלן – *Cheshire, North & Fawcett*)).

18. בדעת הרוב בפסק-הדין בערעור נזכר המאמר Rachel Vorspan, *Judicial Power and Moral Ideology in Wartime: Shaping the Legal Process in World War I Britain*, 87 OR. L. REV. 401 (2008) (פיסקה 45 לחוות-דעתה של השופטת א' פרוקצי'ה). במאמר זה גורסת המחברת, כי הכלל במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה הוגמש במידה רבה בבתי המשפט באנגליה בזמן מלחמת העולם הראשונה (שם, בעמ' 406-416). בכל הכבוד, סבורני כי הטיעון המובא במאמר אינו משכנע. המחברת מביאה במאמרה שלוש דוגמאות לתמיכה בטענתה האמורה: ראשית, טוענת המחברת כי בתי המשפט באנגליה התירו תביעות נגד אויב, כנתבע. אולם נראה, כי דווקא מצב א-סימטרי זה אינו "מגמיש" את הכלל, אלא להיפך, הוא אף מהווה החמרה שלו מנקודת מבטו של האויב. שנית, טוענת המחברת כי בתי המשפט באנגליה התירו לברר תביעות שהוגשו על-ידי נתינים של מדינות אויב השוהים כדין בבריטניה. ברם, גם כאן אין מדובר ב"הגמשה" של הכלל, אלא חלק מן ההגדרה הטריטוריאלית של מיהו "אויב" לעניין זה. הגדרה זו, הפונה למקום מגוריו של האויב ולא לאזרחותו, נגזרת מתכלית הכלל, שהיא לא להיטיב עם כלכלתה של מדינה עימה מצויה אנגליה במלחמה. ממילא, אין מדובר ב"הגמשה" של הכלל ככל שמדובר באזרחים בריטיים המתגוררים מרצונם בעת מלחמה במדינת האויב, אשר נחשבים גם הם ל"אויב" לעניין זה. שלישית, מציינת המחברת את פסיקת בית הלורדים בעניין *Rodriguez*. אולם, כפי שהוסבר לעיל, בית הלורדים באנגליה פסק בפסיקה מאוחרת יותר שיש להגביל את ההכרעה שנעשתה באותו עניין לנסיבותיה הקונקרטיות בלבד.

מאמר נוסף שמצוין בדעת הרוב בפסק-הדין בערעור הוא Karen Knop, *Citizenship, Public and Private*, 71 LAW & CONTEMP. PROB. 309 (2008). במאמר זה טוענת המחברת, כי נוכח התפתחויות בפסיקה האנגלית (עניין *Amin*, שהוזכר לעיל), היא צופה כי הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה ייושם בעתיד לעתים נדירות בלבד. אולם, עיון במאמר מלמד כי הערכה זו נעשית על בסיס תחזית עובדתית, שלפיה בעתיד תהינה פחות "מלחמות" במובן הצר של המילה, ויותר סכסוכים שהם בגדר "armed conflict" בין מדינות (שם, בעמ' 321-323). לגבי הבחנה זו, ולהשלכתה על עניינו, נרחיב בהמשך. מכל מקום, גם במאמר זה נכתב, כי פסיקת בית המשפט בעניין *Amin* שניתנה בשנת 2005, " establishes that the procedural rule on enemy aliens still exists" (שם, בעמ' 322).

19. בטרם סיום הדיון במשפט האנגלי אבקש להתייחס לטענותיו של דיראני בקשר לפסק-דינו של בית הלורדים ב- Al-Skeini v. Secretary of State for Defence, [2007] UKHL 26 (להלן – *Al-Skeini*, בית הלורדים) (פיסקאות 167-182 לתשובה). אותה פרשה הובאה לאחר פסיקת בית הלורדים בפני בית הדין האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג, והוכרעה ב- Al-Skeini v. The United Kingdom (2011) 53 EHRR 18 (להלן – *Al-Skeini*, שטרסבורג). באותו עניין נדונו בפני בית המשפט האנגלי עתירות שהגישו קרובי משפחה של אזרחים עיראקים שנהרגו בעיראק על-ידי כוחות הצבא הבריטי. העתירות הוגשו נגד החלטת שר ההגנה הבריטי שלא לקיים חקירה בקשר לנסיבות מותם של קרובי העותרים. עתירות אלו הוגשו בהתבסס על החוק האנגלי The Human Rights Act 1998. חוק זה מקנה בידי העותרים סעד במקום שבו מופרת הוראה המעוגנת באמנה European Convention on Human Rights, שבריטניה צד לה. אחת מהוראות אלו, כפי שפורשה האמנה בטריבונלים בינלאומיים, היא כי המדינה שכוחותיה גרמו למותו של אדם תקיים חקירה אפקטיבית של נסיבות המוות. בית הלורדים פסק (בדעת רוב), כי לחוק הבריטי בעניין זה תחולה אקס-טריטוריאלית גם בשטח המצוי מחוץ לגבולות בריטניה, ובלבד שהוא נמצא תחת שליטתה (כדוגמת בית מעצר הנמצא בבסיס צבאי בריטי בעיראק; ראו *Al-Skeini*, בית הלורדים, פיסקאות 61-59 לפסק-דינו של הלורד Earlsferry). בפסק-הדין העוקב שניתן בבית הדין האירופי לזכויות אדם נקבע, כי בריטניה הפרה את חובתה לחקור את נסיבות המוות במספר מקרים שבהם נגרם המוות על-ידי כוחות בריטיים או תחת שליטתה של בריטניה, וכן נפסקו לטובת העותרים פיצויים לא-ממוניים בשל הפרת החובה לקיים את החקירה. אין בידי לקבל את טענתו של דיראני, כי יש בפסקי-דין אלו כדי לסייע לו. פסק-הדין של

בית הלורדים עוסק בעניין הנסמך על דבר חקיקה ספציפי, המאמץ אמנה בינלאומית לדין הפנימי של בריטניה. פסק-דין זה אינו עוסק בתביעת פיצויים. אין בפסק-הדין דיון בכלל של המשפט המקובל שלפיו לא מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה, ואין בו דיון בשאלה אם דובר בעתירות שהוגשו על-ידי "אויב". בדומה, גם פסק-הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם שניתן באותה פרשה אינו עוסק בתביעה נזיקית, אלא בהפרת חובה של מדינה לחקור את נסיבות המוות (ראו, *Al-Skeini*, שטרסבורג, פיסקאות 168-177). הפיצויים שנקבעו בבית הדין האירופי לזכויות אדם היו פיצויים לא-ממוניים, ונפסקו בשל עצם הפרת החובה לקיים חקירה (שם, פיסקאות 178-182). גם בפסק הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם אין דיון בכלל הקיים במשפט המקובל שלפיו לא מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה.

20. עתה למשפט האמריקאי. לכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה שורשים הנעוצים עמוק בהיסטוריה המשפטית של ארצות-הברית. בתי המשפט בארצות-הברית הכירו בכלל זה בזמן מלחמת 1812 בין ארצות-הברית לבין בריטניה, וזאת כשהם מתבססים על המשפט המקובל האנגלי (ראו, Clarke v. Morey, 10 Johns. 69 (N.Y. Sup. Ct. 1812); Jackson v. Decker, 11 Johns. 418, (N.Y. Sup. Ct. 1814); כן ראו הסקירה ב- Frank C. Sterck & Carl J. Schuck, *The Right of Resident Alien Enemies to Sue*, 30 GEO. L. J. 421, 423 (1942) (להלן – *Streck* & *Schuck*); וב- Andrew Kent, *Judicial Review for Enemy Fighters: The Court's Fateful Turn in Ex parte Quirin, the Nazi Saboteur Case*, 66 VAND. L. REV. 153, 188 (2013)). כך, למשל, קבע בית המשפט בארצות-הברית ב- Russell v. Skipwith, 6 Binn. 241, 248 (Pa. 1814):

> "The general principle laid down in the books is, that an alien enemy cannot support a suit in a court of justice; his rights are suspended during the war".

בתי המשפט בארצות-הברית אימצו לעניין זה, בדומה למשפט האנגלי, מבחן טריטוריאלי להגדרתו של אויב בהתאם למקום מושבו (שם, בעמ' 247).

21. הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה הוכר גם בפסיקת בית המשפט העליון בארצות-הברית בקשר לתקופה שבה התחוללה מלחמת האזרחים האמריקאית (ראו, Hanger v. Abbott, 73 U.S. 532, 537 (1868); Masterson v.

(Howard, 85 U.S. 99, 105 (1873). כפי שקבע בית המשפט העליון בארצות-הברית ב-(1872) Caperton v. Bowyer, 81 U.S. 216, 236:

> "Enemy creditors cannot prosecute their claims subsequent to the commencement of hostilities, as the rule is universal and peremptory that they are totally incapable of sustaining any action in the tribunals of the other belligerent".

22. הכלל שלפיו אין מברירים תביעתו של אויב בעת מלחמה קיבל בארצות-הברית הכרה בחוק הפדרלי בזמן מלחמת העולם הראשונה, ב-Trading with the Enemy Act משנת 1917. בחוק זה נקבע (בניסוח על דרך השלילה), כדלקמן (סעיף 7(b) לחוק):
"Nothing in this Act shall be deemed to authorize the prosecution of any suit or action at law or in equity in any court within the United States by an enemy or ally of enemy prior to the end of the war".

ראו לעניין הוראת חוק זו, *Streck & Schuck*, בעמ' 428: "Negative in form, the Section is simply declarative of the common law"; Rylee, Enemy Aliens as Litigants, 12 GEO. WASH. L. REV. 55, 59 (1943-1944) (להלן – *Rylee*); *Ex parte Colonna*, 314 U.S. 510, 511 (1942) (להלן – עניין *Colonna*); Chemacid v. Ferrotar Corp., 51 F. Supp. 756, 757-758 (D.N.Y. 1943).

המונח "אויב" הוגדר בחוק הנזכר בהתאם למבחן הטריטוריאלי הנוהג במשפט המקובל (סעיף 2 לחוק; אולם יוער כי לנשיא ארצות-הברית הוענקה בחוק סמכות להרחיב בצו את היקפו של מונח זה גם לגבי זרים המתגוררים בארצות-הברית). כלל זה, במשפט המקובל ובחוק החרות, יושם בבתי המשפט בארצות-הברית בזמן מלחמת העולם הראשונה (ראו, למשל, Krachanake v. Acme Mfg. Co., 175 N.C. 435, 437 (1918); כן ראו, E.M.B., *The Right of Alien Enemies To Sue in Our Courts*, 27 YALE L.J. 104 (1917); *Streck & Schuck*, בעמ' 429).

23. הכלל הנוהג במשפט המקובל האנגלי יושם בבתי המשפט בארצות-הברית גם בזמן מלחמת העולם השנייה (ראו, פסיקת בית המשפט העליון בארה"ב בעניין *Colonna*; Leontios Teryazos, 45 F. Supp. 618 (D.N.Y. 1942); Sundell v. Lotmar Corp., 44 F. Supp. 816, 817 (D.N.Y. 1942); Drewry v. Onassis, 266 A.D. 292 (N.Y. App. Div. 1943); Anastasio v. Anastasio, 44 F. Supp. 725

(D.D.C. 1942); וראו הסקירה ב- George G. Battle, *Enemy Litigants in Our Courts*, 28 VA. L. REV. 429 (1942)). אומנם, בעניין אחד שהוכרע בבית המשפט העליון בארצות-הברית באותה התקופה הובעה עמדה, באמרת אגב, אשר ייתכן שעולה ממנה שיש להמשיך בבירור תביעה שהגיש אויב בעת מלחמה, ובלבד שכספי הפיצוי שבהם יזכה יועברו לאפוטרופוס על נכסי האויב (*Ex parte* Kumezo Kawato, 317 U.S. 69, 74-75 (1942); וראו גם, *Rylee*, בעמ' 68-70). אולם, בפסיקה מאוחרת יותר של בית המשפט העליון בארצות-הברית הובהר, כי אי-בירור תביעת אויב בעת מלחמה הוא עדיין הכלל הנוהג בארצות-הברית (Johnson v. Eisentrager, 339 U.S. 763, 776-777 (1950)):

> "... the nonresident enemy alien, especially one who has remained in the service of the enemy, does not have even this qualified access to our courts... and it continues to be the law throughout this country and in England."

24. בדומה לאנגליה, גם בארצות-הברית אויב יכול להיתבע בבית המשפט בעת מלחמה (Trading with the Enemy Act, § 7(b)); כן ראו, *Rylee*, בעמ' 60; Watts, Watts & Co. v. Unione Austriaca di Navigazione, 248 U.S. 9, 21 (1918), אולם יוער שבאותו עניין נקבע, כי נוכח העובדה שבשל המלחמה ייבצר מן הנתבע להתגונן כראוי מפני התביעה, בירור התביעה נגדו יושהה עד תום המלחמה). עוד בדומה לדין באנגליה, תביעה שהוגשה לפני פרוץ המלחמה, בירורה מושהה למשך המלחמה, ולאחר כינון יחסי שלום בין המדינות ניתן להמשיך בבירורה (*Rylee*, בעמ' 66-67; Bell v. Chapman, 10 Johns. 183 (N.Y. Sup. Ct. 1813); Frabutt v. New York, C. & S. L. R. Co., 84 F. Supp. 460, 466 (D. Pa. 1949)). כן יוער, לשלמות התמונה, כי גם במשפט האמריקאי הוכרו חריגים שונים לכלל שלפיו אין מבררים תביעה של אויב בעת מלחמה. כך למשל, הותר בירורה של תביעה שהוגשה על-ידי נאמן המתגורר בארצות-הברית בשם חברה הפועלת במדינת אויב (ראו, *Streck & Schuck*, בעמ' 432; כן ראו *Rylee*, בעמ' 67-68). חריג נוסף שעוגן בחוק נוגע לאכיפת זכויות קניין רוחני על-ידי אויב (Trading with the Enemy Act, § 10(g)). כן הוכרה האפשרות כי התובע-האויב יוכל לעתור לסעד זמני לשם שמירה על המצב הקיים (State ex rel. Biering v. District Court, 140 P.2d 583, 586 (Mont. 1943)). אולם הכלל עצמו, תקף בארצות-הברית גם כיום (ראו מן העת האחרונה, Cohan v. Movtady, 751 F. Supp. 2d 436, 440 (E.D.N.Y. 2010), אף שבאותו עניין הטענה

להחלתו של הכלל נדחתה לבסוף, בשל כך שלא נתקיימה "מלחמה" בין ארצות-הברית לבין איראן; לקביעה זו נידרש בהמשך).

25. דומה שלא ניתן לסיים את הדיון במשפט האמריקאי בלא להזכיר את פסיקת בית המשפט העליון בארצות-הברית מן השנים האחרונות, העוסקת בזכות הגישה לערכאות של עצורים, "enemy combatants", המוחזקים מחוץ לשטחה של ארצות-הברית, במסגרת מלחמתה של מדינה זו בטרור. בקצרה ייאמר, כי בסופה של התפתחות פסיקתית זו נקבע בבית המשפט העליון של ארצות-הברית, כי לעצורים המוחזקים על-ידי ארצות-הברית במפרץ גואנטנמו שבקובה זכות לפנות לבית משפט פדרלי בעתירה לבחינת חוקיות מעצרם (עתירת "*Habeas Corpus*"), וכי שלילת זכות זו אינה חוקתית (Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004); Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006); Boumediene v. Bush, 553 U.S. 723 (2008); וראו הסקירה ב- Hamad v. Gates, 732 F.3d 990, 996 (9th Cir. Wash. 2013), cert. denied (23.6.2014) (להלן – עניין *Hamad*)). התפתחות פסיקתית זו מוזכרת בחוות-דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה בפסק-דינה בערעור (פיסקה 46). גם דיראני מביא בתשובתו לעתירה פסיקה זו כתמיכה לעמדתו (פיסקה 183 לתשובה).

26. סבורני, שאין בפסקי-דין אלו כדי להוות תימוכין לעמדתו של דיראני. ראשית, שלא כבענייננו של דיראני, באותה פסיקה נדון מעמדם של עותרים אשר נקבע לגביהם, שהם נמצאים בשטח שהוא דה-פקטו תחת שליטתה של ארצות-הברית. על כן לא ניתן לטעמי ללמוד מפסקי-דין אלו על עניינו של דיראני, שנמצא כעת במדינה ריבונית זרה. כפי שפורט לעיל, להבחנה טריטוריאלית זו ניתן משקל רב בכלל הנוהג במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב.

שנית, עניינם של פסקי-דין אלו אינו בתביעת פיצויים המוגשת על-ידי העצור, אלא בזכותו של העצור להביא לבחינה שיפוטית את עצם המשך מעצרו. בכך, ההכרה שנעשתה בפסקי-דין הנזכרים בזכותו של העצור להביא לבירור שיפוטי את המשך מעצרו אינה שונה במהותה מהתפיסה הקיימת בדין הישראלי. גם בישראל, הכירו בתי המשפט בחשיבות הרבה בקיומה של ביקורת שיפוטית עתית ואפקטיבית על המשכו של מעצר מינהלי. בישראל נפסק לא אחת, כי ביקורת שיפוטית זו מהווה חלק מהותי ואינטגרלי מהליך המעצר (ראו, למשל, בג"ץ 11026/05 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פיסקה 8 (22.12.2005); בג"ץ 3128/12 מסלמאני נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פיסקה 8 (7.5.2012)). כך, פסקו בתי המשפט בישראל כי "הביקורת השיפוטית על הליך המעצר היא מהותית... ביקורת שיפוטית זו היא חלק פנימי מגיבוש

חוקיותו של צו המעצר המינהלי או מגיבושה של חוקיות הארכתו" (בג"ץ 5784/03 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(6) 721, 726-727 (2003); בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, 369- 368 (2003); ולאחרונה ראו, בג"ץ 3368/10 משרד האסירים הפלסטינים נ' שר הביטחון, פיסקה 54 (6.4.2014)). כן נפסק, כי על הערכאות השיפוטיות לבחון את המידע והראיות שמציגים בפניהן גורמי הביטחון לשם המשך המעצר המנהלי "תוך בדיקה זהירה וקפדנית" (עע"מ 4/94 בן חורין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 329, 335 (1994)). יוער, כי כך גם היה בעניינו של דיראני עצמו, אשר המשך מעצרו בישראל עמד מעת לעת לבחינה שיפוטית (ראו, האסמכתאות בפיסקה 4 לעיל). זאת ועוד, דיראני אף עתר לא אחת לבתי המשפט בישראל בעת היותו נתון במשמורת בקשר לתנאי מעצרו, ועתירותיו התקבלו בעניינים שונים (ראו, למשל, בג"ץ 794/98 עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(5) 769 (2001), שם עתר דיראני להיפגש עם נציגי הצלב האדום, ועתירתו נתקבלה; עע"א (מחוזי – תל-אביב-יפו) 2578/02 עובייד נ' מדינת ישראל (6.1.2003), שם קיבל בית המשפט המחוזי באופן חלקי את עתירתו של דיראני והורה על התקנת מזגן בתא מעצרו). דיראני גם העלה במספר הזדמנויות טענות נגד חוקתיות החוק שמכוחו נעצר (ראו, בג"ץ 2055/02 עבייד נ' שר הבטחון (12.12.2002); ב"ש (מחוזי – תל-אביב-יפו) 92690/02 מדינת ישראל נ' עבייד (10.3.2003); ע"פ 3660/03 עבייד נ' מדינת ישראל (8.9.2005)). עינינו הרואות, הפסיקה בארצות-הברית אשר בה הוכרה זכותו של העצור לחלוק בפני ערכאה שיפוטית על עצם מעצרו עולה בקנה אחד עם הגישה הנוהגת בשיטת המשפט בישראל, המכירה בחשיבותה הרבה של הביקורת השיפוטית על מעצרו של אדם המוחזק בידי ישראל, אף אם הוא נתין אויב. עם זאת, עניינו אינו בזכותו של דיראני להביא לביקורת שיפוטית על מעצרו או על תנאי מעצרו. עניינו בשאלה האם יש להמשיך בבירורה של תביעה אזרחית לקבלת פיצויים שהגיש נגד המדינה.

27. ואכן, גישה שונה נתגלתה בארצות-הברית ככל שהדברים נוגעים לתביעת פיצויים מסוג זה. בתי המשפט בארצות-הברית פסקו לאחרונה, כי קביעת בית המשפט העליון שצוינה לעיל, שלפיה הוראת החוק השוללת מעצורים, "enemy combatants", את הזכות להגיש עתירת "*Habeas Corpus*" אינה חוקתית (28 U.S.C. § 2241(e)(1)), אינה פוגמת בחוקתיותה של ההוראה העוקבת באותו דבר חקיקה (28 U.S.C. § 2241(e)(2)), המונעת בירור של כל תביעה אחרת של עצורים, לרבות תביעת פיצויים בשל תנאי המעצר. הוראת חוק אחרונה זו קובעת, כי:

> "…no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider any other action [other than an application for a writ of habeas corpus, A. G.] against the United States or its agents relating to any aspect of the detention, transfer, treatment, trial, or conditions of confinement of an alien who is or was detained by the United States and has been determined by the United States to have been properly detained as an enemy combatant or is awaiting such determination".

לעניין הוראת חוק זו, נקבע בבית המשפט הפדרלי לערעורים בארצות-הברית כי היא חוקתית, וכי לאורה אין לברר תביעות פיצויים שהגישו עצורים במפרץ גואנטנמו בגין תנאי מעצרם ובגין טענות למעשי עינויים שנעשו בהם (ראו, עניין *Hamad*, בעמ' 1006: "Congress's decision in § 2241(e)(2) to preclude only alien detainees captured as part of the war on terror from bringing damages actions easily passes rational basis review"; וראו גם, לקביעות דומות, Talal Al-Zahrani v. Rodriguez, 669 F.3d 315 (D.C. Cir. 2012); Al Janko v. Gates, 741 F.3d 136 (D.C. Cir. 2014); Rasul v. Myers, 563 F.3d 527 (D.C. Cir. 2009), cert. denied, 558 U.S. 1091 (2009); Ameur v. Gates, 950 F. Supp. 2d 905, 911-912 (E.D. Va. 2013), והאסמכתאות שם).

28. נמצא, שבכפוף להבדלים שונים, בתי המשפט בארצות-הברית אימצו את הכלל הקיים במשפט המקובל האנגלי, שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה. כן יצוין, כי גם בקנדה אימצו בתי המשפט כלל זה מן המשפט המקובל (ראו, הסקירה ב-J.G. Castel, *Exemption from the Jurisdiction of Canadian Courts*, 9 CAN. Y.B. INT'L L. 159, 183 (1971)). כך, גם בקנדה אומץ בבתי המשפט המבחן הטריטוריאלי להגדרתו של "אויב", בהתבסס על המשפט המקובל (שם, בעמ' 183; Topay v. McKee, [1950] S.C.R. 700; וראו גם, McKee v. Crow's Nest Pass Coal Company (1914) 18 DLR 784 (BCSC); Andrews v. Law Society of British Columbia 1986 27 DLR (4th) 600 (BCSC) at [31] per McLachlin JA; International Association of Science and Technology for Development et al. v. Hamza, 162 A.R. 349 (Alta. C.A. 1995)).

הכלל במשפט המקובל הוכר גם בבתי המשפט באוסטרליה (ראו, Edward I. Sykes & Michael C. Pryles, AUSTRALIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW 72-73 (3rd ed. 1991); Schering A. G. v. Pharmedica Pty Ltd. (1950) 52 SR (NSW) 16 (להלן – עניין *Schering*); Singh v. Commonwealth, 209 A.L.R. 355 (2004), sec. 201-202). בדומה לדין באנגליה ובארצות-הברית, גם באוסטרליה אויב יכול להיתבע בבית משפט (ראו, Hirsch v. Zinc Corporation Ltd (1917) 24 CLR 34, 79).

גם בניו-זילנד הדין דומה. גם שם, הכירו בתי המשפט בכלל במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה, תוך הפנייה לעניין *Porter* שנפסק באנגליה. הכרה זו נעשתה בניו זילנד הן בימי מלחמת העולם הראשונה (ראו, Masemann v. Masemann [1917] NZLR 769, 772 (SC); יוער כי באותו עניין נקבע כי כחריג לכלל, תוכל נתינת אויב להגיש תביעת גירושין בעת מלחמה), הן בימי מלחמת העולם השנייה (Arnerich v. R. [1942] NZLR 633 (SC)).

29. לסיכום, במדינות המשפט המקובל נוהג הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה. לכלל זה שורשים הנטועים עמוק בהיסטוריה המשפטית של מדינות אלו. כלל זה יושם פעמים רבות בבתי המשפט באנגליה ובארצות-הברית במהלך מלחמותיהן השונות, והוא מוכר גם במדינות נוספות. הגם שקיימים לכלל זה חריגים במקרים שונים, הכלל בעינו עומד, אף כיום.

הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה בשיטת המשפט הישראלית

30. ראינו כי הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה מוכר היטב במדינות המשפט המקובל. מה מקומו של כלל זה במשפט הישראלי? על מנת להשיב לשאלה זו, נעמוד מעט על טיב הקשר שבין המשפט הישראלי לבין המשפט המקובל האנגלי, לפני הקמת מדינת ישראל ולאחריה.

31. בתקופת שלטון המנדט הבריטי, חוקק שלטון המנדט את דברי-המלך במועצה על פלשתינה (א"י), 1922 עד 1947. סימן 46 לדבר המלך במועצה הורה, כי במקרים שבהם אין בדברי החקיקה הקיימים מענה לסוגיה המתעוררת בפניהם, "ישפטו בתי המשפט האזרחיים בהתאם ליסודות המשפט המקובל ולעיקרי הצדק הנוהגים באנגליה" (חא"י ג 2738). בהמשך ההוראה נקבע, כי פנייה זו למשפט האנגלי תעשה "בתנאי

שהחוק המקובל ועיקרי הצדק המוזכרים לעיל יהיו תמיד נוהגים בפלשתינה (א"י) רק במדה שתנאי פלשתינה (א"י) ותנאי תושביה וגבולות שיפוטו של הוד מלכותו ירשו זאת ובהתחשב עם אותן ההגבלות שתנאי המקום יחייבו אותן". כפי שנפסק בע"א 81/55 כוכבי נ' בקר, פ"ד יא 225, 238 (1957) (להלן – עניין כוכבי), "סעיף 46 לדבר-המלך-במועצה, 1922, נועד, כידוע, 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 האוכלוסיה ותנאי המקום יחייבו זאת" (וראו גם, ע"א 51/48 בורנשטיין נ' הממונה על רכוש האויב, פ"ד ב 310, 313-314 (1949)).

32. בסמוך לאחר הקמת המדינה, נחקקה פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. סעיף 11 לפקודה קובע, כי "המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, 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". לאחר חקיקת פקודה זו נותר, איפוא, סימן 46 לדבר המלך במועצה על כנו, והמשיך לשמש "צינור" להזרמת המשפט האנגלי לישראל (ראו, עניין כוכבי, בעמ' 238).

33. בשנת 1980 חוקק חוק יסודות המשפט. בחוק זה בוטל סימן 46 לדבר המלך במועצה (סעיף 2(א) לחוק). עם זאת, סעיף 2(ב) לחוק הוסיף וקבע, כי "אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה". כפי שנכתב בדברי ההסבר שנלוו להצעת החוק, "סעיף קטן (ב) בא... לקבוע שביטול סימן 46 לא יפגע בהלכות שנשאבו דרכו מן המשפט האנגלי ובינתיים 'התאזרחו' בארץ כהלכות ישראליות" (ה"ח 1361, בעמ' 308).

34. האם הכלל הנוהג במשפט המקובל, שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה, נקלט בישראל בטרם חוקק חוק יסודות המשפט, כאמור בסעיף 2(ב) לחוק זה? אם התשובה לשאלה זו היא חיובית, הרי שכלל זה ממשיך לעמוד בתוקפו במשפט הישראלי גם לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט. בדעת הרוב בפסק-הדין בערעור נקבע, כי כוונת המחוקק בסעיף 2(ב) לחוק יסודות המשפט היא להלכות מן המשפט האנגלי שנקלטו בישראל "בפועל", "באופן אקטיבי", ובקביעה שנעשתה בפסק-דין של בית המשפט העליון בלבד (ראו, פיסקה 51 לחוות-דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה; לדיון בקליטת המשפט המקובל במקרים שונים, ראו, ע"א 373/72 טפר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 7 (1974), באשר לקליטת נישואי "common law marriage" בישראל; ע"א

Israel British Bank (London) Ltd. 776/80 נ' ויליאמס, פ"ד לח(3) 645, 663, 665-666 (1984); ע"א 8789/96 פולק נ' סיסמיקה חיפושי נפט בע"מ, פ"ד נג(5) 689, 698 (1999); רע"א 7092/94 Her Majesty The Queen in Right of Canada נ' אדלסון, פ"ד נא(1) 625, 641 (1997) (להלן – עניין אדלסון)). מנגד, טוענת המדינה כי כלל שהוא כלל "בסיסי" במשפט המקובל, "נקלט מעצם כך במשפט הישראלי", גם בלא שהדבר נקבע באופן "אקראי" בפסק-דין שניתן לפני חקיקת חוק יסודות המשפט (בלשון המדינה בפיסקה 63 לעתירה לדיון נוסף; וראו המ' (מחוזי – ירושלים) 1509/84 עירית ירושלים נ' אפרים, פ"מ תשמ"ה(ב) 64, 72-73 (השופטת ד' דורנר), שם נדחתה טענה זו). בענייננו, ניתן לדעתי להותיר שאלה זו, בדבר "מידת הקליטה" הנדרשת של הלכה אנגלית במשפט הישראלי לעניין סעיף 2(ב) לחוק יסודות המשפט, בצריך עיון. זאת, שכן כפי שיבואר מייד, לטעמי הכלל במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה נקלט במשפט הישראלי "בפועל", בפסיקתו של בית משפט זה, בטרם חוקק חוק יסודות המשפט. עם זאת יצוין, כי בספרות המשפטית הובעה העמדה, לפיה הקליטה של הלכה אנגלית במשפט הישראלי מתייחסת גם לעקרונות כלליים שהנחו את בית המשפט בישראל בפסיקותיו:

> "...המשפט שנקלט לפני תחילת החוק הוא המשפט המצוי בהלכות שנפסקו במדינה ושכוללות בתוכן לא רק את הכרעת הדין לענין המיוחד הנדון בה, אלא גם את היסוד היוריספרודנציאלי הרחב, שממנו נדלה הדין ששימש יסוד להלכה. לכן בביטוי 'משפט שנקלט' יש להבין לא רק את ה-*ratio decidendi* של הפסק, כי אם גם את העקרונות הכלליים שהנחו את בית המשפט לפסוק כפי שפסק" (גואלטירו פרוקצ'יה, "חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980", עיוני משפט י(1) 145, 149 (1984)).

(יוער כי כך גם עולה מעניין אדלסון, בעמ' 641; כן ראו, אהרן ברק, פרשנות במשפט 508-509 (כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית, תשנ"ד) (להלן – ברק, פרשנות במשפט, כרך א), שם כותב המחבר כי המשפט שנקלט בהתאם לחוק יסודות המשפט אינו כולל אימרות-אגב המופיעות בפסק-הדין, אולם בהמשך הדברים כותב המחבר כי המשפט שנקלט "כולל בחובו, לדעתי, גם את עקרונות היסוד עליהם מתבסס הפסק" (שם, בעמ' 511); השוו, ג' טדסקי, "סודות עסקיים" הפרקליט לה 5, 10 (תשמ"ג)).

35. הדיון בשאלה אם הכלל במשפט המקובל, שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה, נקלט במשפט הישראלי נסוב בפסק-הדין בערעור בעיקר סביב פסק-דינו

של בית משפט זה בעניין חכים. חברי המותב בפסק-הדין בערעור נחלקו בדעותיהם בעניין זה. בעניין חכים נדונה עתירתה של אֵם, כי יינתן לבנה המתגורר בלבנון רישיון כניסה למדינת ישראל. בתשובתו לעתירה העלה המשיב טענה מקדמית, שלפיה אין להיזקק לעתירה מאחר שהבן "מצוי כיום בארץ אויב... [ו]כניסתו לארץ יש בה כדי לסכן את שלום המדינה" (עמ' 640 לפסק-הדין). טענת המשיב מתוארת בפסק-הדין בעניין חכים כטענת סף, שהכרעה בה עשויה ליתר את הדיון בטענות העותרת (שם, בעמ' 640, ליד האות א). לכך השיב השופט ש"ז חשין (שם):

> "טענה זו מצריכה עיון מתוך כובד ראש מיוחד. מן המפורסמות, כי בבוא בית-משפט לקבוע את מידת היקפן ואת שיעור תחולתן של זכויותיו האזרחיות של אדם, אין הוא חייב בדרך כלל ליתן דעתו על נתינותו אלא על מקום מגוריו. משום כך יש ובגלל מקום מגוריו נחשב נתין ארץ אחת ומבחינה טכנית, לאויבה של אותה ארץ. כך, למשל, אומר הלורד רידינג במשפט המדריך Porter v. Freudenberg, כי: –
>
> > 'נתין בריטי, או נתין ארץ ניאוטרלית, המתגורר מרצונו הטוב, או העושה עסקים, על אדמת השונא נחשב..... כאויב זר, ומעמדו מעמד מי-שכפוף-למרות-נתינות-אויבת המתגורר על אדמת האויב' (ע' 869).
>
> אינני מתכוון לאמר, כי ההלכה שנקבעה במשפט זה מחייבת אותנו במסיבות המקרה שלפנינו, אך נראה לי כי העיקרון אשר עליו בנויה אותה הלכה עשוי לשמש לנו ציון ומורה דרך, בבואנו לקבוע באיזו מידה מצווים בתי המשפט ליתן תוקף לזכויותיו האזרחיות של אדם מסוגו של בן-המבקשת."

בהמשך הדברים, קובע השופט ש"ז חשין כי בנה של העותרת מתגורר בלבנון באופן רצוני (שם, בעמ' 640, מול האותיות ה-ו). כן שואל השופט ש"ז חשין בפסק-דינו אם מדינת לבנון היא מדינת אויב, ומוסיף, "ואם הלבנון כך, הרי לאור העקרון אשר נקבע במשפט פורטר נגד פרוידנברג, הנ"ל, אף יושביו אויבי המדינה הם" (שם, מול האות ז). בהמשך דבריו, מתייחס השופט ש"ז חשין לטענת המשיב, כי נשקפת מבנה של העותרת סכנה לביטחון מדינת ישראל, ומוסיף (בעמ' 641):

> "לצורך שאלה זו אני פונה שוב אל משפט פורטר נ. פרוידנברג. באותו משפט סוקר הלורד רידינג את התפתחותו ההיסטורית של הרעיון הטבוע ביסודו של העקרון על הפסקת כל מו"מ מסחרי עם מדינה אויבת, ובא לידי מסקנה, כי טובת הכלל דורשת לאסור כל

> פעולה העשויה להביא תועלת למדינה האויבת ולסייע בידה להרבות את כשרה להמשיך במלחמה.... והרי הדברים קל וחומר: ומה מו"מ מסחרי והעברת כספים וחמרים המסייעים לאויב בעקיפין נפסקים לחלוטין בימי מלחמה, הכנסת אנשים המתייחסים למדינה מתוך איבה, והעשויים, לדעת הרשויות הממונות על כך, לסכן במישרין את בטחון המדינה ולסייע לאויב – לא כל שכן?
> ... על סמך העקרון אשר נקבע ב-בג"ץ 125/51 הנ"ל, ולאור ההלכה שבמשפט פורטר נ. פרוידנברג הנ"ל לא יכפה בית-משפט זה על המשיב לעשות מעשה העלול לסכל תכניות ההגנה והבטחון של המדינה, אשר הצבא תכנן ועמל לבצען.
> ...
> לאור מסקנתי האמורה יש, לדעתי, לבטל את הצו-על-תנאי, בלי לדון בשאלות הנכבדות האחרות שהתעוררו בדיונים אלה".

36. מה נקבע ומה לא נקבע, איפוא, בחוות-דעתו של השופט ש"ז חשין בעניין חכים? אומנם, בחוות-דעתו של השופט ש"ז חשין אין קביעה מפורשת, שלפיה הכלל במשפט המקובל כי אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה "נקלט" במשפט הישראלי (בלשון סעיף 2(ב) לחוק יסודות המשפט). בנוסף, השופט ש"ז חשין קובע, כי "אינני מתכוון לאמר, כי ההלכה שנקבעה במשפט זה [עניין *Porter*, א.ג.] מחייבת אותנו במסיבות המקרה שלפנינו". עניין חכים גם אינו עוסק בתביעה אזרחית המוגשת על-ידי אויב, כבענייננו. עם זאת, דומני שלא ניתן להתעלם מהנתונים הבאים העולים מפסק-דינו: ראשית, השופט ש"ז חשין מכנה את פסק-הדין שניתן בעניין *Porter* פסק-דין "מדריך", וקובע כי העיקרון שנקבע בו, "עשוי לשמש לנו ציון ומורה דרך, בבואנו לקבוע באיזו מידה מצויים בתי המשפט ליתן תוקף לזכויותיו האזרחיות של אדם מסוגו של בן-המבקשת" (שם, בעמ' 640 ליד האות ד). שנית, השופט ש"ז חשין מתייחס אל המבחן הטריטוריאלי שנקבע במשפט המקובל האנגלי לשם קביעת מעמדו של בן-העותרת כ"אויב", וקובע שהדבר הוא "מן המפורסמות" (שם, ליד האות ב). שלישית, השופט ש"ז חשין מיישם את המבחן הטריטוריאלי שנקבע במשפט המקובל האנגלי על עניינו של בן-העותרת, ובכלל זאת מיישם את הדרישה במשפט המקובל כי על מגוריו של בעל הדין במדינת האויב להיות רצוניים (שם, ליד האותיות ה-ו). רביעית, השופט ש"ז חשין קובע, כי "לאור ההלכה שבמשפט פורטר נ. פרוידנברג", אין להתערב בהחלטת המשיב שכן הדבר עלול לסכן את בטחון המדינה (שם, בעמ' 641 ליד האות ו). חמישית, ולבסוף, קובע השופט ש"ז חשין כי יש לדחות את העתירה "בלי לדון בשאלות הנכבדות האחרות שהתעוררו בדיונים אלה", ונראה שמכך משתמע שהעתירה נדחתה על הסף (שם, ליד האות ז).

אכן, השופט ש"ז חשין אינו קובע במפורש בפסק-דינו, כי הכלל במשפט המקובל שנדון בפסק-הדין המנחה בעניין *Porter*, "נקלט" במשפט הישראלי. עם זאת, סבורני כי הדיון הנרחב בעניין *Porter*, ואף יישום עיקרי ההלכה שנקבעה באותו עניין על העובדות שהתעוררו בפניו, בלא לדון ביתר טענות העותרת, מלמדים כי אותו כלל במשפט המקובל היווה עקרון בסיסי ומנחה בפסק-דינו. לטעמי, הדבר מספק כדי לקבוע שההלכה שנקבעה בעניין *Porter* "נקלטה" בפסק-דינו של השופט ש"ז חשין בעניין חכים למשפט הישראלי.

37. עתה לפסק-דינו של השופט י' זוסמן באותו עניין. וכך קבע השופט י' זוסמן (שם, בעמ' 642):

> "גם אני מוכן להניח – מבלי להכריע בדבר – כי בנה של המבקשת, אשר עבורו נדרשת רשות הכניסה לארץ, נתין ישראל הנהו, אך אינני נוטה לדעה כי העקרון אשר סוכם על ידי בית-המשפט בעניין Porter v. Freudenberg נועל את שערי בית-משפט זה בפני המבקשת מחמת ישיבת בנה בארץ האויב.
>
> מדוע פסול אדם המתגורר מרצונו החפשי בארץ אויב מלהגיש תביעה בבית המשפט? בהגדירו את משמעות המונח 'אויב' בעמוד 867, שם, מדגיש זקן השופטים הלורד רידינג כי דבריו נאמרו 'בקשר לזכויות ולהתחייבויות האזרחיות', היינו בקשר לתביעה אשר בין פרט ופרט. ביצוע זכותו של אדם היושב בארץ אויב, הוסבר שם, עלול לסייע בידי השלטון העוין אשר התובע כפוף לו, ותשלום חוב המגיע לאותו אדם יש בו, לפעמים, אפילו עבירה פלילית. הפסלות הפרוצסואלית באה רק בעקבותיה של ההלכה המטריאלית, הדוחה את ביצוע הזכות עד לביום פעולות האיבה.
>
> במקרה אשר לפנינו, אין אנו עוסקים ביחסים משפטיים אשר בין האזרח לבין חברו, הנובעים מהמשפט האזרחי, אלא הסכסוך הוא בין הפרט ובין הכלל, והוא סובב 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" [ההדגשות הוספו, א.ג.].

38. אם כן, השופט י' זוסמן סבר בפסק-דינו בעניין חכים, שאין בהלכה שנקבעה בעניין *Porter* כדי לחסום את זכות הגישה לערכאות של העותרת. זאת, שכן בעניין שלפניו, "אין אנו עוסקים ביחסים משפטיים אשר בין האזרח לבין חברו, הנובעים

מהמשפט האזרחי, אלא הסכסוך הוא בין הפרט ובין הכלל, והוא סובב כולו על שטח המשפט הפומבי". השופט י' זוסמן לא החיל, איפוא, בעניין חכים את ההלכה שנקבעה בעניין *Porter*, שכן לא דובר בעניין חכים בתביעה אזרחית. זאת ועוד, השופט י' זוסמן הוסיף, בסוף דבריו שצוטטו לעיל, כי כשמדובר בהליך במשפט הציבורי לא יסרב בית המשפט להושיט לעותר סעד בעת מלחמה, אלא אם קיים כלל משפטי המורה כן, "בדומה למשפט האזרחי". סבורני כי מדברים אלו ניתן ללמוד, שהנחתו של השופט י' זוסמן הייתה כי במשפט האזרחי קיימת תחולה להלכה שנקבעה בעניין *Porter* בדבר אי-בירור תביעתו של אויב בעת מלחמה (יוער, כי השופט זוסמן סבר לבסוף גם הוא כי יש לדחות את העתירה, לאור החשש לפגיעה בביטחון המדינה שנשקף מבנה של העותרת; כן יוער כי השופט השלישי במותב, השופט ש' אסף, הסכים לחוות-דעותיהם של שני חבריו).

לסיכום עניין זה, דעתי היא כדעת המיעוט של חברי השופט ח' מלצר בפסק-הדין בערעור, כי בעניין חכים נקלטה במשפט הישראלי ההלכה מהמשפט המקובל האנגלי, כאמור בפסק-הדין המנחה בעניין *Porter*, שלפיה אין מבררים את תביעתו של אויב בעת מלחמה.

39. מכל מקום, אם תמצא לומר כי לא כך הוא הדבר, וכי מפסק-הדין בעניין חכים לא עולה בבירור "קליטה" של ההלכה האמורה מן המשפט האנגלי אל המשפט הישראלי, הרי שהדברים הובהרו בפסק-דינו של בית משפט זה בע"א 324/56 לוי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד יב 1446 (1958) (להלן – עניין לוי). יוער, כי בפסק-הדין בערעור אין התייחסות לפסק-הדין שניתן בעניין לוי. בעניין לוי נדונה השאלה האם תקופת ההתיישנות ממשיכה לרוץ לטובת מחזיק במקרקעין שנעשה נפקד. וכך קבע השופט י' זוסמן בעניין לוי (בעמ' 1452 לפסק-הדין):

> "בית-משפט זה השווה כבר בעבר את המעמד הדיוני של נפקד למעמדו של 'אויב', לפחות לגבי זכויות וחיובים שבין אדם לחברו; בג"צ 24/52 [עניין חכים, א.ג.], ואימץ את הלכת-האויב שנפסקה במלחמת העולם הראשונה בעניין Porter v. Freudenberg (1915)" (**ההדגשות הוספו, א.ג.**).

זו היא, איפוא, קביעה מפורשת של בית משפט זה, בדבר "אימוץ" ההלכה שנקבעה במשפט המקובל האנגלי אל המשפט הישראלי.

40. לשלמות התמונה אציין, כי לטעמי אין בפסקי הדין המובאים בפיסקה 51 לחוות-דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה בפסק-הדין בערעור כדי לשנות ממסקנתי בדבר קליטת הכלל מהמשפט המקובל במשפט הישראלי (בג"ץ 101/54 ג'דאי נ' נשיא משרד ההוצל"פ, בית המשפט המחוזי, חיפה, פ"ד ט 135 (1955) (להלן – עניין ג'דאי), ובג"ץ 574/82 אל נאוואר נ' שר הביטחון, פ"ד לט(3) 449 (1985) (להלן – עניין אל נאוואר)).

בעניין ג'דאי נדונה עתירה שהוגשה, בין היתר, נגד סמכותו של האפטריארך היושב בלבנון למנות דיינים לבתי-הדין של העדה היוונית-קתולית בישראל. העתירה נדחתה, ונקבע שאין פגם בסמכותו זו של האפטריארך שכן לא מדובר ביחסים "מסחריים" עם האויב (וראו גם, בג"ץ 3238/06 סלימאן נ' הארכיבישוף בולוס סייאח (23.2.2009)). העובדה כי לא דובר ביחסים "מסחריים" עם האויב, הייתה אחד הנימוקים המרכזיים לדחיית העתירה באותו עניין (עניין ג'דאי, בעמ' 143-144). ואכן, בעניין ג'דאי נדונו טענות במסגרת המשפט הציבורי, ולא במסגרת תביעה אזרחית שהגיש אויב. על כן, לא ניתן לטעמי ללמוד מאותו מקרה לענייננו (בדומה להבחנה שעשה השופט י' זוסמן בעניין חכים). לכך יש להוסיף, כי בעניין ג'דאי אין דיון בפסק-הדין שניתן בעניין חכים. כן יוער, כי קביעתו המפורשת של בית משפט זה בעניין לוי, בדבר אימוץ הכלל במשפט המקובל למשפט הישראלי, נעשתה לאחר פסק-הדין בעניין ג'דאי.

באופן דומה, בעניין אל נאוואר נדונה עתירה שהוגשה נגד תפיסת רכוש בלבנון על-ידי כוחות צה"ל בעקבות מבצע "שלום הגליל", ונקבע, כי לבית משפט זה, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, סמכות לדון בעתירה מכוח חוק-יסוד: השפיטה (שם, בעמ' 461). ראשית, יצוין כי אין בעניין אל נאוואר התייחסות לפסקי הדין שניתנו בעניין חכים ובעניין לוי. אולם מעבר לכך, גם עניין אל נאוואר (כעניין ג'דאי שהוזכר לעיל), עסק בטענות שהועלו במסגרת המשפט הציבורי, בדבר אי-חוקיותה של פעולה שנעשתה על-ידי הרשות הציבורית. עניין אל נאוואר אינו עוסק בבירור תביעה אזרחית שהוגשה על-ידי "אויב".

41. ואכן, נדמה כי קיים הבדל בין בירורה של תביעה אזרחית של אויב בעת מלחמה לבין בירורה של עתירה המוגשת על-ידו בגדרו של המשפט הציבורי. הגיונו של הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה הוא למנוע תועלת כלכלית לאויב. על כן, גם אם נניח (בלא להכריע בדבר), כי דלתותיהם של בתי המשפט בישראל פתוחות בפני מי שהוא בגדר "אויב" הנמצא במדינה זרה להגשת עתירה בגדרי

המשפט הציבורי נגד החלטה של הרשות שפגעה בו, אינני סבור כי ניתן ללמוד מכך לעניין בירור תביעה אזרחית המוגשת על-ידיו. כאמור, הבחנה זו אף הועלתה על-ידי השופט י' זוסמן בעניין חכים. במאמר מוסגר יוער, כי ניתן להטיל ספקות גם באשר ליכולתו של אויב הנמצא במדינה זרה להגיש עתירה במשפט הציבורי, במקרים שבהם עלול בירורה להניב לו תועלת (ראו, למשל, את עמדתו של הנשיא מ' לנדוי בבג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113, 122 (1980), והשוו לדעת המיעוט של השופט ח' כהן באותו עניין, בעמ' 129-131). האפשרות החוקית של אויב הנמצא מחוץ למדינה להגיש עתירה במשפט הציבורי בבית משפט ישראלי אף עשויה לעורר שאלה בדבר תחולתם האקס-טריטוריאלית של כללי המשפט המינהלי וחוקי-היסוד (השוו, בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פיסקאות 22-23 לחוות-דעתו של הנשיא א' ברק ופיסקה 3 לחוות-דעתי (12.12.2006) (להלן – בג"ץ 8276/05 עדאלה)). מכל מקום, לענייננו די אם נאמר כי לא ניתן ללמוד ממקרים שבהם נשמעה בישראל עתירה במשפט הציבורי שהוגשה לכאורה על-ידי מי שעשוי להיחשב "אויב", לגבי המשך בירורה של תביעה אזרחית המוגשת על-ידו. כך, וכפי שפורט לעיל, פסקו בתי המשפט בארצות-הברית כי בעוד שלעצור המוחזק מחוץ לשטח ארצות-הברית זכות לפנות לבית המשפט בעתירה נגד עצם מעצרו (במשפט הציבורי), אין ללמוד מכך שגם נתונה לו זכות להגיש תביעת פיצויים נגד המדינה (במשפט האזרחי; ראו, פיסקה 27 לעיל).

42. לסיכום, מצאנו כי הכלל במשפט המקובל האנגלי שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה, נקלט במשפט הישראלי, בפסיקת בית משפט זה, ועובר לחקיקת חוק יסודות המשפט. משכך, הלכה זו ממשיכה להיות חלק מהמשפט בישראל אף היום. למעלה מן הנדרש יוער, כי אף אם היינו סבורים כדעת הרוב בפסק-הדין בערעור לעניין סוגיה זו, הרי שהייתה מתעוררת השאלה האם ניתן לפנות אל המשפט המקובל ולשקול את אימוצו של הכלל בעניין תביעת "אויב" גם לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט. כפי שנפסק בדנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד נ(3) 573, 586 (1996) (להלן – עניין נפיסי): "החוק [חוק יסודות המשפט, א.ג.] ביקש אמנם להתיר את החבל שכפת את שיטת המשפט הישראלי למשפט המקובל, אך לא לאסור על אימוץ הסדרים ראויים הנהוגים בשיטת המשפט המקובל" (ההדגשות במקור; וראו גם, ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, 717 (1994); ע"א 564/71 אדלר נ' נשר, פ"ד כו (2) 745, 748 (1972)). ואכן, בתי המשפט בישראל פונים באופן תדיר לשיטות משפט זרות לקבלת השראה לגבי סוגיות משפטיות המתעוררות בארץ. עם זאת, עולה השאלה האם הפנייה לשיטות משפט זרות מתמצית בהסתייעות בהן כמקור פרשני בלבד, או שמא ניתן לעשות כן גם לשם יצירת "משפט מקובל ישראלי" מקורי (ראו לעניין זה, ברק, פרשנות במשפט, כרך א, בעמ' 186). זאת ועוד, נשאלת השאלה, אם גם בלא פנייה

לשיטות משפט זרות רשאים אנו לקבוע "משפט מקובל נוסח ישראל" שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה (ראו, למשל, ד"ן 29/84 קוסוי נ' בנק י. ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(4) 505, 511 (1984): "כפי שנוצר באנגליה משפט מקובל, שלא היה רק בגדר פרשנות של ביטויים, כך נוצרה גם אצלנו האפשרות העצמאית לפתח משפט מקובל, לאו דווקא תוך פרשנות ביטויים כפשוטה"; עניין נפיסי, בעמ' 605-606). מכל מקום, נוכח העובדה כי בענייננו, וכפי שבואר לעיל, הכלל במשפט המקובל האנגלי שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה נקלט בישראל עובר לחקיקת חוק יסודות המשפט, ניתן להותיר שאלות אלו בצריך עיון.

כלל ישן מהמשפט המקובל, במדינת ישראל בשנת 2015

43. הכלל במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה קיים זה מאות שנים. הוא ליווה את אנגליה ואת ארצות-הברית במלחמותיהן השונות במהלך ההיסטוריה, והוא קיים במדינות נוספות. כלל זה נקלט במשפט הישראלי. אולם, כיצד יש ליישם כלל זה במדינת ישראל בעת המודרנית?

44. הכלל במשפט המקובל הוא עתיק יומין, אולם אין להסיק מכאן כי כלל זה קפא על שמריו ואינו מתפתח עם שינוי העתים. כפי שנפסק לא אחת, על כלל ישן הנוהג במשפט המקובל לצעוד עם השינויים החברתיים והמשפטיים בעת המודרנית, "שאם לא תאמר כן, נמצא אתה משעבד כביכול את היודיקטורה הישראלית לרוחות שנשבו בפסיקה האנגלית בעבר הרחוק וסוגר עצמך מפני רוחות של פסיקה חדישה, שיש בה אולי כדי לענות על צורכי השעה" (ע"א 300/84 אבו עטיה נ' ערבטיסי, פ"ד לט(1) 365, 378 (1985); להתייחסויות דומות ראו גם, בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 627 (1989) (להלן – עניין שניצר); עניין כוכבי, בעמ' 244; ע"א 150/50 קאופמן נ' מרגינס, פ"ד ו 1005, 1032-1034 (1952); אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית 61-62 (2004) (להלן – ברק, שופט בחברה דמוקרטית)). עמד על כך גם בית המשפט העליון בארצות-הברית ב- Funk v. United States, 290 U.S. 371, 383 (1933):

> "It has been said so often as to have become axiomatic that the common law is not immutable but flexible, and by its own principles adapts itself to varying conditions".

45. עלינו לבחון, איפוא, את הכלל הנוהג במשפט המקובל זה מאות שנים בראי המציאות הישראלית בימינו אנו. בחינה זו תעשה בשני מישורים: ראשית, נבחן את תוקפו של הכלל הנוהג במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה נוכח מאפייניה של המלחמה המודרנית בטרור. שנית, נבחן את הכלל במשפט המקובל לאור ההתפתחויות שחלו בישראל בהיקף ובמידת ההגנה על זכויות אדם.

"מלחמה", והמלחמה בטרור

46. בהתאם למשפט המקובל, הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב חל בעת ששוררת מלחמה בין המדינה שבה הוגשה התביעה לבין המדינה שבה מתגורר התובע. עיון בפסיקה ובספרות המשפטית מלמד, כי התפיסה המקובלת היא שלשם תחולתו של הכלל האמור יש הכרח בקיומה של מלחמה "פורמלית" בין שתי המדינות, במובן הצר של מונח זה:

> "[T]here must, of course, be a state of war between the United Kingdom and an enemy country at the time of the attempted proceedings, and whether the countries are still at war despite the cessation of hostilities is conclusively settled by a certificate from the Secretary of State for Foreign And Commonwealth Affairs" (*Cheshire, North & Fawcett*, p. 490).

ואכן, המשפט האנגלי המסורתי לא הכיר ב"מצבי ביניים" ביחסים בין מדינות, במנעד שבין מלחמה לשלום, וכפועל יוצא מכך בתי המשפט לא החילו את הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בהעדרה של מלחמה פורמלית עם אנגליה (ראו, *McNair & Watts*, בעמ' 34, 45-46). כך, בעניין *Amin*, שנפסק באנגליה בשנת 2005, סירב בית המשפט להחיל את הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב על תביעה שהגישה תובעת המתגוררת בעיראק, וזאת בהעדר מלחמה פורמלית בין עיראק לבין אנגליה וקיומו של "armed conflict" בלבד בין שתי מדינות אלו. בדומה, קבע בית המשפט בארצות-הברית בשנת 2010, כי אין להחיל את הכלל שלפיו לא מבררים תביעתו של אויב על תובעת המתגוררת באיראן, בהיעדר מלחמה פורמלית בין איראן לבין ארצות-הברית (עניין *Cohan*, בעמ' 439-440; *Streck & Schuck*, בעמ' 429; כן ראו Verano v. De Angelis Coal Co., 41 F. Supp. 954 (D. Pa. 1941), שם קבע בית המשפט בארצות-הברית כי יש להמשיך בבירור תביעה שהוגשה על-ידי נתין איטלקי כאשר לא נתקיימה מלחמה פורמלית בין שתי המדינות, בהחלטה שניתנה

שבועות בודדים לפני שהוכרזה בארצות-הברית המלחמה ביניהן באופן פורמלי; וראו גם באוסטרליה, עניין *Schering*, בעמ' 19). ואכן, הפסיקה הענפה בבתי המשפט באנגליה ובארצות-הברית שבה יושם הכלל במשפט המקובל ניתנה בעת שהתחוללו מלחמות ארוכות-שנים "של ממש" בין מדינות אלו לבין מדינות אחרות (כדוגמת מלחמות העולם הראשונה והשנייה).

47. ניתן לומר, כי הדרישה לקיומה של מלחמה פורמלית כתנאי לתחולתו של הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב, היא "צידו השני של המטבע" בכלל זה. מחד גיסא, כאשר מיושם הכלל הנוהג במשפט המקובל, הוא מוחל באופן גורף על כל תובע המתגורר במדינת האויב. הכלל מוחל בהתאם למקום מגורי התובע, בלא בחינה ספציפית של עוינות התובע למדינה שבה הוגשה התביעה או היותו אדם תמים, והוא חל אף אם התובע הוא אזרח של המדינה שבה הוגשה התביעה. מאידך גיסא, מציב הכלל במשפט המקובל רף גבוה לשם הפעלתו: קיומה של מלחמה פורמלית בין שתי המדינות, והוא חל כל עוד מתחוללת המלחמה ביניהן. אם כן, מדובר בכלל גורף, המונע בירור תביעה של כל מי שמתגורר בארץ האויב, אולם תחולתו מוגבלת בזמן, ומתוחמת למשך התחוללותה של מלחמה "של ממש" בין המדינות. כלומר, מצד אחד מדובר בכלל גורף, אך מצד שני קיים תנאי קשיח לשם הפעלתו.

48. בענייננו, לעומת זאת, ספק אם ניתן לראות ביחסים (או בהיעדר היחסים) שבין מדינת ישראל לבין מדינת לבנון "מלחמה", במשמעותו הצרה והפורמלית של מונח זה, לצורך יישומו של הכלל במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב. כך, מעניין לציין, נפסק בבית משפט זה בשנות החמישים, כי בין לבנון לבין מדינת ישראל לא שוררת "מלחמה" (ראו, עניין ג'דאי, בעמ' 141: "יוצא, איפוא, שטענתו היסודית של ב"כ המבקש, כי שתי הארצות [ישראל ולבנון, א.ג.] שרויות במצב מלחמה, חסרת כל שחר. אמנם ייתכן ולא הגיעו למצב של שלום, אך העקרונות האוסרים קיום יחסים עם האויב חלים על מצב של מלחמה ממש"; וראו גם, ע"א 311/59 מפעל תחנות הטרקטורים בע"מ נ' חייט, פ"ד יד 1609, 1612-1613 (1960); עניין אל נאוואר, בעמ' 460-461). אומנם, היחסים שבין ישראל לבין לבנון ידעו תהפוכות לא מעטות מאז שניתן פסק-הדין בעניין ג'דאי. כיום, אין חולק שבין ישראל לבין לבנון קיימת עוינות רבת שנים. עוינות זו אף באה לידי ביטוי בדברי חקיקה שונים (ראו, למשל, סעיף 2א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (בדבר איסור יציאה מישראל ללבנון), סעיף 1(ב)(1)(I) לחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950 (בדבר הגדרת נפקד, בין היתר, כאזרח או נתין של לבנון), סעיף 11 והתוספת לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (בדבר ביטול אזרחות למי שרכש אזרחות או זכות לישיבת קבע בלבנון)). אולם הכרזת

מלחמה פורמלית מצריכה, לכאורה, החלטת ממשלה מכוח סמכותה לפי סעיף 40(א) לחוק-יסוד: הממשלה. ואכן, ה"מלחמה" האחרונה שבה נלחמה ישראל בשטחי לבנון היא מלחמת לבנון השנייה, שהתחוללה בחודשים יולי-אוגוסט 2006 ונמשכה 33 ימים, וגם בעניין זה, ההכרזה על המערכה בשם "מלחמה" נעשתה בדיעבד (החלטת ממשלה מס' 1468 מיום 25.03.2007, "שם למערכה בלבנון בחודשים יולי-אוגוסט 2006"). עתירה שהוגשה לבית משפט זה בעיצומה של אותה מערכה בדרישה לחייב את הממשלה להכריז עליה כמלחמה, נדחתה (בג"ץ 6204/06 ביילין נ' ראש ממשלת ישראל (1.8.2006) (להלן – עניין ביילין); וכן ראו את תיאור המערכה בבג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל, פיסקה 1 לחוות-דעתו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (30.11.2006)).

עם זאת, בעולם המודרני קיים מגוון של סכסוכים מזוינים, מלבד המלחמה הקלסית שהוכרה באופן מסורתי במשפט המקובל. כך, למשל, תתכנה גם מתיחות ולוחמה בעצימות נמוכה בין מדינות לאורך תקופה ארוכה. ייתכן גם עימות בין מדינה לבין ארגון לא-מדינתי הפועל מחוץ לגבולותיה. בכל הנוגע לענייננו, כפי שנפסק, וכידוע, "בין מדינת ישראל לבין ארגוני מחבלים הפועלים מחוץ לישראל, מתקיים מצב של עימות מזוין בינלאומי (International Armed Conflict)" (ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, 352 (2008) (להלן – ע"פ 6659/06 פלוני)). שלא כמו מלחמה במובנה "הפורמלי" שלה קיים בדרך כלל סוף מוגדר, מדובר בעימות ממושך, רב שנים, הנערך נוכח פעילות הטרור הענפה בשטחה של לבנון המכוונת נגד תושבי ישראל. האומנם בנסיבות אלו, יש מקום להמשיך בבירור תביעתו של דיראני? האומנם, ובהתאם לעקרונות המשפט המקובל שפותחו במלחמותיהן השונות של אנגליה ושל ארצות-הברית, היה מקום להשהות את בירור תביעתו רק למשך התחוללותה של מלחמת לבנון השנייה (השהייה שהינה לכל הדעות זניחה יחסית לזמן הנדרש בדרך-כלל לבירורו של הליך משפטי)? או שמא יש להחיל את הכלל הנוהג במשפט המקובל גם על עימות ממושך בין מדינה לבין ארגוני הטרור הפועלים מתוך שטחן של שכנותיה, ואם כן, כיצד?

49. אחד המאפיינים הבולטים של סכסוכים מזוינים בעת המודרנית, הוא המעבר מסכסוכים בין-מדינתיים להתמודדות הולכת וגוברת עם איומיהם ופעולותיהם של ארגוני טרור. התמודדות זו אינה נחלתה של מדינת ישראל בלבד. הצורך לנקוט פעולות צבאיות נגד ארגוני טרור, על הקשיים המשפטיים הנלווים לכך, מטריד כיום מדינות רבות בעולם המערבי, בייחוד לאחר אירועי ה-11 בספטמבר 2001 (ראו, עמנואל גרוס, מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים 45-47 (תשס"ד) (להלן –

גרוס)). בספרות המשפטית קיים דיון ער בדבר קו הגבול המיטשטש בעידן המודרני בין מלחמה במובנה הקלסי והפורמלי, הנערכת בין שתי מדינות, לבין הלחימה ההולכת וגוברת בטרור:

> "One of the striking aspects of the September 11 attacks is their vivid demonstration that nonstate actors are now capable of shaping international events and relations more powerfully than many states" (Joan Fitzpatrick, *Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War on Terrorism*, 96 A.J.I.L. 345, 348 (2002)).

בגדרו של דיון זה מובעת פעמים רבות הדעה כי בעת המודרנית יש הכרח להחיל כללים משפטיים קיימים, שהתפתחו בעיתות מלחמה, גם לגבי לחימה בטרור ("The new thinking is to treat terrorism as war and terrorists as enemy combatants", Jon M. Paladini , *Terrorism: War or Piracy?*, 40 AZ ATTORNEY (2004) 38). הוסיף בעניין זה המלומד *Biggio*:

> "…acts of terrorism against a country by non-state sponsored organizations or individuals need to be considered more than just criminal acts. Instead, they should be considered acts of war against the victim nation. Accordingly, the traditional notions of war should be expanded to include rogue terrorists and their organizations as potential adversaries" (Frank A. Biggio, *Neutralizing the Threat: Reconsidering Existing Doctrines in the Emerging War on Terrorism*, 34 CASE W. RES. J. INT'L L. 1, 4-5 (2002)).

הספרות המשפטית המכירה בצורך הגובר להתאים את הכללים המשפטיים הקיימים שפותחו בעיתות של מלחמה במובנה הקלסי, למאפייניה של "המלחמה" בטרור בעת המודרנית, היא ענפה (ראו, למשל, Matthew C. Waxman, *The Structure of Terrorism Threats And the Laws of War*, 20 DUKE J. COMP. & Int'l L. 429, והאסמכתאות הרבות בהערות שוליים 4-5; Eric A. Posner, *Terrorism and the Laws of War*, 5 CHI. J. INT'L L. 423 (2005); John F. Murphy, *International Law in Crisis: Challenges Posed by the New Terrorism and the Changing Nature of War*, 44 CASE W. RES. J. INT'L L. 59 (2011); Marco Sassòli, *Terrorism and War*, J. INT. CRIMINAL JUSTICE (2006) 4(5) 959; כן ראו לדיון באספקטים שונים של הסוגיה את ספרו של גרוס).

כך גם מעניין לציין, כי לאחר אירועי ה-11 בספטמבר 2001 הכריז הממשל האמריקאי על "מלחמה בטרור", והתייחס במזכר שפרסם ביום 7.2.2002 לצורך בשינוי ההתייחסות המשפטית לעימות מסוג זה כדלקמן:

> "[T]he war against terrorism ushers in a new paradigm, one in which groups with broad, international reach commit horrific acts against innocent civilians, sometimes with the direct support of states. Our nation recognizes that this new paradigm – ushered in not by us, but by terrorists – requires new thinking in the law of war" (The White House, Memorandum of February 7th, 2002, "Humane Treatment of Taliban and al Qaeda Detainees").

הצורך להתאים את הדין הקיים למאפייניה של המלחמה בטרור הוכר גם בבית הדין האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג (ראו, *Murray v United Kingdom* (1994) 19 EHRR 193, para 47 : "[F]or the purposes of interpreting and applying the relevant provisions of the Convention, due account will be taken of the special nature of terrorist crime, the threat it poses to democratic society and the exigencies of dealing with it"). סוגיה זו, בדבר המשמעות שיש ליחס בעת המודרנית למונח "מלחמה", עלתה גם בהקשרים שונים במשפט האזרחי, שבהם היו מוכנים בתי המשפט להרחיב את היקפו של המונח נוכח מאפייניה של הלחימה בטרור (ראו, James M. Crain, *War Exclusion Clauses and Undeclared Wars*, 39 TENN. L. REV. 328 (1972); Daniel James Everett, *The "War" on Terrorism: Do War Exclusions Prevent Insurance Coverage for Losses Due to Acts of Terrorism?*, 54 ALA. L. REV. 175 (2002)).

50. האתגרים המשפטיים שמציבה הלחימה בטרור לא פסחו, כמובן, גם על המשפט הישראלי. אף בישראל הכירו בתי המשפט בדמיון ההולך וגובר בין הלחימה בטרור לבין מלחמה במובנה ה"קלסי". כפי שנאמר, "במציאות של היום, עשוי ארגון מחבלים להיות בעל יכולות צבאיות ניכרות. לעתים אף כאלה העולות על יכולותיהן של מדינות" (בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 549 (2006) (להלן – עניין הועד הציבורי נגד עינויים בישראל)). כן הכיר בית משפט זה במקום המרכזי שתופסת הלחימה בטרור בעת המודרנית. כך, בע"פ 1221/06 עיאד נ' מדינת ישראל, פיסקה ח(12) (14.3.2006), נאמר כי מדובר ב –

> "...מצב שאינו ייחודי לאזורנו, בוודאי לאחר אירועי 11.9.01 בארה"ב כשהמדובר ב'עימות מזוין שאינו מגיע לכדי מלחמה', אך בולט במיוחד באזור זה; למלחמה ה'קלאסית' בין מדינות הצטרפה – ואולי אף כבשה חלק מרכזי – לוחמת ארגוני טרור" (וכן ראו, ע"פ 3827/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פיסקה 9 (27.3.2007) (להלן – ע"פ 3827/06 פלוני).

במקביל לכך, אין זה פלא שגם ההתייחסות למונח "אויב" התרחבה מעבר ל"מדינת אויב", ולא אחת בתי המשפט רואים בארגוני טרור אויב של מדינת ישראל (ראו, עניין הועד הציבורי נגד עינויים בישראל, בעמ' 587: "לחימתה של מדינה נגד הטרור היא לחימתה של המדינה נגד אוייביה"; בג"ץ 6897/95 כהנא נ' משטרת ישראל, פ"ד מט(4) 853, 859 (1995) (להלן – עניין כהנא): "הטרור כביטוי קיצוני של עבריינות אידיאולוגית הוא אויב המדינה"). אף בחוק העונשין מוגדר "אויב", כמונח שתחולתו היא "בין שהוכרזה מלחמה ובין שלא הוכרזה, בין שיש פעולות איבה צבאיות ובין שאינן וכן ארגון מחבלים" (ויוער, כי הסיפה בהגדרה זו, המתייחסת לארגון מחבלים, הוספה לאור הערת בית המשפט בע"פ 191/77 מדינת ישראל נ' יאנסן, פ"ד לב (1) 673, 678 (1978), שם המליץ בית המשפט למחוקק לשקול את שינוי החוק, שכן "נשתנו העיתים מאז חוקק החוק... כיום, וזה מזמן, סכנתם של סוכני הארגונים העויינים הלא-מדינתיים גדולה כסכנתם של סוכני מדינות זרות, אם לא גדולה מזו"; וראו, ה"ח 1352, 3.7.1978, בעמ' 264). בהקשרים שונים, בית משפט זה אף כינה את הלחימה בטרור מצב של "מעין-מלחמה" (ראו, בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 365, 385, וכן ראו את חוות דעתה של השופטת מ' נאור, בעמ' 521-522 (2006) (להלן – בג"ץ 7052/03 עדאלה); וראו גם, ע"פ 3827/06 פלוני, פיסקה 9).

51. בתוך כך, לא אחת עמד בית משפט זה על הצורך לעצב ולפרש מחדש כללים משפטיים קיימים, לאור מאפייניה הנוכחיים של הלחימה בטרור. כפי שעמד על כך בית משפט זה בעניין ביילין, פיסקה 4: " ...בזירה הבינלאומית הכרזות מלחמה פורמליות אינן נהוגות בעשרות השנים האחרונות... הביטוי 'מלחמה' מופיע בחיקוקים שונים והפרשנות הניתנת לו תלויה בתכלית החקיקה ובסביבה החקיקתית שבה מופיע הביטוי, ולא בהליך פורמלי של הכרזה על פתיחה במלחמה". בעניין הועד הציבורי נגד עינויים בישראל, ציינה הנשיאה ד' בינישׁ, לעניין התאמתם של כללי המשפט הבינלאומי למציאות המשתנה (בעמ' 598-599):

> "הקשיים המשפטיים שעלינו להתמודד עימם נובעים, בראש ובראשונה, מכך שהמשפט הבינלאומי טרם פיתח את דיני הלחימה באופן שיתאימם ללחימה בארגוני טרור, להבדיל מצבא סדיר... יצוין כי התפשטות נגע הטרור בשנים האחרונות מעסיקה חכמי משפט במדינות שונות ואנשים מתחום המשפט הבינלאומי, בניסיון להציב את נורמות המותר והאסור אל מול טרוריסטים שאינם מקיימים כל דין" (וראו גם שם, בעמ' 559).

ובדומה פסק בית משפט זה בע"פ 6659/06 פלוני, בעמ' 353-354:

> "...לא ניתן להתעלם מכך כי מערכות הדינים הקיימות כיום במשפט הבינלאומי אינן מותאמות למציאות המשתנה ולתופעת הטרור אשר משנה את פני הסכסוכים המזוינים, את מאפייניהם ואת משתתפיהם (ראו בעניין זה דברי הנשיא א' ברק בפרשת עג'ורי, בעמ' 382-381). בהתחשב בכך, עלינו לעשות כמיטב יכולתנו על-מנת לפרש את הדינים הקיימים באופן המותאם למציאות החדשה...".

52. חשוב להעיר כי האתגרים המשפטיים שמציבה בפנינו הלחימה בטרור אינם חדשים עימנו. כך, למשל, בעניין אל נאוואר שכבר הוזכר לעיל, הועלתה בבית משפט זה טענה שלפיה לא ניתן להחרים רכוש של ארגון אש"ף בלבנון בהיעדר קיומה של מלחמה פורמלית בין ישראל לבין לבנון, שכן סמכות זו מוגבלת לעיתות מלחמה בלבד. טענה זו נדחתה, ונקבע (בעמ' 474-475):

> "מגמה בולטת מסתמנת בדיני המלחמה, והיא הרחבת תחולתם לא רק לנסיבות שבהן קיים מצב מלחמה כפשוטו אלא החלתם על סכסוך מזוין, אף אם אין רואים בו מצב מלחמה ממש... מגמה זו היא ביטוי לניגודים החוזרים ונשנים בין מערכת הנסיבות הפורמאלית לבין המציאות לאשורה...
> ...הדין, החל על רכוש כמתואר של האויב או המשרת אותו, חל בשינויים המתאימים גם על רכושו של ארגון טרור".

53. חזרה לענייננו. נוכח המגמות המסתמנות בפסיקה ובספרות המשפטית, בישראל ובעולם, דומני שיש מקום לבחון את יישומו של הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה, גם בזמנים של לחימה בטרור. מעניין לציין, כי אין זו הפעם הראשונה שבה הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב מתפתח עם שינוי העתים. כך בית הלורדים באנגליה בעניין *Sovfracht*, שנדון בזמן מלחמת העולם השנייה, סבר כי יש להתאים כלל זה למאפייניה "המודרניים" של אותה מלחמה (באותו

עניין, החלת הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב גם על המתגוררים בשטחן של מדינות שנכבשו על-ידי גרמניה), וכפי שעמד על כך Lord Atkin (שם, בעמ' 213):

> "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 - *but the need of the state for protection varies with the increasing dangers of modern war as compared with the warfare of earlier days*". [ההדגשה הוספה, א.ג.]

והוסיף Lord Thankerton באותו עניין (שם, בעמ' 216):

> "...no act shall be done or permitted which may injure the interests of the state either directly or indirectly by benefiting the enemy state. *The means by which such injury may arise will naturally vary to some extent from age to age... and it is clear that the court is bound to consider these changes in applying the general doctrine*. You can define the general doctrine, but you cannot stereotype the cases in which it is to be applied". [ההדגשה הוספה, א.ג.]

54. אינני רואה, איפוא, מדוע לא נצעיד צעד נוסף את הכלל במשפט המקובל, שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב, ומדוע לא נחילו על הלחימה בטרור כפי שהיא מתרחשת בעת המודרנית. יש לזכור שאחד המאפיינים של המשפט המקובל, בין בגרסתו המקורית האנגלית, ובין בגרסתו הישראלית, הוא גמישותו ויכולתו להשתנות עם שינוי העתים. על כן יש לבחון, כמובן, את התאמתו של הכלל במשפט המקובל לגורמים המייחדים לוחמה זו. ואכן, ללוחמה בטרור מאפיינים השונים לעתים ממאפייניה של מלחמה במובנה הקלסי. שני מאפיינים של הלוחמה בטרור נוגעים לענייננו. ראשית, הלוחמה בטרור מופנית בדרך-כלל נגד ארגון טרור ולא נגד מדינה, ושנית, מִישכה הוא בדרך-כלל ארוך ואינו מוגדר:

> "The war on terror is in many ways different from ordinary war. It is different in terms of the enemy it confronts, of how it is fought, of the dangers it poses, and of its duration. Whereas conventional wars are generally limited in duration, the war on terror must be conceived as a war without end" (Michel Rosenfeld, *Terrorism, Globalization and the Rule of Law: Judicial Balancing In Times of*

> *Stress: Comparing the American, British, and Israeli Approaches to the War on Terror*, 27 CARDOZO L. REV. 2079, 2147-2148 (2006)).

מאפיינים שונים אלו מחייבים עיצוב שונה של הכללים הקיימים בעיתות מלחמה, כשהם מוחלים בקשר ללוחמה בטרור (שם, בעמ' 2048):

> "This, in turn, should have a strong bearing on how extraordinary powers are conceived and institutionalized in the context of the war on terror. In the context of a conventional war of limited duration, emergency powers can be conceived and implemented as temporary extraordinary measures. In the war on terror extraordinary measures must be conceived as permanent, and as such require a different and more careful balancing of security and rights - one that is tailored to the concerns of times of stress rather than to the exigencies of times of crisis".

55. כאמור, בגדר הכלל הנוהג זה מאות שנים במשפט המקובל לפיו אין מבררים תביעתו של אויב, ישנו "שיווי משקל" בין התנאי הקשיח הנדרש להפעלתו של הכלל – קיומה של מלחמה פורמלית בין המדינות, התוחם את תחולתו של הכלל בזמן – לבין יישומו הגורף של הכלל – החלתו על כל תושביה של מדינת האויב, בהתאם למקום מגוריהם הטריטוריאלי, וללא בחינה ספציפית של עוינותם. התחולה הגורפת של הכלל על כל יושביה של מדינת האויב ממותנת בתחימתו המוגבלת בזמן למשך תקופתה של המלחמה. על כן, נדמה כי מאפייניה המיוחדים של הלוחמה בטרור מחייבים שיווי משקל שונה לשם החלתו של הכלל במשפט המקובל. מִישכו של העימות המזוין עם ארגוני טרור עשוי להיות רב, ובלא סיום מוגדר. זהו עימות ש"יש בו תקופות של בעירה ויש בו תקופות של רגיעה, ויש בו תקופות ביניים מתמשכות של 'מעין מלחמה'" (בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פיסקה 31 לחוות-דעתה של השופטת ע' ארבל, בדעת מיעוט (11.1.2012)). משכך, נראה שבעת עימות מזוין עם ארגוני טרור הפועלים משטחה של מדינה זרה, קיים קושי להחיל את הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב באופן גורף על כל המתגוררים במדינה שמשטחה פועל ארגון הטרור, לרבות על גורמים "תמימים", כאשר אין לעימות זה סוף הנראה לעין. מעבר לכך, וכפי שנפסק, בעימות מסוג זה, שלא כבמלחמה המתנהלת בין מדינות, "הלחימה היא בטרוריסטים ובמי שמבצעים פעולות חבלניות עויינות. הלחימה אינה עם התושבים המקומיים" (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל

בעזה, פ"ד נח(5) 385, 394 (2004); וראו גם, עניין הועד הציבורי נגד עינויים בישראל, בעמ' 559-560).

56. נדמה, איפוא, כי על שיווי המשקל הנדרש בנסיבות אלו להיות שונה, ולפיו כאשר מדובר בעימות מזוין עם ארגון טרור הפועל ממדינה זרה, שאינו עולה לכדי קיומה של מלחמה פורמלית בין מדינות, יחול הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב על תובעים הנמצאים במדינה הזרה שהינם פעילים בארגון הטרור. צמצום זה של תחולת הכלל נדרש לטעמי נוכח מאפייניה של הלחימה בטרור, שהיא לחימה נמשכת בלא סוף מוגדר, המכוונת נגד ארגון טרור ולא נגד מדינה. זהו שיווי משקל המתאים למאפייניה של הלוחמה בטרור בעת המודרנית. בדומה לכלל המסורתי, כאשר יבוא לסיומו העימות המזוין עם ארגון הטרור ניתן יהיה לחדש את בירור התביעה. יוער, כי מסקנתי זו אינה עומדת בסתירה ל-*ratio decidendi* בעניין *Amin* (באנגליה) ובעניין *Cohan* (בארצות-הברית) (שנזכרו בפיסקה 46 לעיל), שכן באותם עניינים לא דובר בתובע שהינו פעיל טרור, אלא בתובע "תמים" המתגורר במדינה זרה.

57. "כמו הנשר בשמיים, השומר על יציבותו רק כאשר הוא בתנועה, כך גם המשפט יהא יציב, רק כאשר ינוע" (רע"א 1287/92 בוסקילה נ' צמח, פ"ד מו(5) 159, 174 (1992)). וכפי שהעיר בית משפט זה בעניין אחר שבו עמדה על הפרק פרשנות של מונח ישן מן המשפט האנגלי והתאמתו למציאות בת ימינו, "מים רבים זרמו בתמזה האנגלית ובירדן הישראלי" מאז המאה ה-17 (ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12, 31 (1999)). לטעמי החלת הכלל במשפט המקובל בזמנים של לוחמה בטרור כפי שהוסבר לעיל, מהווה התאמה ראויה שלו למציאות המשתנה.

58. בטרם סיום פרק זה, אבקש להוסיף שתי הערות. ראשית, אבקש להדגיש כי ההתאמה של הכלל במשפט המקובל שעליה הצבעתי לעיל, מתייחסת לפעיל בארגון טרור הנמצא במדינה זרה שממנה פועל ארגון הטרור. מובן, כי נשאלת השאלה אם קיימת הצדקה להבחין לעניין זה בין פעיל בארגון טרור הנמצא במדינה זרה, לבין פעיל בארגון טרור הנמצא בישראל. כן נשאלת השאלה האם קיימת הצדקה להבחין לעניין זה בין תובע הנמצא במדינה זרה, לבין תובע המתגורר בשטח המצוי תחת תפיסה לוחמתית של מדינת ישראל (כדוגמת אזור יהודה ושומרון). ככל שהדברים זקוקים להכרעה בענייננו, ניתן להגביל את התפתחותו של הכלל במשפט המקובל לתובע המצוי במדינה ריבונית זרה שממנה פועל ארגון הטרור. זאת, נוכח המשקל הרב שניתן במשפט המקובל למקום מגוריו של התובע במדינה הזרה לשם הגדרתו כ"אויב",

ומאחר שבענייננו דיראני אכן נמצא עתה במדינה זרה שממנה פועל ארגון הטרור. ההכרעה בשאלות שהוזכרו לעיל מעוררת סוגיות סבוכות, שאינן נדרשות להכרעה בענייננו. באשר לדיראני, די שנאמר כי משיצא את גבולות ישראל ללבנון ושב לפעילות בארגון טרור, הוא נחשב כ"אויב" לצורך יישומו של הכלל במשפט המקובל.

הערתי השנייה נוגעת למשמעות הביטוי "פעיל בארגון טרור". ביטוי זה עשוי לקבל משמעות שונה בהקשרים שונים (ראו, ליאת לבנון, חברות בארגון טרור (מחקר מדיניות 94, בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה, התשע"ג)). בשלב זה, אבקש להותיר בצריך עיון את מידת הקשר הנדרש בין התובע לבין פעילות טרור, לשם תחולתו של הכלל שלפיו לא יבררו את תביעתו גם בהיעדרה של מלחמה פורמלית. נוכל להותיר את ההכרעה בעניין זה לעת מצוא, שכן בענייננו, אין ספק שדיראני נושא תפקיד בכיר בארגון טרור.

הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב וההגנה על זכויות אדם במדינת ישראל בעת המודרנית

59. המישור השני שבו יש לבחון את הכלל במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב, הוא לאור ההתפתחויות שחלו בעת המודרנית בהיקף ובמידת ההגנה על זכויות האדם. הכלל במשפט המקובל הוא בן מאות שנים. מובן, שאין דין ההגנה על זכויות אדם שהייתה נהוגה באנגליה במאה ה-17, ואף אין דין ההגנה על זכויות אדם שהייתה נהוגה בזמן שתי מלחמות העולם, כדין ההגנה על זכויות אדם בימינו אנו במדינות דמוקרטיות שוחרות חופש, ומדינת ישראל בכלל זה. פשיטא, שיש לבחון את תוקפו של הכלל במשפט המקובל לאור התפתחויות אלו. בית משפט זה עמד לא אחת על הצורך להתאים את פרשנותן של נורמות ישנות, בייחוד מן התקופה המנדטורית, לרוח המודרני בהגנה על זכויות אדם (ראו, למשל, בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, 697 (2001)). כך נקבע, כי פרשנותן של אלו אינה קופאת על שמריה אלא נעשית "על רקע עקרונות היסוד של מערכת המשפט הישראלית כפי התפתחותם במשך השנים" (בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 885 (2005); וראו גם, דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 86 (1995); בג"ץ 1689/90 עאסי נ' בית הדין השרעי, פ"ד מה(5) 148, 152-153 (1991)). נפסק, שכך הוא גם באשר לפרשנות חקיקה ישנה לאחר חקיקת חוקי היסוד העוסקים בזכויות אדם, "על-מנת להתאים את הוראותיה למציאות הנורמטיבית החדשה שנתהוותה עם קבלת חוק היסוד" (עניין נוסייבה, בעמ' 87; ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 630-632 (1997)) (להלן – עניין

ארפל); אהרן ברק, כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה, כרך א 393-396 (התשע"ד)). משכך, דומני שאיננו פטורים מבחינה האם הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב עומד בסטנדרטים הנהוגים עימנו בהגנה על זכויות אדם במדינת ישראל בעת המודרנית.

א. הערכים המתנגשים

60. הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב פוגע בראש ובראשונה בזכות הגישה לערכאות של התובע. כפי שנפסק, זכות הגישה לערכאות היא זכות "שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד", ו"צינור החיים של בית-המשפט" (עניין ארפל, בעמ' 629). בפסיקת בית המשפט הובעו גישות שונות באשר לשאלה אם מדובר בזכות "חוקתית" אם לאו (ראו, להרחבה, בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פיסקה 19 (29.8.2011), והאסמכתאות שם (להלן – עניין כהן); עניין ארפל, בעמ' 593, 628-629; וראו גם, שלמה לוין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 30-38 (מהדורה שנייה, 2008); אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית", ספר שלמה לוין 31 (בעריכת א' גרוניס, א' ריבלין ומ' קרייני, תשע"ג) (להלן – ברק, ספר שלמה לוין). כך או כך, נדמה שאין מחלוקת, כי "לזכות הגישה לערכאות, גם אם אינה מנויה במפורש בחוקי היסוד שלנו, מעמד חשוב מעין כמוהו להגנה על הפרט ועל החברה, ולפיכך ראויה היא להגנה רחבה" (עניין כהן, פיסקה 19). עמדתי על-כך באומרי:

> "אין חולק, כי זכות הגישה לערכאות שיפוטיות הינה זכות בסיסית ויסודית. חשיבותה הרבה של זכות זו נגזרת מן הצורך להבטיח כי מי שסבור שזכאי הוא לסעד משפטי יוכל להביא את עניינו בפני ערכאות שיפוטיות על מנת שאלו תכרענה בדבר. בהיעדר אפשרות לפנות לבית המשפט, לא יוכל אדם לזכות בסעד בגין פגיעה באיזו מזכויותיו המהותיות, וממילא לא תהא משמעות אפקטיבית לזכויות אלה. הדברים נכונים בין אם מכירים בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית ובין אם לאו" (ע"א 1480/04 מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פ"ד סא(2) 855, 873 (2006)).

לקביעה דומה ראו גם, ע"א 3833/93 לוין נ' לוין, פ"ד מח(2) 862, 874 (1994).

61. עם זאת, זכות הגישה לערכאות, ככל זכות, אינה מוחלטת. זו זכות יחסית (ראו, ברק, ספר שלמה לוין, בעמ' 51-53). יש לאזן זכות זו מול ערכים נוגדים, שגם להם חשיבות בשיטת המשפט הישראלית. עמד על כך בית משפט זה בעניין כהן (פיסקה 21):

> "אכן, דומה כי בשיטתנו, לצד מעמדה החשוב של זכות הגישה לערכאות, אין היא זכות מוחלטת. זכות הגישה לערכאות אין משמעה הזכות לפנות לבית המשפט בכל הליך, בכל צורה ובכל עת. ככל הזכויות האחרות, גם את זכות הגישה לערכאות יש לאזן אל מול זכויות או אינטרסים נוגדים, באופן שיאפשר לאדם לזכות בסעד בגין פגיעה בזכות מהותית שלו תוך שמירה מפני פגיעה אפשרית בזכויות או באינטרסים של פרט אחר או של החברה בכללותה".

62. ואכן, לא אחת הכיר בית משפט זה בהגבלה של זכות הגישה לערכאות, כאשר זכות זו התנגשה עם זכויות ואינטרסים נוגדים, הראויים גם הם להגנה. כך, למשל, נעשה הדבר באשר לפגיעה בזכות הגישה לערכאות במסגרת דיני ההתיישנות (ראו, ע"א 9413/03 אלנקווה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד סב(4) 525, 547-546 (2008)); באשר לחיוב התובע בתשלום אגרה ובאשר לקבלת הפטור מתשלום זה (ראו, רע"א 9567/08 כרמל אולפינים בע"מ נ' תעשיות אלקטרוכימיות 1952 בע"מ (בפירוק), פיסקה 19 (5.1.2011)); באשר לחיוב התובע בהפקדת ערובה להוצאות הנתבע (ראו, רע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' איברהים, פ"ד נח(5) 865 (2004); רע"א 6590/10 אשתייה נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון, פיסקה 15 (28.05.2012)), ועוד. בכל אחד ממקרים אלו, זכות הגישה לערכאות לא זכתה להגנה מוחלטת, כי אם להגנה יחסית, בהתאם לערכים החברתיים בעלי המשקל שעמדו מנגד.

63. זאת ועוד, מוכן אני להניח, לטובתו של דיראני, שהשהיית בירור תביעתו גם פוגעת בעקיפין בערכים ובזכויות שעליהם מבקשים דיני הנזיקין להגן, כגון הזכות לשלמות הגוף, לכבוד ולפרטיות (ראו, יצחק אנגלרד, פיצויים לנפגעי תאונות דרכים 16 (מהדורה רביעית, תשע"ג) (להלן – אנגלרד); בג"ץ 8276/05 עדאלה, פיסקה 25 לחוות-דעתו של הנשיא א' ברק), ומכל מקום, כי דחיית בירור זכאותו לפיצויים פוגעת בקניינו (שם, בפיסקה 24; אנגלרד, בעמ' 16; וכן פיסקאות 15-16 לחוות-דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה בפסק-הדין בערעור). כן מוכן אני להניח שבבירור תביעתו של דיראני טמונים ערכים חברתיים נוספים, כגון הערך בדבר חשיפת האמת, והערך בדבר קיום ביקורת על גורמי החקירה והרתעתם מפני הפרת החוק. עם זאת מובן, כי גם ערכים אלו

יחסיים הם, והם יזכו להגנה יחסית בהתאם לערכים החברתיים העומדים מנגד והדורשים אף הם הגנה משפטית (ראו, למשל, בג"ץ 7015/02 ע'גורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 365 (2002) (להלן – עניין עג'ורי); אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 53-57 (תש"ע) (להלן – ברק, מידתיות)).

64. הערך העיקרי העומד מעברו השני של המתרס הוא האינטרס החברתי הטמון במניעת סיוע לאויב. אנו חיים במציאות קשה. ארגוני טרור רבים הם אויבים מרים של מדינת ישראל. ארגונים אלו מבקשים לפגוע בתושביה של מדינת ישראל בלא הבחנה, ואף להביא להשמדתה של המדינה. ברי, שערך חברתי חשוב הוא למנוע סיוע לארגוני טרור. ה"נותנים יד לארגון טרוריסטי, הרי הם חוצים את הקווים של הקיום הלאומי" (בש"פ 347/88 מדינת ישראל נ' שוורץ, פ"ד מב(2) 568, 572 (1988) (להלן – עניין שוורץ). לכך יש להוסיף, כי בדין הישראלי קיימת תפיסה רחבה של האיסור על סיוע לארגוני טרור ועל תמיכה בהם. כך, נקבע כי גם הצטרפות ל"זרוע אזרחית" של ארגון טרור אסורה היא, ו"חורגת מכל המקובל והנסבל בחברה דמוקרטית" (עניין שוורץ, בעמ' 572; ע"פ 3827/06 פלוני, פיסקה 9; בש"פ 854/07 אבו דקה נ' מדינת ישראל (8.3.2007); עמ"ם 2595/09 סופי נ' מדינת ישראל, פיסקה י"ד (1.4.2009), והאסמכתאות שם). כל סיוע לארגון טרור, קטן כגדול, פוגע באינטרסים מהותיים של החברה בישראל, והוא אף עלול להביא לשלילת חירותו של אדם (השוו, בש"פ 801/05 מדינת ישראל נ' פחימה, פיסקה ח' (30.1.2005)).

65. זאת ועוד, בקהילה הבינלאומית גוברת ההכרה, כי נוכח אופיים של ארגוני הטרור בעת המודרנית, אשר פעילותם נעשית יותר ויותר מתוחכמת, גלובלית, שיטתית ומתפרשת על-פני תחומי חיים שונים, הרי שפן מרכזי ביותר של הלחימה בטרור הוא מניעת סיוע כלכלי מכל סוג שהוא למימון פעילותו של הארגון (ראו, אלכס אברבוך, "המאבק במימון הטרור בישראל – היבטים משפטיים", משפט וצבא 17, 183, 271-272 (התשס"ד) (להלן – אברבוך)). הכרה זו גם באה לידי ביטוי בפסיקת בית משפט זה, כפי שעמדה על כך השופטת ע' ארבל בע"פ 3827/06 פלוני (פיסקאות 9-11):

> "הטרור בעידן הנוכחי מתאפיין לא רק בהיותו גלובלי, אלא גם בתחכום רב, לעיתים במבנה ארגוני מסועף, בפעילות שאינה ספורדית, נקודתית, אלא פעילות ארגונית שיטתית שלצורכה מוקמות תשתיות נרחבות שיאפשרו אימונים, איסוף מודיעין וביצוע פעילות מבצעית, הכל תוך שימוש בטכנולוגיות מתקדמות ועל מנת לייצר פעולות טרור שיגבו מחיר כבד. לפעילות זו יש להוסיף כי יותר ויותר אנו עדים לכך שארגוני הטרור

> משקיעים זמן, מחשבה ומשאבים בפעילות הסברתית ותקשורתית, כמו גם בפעילות בעלת אופי אזרחי, דוגמת פעילות בתחום הסוציאלי וההומניטרי, על מנת ליצור בסיס תמיכה רחב ככל הניתן בקרב האוכלוסייה שבשמה פועל לכאורה ארגון הטרור ולעודד גיוס פעילים נוספים מתוך אוכלוסיה זו. פעילות נרחבת זו של ארגוני הטרור מותנית בראש ובראשונה בקיומה של תשתית כלכלית איתנה ומבוססת ושימוש במערכות פיננסיות שיעמדו לרשות ארגוני הטרור למימון פעילותם (וראו: אלכס אברבוך "המאבק במימון הטרור בישראל – היבטים משפטיים" משפט וצבא 17 (התשס"ד) 183, 186-187. להלן: אברבוך).
>
> על רקע זה הפנימה הקהילה הבינלאומית בשנים האחרונות את חשיבות התאמת הכלים למאבק בטרור לאופיו העדכני של הטרור העולמי. ההכרה בכך שתשתית כלכלית מבוססת היא בבחינת צינור חמצן עבור גופי הטרור הובילה להפניית מאמצים לפגיעה בתשתית כלכלית זו, על ידי שימוש בכלים משפטיים שונים".

נוכח החשיבות המיוחסת לפן זה במלחמה בטרור נפסק, כי כל סיוע במימון פעילותו של ארגון טרור אסורה היא, גם כאשר אין מדובר בסיוע שמוביל באופן מיידי וישיר לסכנה לביטחון המדינה או לשלום הציבור (שם, בפיסקה 11; אברבוך, בעמ' 192). כן נפסק שגם סיוע במימון פעילות במישורים "אזרחיים" של ארגון הטרור, אסור הוא (ראו, בש"פ 2637/04 מדינת ישראל נ' אבו סמרה, פיסקה 11 (23.3.2004); בש"פ 7223/03 מחאג'נה נ' מדינת ישראל, פיסקה 5 ((18.8.2003)).

66. חשיבותו של האינטרס החברתי הטמון במניעת סיוע למימון פעילותם של ארגוני טרור עולה גם מהמארג החקיקתי הרחב הקיים בישראל בעניין זה, שתכליתו היא למנוע כל סיוע כלכלי אפשרי לארגון הטרור (ראו, סעיף 4 לפקודת מניעת טרור; חוק איסור מימון טרור, תשס"ה-2005; חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000 (ראו פריט 18 לתוספת הראשונה ופרק ח' לחוק); סימן ב' בפרק ח' לחוק העונשין, התשל"ז-1977; חוק מאבק בארגוני פשיעה, תשס"ג-2003 (ראו פרט 3 לתוספת הראשונה לחוק); פקודת המסחר עם האויב; תקנות 74 ו-84-85 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945; להרחבה בעניין זה, ראו את מאמרו של אברבוך). ממארג כולל זה עולה היטב החשיבות הרבה שרואה המחוקק במניעת כל סיוע שהוא למימון פעילותו של ארגון הטרור. גם בקהילה הבינלאומית קיימת הכרה רחבה בהכרח למנוע כל סיוע למימון פעילותם של ארגוני טרור, כפי שעולה מן האמנה הבינלאומית למניעת מימון טרור משנת 1999 (International Convention for the Suppression of the Financing of

Terrorism), אשר אושררה על-ידי 185 מדינות ברחבי העולם, לרבות על-ידי מדינת ישראל.

67. עם זאת, מובן שגם האינטרס החברתי הטמון במניעת סיוע לארגוני טרור אינו ערך מוחלט. אף הוא נדחה לעתים מפני ערכים חברתיים נוגדים, וביניהם ההכרה בחשיבותן של זכויות אדם במדינה דמוקרטית (ראו, למשל עניין עג'ורי, בעמ' 383-382; דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 740-741 (2000); אברבוך, בעמ' 256-260; יצחק זמיר "זכויות האדם ובטחון המדינה", משפטים יט 17, 19 (תשמ"ט); Aharon Barak, *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 116 HARVARD L. REV. 16, 153-156 (2002) (להלן – *Barak*)).

ב. התנגשות בין ערכים

68. ראינו כי משני צידי המתרס עומדים ערכים חברתיים חשובים הראויים להגנה. אף אחד מערכים אלו אינו יכול לקבל הגנה מלאה. "זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם" (עניין עג'ורי, בעמ' 383). בשיטת משפטנו מקובל לערוך במקרים אלו "איזון" בין הערכים המתנגשים (ראו, *Barak*, בעמ' 148-156). האם הכלל במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב, כשהוא מוחל, כפי שבואר לעיל, על פעילים בארגוני טרור הפועלים ממדינה זרה, משקף איזון ראוי בין הערכים השונים?

69. במסגרת הדיון בשאלה האמורה, אתרכז ב"מבחני המידתיות" הנהוגים עימנו. זאת, שכן ראשית, אף אם אניח (לטובת דיראני, ובלא להכריע בדבר), כי זכות הגישה לערכאות היא זכות חוקתית או כי נפגעות זכויות חוקתיות אחרות שלו, הרי שעל הפגיעה בזכויותיו לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ובעניין זה אניח גם לטובתו של דיראני, בלא להכריע בדבר, כי לחוק היסוד תחולה על עניינו, הגם שהוא שוהה מחוץ לישראל; ראו את הערתי לעניין זה בפיסקה 41 לעיל). פיסקת ההגבלה קובעת, כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש". לעניין זה, הובעה בספרות המשפטית העמדה כי כלל שהוא חלק מן המשפט המקובל, עונה על הדרישה כי הפגיעה נעשתה "בחוק" (אהרן ברק פרשנות במשפט 507-514 (כרך שלישי – פרשנות חוקתית, תשנ"ה) (להלן – ברק, פרשנות במשפט, כרך ג)). כן נראה שאין חולק שתכליתו של הכלל, מניעת סיוע לאויב, מהווה

תכלית ראויה. משכך, עיקר הבחינה בענייננו מתרכזת בשאלה אם הפגיעה בזכויות הפרט היא "במידה שאינה עולה על הנדרש". שנית, ככל שלא נפגעות בענייננו זכויות של הפרט המעוגנות בחוק-יסוד, הרי שגם אז ניתן להיעזר במבחני המידתיות כאמת מידה המקובלת כיום לבחינת האיזון בין זכויות הפרט לבין ערכים נוגדים (ראו, דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 786-788 (התש"ע); ברק, ספר שלמה לוין, בעמ' 53). כן כפי שנפסק, "למידתיות מקום מרכזי בדינים בדבר סכסוכים מזוינים" (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 837 (2004)).

70. טרם אפנה לסוגיית המידתיות, אבקש להעיר כי קיים ספק האם הכלל במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב, חוסה תחת פיסקת "שמירת הדינים" הקבועה בסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף זה מורה, כי: "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". נשאלת איפוא השאלה, אם הכלל במשפט המקובל הוא בגדר "דין", לצורכי הוראה זו. בחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 מוגדר המונח "דין", ככולל את "דיני המשפט המקובל ועקרוני היושר של אנגליה, כפי תקפם במדינה" (סעיף 3 לחוק). אומנם, מעמדו של חוק זה ככלי לפרש חוק-יסוד מוטל בספק (ראו, ברק, פרשנות במשפט, כרך ג, בעמ' 292-293). יחד עם זאת, נפסק, כי "הלכה פסוקה של בית המשפט העליון היא דין בישראל" (בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 247 (1994); וראו גם, דנ"א 1516/95 מרום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(2) 813, 839 (1998)). משכך, נותרת בעיניה השאלה, כלום מוגן כלל במשפט המקובל שאומץ בישראל מפני ביקורת שיפוטית, נוכח הוראת שמירת הדינים (ראו את העמדה בברק, פרשנות במשפט, כרך ג, בעמ' 561-562, שלפיה פיסקת שמירת הדינים אינה חלה על הלכה פסוקה). בנסיבות אלו, אניח לטובתו של דיראני (בלא להכריע בדבר ומדובר בהנחה בלבד), כי הכלל במשפט המקובל אינו נהנה מההגנה של פיסקת שמירת הדינים.

71. כידוע, הבחינה אם פגיעה בזכות לשם הגשמת ערך חברתי היא מידתית, נעשית באמצעות שלושה מבחני משנה מצטברים (ראו, למשל, בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פיסקה 21 לחוות-דעתה של הנשיאה ד' בינייש (21.2.2012)): מבחן הקשר הרציונלי, שלפיו על האמצעי שנבחר להוביל באופן רציונלי להגשמת מטרתו; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, שלפיו על האמצעי שנבחר להגשים את המטרה שלשמה ננקט תוך פגיעה בזכויות הפרט במידה הקטנה ביותר; ומבחן המידתיות "במובן הצר", שלפיו יש לבחון קיומו של יחס סביר בין הפגיעה בזכות לבין התועלת החברתית הצומחת מכך. כפי שיבואר להלן, דעתי היא כי הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של

אויב (כשהוא מוחל על פעילים בארגוני טרור הנמצאים במדינה זרה) עונה על שלושת מבחני המשנה האמורים.

72. באשר למבחן המשנה הראשון, שלפיו על האמצעי שנבחר להוביל באופן רציונלי להגשמת המטרה, הרי שמבחן זה מתקיים בענייננו. אי-בירור תביעתו של אויב מונעת סיוע לאויב. המשך בירור תביעה שהגיש אויב עשויה להניב לו תועלת. לעניין זה נשוב ונזכור כי כפי שפורט לעיל, בדין הישראלי קיימת תפיסה רחבה ביותר של האיסור על סיוע לארגון טרור, וגם סיוע עקיף לארגון טרור, פסול הוא. משכך, ההנחה היא שבירור תביעה של פעיל בארגון טרור עשוי לסייע לו, גם אם לא מוכח קשר ישיר בין נושא התביעה או הסעד המבוקש לבין פעילות הטרור.

73. באשר למבחן המשנה השני, שלפיו יש לבחור באמצעי המגשים את המטרה והפוגע כמה שפחות בזכויות הפרט, הרי שגם מבחן זה מתקיים בענייננו. מן העבר האחד שומה לזכור, כי הכלל הקיים במשפט המקובל אינו שולל באופן מוחלט את זכות הגישה לערכאות של האויב (או את יתר זכויותיו). בהתאם לכלל במשפט המקובל, בירור התביעה מושהה עד לסיום המלחמה (ולענייננו, עד לסיום העימות המזוין עם ארגון הטרור). נמצא, כי השהיית בירור התביעה למשך המלחמה (או העימות המזוין) היא בחירה באמצעי שפגיעתו בזכות הפרט היא פחותה מאשר שלילה מוחלטת של זכות הגישה לערכאות. בנוסף, גם צמצום היקפו של הכלל במשפט המקובל, כפי שהוא מוחל במהלך עימות מזוין עם ארגון טרור, לתובעים שהם פעילים בארגוני טרור במדינה זרה, ואי-החלתו על תושבי המדינה הזרה כולם, מהווים גם הם בחירה באמצעי שפגיעתו בזכויות הפרט היא פחותה. כמו כן, גם העובדה כי לפי הכלל במשפט המקובל, יש לברר תביעות של תושב מדינה זרה הנמצא כדין בישראל או עצור בה, ממתנת את הפגיעה בזכויות הפרט. באותו אופן, גם ההבחנה בין תביעות אזרחיות לבין עתירות במשפט הציבורי מקטינה את הפגיעה בזכויות הפרט (וראו לעניין זה, פיסקה 41 לעיל).

מן העבר האחר, סבורני כי אמצעים אחרים, אשר בהם עשויה להיות פגיעה פחותה בזכויותיו של האויב, אינם מביאים להגשמת התכלית באותה המידה (ולפיכך, אין בהם כדי להוות אמצעי חלופי הולם בגדרו של מבחן המשנה השני של המידתיות; ראו, ברק, מידתיות, בעמ' 395-396). בדעת הרוב בפסק-הדין בערעור נקבע, כי יש להמשיך בבירור תביעתו של דיראני, תוך שפירות התביעה לא יוקנו לו אלא לאחר סיום הלחימה (פיסקה 67 לחוות-דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה). אולם, כפי שפסק בית

הלורדים האנגלי בעניין *Sovfracht*, פתרון זה אינו מספק, ועצם קיומו של פסק-דין לטובת האויב עשוי לסייע לו גם בלא מימושו (שם, בעמ׳ 212):

> "The common law disability to sue in such cases cannot be regarded as got rid of because Emergency Regulations would prevent the transmission abroad of the sum recovered. The asset would be created, even though it necessarily remained here till the end of the war. Such an asset might well operate as security for an advance to the enemy from a neutral lender".

וכן ראו, *Chitty*, בעמ׳ 810.

לכך יש להוסיף את החשש כי האויב ינצל את בירור התביעה לצורכי תעמולה בניסיון לקצור הישגים תקשורתיים לטובתו, וגם בכך יש כדי לסייע לאויב בעת המלחמה או העימות המזוין. נמצא, כי אין בהמשך בירור תביעה של אויב, תוך קביעה כי הוא לא ייהנה מפירותיה אלא לאחר סיום המלחמה או העימות המזוין, כדי להגשים את התכלית בדבר מניעת סיוע לאויב באותה המידה שהשהיית בירור התביעה מגשימה אותה.

ג. מבחן המשנה השלישי של המידתיות ו"נוסחאות איזון"

74. באשר למבחן המשנה השלישי של המידתיות, שבגדרו על האמצעי שנבחר לקיים יחס ראוי בין התועלת החברתית הצומחת ממנו לבין פגיעתו בפרט, הרי שלדידי גם הוא מתקיים בענייננו. במסגרת מבחן משנה זה, אבקש להקדיש מספר מילים לדרכים שבהן נבחן בפסיקה אותו "יחס ראוי" במקרים שונים של "התנגשות" בין ערכים נוגדים (למיקומו של דיון זה בגדרו של מבחן המשנה השלישי של המידתיות, ובלא שאטע מסמרות בעניין זה, ראו ברק, מידתיות, בעמ׳ 645-647).

75. יש הרואים את ההתנגשות בין ערכים שונים כניתנת ליישוב בשתי דרכים עיקריות. בדרך הראשונה, אחד הערכים העומד על כפות המאזניים גובר לחלוטין על משנהו. במקרה כזה, המחוקק או בית המשפט קובעים את הנסיבות שבהתקיימותן גובר הערך האחד על האחר. בדרך השנייה, אין ערך אחד שגובר לחלוטין על האחר, אלא כל ערך נסוג באופן חלקי כלפי רעהו, ומושג פתרון המגשים חלקית כל אחד מן הערכים (ראו, Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96(5) YALE L. J. 943, 946 (1987) (להלן – *Aleinikoff*)). דרכים אלו ליישוב התנגשויות

בין ערכים נוגדים מכונות לעתים בפסיקה הישראלית בשמות "איזון אנכי" ו"איזון אופקי" (ראו, בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 474-476 (1994) (להלן –עניין דיין); מיכאל בירנהק, "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות", מחקרי משפט יט 591, 599 (התשס"ג); למודל מוצע שונה של פתרון התנגשות בין ערכים שונים, ראו, Iddo Porat, *The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law*, 27 CARDOZO L. REV. 1393 (2006), שם מציע המחבר כי כאשר מדובר בערכים בעלי "דרגה" שונה, על הערך הגבוה לגבור על זה הנמוך בלא לערוך איזון ביניהם). יוער, כי הדרכים הקיימות לעניין נוסחאות איזון כמתואר לעיל, קיימות במקרים רבים אחרים ולאו דווקא לעניין המבחן של מידתיות.

76. עם זאת, עיון בפסיקה מלמד כי קיימת אי-בהירות באשר לשאלה מתי תינקט כל אחת משתי דרכים אלו. כך, יש בנמצא פסיקה שממנה ניתן ללמוד, כי הדבר תלוי בשאלת סיווגם של הערכים המתנגשים ל"זכויות הפרט" או ל"אינטרסים ציבוריים". מפסיקה זו עולה, כי אם מדובר בהתנגשות בין שתי "זכויות הפרט" (או בין שני "אינטרסים ציבוריים"), פתרון ההתנגשות נעשה בדרך של ויתור הדדי של כל ערך כלפי רעהו (המכונה לעתים פתרון "אופקי"). לעומת זאת, אם מדובר בהתנגשות בין "זכות הפרט" לבין "אינטרס ציבורי", פתרון ההתנגשות נעשה בדרך של העדפה של ערך אחד על משנהו, בהתקיימותה של נוסחת איזון הנקבעת על-ידי המחוקק או בית המשפט (המכונה לעתים פתרון "אנכי") (ראו, למשל, בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, 284 (2001) (להלן – עניין גור אריה); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 37-38 (1997); בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 834-835 (1999) (להלן – עניין סנש)).

מובן, כי הבחנה זו אינה חפה מביקורת. ראשית, סיווג ערכים ל"זכויות הפרט" מחד ול"אינטרסים ציבוריים" מאידך, אינו חד משמעי (להרחבה ראו, אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?", משפטים מא 97 (תשע"א); *Aleinikoff*, בעמ' 981); Frank M. Coffin, Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice, 63 N.Y.U L. REV. 16, 28-29 (1988)). כפי שנאמר, "אינטרס הציבור הוא כי יישמר אינטרס הפרט, ואינטרס הפרט הוא כי יישמר אינטרס הציבור" (עניין דיין, בעמ' 473; וראו, למשל, בנוגע לקושי בהבחנה בין זכות הפרט לאינטרס הציבור, את רע"א 2088/96 טרופר נ' רשם המפלגות, פ"ד מט(5), 419, 421 (1996)). הקושי בסיווגו של ערך כזכות של הפרט או כאינטרס ציבורי אף הוביל את בית משפט זה להעיר, כי "לעתים לא ברור האם התוצאה קדמה לסיווג או ההפך" (בג"ץ 4077/12

פלונית נ' משרד הבריאות, פיסקה 23 לחוות-דעתו של השופט י' עמית (5.2.2013)). אין זה פלא, איפוא, כי לא אחת התעוררו מחלוקות בבית משפט זה בשאלת סיווגו של ערך, כזכות של הפרט או כאינטרס ציבורי, דבר שהוביל למחלוקות באשר לתוצאה הראויה של פסק-הדין (ראו, למשל, עניין סנש; בג"ץ 7052/03 עדאלה, פיסקה 16 לפסק-דינו של השופט א' ריבלין ופיסקאות 2-4 לחוות-דעתי באותו עניין). לגופו של עניין, אין זה ברור כיצד עצם הסיווג מוביל לתוצאה הראויה. כך, אין זה ברור מדוע על פתרון ההתנגשות בין שתי זכויות הפרט או בין שני אינטרסים ציבוריים להיות בדרך של ויתור הדדי, ומדוע על פתרון ההתנגשות בין זכות הפרט לבין אינטרס ציבורי להיות בדרך של התגברות ערך אחד על האחר, ולא באמצעות ויתור הדדי במקרים המתאימים לכך (ראו, למשל, בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2), 393, 402 (1984), משם עולה כי דווקא ההתנגשות בין שתי זכויות הפרט, חופש ההפגנה והזכות לקניין, נפתרת באופן "אנכי", שכן אין בחופש ההפגנה כדי להצדיק הסגת גבול, בעוד שההתנגשות בין חופש ההפגנה לבין "הקניין הציבורי" זוכה לפתרון באמצעות ויתורים הדדיים). גם בספרות המשפטית הובעה העמדה שלפיה לא הסיווג בין "זכות הפרט" לבין "אינטרס הציבור" הוא הקובע באיזה פתרון יש לנקוט (ראו, ברק, שופט בחברה דמוקרטית, בעמ' 272: "אין לומר למשל כי האיזון האופקי חל ביחסים שבין זכויות אדם לבין עצמן, ואילו האיזון האנכי חל ביחסים שבין זכויות אדם לאינטרס הציבור"). כפי שנראה להלן, גם בענייננו, אף שנראה שעל פני הדברים לפנינו התנגשות בעיקר בין "זכות הפרט" לבין "אינטרס ציבורי", פתרונה אינו "אנכי" באופן מובהק, ויש לו מאפיינים "אופקיים" של ויתורים הדדים של כל ערך כלפי משנהו.

77. בנוסף, קיימת פסיקה שממנה ניתן ללמוד שהבחירה בין פתרון של ויתור הדדי של הערכים המתנגשים לבין פתרון של התגברות של ערך אחד על משנהו נעשית על בסיס שונה, והוא האם הערכים המתנגשים הם "שווי-מעמד" אם לאו. במספר פעמים נפסק, כי אם מדובר בערכים שווי-מעמד, הרי שפתרון ההתנגשות ביניהם יעשה על-ידי ויתור הדדי של כל ערך כלפי משנהו; ואם מדובר בערכים שלהם מעמד שונה, פתרון ההתנגשות ביניהם יעשה על-ידי התגברות הערך האחד על האחר (ראו, למשל, עניין דיין, בעמ' 475-476, 480-481; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 123-124 (1995); ברק, פרשנות במשפט, כרך ג, עמ' 220-221).

ברי, כי גם מתודולוגיה זו אינה חפה מקשיים. ראשית, מובן שלעתים קיים קושי להשוות בין משקלם היחסי של ערכים שונים (ראו, למשל, עניין מילר, בעמ' 124, שם הוחל מבחן של "איזון אנכי" שכן "ניתן לראות את ביטחון המדינה כערך עדיף

ובעל מעמד גבוה ממעמדו של ערך השוויון"; ואת ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225, 310 (1985), שם נקבע כי ביטחון המדינה הוא ערך העדיף על הזכות להיבחר, שכן הראשון הוא "תנאי" לקיומו של השני; ועניין שניצר, בעמ' 630 לקביעה דומה; מאידך, השוו לעניין עג'ורי, בעמ' 383, שם נאמר כי דווקא השמירה על זכויות האדם היא שנותנת את הטעם למאבקה של המדינה על בטחונה; וכן ראו, בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז(2) 871, 880 (1953), שם הוחל למעשה "איזון אנכי", אף שנקבע כי מדובר ב"תחרות בין שני סוגים של אינטרסים, אשר כל אחד מהם הוא בעל חשיבות מדינית-חברתית ממדרגה ראשונה"). בנוסף, נדמה שניתן לעתים לפתור התנגשות בין ערכים שאינם שווי מעמד באמצעות ויתור הדדי של כל ערך כלפי משנהו, כאשר מידת הויתור של כל ערך היא בהתאם למשקלו היחסי (ראו, ברק, מידתיות, בעמ' 648; כן ראו, יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165, 215 (תש"ס) (להלן – זמיר וסובל): "לכאורה בכל התמודדות בין שני ערכים מוכרים על-ידי המשפט, אפילו הם שונים במשקל, יש לעשות קודם-כול לדו-קיום של שני הערכים זה לצד זה").

78. מן הפסיקה, איפוא, לא עולה קו מנחה אחיד באשר לנסיבות שבהן ייבחר פתרון להתנגשות בין ערכים שבו האחד גובר על האחר, ובאשר לנסיבות שבהן ייבחר פתרון שבו נערך ויתור הדדי של כל ערך כלפי משנהו. ייתכן שעל הדבר להיקבע בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, ועל-פי מהותם ואופיים של הערכים המתנגשים העומדים על הפרק (זו היא דעתו של פרופ' ברק, בספרו שופט בחברה דמוקרטית, בעמ' 272). יש בנמצא גם אמירות המקנות עדיפות לפתרון של ויתור הדדי של הערכים המתנגשים על פני העדפתו המוחלטת של האחד על האחר, מקום ששני הפתרונות אפשריים (היינו, הנקיטה ב"איזון אנכי" תעשה רק מקום שבו "איזון אופקי" אינו אפשרי; ראו, למשל, ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עירית נצרת-עילית, פ"ד מז(5) 189, 204-205 (1993); עניין גור אריה, בעמ' 284; ברק, שופט בחברה דמוקרטית, בעמ' 273; זמיר וסובל, בעמ' 215; גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות", מחקרי משפט כב 471, 475-476 (תשס"ו); והשוו, ברק, פרשנות במשפט, כרך ג, בעמ' 220-221)).

79. נשוב אל ענייננו. בעניינו מתעוררת "התנגשות" בין ערכים שונים, ובעיקר בין זכות הגישה לערכאות מחד גיסא, לבין האינטרס במניעת סיוע לאויב מאידך גיסא. האם הכלל במשפט המקובל, כפי שהוא מוחל על פעילי טרור הנמצאים במדינה זרה, משקף יחס ראוי בין ערכים מתנגשים אלו? לטעמי התשובה לשאלה זו היא חיובית. ראשית, וכפי שכבר הוזכר, למרות שבענייננו נראה כי ניתן לסווג את ההתנגשות בין

הערכים כהתנגשות שעיקרה הוא בין "זכות הפרט" לבין "אינטרס ציבורי", הרי שבכלל במשפט המקובל לא נבחר פתרון "אנכי" מובהק, שבו ערך אחד נסוג במלואו בפני רעהו, כי אם פתרון בעל סממנים "אופקיים". בהתאם לכלל במשפט המקובל, בירור התביעה מושהה עד לסיום המלחמה (או עד לסיום העימות המזוין עם ארגון הטרור). אף שלעתים היום המיוחל שבו תסתיים הלחימה אינו נראה באופק, בירור התביעה עשוי להתחדש עם סיום היחסים העוינים עם האויב. נמצא, כי זכות הגישה לערכאות אינה מתבטלת כליל (וכך גם יתר הערכים העומדים עימה על כף המאזניים). פשיטא, שהעובדה שבכלל הקיים במשפט המקובל אין ביטול מלא של ערך זה, מחלישה את עוצמת הפגיעה בו, ומחזקת את הקביעה כי מדובר בפתרון המהווה יחס ראוי בין הערכים המתנגשים.

80. שנית, לטעמי לא ניתן לטעון, כי בענייננו אפשר להשיג יחס ראוי בין הערכים המתנגשים על-ידי אימוץ של "מבחן הסתברותי", כפי שנעשה במקרים אחרים בפסיקה. כפי שראינו לעיל, בדין הישראלי מקובלת תפיסה רחבה של האיסור על סיוע לאויב. הדברים נכונים גם כשמדובר בסיוע במימון פעולותיו של ארגון טרור, והדין הנוגע לעניין הוא מחמיר במיוחד ולפיו אף סיוע במימון שאינו מוביל באופן מיידי וישיר לסכנה לביטחון המדינה ואף סיוע במימון פעילות "אזרחית" של הארגון, הינם אסורים (ראו לעיל, בפיסקה 65). משכך, סבורני שהבנה של מהותו ותוכנו של ערך זה מובילה לכך שלא ניתן לאמץ בענייננו, למשל, מבחן שלפיו תביעה שהגיש פעיל בארגון טרור לא תבורר רק אם קיימת אפשרות בהסתברות מסוימת כי בירור התביעה יסייע לפעילות ארגון הטרור. כן לא יהיה זה נכון לאמץ כלל המבחין בין תביעות בסדר גודל "גדול" (שלא תבוררנה כל עוד נמשך העימות המזוין עם ארגון הטרור) לבין תביעות בסדר גודל "קטן" (שבירורן יימשך). פתרונות מסוג זה עומדים לטעמי בניגוד לתפיסה המקובלת בדין באשר לאיסור המקיף לסייע בכל דרך ובכל מידה שהיא לפעילות ארגון הטרור.

81. שלישית, יש ליתן לטעמי משקל לעובדה כי הטוען לפגיעה בזכויותיו (בענייננו, הפעיל בארגון הטרור) נושא באחריות להיותו במעמד שבו הוא נמצא. אשמתו של הפרט עשויה להוות בנסיבות מסוימות הצדקה לפגיעה בזכויותיו (השוו, מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 109; וכן השוו, עניין ע'ורי, בעמ' 374). יש לייחס משקל בבחינת מידתיות הפגיעה בפרט, לכך שהפרט הוא פעיל בארגון טרור שבחר להימצא בסטטוס זה. בכך, יוער, הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב, כפי שהוא מוחל בעת עימות מזוין עם ארגון טרור הפועל ממדינה זרה, הינו "מידתי יותר" מהכלל המסורתי במשפט המקובל המוחל בעת מלחמה גם על

תובעים "תמימים" המתגוררים במדינה הזרה (אף שלכלל מסורתי זה, כפי שצוין לעיל, ישנו גורם ממַתן שונה, והוא הגבלת תחולתו בזמן למשך קיומה של מלחמה פורמלית). ניתן גם לראות את צמצום תחולת הכלל לפעילים בארגון טרור כ"ויתור אופקי" מסוים של האינטרס בדבר מניעת סיוע לארגון טרור לטובת זכויות הפרט.

מנקודת מבט אחרת, לעתים מכיר הדין בהצדקה לפגוע בזכויותיו של הפרט, כאשר הפרט הוא שנושא "במפתחות" הפסקת הפגיעה בו (כדוגמת מאסר סרבני גט או מאסר לשם כפיית ציות לצו שיפוטי, ראו, בש"פ 4072/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (7.4.2013); ע"פ 7174/09 רייפמן נ' ארז (13.10.2009)). גם בענייננו, במובן מה "המפתחות" הם בידיו של הפעיל בארגון הטרור להביא להפסקת הפגיעה בזכויותיו.

82. רביעית, אין בכלל במשפט המקובל, המונע בתנאים מסוימים בירור תביעה המוגשת על-ידי אדם שהיה נתון במשמורת בישראל על רקע תנאי מעצרו (כתביעתו של דיראני), כדי למנוע גישה של העצור לערכאות בקשר למעצרו ולתנאי מעצרו כל עוד הוא נמצא במעצר. כפי שפורט לעיל, דיראני עצמו ניצל זכות זו מספר פעמים (ועתירות שונות שלו בקשר לתנאי מעצרו אף התקבלו). נמצא, שאין בכלל במשפט המקובל כדי להותיר את העצור בעת מעצרו נטול כל הגנה משפטית שהיא מפני הרשויות "בזמן אמת". דלתות בית המשפט פתוחות בפני העצור בעת מעצרו. גם בכך יש כדי לחזק את העמדה, כי מדובר בפגיעה מידתית בזכויותיו של התובע.

83. מכלול נתונים אלו מובילים אותי למסקנה, כי הפתרון הננקט במשפט המקובל להתנגשות בין הערכים השונים, "שיווי המשקל" ביניהם – או אם תרצו לומר, ה"איזון" ביניהם – מהווים יחס ראוי בין העקרונות המתנגשים ועונים גם על מבחן המשנה השלישי של דרישת המידתיות. מכאן, מסקנתי שאין מניעה להמשיך וליישם את הכלל במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב (כפי שהוא מוחל על עימות מזוין עם ארגון טרור הפועל ממדינה זרה, והכל כפי שפורט לעיל), אף כיום, לאור ההגנה על זכויות האדם הנהוגה בימינו אנו.

חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005

84. ראינו כי הכלל במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב נקלט במשפט הישראלי. כן ראינו כי נכון להתאים כלל זה לתנאיה של המציאות העכשווית, שבה מתמודדת המדינה עם איומיהם של ארגוני טרור הפועלים משטחה של מדינה זרה. כן מצאנו כי יש להמשיך וליישם כלל זה גם בסטנדרטים הנהוגים עימנו כיום בהיקף

ובמידת ההגנה על זכויות אדם. עתה, נבחן את החקיקה הקיימת בישראל ואת השלכתה על עניינו.

85. בתיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים (ס"ח 2026 מיום 10.8.2005), הוסף לחוק סעיף 5ב, המורה כדלקמן (בנוסחו כפי שתוקן בתיקון מס' 8 לחוק, ס"ח 2370 מיום 23.7.2012):

תביעות אויב ופעיל או חבר בארגון מחבלים

5ב. (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 או מי שאינו אזרח ישראלי, שהוא תושב שטח מחוץ לישראל שהממשלה הכריזה עליו, בצו, כשטח 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.

בהתאם להוראת חוק זו, איפוא, המדינה אינה אחראית בנזיקים לנזק שנגרם לכל אחד מהמנויים בסעיפים 5ב(א)(1)-5ב(א)(3) לחוק. סעיף 5ב(א)(1) מזכיר את המבחן הטריטוריאלי הנוהג במשפט המקובל להגדרתו של אויב (אף שישנם הבדלים שונים ביניהם). סעיף 5ב(א)(2) לחוק עוסק במי שפעיל או חבר בארגון מחבלים. החוק מפנה לסעיף 91 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 באשר להגדרת "אויב" ו"ארגון מחבלים". בסעיף 91 לחוק העונשין מוגדר "אויב" באופן רחב, כמונח החל גם בלא הכרזת מלחמה פורמלית. עם זאת, בסעיף 5ב לחוק הנזיקים האזרחיים נקבע חריג להיעדר אחריותה של המדינה, והוא אם מדובר ב"נזק שנגרם בסוגי תביעות או לסוגי תובעים כאמור בתוספת הראשונה". התוספת הראשונה לחוק מכילה פרט יחיד, והוא:

"תביעה שעילתה נזק שנגרם לאדם כאמור בסעיף 5ב(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".

86. במילים אחרות, סעיף 5ב לחוק קובע כלל, חריג, וחריג לחריג: הכלל הוא, שאין המדינה חבה בנזיקים לנזק שנגרם למי מהמנויים בסעיפים 5ב(א)(1)-5ב(א)(3) לחוק. החריג לכך הוא תביעות שעילתן בנזק שנגרם בעת שהניזוק היה מצוי במשמורת של מדינת ישראל כעצור או כאסיר. בתביעות כאלו, המדינה אכן אחראית בנזיקים. עם זאת, לכך נקבע חריג לחריג, במקרה שהניזוק, לאחר שהותו במשמורת, שב להיות פעיל או חבר בארגון מחבלים או לפעול מטעמו או בשליחותו. או אז, שוב אין המדינה אחראית לנזק שנגרם לו. יוער, כי שאלת חוקתיותו של סעיף 5ב לחוק הנזיקים האזרחיים הועלתה בבג"ץ 8276/05 עדאלה, אולם נותרה באותו עניין בלא הכרעה (פיסקה 31 לחוות-דעתו של הנשיא א' ברק).

87. בתיקון מס' 7 נקבעה הוראת תחולה, שלפיה הוראת סעיף 5ב תחול על מעשים שאירעו ביום 29.9.2000 ואילך. כלומר, הקביעה בחוק שלפיה אין המדינה נושאת באחריות בנזיקין בנסיבות מסוימות, חלה על מעשים שאירעו ביום 29.9.2000 ואילך. המעשים שלהם טוען דיראני אירעו קודם למועד האמור (יצוין כי תיקון מס' 7 מוסיף וקובע, כי לסעיף 5ב לא תהיה תחולה באשר לתביעה שכבר הוגשה והחלה שמיעת הראיות בה לפני מועד פרסום התיקון; כן יוער, כי בתיקון מס' 8 נקבעה הוראת תחולה שונה, לפיה תיקון זה יחול על מעשה שאירע ביום 12.9.2005 ואילך, וגם מועד זה מאוחר למועד של המעשים שדיראני טוען להתרחשותם). נמצא, שאין תחולה לסעיף 5ב על עניינו של דיראני. מה ההשלכה העולה מכך? לטענת דיראני, נוכח הוראת תחולה זו יש להמשיך בבירור תביעתו (וראו גם, פיסקאות 72-79 לחוות-דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה בפסק-הדין בערעור). לדעתי, אין מקום לקבל את טענתו זו של דיראני.

88. עיון בסעיף 5ב לחוק הנזיקים האזרחיים, מחד גיסא, ובכלל הנוהג במשפט המקובל, מאידך גיסא, מלמד כי אין בין השניים חפיפה מלאה. בעניינים מסוימים החוק קובע הסדר רחב יותר, ובעניינים אחרים המשפט המקובל הוא שקובע הסדר רחב יותר. כך, הכלל במשפט המקובל הוא רחב יותר מזה שקבוע בחוק, במובן זה שהוא מתייחס לתביעה המוגשת נגד כל בעל דין, בעוד שסעיף 5ב לחוק הנזיקים האזרחיים חל רק לגבי תביעות המוגשות נגד המדינה (כהגדרתה בסיפה של סעיף זה). מה הדין, איפוא, אם תוגש בעתיד תביעה של "אויב" נגד בעל דין שאינו המדינה? האומנם סעיף 5ב

לחוק הנזיקים האזרחיים קובע הסדר שלילי לעניין זה, כך שעל בית משפט בישראל לברר תביעה זו בעת מלחמה או עימות מזוין? נדמה שהתשובה לכך ברורה, והיא שהכלל במשפט המקובל ממשיך לחול על תביעה מסוג זה, ותביעה זו לא תבורר בטרם סיום המלחמה או העימות המזוין. נראה שאין אחיזה לכוונה של המחוקק בסעיף 5ב לחוק הנזיקים האזרחיים (חוק ששמו המלא כולל את המילים "אחריות המדינה") להשפיע על בירורן או אי-בירורן של תביעות המוגשות נגד נתבע שאינו המדינה. מכאן, שאין בתיקון מס' 7 כדי להוות הסדר שלילי באשר לתביעות המוגשות שלא נגד המדינה, ולגביהן, ממשיך לחול הכלל במשפט המקובל. אם כן, ניתן לראות כבר עתה, שאין בתיקון מס' 7 כדי לשלול את המשך קיומו של הכלל במשפט המקובל.

89. חוסר החפיפה בין ההסדרים השונים נוגע גם לעניינים נוספים. כך, ההסדר בתיקון מס' 7 לחוק הוא רחב יותר, שכן הוא חל גם בלא הכרזת מלחמה פורמלית בין ישראל לבין מדינת האויב (בהתאם להגדרת "אויב" בסעיף 91 לחוק העונשין, ובהתאם לתיקון מס' 8 לחוק שבו הורחב ההסדר לניזוקים שאינם אזרחי ישראל והם תושבי שטח שהוכרז כשטח אויב). זאת ועוד, ההסדר בחוק רחב יותר שכן תיקון מס' 7 עוסק בפטור מאחריות למדינה, בעוד שהמשפט המקובל עוסק בהשהיית בירור התביעה לפרק זמן מסוים. בעניינים האמורים, ההסדר במשפט המקובל הוא צר יותר. נמצא, כי באספקטים מסוימים זוכה המדינה להגנה רחבה יותר בחוק מאשר זו הניתנת לכל נתבע אחר בהתאם למשפט המקובל, ורחבה יותר מאשר זו שזכתה לה בטרם חוקק תיקון מס' 7. מאידך, ככל שמדובר בנושא התביעה עצמו, נראה שההסדר שנקבע באשר למדינה בחוק הוא צר יותר מזה הנוהג במשפט המקובל. בעוד שלפי המשפט המקובל, אין תלות בין השהיית בירור תביעתו של האויב לבין נושא התביעה, הרי שכאשר מדובר בתביעה נגד המדינה נקבע לכך חריג, במקרה שמדובר בתביעה שעילתה נזק לאדם שנגרם בעת שהיה מצוי במשמורת של מדינת ישראל ובלבד שהוא לא חזר להיות פעיל או חבר בארגון טרור.

90. מכלול נתונים אלו מלמד, שלא ניתן להסיק מן ההסדר הקבוע בחוק הנזיקים האזרחיים, "הסדר שלילי" לגבי עניינים שלא באים בגדרו, או כי טרם חקיקת החוק לא היה קיים בישראל כלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה או עימות מזוין. עיון בהסדר בחוק הנזיקים האזרחיים מלמד כי תכליתו הייתה לקבוע הסדר ספציפי כשמדובר בתביעה נגד המדינה, אשר הוא רחב יותר מזה הנוהג במשפט המקובל באספקטים מסוימים, וצר יותר ממנו באספקטים אחרים.

91. המסקנה היא, ששני ההסדרים, זה הקבוע בחוק וזה הנוהג במשפט המקובל, מתקיימים זה בצד זה. ככל שמדובר בתביעה המוגשת נגד בעל דין שאינו המדינה, ממשיך לחול לגביה המשפט המקובל, שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה (או עימות מזוין, אם התובע הוא פעיל בארגון טרור הפועל ממדינה זרה). לכלל זה במשפט המקובל איזונים ובלמים משלו, והכל כפי שפורט והוסבר לעיל. ככל שמדובר בתביעה המוגשת נגד המדינה, הרי שאם זו עוסקת במעשים שנעשו לפני המועד הקובע על-פי תיקון מס׳ 7 ותיקון מס׳ 8 לחוק הנזיקים האזרחיים, יחול לגביה הכלל הנוהג במשפט המקובל. בירור התביעה עשוי להיות מושהה, אם מתקיימים התנאים לכך בהתאם למשפט המקובל. אם התביעה עוסקת במעשים שנעשו לאחר מכן, יחול לגביה ההסדר הקבוע בחוק הנזיקים האזרחיים, שלפיו המדינה אינה אחראית בנזיקים בהתקיימותם של תנאים מסוימים. אין צורך להביע עמדה בשאלה האם כאשר תנאי מן התנאים שבחוק אינו מתקיים ימשיך לחול הכלל שבמשפט המקובל.

דברי חקיקה נוספים

92. יש בנמצא דברי חקיקה נוספים אשר עשויים להיות רלוונטיים לענייננו. עם זאת, בעלי הדין לא טענו באשר להשלכה של חוקים אלו על המקרה דנא (ואוסיף, כי יש להצטער על כך). בנסיבות אלו, ולו למען שלמות התמונה, אתייחס לעניין זה בקיצור רב, ובלא שיש בכוונתי לקבוע כל מסמרות בעניין.

93. דבר חקיקה ראשון אשר עשוי להיות רלוונטי לענייננו הוא פקודת המסחר עם האויב. פקודה זו, מלבד האיסור הקבוע בה על סחר עם האויב (סעיף 3 לפקודה), מסמיכה את שר האוצר להקנות לאפוטרופוס על נכסי האויב רכוש של האויב (סעיף 9 לפקודה). בנוסף, מקנה הפקודה לאפוטרופוס סמכות ״לכונן הליכים משפטיים על כל אדם״, אם הוא סבור כי מן הצורך לעשות כן ״לשם מילוי נאות של תפקידיו״ (סעיף 9א לפקודה). בגדר סמכות זו, מוסמך האפוטרופוס להמשיך לנהל הליכים תלויים ועומדים שהוגשו על-ידי אדם שנעשה לאויב לאחר הגשתם (סעיף 9א(4) לפקודה). חברי השופט ח׳ מלצר סבר בפסק-הדין בערעור, כי מכוח הוראה זו, המשך בירור תביעתו של דיראני נתון בידי האפוטרופוס ותלוי בשיקול דעתו, וכל עוד אין האפוטרופוס מנהל את תביעתו של דיראני הרי שיש להשהות את בירורה (פיסקאות 42-43 לחוות-דעתו). השופטת א׳ פרוקצ׳יה חלקה בפסק-דינה על מסקנה זו ככל שמדובר בתביעה העוסקת בטענות לפגיעה בזכויות יסוד (פיסקה 66 לחוות-דעתה). כשלעצמי, אבקש שלא להכריע בשאלה האם רשאי האפוטרופוס על נכסי האויב שלא להמשיך בבירור תביעה

של אויב מסוג התביעה שהגיש דיראני, מכוח סמכותו לפי סעיף 9א לפקודה. למקרא הפקודה, ייתכן כי הסמכות הקבועה בסעיף זה עוסקת בניהולם של הליכים משפטיים הנוגעים לרכוש של האויב שהוקנה לאפוטרופוס, ואין זה ברור אם סמכות זו כוללת גם השהיה של בירור תביעה שלא עוסקת ברכוש כאמור.

עם זאת, עולה השאלה האם ניתן לעגן את סמכותו של האפוטרופוס שלא להמשיך בבירורה של תביעה כספית שהגיש אויב, בסעיף 9 לפקודה. בהתאם לסעיף 9 לפקודה, ניתן להקנות לאפוטרופוס "רכוש" של האויב. המונחים "רכוש האויב" ו"נכסים" (שניהם תרגום של המונח "property" בנוסח האנגלי של הפקודה, ע"ר 1939 (אנגלית), 95, 103), מוגדרים בסעיף 9(8) לפקודה באופן רחב, ככוללים "כל רכוש או טובת הנאה בנכסי מטלטלין או מקרקעין, כל מסמך סחיר, חוב או דבר שבראוי אחר וכל זכות או טובת הנאה אחרת, בין מוחזקים ובין בלתי מוחזקים" (וראו את הנוסח באנגלית, שם מוגדר המונח "property", ככולל " any negotiable instrument, debt or other thing in action, and any other right or interest, whether in possession or not"). משכך, עולה השאלה שמא ניתן לראות בעצם זכות התביעה של האויב "רכוש" שניתן להקנותו לאפוטרופוס על נכסי האויב, מכוח סעיף 9 לפקודה (להיותה של זכות התביעה "נכס כלכלי" של האויב, ראו *Stone*, בעמ' 441). אם התשובה לכך היא חיובית, הקניית הנכס לאפוטרופוס בהתאם לפקודה מובילה לניתוק הקשר שבין הבעלים המקורי לבין הנכס עד תום המלחמה עם האויב (ראו, בג"ץ 3103/06 ולירו נ' מדינת ישראל, פיסקה 27 (6.2.2011) (להלן – עניין ולירו)). בספרות המשפטית הובעה העמדה, כי האפוטרופוס רשאי לנהל את הנכס באופן שיקדם מטרות ציבוריות ויסייע למאמץ המלחמתי (איל זמיר ואיל בנבנישתי אדמות היהודים ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים 40 (1993)). אשר על כן, נשאלת השאלה האם ניתן להקנות לאפוטרופוס את "זכות התביעה" של האויב, כך שזה יוכל לאחר מכן להשהות את בירורה למשך המלחמה או העימות המזוין. עם זאת, יוזכר שלשם הקניית רכוש לאפוטרופוס בהתאם לסעיף 9 לפקודה יש צורך בצו הקנייה (אף שנפסק כי צו ההקנייה יכול להיות כללי ולא ספציפי, ראו בג"ץ 1285/93 שכטר נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פיסקה 13 (8.12.1996); וכן יוער כי הוכרו בפסיקה מקרים שבהם ניתנה לאפוטרופוס סמכות לנהל נכסים בלא צו הקנייה בנסיבות מסוימות, ראו עניין ולירו, פיסקה 28; ע"א (מחוזי – ירושלים) 21835-06-11 היועץ המשפטי לממשלה נ' הרן (28.7.2013)). בענייננו, המדינה לא טענה לקיומו של צו הקנייה מסוג זה. בנוסף, אבקש להותיר בצריך עיון את השאלה האם דיראני הוא "אויב" בהתאם להגדרת מונח זה בפקודה, שכן לכאורה הפקודה עוסקת במדינות שעימן קיים מצב של "מלחמה" (ועל פרשנות

מונח זה בקשר למדינת לבנון עמדנו בפירוט לעיל) או בשטחים שהוגדרו בצו כ"ארץ אויב" (סעיפים 2 ו-4 לפקודה). גם בעניין זה המדינה לא טענה בפנינו.

94. דבר חקיקה נוסף אשר עשוי להיות רלוונטי לענייננו הוא חוק נכסי נפקדים, התש"י-1950. גם באשר לתחולתו של חוק זה על העניין דנא לא נשמעו בפנינו טיעונים, ולכן אתייחס אליו בקיצור ובלא להכריע בדבר. בחוק זה מוגדר "נפקד", בין היתר, כמי שמחזיק "נכס" בישראל, ובכל עת שלאחר יום 29.11.1947 ובטרם הוכרז כי מצב החירום בישראל פסק, היה אזרח או נתין של אחת מן המדינות המנויות בחוק, ביניהן לבנון (סעיף 1(ב)(I) לחוק). בדומה לפקודת המסחר עם האויב, המונח "נכס" מוגדר בחוק זה באופן רחב, ככולל "כספים, זכות בנכס, מוחזקת או ראויה". נשאלת איפוא גם כאן שאלה דומה, האם בגדר מונח זה ניתן לכלול "זכות תביעה" של הנפקד (ראו, ע"א 5685/94 עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד נ' אלעבסי, פ"ד נג(4) 730, 743 (1999) (להלן – עניין א.ל.ע.ד.), שם נקבע כי "המונח 'זכות ראויה' כולל בחובו גם זכויות בלתי חוזיות וכל זכות הניתנת לאכיפה באמצעות תביעה", אך עם זאת נקבע באותו עניין גם כי "זכות ראויה איננה כוללת ציפייה לזכות שטרם באה לעולם ושאיננה עולה כדי זכות מגובשת" (שם); ונשאלת השאלה כיצד יש להתייחס ל"זכות תביעה" בהקשר זה). בניגוד לפקודת המסחר עם האויב, בהתאם לחוק זה אין צורך בצו הקנייה לשם העברת הנכס לאפוטרופוס (ראו, סעיף 4 לחוק; בג"ץ 4713/93 גולן נ' הוועדה המיוחדת לפי סעיף 29 לחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950, פ"ד מח(2) 638, 645 (1994)). עם זאת, יצוין כי סעיף 31 לחוק מורה, כי בית המשפט לא יזדקק לטענה שנכס הוא נכס נפקד, אלא אם האפוטרופוס צורף כבעל דין להליך, דבר שלא נעשה בענייננו (ראו, עניין א.ל.ע.ד., בעמ' 740-741).

הוראה מעניינת נוספת המצויה בחוק זה היא, כי אסור לאדם לפעול על-פי ייפוי כוח של נפקד, אף אם ייפוי הכוח ניתן בעת שהמרשה לא היה נפקד (סעיף 22(3) לחוק). אותה הוראת חוק מוסיפה, כי "לא נמצא הנפקד אותה שעה בשטח ישראל, טעון ייצוגו על ידי עורך דין בכל פעולה משפטית הסכמה בכתב מאת היועץ המשפטי לממשלת ישראל" (שם). מעניין לציין כי בעבר הייתה זו עבירה פלילית לייצג נפקד בלא אישור, שעונשה עד שנתיים מאסר (ראו, בג"ץ 43/49 אשקר נ' המפקח על נכסי נפקדים, מחוז הצפון, פ"ד ב(1) 926, 929 מול האות ז' (1949)). גם בעניין ההשלכה של הוראת חוק זו על ענייננו לא שמענו טיעונים.

95. דבר חקיקה נוסף אשר יש לציינו הוא חוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005, המורה כי בית המשפט המחוזי רשאי לחלט "רכוש טרור" (סעיף 22 לחוק). גם בחוק זה, המונחים "רכוש", "רכוש טרור" ו"תפיסה של רכוש" מוגדרים באופן רחב (ראו, סעיף 1 לחוק, המגדיר "רכוש" ככולל "זכויות", ו"תפיסה" היא "לרבות איסור שימוש בזכות"). הוראה דומה מצויה בפקודת מניעת טרור, התש"ח-1948, שלפיה "כל רכוש של ארגון טרוריסטי... יוחרם לטובת המדינה בפקודת בית משפט מחוזי" (סעיף 5 לפקודה). אף באשר לשני דברי חקיקה אלו, עולה השאלה אם ניתן מכוחם "לחלט" או "להחרים" את זכות התביעה של דיראני לטובת המדינה. המדינה לא טענה בפנינו לעניין זה, וממילא לא נקטה בהליכי חילוט או החרמה מכוח החוקים הנזכרים. על כן, יש להותיר גם את השאלה בדבר תחולתם של שני החוקים הנזכרים על ענייננו בלא הכרעה.

התייחסות לטענות נוספות

96. דיראני טוען כי המדינה מנועה מלטעון כי הוא אינו יכול להמשיך בבירור תביעתו, שכן בפני בית המשפט המחוזי היא הצהירה שהוא יוכל לעשות כן לאחר יציאתו מישראל (פיסקאות 23-29 לתשובתו). לא מצאתי בטענה זו ממש. אף אם עולה מהצהרות שונות של המדינה המפורטות בתשובה כי המדינה הסכימה לכך שדיראני ימשיך בבירור תביעתו לאחר צאתו מישראל, לא עולה מהן כל הסכמה לכך – וזה העיקר – שדיראני ימשיך בבירור תביעתו אם יצא מישראל וישוב לשורותיו של ארגון טרור.

97. טענה נוספת בפי דיראני היא, כי במספר אמנות בינלאומיות התחייבה מדינת ישראל לאפשר זכות גישה לערכאות למי שטוען לפגיעה בזכויות המעוגנות באותן אמנות (ועינויים ופגיעות פיזיות בעת שהות במשמורת בכלל זה). גם חברי השופט י' דנציגר מביא הוראות מסוג זה מאמנות שונות בחוות-דעתו. סבורני שאין בהוראות באמנות בינלאומיות אלו כדי לשנות ממסקנתי. אף אחת מן ההוראות באמנות הבינלאומיות הנזכרות על-ידי דיראני לא קובעת, כי יש להמשיך בבירור תביעה אזרחית המוגשת על-ידי אויב בזמן מלחמה או על-ידי פעיל בארגון טרור השוהה במדינה זרה בעת עימות מזוין עם ארגון הטרור. יש לזכור, כי הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה אינו המצאה ישראלית. זהו כלל עתיק יומין, הנוהג במדינות המשפט המקובל. נדמה, איפוא, כי אילו ביקשו אותן אמנות לסטות מכלל זה,

היה נעשה הדבר בלשון מפורשת. אין זה סביר בעיני שכך ייעקר כלל שלו שורשים עמוקים במדינות רבות (שאף ממשיכות לנהוג לפיו). יפים בעיני דבריו של *Rylee*, בעמ' 56:

> "The doors of the courts of every nation are closed by this rule to its enemy aliens. They cannot come into its courts and sue its citizens. This rule of international law is universally recognized…
> Any nation can rigidly follow that rule without violation of international law".

98. באותו אופן יש להתייחס לדעתי אל תקנות לביצוע אמנת האג 1954 (סדר-הדין האזרחי), תשכ"ט-1968, המוזכרות בפיסקה 8 לחוות-דעתו של חברי השופט י' דנציגר. תקנות אלו קובעות, בין היתר, שאין להפלות תובע שהוא אזרח של אחת מן המדינות המנויות בתוספת לתקנות, ולבנון בכללן, לגבי חיוב בערובה לפירעון הוצאות משפט, תשלום אגרה ומתן סיוע משפטי (תקנות 28 ו-38). חברי סבור שנוכח הוראות אלו, הכירו המחוקק ומחוקק המשנה בזכותו של אותו אדם להגיש תביעה במדינת ישראל, ועל כן, יש להמשיך בבירור תביעתו של דיראני. בתקנות אלו אין כדי להביאני לשנות ממסקנתי. תקנות אלו אינן מתייחסות לבירור תביעה של אדם בעת מלחמה (או בירור תביעה של פעיל בארגון טרור במדינה זרה כל עוד נמשך העימות המזוין עם אותו ארגון טרור). על כן אינני סבור שיש לראות בתקנות האמורות כמורות על המשך בירור התביעה בנסיבות אלו. גם בקשר לתקנות אלו, דומני שהיה מצופה ששלילה של כלל שלו שורשים עמוקים במשפט המקובל בני מאות שנים תעשה בלשון מפורשת. זאת ועוד, הכלל במשפט המקובל אינו מרוקן את התקנות הנזכרות מתוכנן. הן עדיין תקפות, בימים שבהם אין מלחמה בין ישראל לבין המדינות המוזכרות בהן ולגבי גורמים שישראל אינה מצויה עימם בעימות מזוין.

99. דיראני מציין בתשובתו לעתירה שורה של אמנות בינלאומיות האוסרות על עינויים ופגיעות אחרות בזכויות אדם של המצויים במשמורת. אין לטענות אלו דבר לענייננו. פשיטא, שאין באמור בפסק-דין זה כדי להוות היתר לגורמי החקירה להפר את הדין או לחרוג מן הסמכויות הנתונות להם.

100. לבסוף, נוכח מסקנתי בדבר תחולתו והיקפו של הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה (או עימות מזוין), לא מצאתי לנכון לדון במספר טענות נוספות שהעלתה המדינה בעתירתה, ביניהן, טענתה שאין לברר את תביעתו של דיראני מן הטעם שהוא אינו מכיר בערכאות השיפוטיות בישראל, שהוא עושה שימוש לרעה

בבתי המשפט בישראל כדי "לנגח" את רשויות המדינה לצרכיו, ושהמשך בירור תביעתו עומד בניגוד לתקנת הציבור.

מן הכלל אל הפרט

101. כפי שנקבע בפסק הדין בערעור, לאחר שחרורו של דיראני ממשמורת בישראל וחזרתו ללבנון הוא העמיד עצמו לרשות ארגון החיזבאללה, עימו נמצאת מדינת ישראל בעימות מזוין. המדינה אף הציגה חוות-דעת מומחה בקשר לכך. יוער, כי אינני מסכים לעמדתו של חברי השופט י' דנציגר, שלפיה אין בפנינו ראיות עדכניות להיות דיראני פעיל בארגון טרור (פיסקאות 4-5 לחוות-דעתו). אנו מצויים בשלב הדיון הנוסף. ככלל, אין גביית ראיות בדיון הנוסף, ועל פסק-דיננו להתבסס על התשתית העובדתית כפי שנקבעה בפסק-הדין בערעור. ממילא, הנטל להפריך את התשתית העובדתית שנקבעה בפסק הדין בערעור מוטל על המעוניין לעשות כן.

102. בנסיבות אלו, ונוכח הכלל במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה – כפי שיש להחילו על פעילי ארגון טרור השוהים במדינה זרה כל עוד נמשך העימות המזוין עם הארגון שעל שורותיו הם נמנים – יש להשהות את בירור תביעתו של דיראני. לעניין זה, אין מקום לדעתי לערוך הבחנה בין סוגים שונים של תביעות, ולהוציא מן הכלל תביעות העוסקות בטענה להפרה של זכויות אדם, כפי שטוען דיראני (פיסקאות 143-148 לתשובתו). דיראני לא הצביע על אחיזה לטענה זו במשפט המקובל. תביעתו של דיראני היא תביעה אזרחית לקבלת פיצוי כספי, ואין מקום לאבחן אותה מכל תביעה אזרחית אחרת. כשיגיע היום המיוחל שבו יסתיים העימות המזוין עם ארגון החיזבאללה (או ארגון טרור אחר שעל שורותיו יימנה דיראני), יוכל דיראני להמשיך בבירור תביעתו.

סוף דבר

103. ראינו כי במדינות המשפט המקובל קיים זה מאות שנים הכלל שלפיו אין מבררים תביעה של אויב בעת מלחמה. כלל זה נקלט במשפט הישראלי, בטרם בוטל סימן 46 לדבר המלך במועצה. עוד כפי שראינו, יש לפתח כלל זה ולהתאימו למציאות המשתנה, כך שמכוחו גם אין לברר תביעה של פעיל בארגון טרור השוהה במדינה זרה, כל עוד נמשך העימות המזוין עם ארגון הטרור. לפיכך, כלל זה חל לגבי תביעתו של דיראני, ואין להמשיך בבירור תביעתו. כמוסבר לעיל, תיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים אינו חל על עניינו של דיראני, בשל הוראת התחולה שנקבעה בתיקון זה,

ועל-כן, ממשיך לחול בעניינו של דיראני הכלל שנקלט מן המשפט המקובל. עוד כפי שראינו, הכלל במשפט המקובל, כפי שהוא מוחל על פעילים בארגון טרור המצויים במדינה זרה, עומד ברף הנוהג כיום בהגנה על זכויות אדם.

ודוקו, דלתות בית המשפט היו פתוחות בפני דיראני כל עוד שהה במעצר בישראל. כפי שפורט לעיל, דיראני ניצל זכות זו מספר פעמים, והמשך מעצרו ותנאי מעצרו נדונו לא אחת בבתי המשפט. עתירות שונות של דיראני לגבי תנאי מעצרו אף נתקבלו. זאת ועוד, גם תביעתו האזרחית התבררה כל עוד שהה דיראני במעצר בישראל, ואילו דיראני לא היה חוזר לפעילות טרור לאחר שחרורו, תביעתו הייתה ממשיכה להתברר (מאחר שלא קיימת מלחמה פורמלית בין ישראל ללבנון). אולם משוחרר דיראני ממעצר ושב לשורותיו של ארגון טרור ששם לו למטרה להביא לפעול נגד המדינה ואף להביא להשמדתה, משתנה התמונה. לגבי הגבלה זו על זכות הגישה לערכאות, אין לדיראני על מי להלין אלא על עצמו. נפלא בעיני כיצד יש להתיר לדיראני, בעת שהוא פועל נגד המדינה ומייחל להשמדתה, לעשות שימוש במוסדותיה לצרכיו. כדברי בית משפט זה בעניין כהנא (בעמ' 859), "...אין להרשות לו, כשהוא מחזיק פצצה ביד אחת, לנופף בדגל של זכויות האדם ביד השנייה".

104. מן הבחינה "הטכנית" בלבד, אינני רואה טעם רב בהותרת התביעה תלויה ועומדת במשך הזמן שבו צפוי להימשך העימות המזוין עם ארגון החיזבאללה. על כן, יש להורות על מחיקת התביעה, ודיראני יוכל לבקש לחדש הדיון בה עם תום העימות המזוין (ויובהר כי לא תשמע טענת התיישנות בקשר לפרק הזמן שבו תביעתו לא בוררה).

105. סוף דבר, אציע לחבריי לקבל את הדיון הנוסף, להורות על ביטול פסק-הדין בערעור ועל ביטול החלטת בית משפט קמא מיום 19.12.2005, ולקבוע שדין תביעתו של דיראני להימחק כמפורט בפיסקה 104 לעיל. בנסיבות העניין, דומה שאין כל טעם לפסוק הוצאות לחובת דיראני.

ה נ ש י א

השופט ס' ג'ובראן:

1. האם יש לברר תביעה של פעיל בארגון טרור המהווה "אויב" של המדינה אשר חזר לשהות במדינה זרה. חברי הנשיא גרוניס, בחוות דעתו המקיפה והיסודית, סבור כי יש לקבל את הדיון הנוסף ולקבוע שדין תביעתו של המשיב להימחק עם אפשרות לחדש את הדיון בה עם תום העימות המזוין. עמדתי שונה. כשלעצמי, לא מצאתי שיש מקום לשנות מקביעת דעת הרוב בפסק הדין מושא דיון נוסף זה (רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני (18.7.2011) (השופטים פרוקצ'יה וג'ובראן בדעת הרוב, והשופט מלצר בדעת המיעוט) (להלן: פסק הדין הראשון)), על פיה אין לסלק על הסף את תביעתו של המשיב ויש להמשיך לבררה.

2. בפסק הדין הראשון נדונו בהרחבה הטעמים שהביאו את דעת הרוב למסקנה שאין מקום לסלק על הסף את תביעת המשיב, ולכן לא אשוב ואפרט את השיקולים שעמדו בבסיס פסק דיננו, אלא אתמקד בעיקרי המחלוקת בין עמדתי, לפיה אין לקבל את הדיון הנוסף ויש להמשיך לברר את תביעתו של המשיב, לבין עמדתו של חברי הנשיא גרוניס האמורה לעיל. עמדותינו חלוקות בנוגע לשאלת התקיימותו של התנאי הראשון של פסקת ההגבלה – הדרישה כי הפגיעה בזכות תהיה בחוק או לפי חוק (להלן גם: דרישת ההסמכה בחוק). בקצרה, אציין כעת כי בעוד שלגישתי תנאי זה אינו מתקיים בענייננו לנוכח כך שאין הסמכה מפורשת בחוק לפגיעה בזכות הגישה לערכאות, חברי הנשיא סבור כי ההלכה הפסוקה המהווה משפט מקובל "נוסח ישראל" מקיימת את דרישת ההסמכה בחוק הנדרשת לפגיעה בזכות. כן חלוקות עמדותינו בנוגע לאיזון הראוי שבין זכות הגישה לערכאות לבין אינטרס מניעת הסיוע לאויב, אשר עומדים משני צדי המתרס במקרה שלפנינו. בעוד שחברי הנשיא סבור כי האיזון הראוי בין הערכים הוא "ויתור הדדי" של כל ערך כלפי משנהו, לעמדתי, זכות הגישה לערכאות בעלת מעמד רם ומשקל כבד יותר בנסיבות המקרה מאשר אינטרס מניעת הסיוע לאויב, ולכן גוברת עליו. מאחר שעובדות המקרה, השתלשלות העניינים וטענות הצדדים פורטו בהרחבה במסגרת חוות דעתו של חברי הנשיא, אפתח מיד בדיון ובהכרעה.

זכות הגישה לערכאות

3. לא ניתן להפריז בחשיבותה של זכות הגישה לערכאות. זכות זו נדונה בהרחבה ברבות השנים בפסיקה ובספרות המשפטית. הנחת היסוד, המקובלת על חברי הנשיא ועליי, היא כי לזכות זו מעמד חשוב והיא ראויה להגנה רחבה, גם אם היא אינה

מנויה במפורש בחוקי היסוד (ראו למשל: דברי השופט זמיר בע"א 3833/93 לוין נ' לוין, פ"ד מח(2) 862, 874 (1994) (להלן: עניין לוין); דברי השופט מצא ברע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרוייקטים (בניה) 1989 בע"מ נ' מצפה כנרת 1995 בע"מ, פ"ד נו(5) 156, 163-164 (2002) (להלן: עניין לוקי); וכן ראו את הדיונים הנרחבים בזכות הגישה לערכאות בע"א 733/95 ארפל אלומיניום נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 593- 590 (1997) (להלן: עניין ארפל); ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד נז(5) 433, 444-445 (2003) (להלן: עניין תלמוד תורה); ע"א 1480/04 מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון, פ"ד סא(2) 855 (2006) (להלן: עניין מליבו); יורם רבין "זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית" 25-26 (1997) (להלן: רבין, זכות הגישה לערכאות); שלמה לוין תורת הפרוצדורה האזרחית 27-29 (מהדורה שניה, 2008) (להלן: לוין, תורת הפרוצדורה האזרחית); אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לוין 31 (2013) (להלן: ברק, זכות הגישה למערכת השיפוטית); וליאב אורגד ויורם רבין "זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב" מחקרי משפט כט 269 (2014) (להלן: אורגד ורבין, זכות הגישה של נתיני אויב).

תפיסה זו של מעמד זכות הגישה לערכאות היתה קיימת עובר לחקיקת חוקי היסוד משנת 1992, ואף התחזקה לאחר חקיקתם. יש הנוטים לראות בזכות הגישה לערכאות זכות חוקתית לכל דבר ועניין (ראו עמדת השופטת פרוקצ'יה, למשל בבש"א 1528/06 ורנר נ' כונס הנכסים הרשמי (17.10.2007), פסקה 8 לפסק דינה; בעניין תלמוד תורה, פסקה 12 לפסק דינה; וכן בפסק הדין הראשון בפסקאות 22-25 לפסק דינה; כמו כן ראו, דברי השופטת נאור בפסקה 51 לחוות דעתה בעניין בג"ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (2.10.2008)); יש הרואים בה זכות על-חוקתית (ראו עניין לוקי, בפסקה 7); ויש כאמור המסתפקים בקביעה כי זוהי אך זכות יסוד, אף שאינה כתובה עלי חוק-יסוד (ראו עניין לוין, בעמ' 874).

נפסק גם כי זכות זו מקבלת מעמד חשוב במיוחד מקום שבו ענייננו של ההליך הוא בזכויות אדם. ציין בהקשר זה השופט חשין כי:

> "זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למיסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר - וכך אומַר אני - כי נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל

> שלטון החוק [...] חסימת הדרך לבית-משפט - בין במישרין בין בעקיפין - ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה-raison d'être של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשילטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד" (עניין ארפל, 629).

ולאחרונה, עמד בית משפט זה על חשיבותה של זכות זו ועל הדרך להגבלתה בבג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פסקה 19 (29.8.2011) (להלן: עניין כהן):

> "ישנה תמימות דעים כי זכות הגישה לערכאות היא זכות העומדת ביסודן של כל הזכויות האחרות – חוקיות וחוקתיות – והיא המקנה להן חיים. ברי כי אם לא ניתן לאכוף זכויות באמצעות פנייה לבתי המשפט, הן עלולות להיוותר ריקות מתוכן. זכות חוקתית שאין בצידה זכות למימושה ולהגנתה בהליך שיפוטי, עלולה להפוך חסרת משמעות, בבחינת אות מתה. ניתן לומר כי, מעמדה הרם והחשוב של זכות הגישה לערכאות מעוגן בערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי, ואף שיש דעות שונות ביחס לשורשיה של הזכות, אין חולק כי מדובר בזכות מהמעלה הראשונה. מטעם זה אף הוכרה בפסיקתנו חזקה פרשנית לפיה שלילה או הגבלה של זכות הגישה לערכאות מחייבת לשון חקיקתית ברורה" (ההדגשות שלי – ס'.ג').

4. בהליך הנוכחי איננו נדרשים לשאלת קיומה של זכות תביעה מהותית, היא השאלה אילו פעולות הנעשות בהקשר מלחמתי מקימות עילת תביעה. המחלוקת היא במישור הפרוצדוראלי, בשאלה האם כלל ניתן להגיש את התביעה, ובפרט האם ניתן להמשיך את בירור התביעה לאחר שפעיל ארגון הטרור שב למדינה הזרה. תיקון 7 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952 (להלן: חוק הנזיקים האזרחיים) שולל את הזכות הפרוצדוראלית לתבוע בגין נזקים מפעולות מלחמתיות שנגרמו לנתין אויב, ואולם תחולתו מוגבלת רק למעשים שאירעו ביום 29.9.2000 ואילך (ולאחר מכן בתיקון 8 אף נדחתה התחולה למעשים שאירעו החל מיום 12.9.2005). כאמור בחוות דעתו של חברי הנשיא, המעשים בגינם תובע המשיב את המדינה אירעו בתקופה הקודמת לתקופת תחולת חוק הנזיקים האזרחיים ולכן חוק זה אינו חל על המקרה שלפנינו.

5. על רקע זה, השאלה אותה עלינו לבחון היא האם ישנו מקור משפטי אחר המאפשר להגביל את זכותו של המשיב לערכאות חרף קיומה של עילת תביעה. חברי הנשיא סבור כי הכלל במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של האויב כשהוא

מוחל על פעילים בארגוני טרור הפועלים ממדינה זרה משקף איזון ראוי בין זכות הגישה לערכאות לבין האינטרס הציבורי במניעת סיוע לאויב, וכן כי הפגיעה בזכות הגישה לערכאות במקרה זה עומדת במבחני פסקת ההגבלה, ולפיכך אין מניעה להמשיך וליישם את כלל זה. כאמור לעיל, עמדותינו חלוקות בכך, ואבהיר את עמדתי להלן.

הגבלת זכות הגישה לערכאות מכוח ההלכה הפסוקה

6. בפסק הדין הראשון נדרשנו בהרחבה לשאלה האם הכלל במשפט המקובל, לפיו אין מבררים תביעה של אויב בעת מלחמה, נקלט במשפט הישראלי. אני מוכן להניח כי, כפי שסבור חברי הנשיא גרוניס, כלל זה אכן נקלט במשפטנו (ראו פסקאות 31-42 לחוות דעתו בדיון נוסף זה). אולם, אני סבור כי אין בכך כדי להוביל למסקנה שיש למחוק את תביעתו של המשיב על הסף.

7. חברי הנשיא גרוניס מבקש להתאים את הכלל במשפט המקובל למציאות הישראלית בעת המודרנית. כך, חברי מעצב את הכלל באופן שבו הוא חל גם על תביעה של פעיל ארגון טרור השוהה במדינה זרה, כל עוד נמשך העימות המזוין עם ארגון הטרור. ולפיכך, לעמדתו, כלל זה חל לגבי תביעתו של המשיב ולכן אין להמשיך בבירור תביעתו. עמדה זו אין בידי לקבל. לשיטתי, כלל אין אנו מגיעים לבחון את מידתיותה של הגבלת זכות הגישה לערכאות שכן ההגבלה אינה עומדת במבחן הראשון של פסקת ההגבלה – דרישת ההסמכה בחוק לפגיעה בזכות.

8. האפשרות של רשות מרשויות המדינה – כולל הרשות השופטת – לפגוע בזכות חוקתית קיימת רק מקום שבו הפגיעה עומדת במבחני פסקת ההגבלה לפי סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובראשם, הדרישה כי הפגיעה תהיה בחוק או לפי חוק. אני סבור כי הלכה היוצאת מבית משפט זה אינה בגדר "חוק" כנדרש במבחן הראשון של פסקת ההגבלה, גם אם ההלכה הפסוקה מהווה משפט מקובל "נוסח ישראל" (ראו דעתו החולקת של חברי הנשיא גרוניס, בפסקה 69 לחוות דעתו בדיון נוסף זה). זאת מן הטעמים שיבוארו להלן.

9. ראשית, חוק הפרשנות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הפרשנות) מגדיר מפורשות בסעיף 3 כי "חוק" הוא "חוק של הכנסת או פקודה", ולא כולל בגדרי ההגדרה את כללי המשפט המקובל, גם לא אלה שלמעשה מהווים משפט מקובל "נוסח ישראל" (והשוו: אהרן ברק, פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית כרך ג 511 (1994) (להלן: ברק, פרשנות

חוקתית)). אכן ישנה אי-בהירות מסוימת באשר למעמדו של חוק הפרשנות ביחס לחוק-היסוד (וראו: ברק, פרשנות חוקתית, 511), אולם, מכל מקום, נורמה זו היתה קיימת עובר לחקיקת חוקי-היסוד, והמחוקק היה מודע לקיומה והיתה בידיו כבר אז האפשרות להרחיב את גדרי המקור המשפטי אשר יהווה "חוק" גם לכללי המשפט המקובל או ההלכה הפסוקה אך הוא מצא שלא לעשות כן. מכאן, דומה כי עלינו לפרש את דבר החקיקה בהתאם לאמור בחוק הפרשנות, אשר נועד לפתור מקרים מעין אלה שבהם מתעוררת שאלה פרשנית לגבי ניסוח החיקוק.

10. לא נעלמה מעיני עמדתו של פרופ' ברק, שעל ספרו מסתמך חברי הנשיא, כי ניתן לכלול במסגרת הדיבור "חוק" גם משפט מקובל, שכן בשפה העברית דיבור זה הוא רב-משמעי (ברק, פרשנות חוקתית, 511). לטעמי, עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם חוק הפרשנות, ולא ניתן להתעלם מחוק אשר תפקידו הוא מתן פרשנות ברורה לחוקים. כמו כן, לגישתי, ישנה נפקות לכך שהמילה "חוק" לא מצויה בגפה בהוראות חוק-היסוד. אלא, פסקת ההגבלה דורשת כי הפגיעה בזכות תהיה "בחוק [...] או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". כלומר, משתמע מהסעיף כי החוק האמור בחוק-היסוד הוא כזה אשר יכול להעניק הסמכה מפורשת בו לפגיעה בזכויות. אינני יכול לקבל פרשנות לפיה הלכה פסוקה יכולה להעניק הסמכה מפורשת לפגיעה בזכויות, ולדידי, הפרשנות הסבירה לסעיף זה גודרת את תחומי ה"חוק" האמור לחוק כתוב של הכנסת או לפקודה. בהקשר זה ממש, בית משפט זה כבר קבע בעבר את העקרון הפרשני לפיו בפרשנות הוראות שבדין יש להעדיף את הפרשנות אשר אין בה להגביל או להציב מכשול לפני מי שמבקש להביא את עניינו לביקורת שיפוטית (וראו: ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4) 549, 559 (1997) (להלן: עניין יעקב)). פרשנות עדיפה, בעניינו, היא כזו אשר אינה מכלילה את ההלכה הפסוקה כ"חוק" הדרוש כדי לפגוע בזכות הגישה לערכאות.

11. יתרה מכך, על דרך הכלל, בית המשפט אינו רשאי לפגוע בזכויות אדם בשם אינטרסים ציבוריים, מקום שבו לא התיר המחוקק את הפגיעה מפורשות בחוק. כך נקבע בבג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, 684ב (1999):

> "פגיעה בזכויות האדם, אפילו היא מקדמת את ערכיה של המדינה, אפילו היא לתכלית ראויה, ואפילו היא שלא מעבר למידה הדרושה - צריכה להיקבע בחוק [...]" (ההדגשות שלי – ס'.ג').

דברים אלו נכונים ביחס לזכויות האדם כולן, וודאי שהם נכונים במיוחד בכל הנוגע לזכות הגישה לערכאות. כך, כאמור, כבר קבענו פעם אחר פעם כי הוכרה בפסיקתנו חזקה פרשנית לפיה שלילה או הגבלה של זכות הגישה לערכאות מחייבת לשון חקיקתית ברורה (וראו למשל: עניין כהן, פסקה 19; עניין יעקב, 559-560; בג"צ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים לפי חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, פ"ד מה (5) 445, 441 (1991)). לשיטתי, דומה כי "הלכה פסוקה" – גם זו המהווה משפט מקובל "נוסח ישראל" – איננה "לשון חקיקתית ברורה", ועל כן איננה יכולה לפגוע בזכות.

12. בהמשך לכך, ובדומה להלכה שנפסקה בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (11.5.2006), איני חושב שניתן למצוא הסמכה להגבלת זכויות אדם בהלכה הפסוקה בדמות ההסמכה הכללית הקבועה בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 (להלן: חוק יסודות המשפט), הקובעת כי "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, היושר והשלום של מורשת ישראל", כדי לעמוד בדרישה כי הפגיעה בזכות החוקתית תעשה "בחוק" (וראו את דעתו החולקת של חברי השופט מלצר, בפסקה 39 לחוות דעתו בפסק הדין הראשון). אני סבור כי יש להבחין בין מקרים שבהם מתגלה לאקונה בדבר החקיקה בכל הנוגע להגבלה על זכות האדם, וההלכה הפסוקה משלימה את החסר על פי אמות המידה בחוק יסודות המשפט, לבין מקרים שבהם לא מדובר בלאקונה אלא מדובר בכך שההגבלה על הזכות מעוגנת בהלכה הפסוקה ("משפט מקובל נוסח ישראל"). במקרה הראשון, חוק יסודות המשפט מהווה את המקור הפורמאלי של ההגבלה על זכות האדם, ולכן הגבלה זו היא "בחוק" (וראו: ברק, פרשנות חוקתית, 507-508). לעומת זאת, במקרה השני, כפי שבהליך שלפנינו, ההסמכה הכללית בחוק יסודות המשפט אינה נותנת, ולו במשתמע, את הסמכות הנדרשת לבית המשפט לפגוע בזכות אדם באמצעות ההלכה הפסוקה, וודאי שהיא אינה מהווה הסמכה מפורשת בחוק לכך. ועל כן, אינני מוצא כי התקיים התנאי הראשון של פסקת ההגבלה לפיו על הפגיעה בזכות להיות "בחוק" או "לפי חוק".

13. יתר על כן, ספק רב בעיני אם ניתן לקבוע כי הלכותיו של בית משפט זה – וההלכה לפיה אין מבררים תביעתו של אויב ביניהן – חוסות תחת פסקת "שמירת הדינים" הקבועה בסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו דעתו החולקת של חברי השופט מלצר בפסקאות 30-31 לחוות דעתו בפסק הדין הראשון; וראו את הדיון בכך גם בפסקה 70 לחוות דעתו של חברי הנשיא בדיון נוסף זה). פרשנות כזו של

המונח "דין" הקבוע בפסקת שמירת הדינים עלולה להרחיב הרחבה יתרה את הפגיעה בזכויות הפרט מכוח דין שקדם לחקיקת חוק היסוד. זאת ועוד, פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם סמכותו של בית המשפט לבחון את הלכותיו שלו, ולסטות מהן. עם זאת, גם אם היה נקבע שפסקת שמירת הדינים חלה על הלכות משפטיות שניתנו עובר לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, משמעותו של הדבר הייתה, לכל היותר, שבית המשפט אינו מחויב לסטות מההלכה האמורה, חרף פגיעתה בזכות חוקתית מוגנת, אך לא היה בכך כדי לפטור את בית המשפט מבחינתה מחדש של ההלכה לאור חוק-היסוד (וראו למשל: דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995)).

14. על כל האמור, לגישתי, הפגיעה בזכות הגישה לערכאות במקרה שלפנינו מכוח ההלכה הפסוקה אינה עומדת בתנאי הראשון של פסקת ההגבלה, ולכן אינה חוקתית. עם זאת, גם אם עמדתי לא תתקבל ונדרשים אנו לאיזון בין הערכים המתנגשים (וכמו חברי הנשיא, גם אני יוצא מנקודת הנחה כי אנו עושים כן בגדרו של מבחן המשנה השלישי של המידתיות), אני סבור כי זכות הגישה לערכאות גוברת על האינטרס במניעת סיוע לאויב, כפי שאפרט להלן.

הערכים המתנגשים

15. הרחבתי בראשית דבריי על זכות הגישה לערכאות, ולא בכדי. זכות זו נחשבת ל"צינור החיים של בית המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק" (כדברי השופט חשין בעניין ארפל, 631). זכות זו היא זכות יסוד חשובה המוכרת בשיטתנו מזה שנים רבות, ונחשבת כזכות מהמעלה הראשונה, בעלת מעמד רם, בין אם כזכות חוקתית על-חוקית ובין אם כזכות יסוד. גם חברי הנשיא גרוניס מכיר במעמדה ובחשיבותה של זכות זו. אין לכחד כי זכות זו, כמרבית הזכויות, אינה מוחלטת. בהליך שלפנינו, אל מול זכות הגישה לערכאות של המשיב, עומד כאמור האינטרס של מניעת סיוע לאויב. אינטרס זה מפורש באופן רחב אשר כולל גם מניעת סיוע כלכלי לאויב וגם מניעת סיוע בדמות ניצול בירור התביעה לצרכי תעמולה בניסיון לקצור הישגים תקשורתיים לטובת האויב.

16. חברי הנשיא גרוניס סבור, כאמור, כי הפתרון של הגבלת זכות הגישה לערכאות של פעיל ארגון טרור השוהה במדינה זרה כל עוד נמשך העימות המזוין עם ארגון הטרור מקיים את מבחני המידתיות של פסקת ההגבלה ומהווה יחס ראוי בין הערכים המתנגשים (ראו פסקאות 71-83 לחוות דעתו בדיון נוסף זה). אולם, לעמדתי, באיזון בין הערכים המתנגשים, זכות הגישה לערכאות גוברת על אינטרס מניעת הסיוע לאויב.

חברי הנשיא דן בהרחבה בסוגי האיזונים השונים ובשאלה אימתי יש להעדיף סוג איזון אחד על פני אחר (ראו פסקאות 74-83 לחוות דעתו בדיון נוסף זה). לכשעצמי, גם אני איני רואה צורך כעת לטעת מסמרות בשאלות חשובות אלה, וזאת משום שלטעמי, בנסיבות המקרה שלפנינו, הפער שבין הערכים המתנגשים הוא גדול דיו והמסקנה המתבקשת היא כי ידה של זכות הגישה לערכאות על העליונה. עמדתי זו עולה בקנה אחד עם גישתו של פרופ׳ ברק, לפיה משקלם של הערכים נקבע לפי נסיבות המקרה ועל פי מהותם ואופיים של הערכים המתנגשים באותו מקרה (אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 272 (2004)). במקרה שלפנינו, מדובר בזכות יסוד בעלת חשיבות מהותית לשיטת משפטנו (שפי שהובהר לעיל), אל מול אינטרס כללי עליו ניתן לשמור בנסיבות המקרה גם ללא צורך לפגוע בזכות האחרת. זאת כפי שאסביר כעת.

17. כאמור לעיל, האינטרס של מניעת סיוע לאויב כולל שני היבטים. הראשון והמרכזי, הוא מניעת תועלת כלכלית לאויב. תכלית זו, כפי שציין חברי הנשיא, היא מניעת כל הטבה אפשרית ממדינת האויב בזמן מלחמה, תחת ההנחה שבירור התביעה יטיב עם כלכלתה של מדינת האויב שבה מתגורר התובע. אותו הגיון גם חל במקרה של פעיל ארגון טרור במדינה זרה, והוא מניעת סיוע כלכלי, גם אם עקיף, לארגון הטרור (וראו פסקאות 16, 64 לחוות דעתו של חברי הנשיא). השני, העקיף, הוא מניעת תועלת תעמולתית שתושג כתוצאה מבירור התביעה כדי לקצור הישגים תקשורתיים לטובת האויב (וראו פסקה 73 לחוות דעתו של חברי הנשיא). אין להקל ראש בחשיבותו של האינטרס האמור, אולם אני סבור כי אין בו, בנסיבות המקרה, כדי לגבור על זכות הגישה לערכאות; או כדי להצדיק פגיעה בה, גם חלקית, כפי שבמודל המוצע על ידי חברי הנשיא של ״ויתור הדדי״ של כל ערך כלפי משנהו.

18. ראשית ועיקר, במקרה שלפנינו, גם אם ימצא טעם בתביעתו של המשיב, הוא לא יקבל את הפיצויים שיפסקו לטובתו כל זמן שנמשך מצב הלחימה (ולסוגיה זו אשוב ואדרש בהמשך). כלומר, אין חשש כי כספי הפיצויים ישמשו לסייע כלכלית לארגון טרור הפועל כנגד המדינה, ועל כן, לשיטתי, היבט זה אינו מתקיים במקרה שלפנינו. באשר להיבט השני, אינני סבור כי הוא בעל משקל ממשי בנסיבות המקרה על מנת להצדיק פגיעה בזכות. התעמולה התקשורתית אשר המשיב עלול לקיים ככל שיזכה בתביעה, היתה יכולה להתקיים בכל מקרה שבו אויב זוכה בתביעה כנגד המדינה, גם אם הוא עדיין מוחזק בשטחה. והרי הכל מסכימים כי אם המשיב היה עדיין מוחזק בשטח המדינה – התביעה היתה יכולה להמשיך להתברר, גם אם תוצאתה היתה לרעתה של המדינה. כלומר, אין נפקות לעצם היותו של המשיב במדינה זרה ולא בהחזקת מדינת ישראל לעניין ניצול התביעה לצרכי תעמולה תקשורתית. כך או כך, ישנה

אפשרות להתקיימות התעמולה, ואין הבדל בין שני המקרים אשר מצדיק את הפגיעה בזכות בנסיבות המקרה. זאת ועוד, ככל שימצא שטענותיו של המשיב אינן נכונות, הרי שלא יהיה בעצם ניהול ההליך כדי לקצור הישגים תקשורתיים למשיב, אלא למדינה. דומה כי דווקא הימנעות מבירור טענות האויב עלולה לקצור לו הישג תקשורתי, ולייצר את הרושם כאילו יש בהן ממש, גם אם בירור מלא שלהן היה מוביל למסקנה שהן נטענו בעלמא (וברמה המעשית, אפשר שבירורן של תביעות מסוג זה בישראל יכול להשליך גם על השאלה האם ערכאות בינלאומיות ידונו בתביעה).

19. אם כן, עניין לנו באינטרס אשר בנסיבות המקרה משקלו אינו גבוה, אל מול זכות אשר ברגיל היא זכות חזקה למדי, ובנסיבות המקרה – על רקע טענת המשיב לפגיעה בזכויות האדם שלו עת היה מוחזק בידי המדינה – אף חזקה במיוחד ובעלת משקל כבד לטובתה. ביחס הראוי שבין שני ערכים אלה בנסיבות המקרה שלפנינו, אני מוצא כי ידה של זכות הגישה לערכאות על העליונה ויש להעדיף אותה על פני אינטרס מניעת הסיוע לאויב. לנוכח הפער הרב במשקלם ובאופיים של הערכים, העדפה זו משמעותה התגברות מלאה של הזכות על האינטרס, ללא שהזכות תצטרך "לוותר" במידה מסוימת לטובת האינטרס. זאת במיוחד כל זמן שהמחוקק לא זיהה את הפגיעה באינטרס כחמורה במידה המצדיקה את הגבלת הזכות בחקיקה (למצער בנוגע לתקופה שבענייננו). על כן, לגישתי, אין מקום בהליך הנוכחי לקבוע כי תיסוג זכותו של המשיב לגישה לערכאות ויש לאפשר למשיב לממש את זכותו ולהמשיך לברר את התביעה.

אעבור כעת לדון במקורות אפשריים אחרים להגבלת זכות הגישה לערכאות של האויב, ואראה כיצד אין בהם כדי למנוע את המשך בירור תביעתו של המשיב.

הגבלת זכות הגישה לערכאות מכוח פקודת המסחר עם האויב

20. כפי שפירטה בהרחבה השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין הראשון, תכליתה של פקודת המסחר עם האויב, 1939 (להלן: הפקודה) היא למנוע מאויב להפיק טובת הנאה מנכסיו, תוך שמירה נאותה על נכסים אלו, עד ליום בו יסתיים הסכסוך המזוין. הפקודה אינה שוללת את זכויותיו של האויב בנכסיו (בין אם הקניניים ובין אם האובליגטוריים). להפך, היא מאפשרת לאפוטרופוס על נכסי האויב "לכונן הליכים משפטיים אזרחיים על כל אדם" (סעיף 9א לפקודה). כלומר, לו היה ממונה אפוטרופוס על נכסיו של המשיב, הרי שרשאי היה הוא להמשיך בתביעה הנוכחית. מכאן שהנזק מתעמולת המשיב בתקשורת, ככל שיתכן, היה נגרם באותה המידה ממש. בדומה, בסופם של שני ההליכים היו כספי הזכייה – ככל שאכן היה זוכה בתביעה – מועברים

לאפוטרופוס על נכסי האויב, ולא למשיב. דומה כי ההבדל המרכזי בין שני המצבים הוא בשאלה מי ישמיע את קולו של המשיב בבית המשפט – אפוטרופוס הממונה על ידי המדינה או עורך דין פרטי מטעמו של המשיב.

21. בהקשר זה, דעתי אינה מתיישבת עם גישתו של חברי השופט מלצר בפסק הדין הראשון, שעל פיה עצם האפשרות למנות אפוטרופוס חוסמת את דרכו של המשיב מלהגיש תביעה בכוחות עצמו כל זמן שלא מונה אפוטרופוס (פסקאות 42-43 לחוות דעתו). לגישתי, כל זמן שלא מונה אפוטרופוס על נכסי האויב, לא חל ההסדר הקבוע בחלק ג' של הפקודה, וחלים סדרי הדין הרגילים על תביעתו של המשיב. פרשנות שעל פיה חלק ג' לפקודה יוצר הסדר שלילי בנוגע לתביעות מקום שבו לא מונה אפוטרופוס, תוביל לתוצאה הבעייתית שהמדינה היא השולטת ביכולתו של המשיב להגיש תביעה נגדה, מאחר שלה הכוח למנות אפוטרופוס. יתרה כך, פרשנות מעין זו פוגעת בזכות הגישה לערכאות, ואינה מתיישבת עם לשון הפקודה. למותר לציין, כי כאשר ניתן לפרש דבר חקיקה באופן שאינו פוגע או פוגע במידה פחותה בזכות אדם, יש להעדיף פרשנות זו, כאמור לעיל.

הגבלת בירור תביעה אזרחית של האויב

22. חברי הנשיא גרוניס עומד על כך שקיים הבדל בין בירורה של תביעה אזרחית של אויב בעת מלחמה לבין בירורה של עתירה המוגשת על-ידו בגדרו של המשפט הציבורי, לנוכח אפשרות הזכייה בסעד הכספי, ועל כן לא ניתן ללמוד ממקרה אחד על האחר (ראו פסקאות 37-38, 40-41 לחוות דעתו). סבורני, כפי שציינה השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין הראשון, כי התייחסות להליך האזרחי כאל הליך שכל מטרתו היא קבלת סעד כספי היא הסתכלות צרה, שאינה עומדת במבחן המציאות. ההליך האזרחי הוא דרך מרכזית של צדדים לסכסוך להביא את הסכסוך ביניהם לבירורו של בית המשפט. לא פעם, ישנה חשיבות לעצם בירור המחלוקת בין הצדדים יותר מאשר הסעד המבוקש בתביעה. אמנם, ככלל, אין בתי המשפט מבררים תביעה שאין סעד בצידה. במובן זה, לב התובענה האזרחית עודו בסעד. עם זאת, משמעותו הדקלרטיבית של פסק הדין אינה זניחה. זאת, בפרט מקום שבו עילת התביעה היא פגיעה בזכויות הפרט המצויות בלב הוויתו.

23. אם כן, כיצד עלינו להתייחס לבירור תביעתו האזרחית של אויב? לכאורה, מאחר שממילא לא יהיה זכאי לפיצוי, ככל שיפסק לו, אין מקום לבירור התביעה. עם זאת, התבוננות במכלול ההסדרים הקבועים בדין לעניין זכות הגישה לערכאות, ובתוכם

פקודת המסחר עם האויב, על רקע הזכות החוקתית לגישה לערכאות, מובילה לגישתי למסקנה אחרת. העובדה שהמשיב לא יוכל לקבל את הפיצוי, ככל שיפסק לו, אינה מובילה למסקנה שאין סעד בצד התביעה. זאת, שכן יכולתו של המשיב לקבל את הפיצוי מוגבלת לעת הזאת בלבד. פקודת המסחר עם האויב קובעת כי ההסדר בכל הנוגע לנכסי אויב הוא "כדי למנוע תשלום כסף לאויב וכדי לשמור על נכסי האויב עד לסידורים שייעשו עם חתימת חוזה השלום" (סעיף 9 (1) לפקודה). משמע, אם יוסדרו היחסים בין המדינות וייכרת הסכם שלום, יוכל המשיב לקבל לידיו את כספי הפיצויים שנפסקו לו. תכליתה של פקודת המסחר עם האויב אינה למנוע את בירור התביעה, אלא רק לעכב את העברת הכספים עד לאחר סיום הסכסוך.

24. בהמשך לכך, חברי השופט מלצר הציע בחוות דעתו בפסק הדין הראשון, כי כחלופה לכלל לפיו אין מבררים תביעתו של אויב, נורה שבירור התביעה ידחה עד לאחר שהמשיב יוכל לממש את זכייתו, אם יזכה, וככל שהמשיב ירצה לחדש את התביעה, בקשתו תיבחן על בסיס סעיף 153 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (פסקה 44 לחוות דעתו; ראו בדומה את הצעתו של חברי הנשיא, בפסקה 104 לחוות דעתו בדיון נוסף זה, לפיה יש להורות על מחיקת התביעה וחידוש הדיון בה על-ידי המשיב עם תום העימות המזוין, ללא שתישמע טענת התיישנות לפרק הזמן שבו התביעה לא בוררה). במישור הפרוצדוראלי, ספק בעיני האם זהו השימוש הרצוי בסעיף זה. לפי סעיף קטן (ב) לאותו סעיף, לאחר שישה חודשים רשאי בית המשפט להורות על מחיקת התובענה כולה. מכאן, דומה כי הסעיף נועד למקרים בהם מועד הדיון ידחה לזמן קצר בלבד, ולא למקרים, כמו המקרה שלפנינו, בהם מדובר בדחיית מועד הדיון לזמן בלתי ידוע וככל הנראה ממושך למדי. יתרה מכך, במישור המהותי אין מקום, לדידי, לדחיית בירור התביעה ללא מועד. זאת, כיוון שהמשמעות המעשית של דחייה זו היא שהסוגיה המהותית, היא השאלה האם בוצעה העוולה, כלל לא תתברר. ואזכיר, כי לרובד ההצהרתי שבבירור וקביעת סעד בתביעה אזרחית חשיבות רבה, וודאי במקרים מעין אלה. יתר על כן, לאחר סיום מצב הסכסוך, ספק אם יהיה ניתן לקיים משפט יעיל ואפקטיבי, בשל חלוף הזמן. במילים אחרות, נדמה שדחיית המועד לדיון בתביעה דומה למחיקתה על הסף. בשני המקרים בפועל לא תבורר התביעה, ובשני המקרים לאחר סיום הסכסוך יוכל המשיב לשוב ולהגיש את תביעתו, בכפוף לדיני ההתיישנות.

25. גישתי, אם כן, היא שדחיית המועד בו יהיה זכאי המשיב לגביית פיצויים, ככל שיפסקו לו, מכוח פקודת המסחר עם האויב, אינה מובילה למסקנה כי מדובר

בתביעה שאין בצידה סעד. המסקנה הנובעת ממצב דברים זה היא שבזמן הנוכחי לא יוכל המשיב לקבל את כספי הזכייה. עם זאת, כספים אלו יוסיפו לעמוד לזכות המשיב, עד ליום שבו יוכל לקבלם. משקיים סעד, אין הצדקה לדחיית מועד בירור התביעה, דחייה אשר בפועל יכולה לפגוע ביכולת לברר את הזכאות לסעד האמור.

הגבלת זכות הגישה לערכאות בשל חוסר תום לב ושימוש לרעה בהליכי משפט

26. לצד הדיון העקרוני בשאלה האם יכול אויב, באופן קטגורי, להגיש תביעה בישראל בגין נזקים שנגרמו לו בעת שהיה מוחזק על ידי מדינת ישראל, אף שחזר להיות נתין אויב וגורם פעיל בארגוני טרור, פורשת העותרת שורה של טיעונים שעניינם בנסיבות הספציפיות של ההליך הנוכחי, ובראשם חוסר תום ליבו של המשיב ושימוש לרעה בהליכי משפט. לגישתה, משטען המשיב בגלוי שאינו מכיר בפסיקתו של בית המשפט וכי ההליך נועד לפגוע בתדמיתה של מדינת ישראל, אין מקום לברר את תביעתו. שבתי ושקלתי האם יש מקום לקבל טענות אלו בנסיבות המקרה הספציפי, אך לא מצאתי שיש מקום לסטות מהכרעת דעת הרוב בפסק הדין הראשון, ולגישתי יש לדחותן מהטעמים שפורטו שם.

27. אשר לטענה בדבר חוסר תום לב – כידוע, טענה זו כטענת סף תתקבל במשורה, מקום שבו התנהל התובע בחוסר תום לב בהקשר של התביעה הספציפית. רק במקרים נדירים שבנדירים יהיה חוסר תום ליבו הכללי של התובע, שאינו נוגע בהליך הספציפי, משמעותי דיו כדי למנוע את בירור התביעה, ולמול חוסר תום ליבו של התובע ישקל האינטרס הציבורי בבחינת התביעה. במקרה הנוכחי, עסקינן בחוסר תום לב מהסוג השני, קרי, טענת המדינה היא שהתנהלותו הכללית של המשיב צריכה להביא לאי בירור תביעתו. לגישתי, לנוכח החשיבות הרבה שבהגנה על זכויות אדם, אין מקום לדחות את התביעה על הסף בשל חוסר תום ליבו של המשיב בהמשך בירור התביעה.

סוף דבר

28. זכות הגישה לערכאות בשיטת משפטנו נתונה לכל אדם, אף לגרוע ולנקלה שבאויבינו, ועלינו לכבדה. ההליך הנוכחי לא עסק בעצם קיומה של זכות בדין המהותי, אלא רק בשאלה האם ניתן לממש זכות זו באמצעות גישה לערכאות המשפטיות בישראל. מצאתי, כי במישור הפוזיטיבי, אין בנמצא כל דבר חקיקה המאפשר, לגישתי, את הפגיעה בזכות הגישה לערכאות, לרבות של אויב הפועל נגד מדינת ישראל. בהמשך

לכך, מצאתי כי במישור הנורמטיבי, ראוי לאפשר את בירורה של התביעה, לנוכח זכויות האדם – גם של האויב.

29. בהקשר זה, חלק נרחב מדיוננו, הן בפסק הדין הראשון הן בדיון נוסף זה, עסק במשפט הקיים במדינות העולם, ובראשן בריטניה וארצות הברית, בהן יכולתו של אויב לברר תביעתו מצומצמת מזו הקיימת בישראל (פסקאות 38-47 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין הראשון ופסקאות 14-29 לחוות דעתו של חברי הנשיא גרוניס בדיון נוסף זה). ניסיון האומות מאפשר להרחיב את ההתבוננות, לבחון דרכי פעולה שונות, ולזהות מבעוד מועד קשיים שעלולים להתעורר. אולם, בסופו של יום, עלינו להגיע למסקנה התואמת את שיטת משפטנו. חברי הנשיא ביסס את הצעתו על הכלל במשפט המקובל לפיו אין מבררים תביעתו של אויב, והתאימו למציאות הישראלית בעת המודרנית, כך שבמקרה שלפנינו לא יתאפשר בירור תביעת המשיב (וראו למשל דבריו בפסקאות 44-45 לחוות דעתו). אולם, כאמור, לשיטתי, לא ניתן לראות בהלכה הפסוקה של בית משפט זה – גם זו המהווה משפט מקובל "נוסח ישראל" – כעומדת בתנאי הראשון של פסקת ההגבלה הדורש 'הסמכה בחוק' על מנת לאפשר פגיעה בזכות יסוד. ומכל מקום, לדידי, זכות הגישה לערכאות גוברת בנסיבות המקרה על אינטרס מניעת הסיוע לאויב. לכן, לעמדתי, הפגיעה במקרה שלפנינו בזכות הגישה לערכאות אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. וכן, גם לא מצאתי טעם אחר חזק דיו כדי לפגוע בזכות זו. משכך, אינני רואה לנכון לקבל את הצעתו של חברי הנשיא, ולטעמי יש לברר את תביעתו של המשיב. בהמשך לכך, ולאחר כתיבת דברים אלה, קראתי את חוות דעתו של חברי השופט דנציגר בדיון נוסף זה ואני מצטרף להצעתו בפסקה 14 לחוות דעתו. עלינו לשאוף לכלל אשר מקיים ככל הניתן את הזכות החשובה של הגישה לערכאות.

30. כזכור, דחיית העתירה לדיון נוסף והמשך בירור התביעה, אין משמעם כי כסף יועבר ממדינת ישראל לארגון טרור. כמובן גם שאין משמעם הכשרת מעשיו של המשיב בעבר או בהווה. אלא, משמעות הדבר היא הכרה בחשיבות זכות הגישה לערכאות של כל אדם באשר הוא. בהקשר זה, נדמה כי הדיון הציבורי הרחב שהתעורר לאחר פסק דיננו קרא לתוכו משמעויות שהוא לא כלל. פסק הדין הראשון לא שינה סדרי עולם, והשלכותיו, בסופו של יום, הן מצומצמות מאוד. זאת, הן לנוכח תיקון 7 לחוק הנזיקים האזרחיים, והן מאחר שככלל, מדובר על מצבים חריגים, שבהם פוגעת המדינה בזכויותיו של אדם המוחזק על ידה במסגרת פעולה שאינה "פעולה לוחמתית".

סוף דבר, לו תשמע דעתי, נותיר את פסק הדין הראשון על כנו. בנסיבות העניין, אמליץ לחבריי שלא ניתן צו להוצאות.

ש ו פ ט

<u>השופט י' דנציגר:</u>

בטרם אפנה להצגת נימוקיי, אבקש לציין כי מקובלת עלי התוצאה אליה הגיעה השופטת א' פרוקצ'יה בפסק הדין בערעור, וכן חלקים נרחבים מהנמקתה, ואולם כשלעצמי סבור אני כי לא היה כל צורך לדון בנפקותו של "הכלל האנגלי" ובשאלת קליטתו במשפט הישראלי כדי להכריע בעניין שלפנינו. כמו כן, לאחר שקראתי את חוות דעתם של חבריי השופט ס' ג'ובראן והשופט נ' הנדל, מסכים אני לתוצאה אליה הגיעו. ואולם, אבקש להציג כעת את הטעמים שהובילו אותי לתוצאה דומה לזו שאליה הגיעו שופטי הרוב בפסק הדין בערעור, המתבססים הן על התייחסותו של הדין הישראלי למצבים כגון זה שלפנינו והן על הוראות המשפט הבינלאומי בנדון.

פתח דבר

> "מן המפורסמות היא, ששערי בית-משפט זה פתוחים לרווחה לפני כל אדם, ויהא הוא הנבזה והמסוכן והמושחת שבפושעים...
>
> ... לעניין העמידה לפני בית-משפט זה אין אנו מבדילים בין צדיק לרשע או בין רשע גמור ורשע טירון.
>
> עוצמתה המוסרית וצדקתה העניינית של לחימת השלטונות תלויות כל כולן בשמירתם על חוקי המדינה: בוויתור על עוצמתה זו ועל צדקתה זו של לחימתה, משרתים השלטונות את מטרות האויב. הנשק המוסרי אינו נופל בחשיבותו מכל נשק אחר, ואולי עולה עליו - ואין לך נשק מוסרי יעיל משלטון החוק. מוטב שידע כל מי שצריך לדעת, ששלטון החוק בישראל לעולם לא ייכנע לאויביה".

1. דברים אלו הועלו על הכתב על ידי מ"מ הנשיא השופט ח' כהן במסגרת פסק דינו בבג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, לה(3) 113, 130, 132 (1980) (להלן: עניין קוואסמה). גם כיום, למעלה משלושה עשורים מאוחר יותר, יש רלבנטיות רבה לדברי השופט ח' כהן ובפרט לעניין שלפנינו.

אקדים ואומר, ברוח דברים אלו, כי איני יכול לקבל כנקודת מוצא מנחה את עמדתו של חברי השופט ח' מלצר, כפי שבאה לידי ביטוי בפסק הדין שבערעור, לפיה "בסוגיה שבפנינו, אני מתקשה לראות מדוע במדינות העולם הנאור יעמוד בעינו כלל מסוים משך כארבע-מאות שנים, ויצלח אתגרים של ממש שניצבו בפניו, דוגמת מלחמת העולם, ורק במדינתנו נבחר שלא לאמץ אותו לחלוטין".

2. מן הראוי שתצא אמירה חדה וברורה מבית המשפט העליון של מדינת ישראל לפיה, ככלל, שערי הצדק בישראל פתוחים בפני כל אדם באשר הוא אדם, וזאת, שעה שמונחות לפניו סוגיות מורכבות הנוגעות בזכויות אדם ונובעות ממערכת עובדתית שערכאות שיפוטיות במדינות העולם הנאור טרם התמודדו עמן וטרם הכריעו בהן. דווקא במקרים כגון דא אל לנו להירתע מלהיות, עם כל הצניעות, אור לגויים.

3. המקרה שלפנינו מדגיש ביתר שאת את חשיבותה של זכות הגישה לערכאות ואת הצורך לקבוע את היקף תחולתה אף בקיצוניים שבמקרים. השאלה המרכזית העומדת במחלוקת בעניינו היא האם למשיב עומדת זכות הגישה לערכאות, אף על פי שנטען לגביו, בדיון שלפנינו כמו גם במהלך הדיון בערעור, כי הוא נתין מדינת אויב, שוהה בה ומי שפעל במסגרת ארגון החיזבאללה נגד מדינת ישראל. לסוגיה זו מספר היבטים משפטיים, מקומיים ובינלאומיים, ובכדי להכריע בה יש לתת עליהם את הדעת.

האם המשיב הינו אויב מדינת ישראל?

4. המבקשת טענה בהרחבה במסגרת בקשתה כי המשיב פעל משך שנים באופן ישיר נגד מדינת ישראל במסגרת ארגוני טרור שונים, וכי גם לאחר החזרתו ללבנון במסגרת עסקה לשחרור חיילים חטופים חזר המשיב לפעול נגד ישראל במסגרת ארגון הטרור חיזבאללה. לטענת המבקשת לא רק שהמשיב חזר להיות תושב ונתין מדינת אויב אלא אף חזר להיות אויב בפועל של מדינת ישראל. על אף שקיימת מחלוקת אודות היותה של לבנון מדינת אויב, מוכן אני להניח כי לענייננו המשיב הינו תושב ונתין מדינת אויב.

5. באשר לשאלה האם המשיב הינו אויב בפועל של מדינת ישראל; ראשית, כלל לא ברור שהפסיקה הישראלית מכירה בחשיבות השאלה האם אדם הינו אויב בפועל של מדינת ישראל כקריטריון להגשמת זכות גישתו לערכאות שיפוטיות בישראל. כך, הדברים שנאמרו בקשר לזכות הגישה לערכאות בעניין קוואסמה, כפי שהובאו לעיל, נכתבו תוך הנחה שמוכן היה להניח השופט ח' כהן כי העותר באותו עניין אכן, כפי שטענו המשיבים, קורא להשמדת מדינת ישראל.

שנית, בעניינו אמנם הובאה חוות דעתו של תא"ל יוסף קופרווסר הקובעת כי המשיב ממשיך לפעול נגד מדינת ישראל במסגרת ארגון הטרור חיזבאללה גם לאחר החזרתו ללבנון, אלא שחוות דעת זו הייתה נכונה לתקופה מסוימת לאחר חזרתו של המשיב ללבנון בלבד בשנת 2004. לא הובאה לפנינו כל ראיה לכך שהמשיב עוסק גם כיום, כעשור לאחר חזרתו ללבנון, בפעילות טרור נגד ישראל. על כן, ספק בעיני אם ניתן להניח בעניינו שהמשיב עודנו בגדר אויבה של מדינת ישראל, ונראה לי כי כל שניתן לומר כיום הוא כי המשיב הינו תושב ונתין של מדינת אויב – היא לבנון. ייתכן, ואינני בא לקבוע מסמרות בעניין זה, כי להבחנה זו חשיבות ביישומם של הכללים המשפטיים השונים הנוגעים לבירור תביעותיו של נתין מדינת אויב, וכי עשויה להיות חשיבות לקביעה כי תובע מסוים היה בגדר אויב מדינת ישראל בטרם פנייתו לערכאות, בעת הפנייה או לאחריה. אלא שבמקרה דנא, אינני סבור שלקביעות כאמור ישנה חשיבות שכן המשיב הגיש את תביעתו בעת שהיה נתון במשמורת של מדינת ישראל כנגד מעשים שהתבצעו לכאורה בשטחה. יש לציין כי בדיון לפנינו טענה באת כוח המבקשת – מבלי שטענתה גובתה בחוות דעת או בראיות אחרות – כי לפי בירור שערכה המידע שבחוות הדעת של תא"ל קופרווסר עודנו תקף וכי המשיב לוקח חלק בפעילות ארגון החיזבאללה גם כיום.

התייחסות הדין הישראלי למעמדו של נתין מדינת אויב

6. חלקם הארי של כתבי הטענות בבקשה לדיון נוסף זה עסק בשאלות הנוגעות לדוקטרינות משפטיות זרות וכן במשפט הבינלאומי הפומבי. ואולם, בטרם בחינה של היבטים אלו יש להידרש למספר התייחסויות של הדין הישראלי למעמדו של נתין מדינת אויב.

7. ראשית, ללא כל קשר לתחולתו ותוכנו של הכלל האנגלי לפיו אין מבררים תביעתו של אויב, הסכים בית משפט זה בבג"ץ 574/82 אל נאוואר נ' שר הביטחון, פ"ד

לט(3) 449 (1985) (להלן: עניין אל נאוואר) לדון בעניינו של אזרח ותושב מדינה עוינת לישראל וקבע מפורשות כי עתירתו הינה שפיטה. עובדותיו של עניין אל נאוואר מזכירות במידת מה את העניין דנא. גם שם מדובר היה בעותר אזרח לבנון שטען להפרה של הדין הבינלאומי (ושל אמנת ז'נבה הרביעית בפרט) שהובילה לפגיעה בזכויותיו ועל כן ביקש סעד מבית משפט זה. לעניין שפיטותה של העתירה שהגיש אל נאוואר, קבע הנשיא שמגר כך:

> "בהקשר שלפנינו גם המקום להתייחס לטענה נוספת, שהועלתה על-ידי המשיבים, והיא, כי בית המשפט לא ידון בעתירה, המוגשת על-ידי האויב, היינו, בעתירה שמטרתה שהרכוש יישמר בידי אש"ף. אין צורך להרחיב את הדיון בהיבטיה המשפטיים השונים של טענה זו, כי הבעיה שלפנינו אינה, אם בקשת האויב היא שפיטה. הטענה של העותר היא הרי, שהוא הבעלים וכי נתפס רכוש שנרכש על-ידיו כדין, ועל-כן ראינו לדון בעתירה זו - במסגרת סמכותנו הקיימת אליבא דכולי עלמא לפי סעיף 7(ב)(2) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, שהוא עתה סעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה, ולא ראינו להגביל שפיטותו של הנושא. במה דברים אמורים, אם אכן מוצאים ממש בטענתו העובדתית של העותר, לפיה רכש את התכולה של המפעל עוד לפני שצה"ל שם עליו את ידו, עולה השאלה, אם יכול היה לרכוש מידי אש"ף בעלות בתכולה האמורה, אחרי שצה"ל השתלט על האזור שבו נמצאו המטלטלין, ואם נתפס אצלו רכוש שבבעלותו – והוא סבור כי מעשה זה שלא כדין נעשה – הרי זהו נושא, אשר בקשר אליו רשאי היה לפנות לבית-משפט זה." (עניין אל נאוואר, עמ' 461) (ההדגשות במקור – י. ד.).

ובהמשך:

> "למותר להוסיף, כי אין בכך כדי לנקוט עמדה בעניין מעמדו של הרכוש, נושא אשר אליו נתייחס עוד בהמשך הדברים, אלא יש בכך רק כדי להבהיר, מדוע העותר – שהוא אזרח שאינו מייצג גוף עוין או אויב ואשר ראה עצמו נפגע מפעולתן של רשויות המדינה, היינו כוחות צה"ל – יכול היה לכאורה לבקש סעד בבית-משפט זה." (עניין אל נאוואר, עמ' 462) (ההדגשה הוספה – י. ד.).

כפי שציינתי לעיל, דעתי היא כי לא ניתן לקבוע בודאות בענייננו שהמשיב עצמו עודנו אויב מדינת ישראל. אך גם אם ניתן היה לקבוע קביעה כזו, הרי שמכל מקום אין לומר שהמשיב הגיש תביעתו כמי ש"מייצג גוף עוין או אויב". לכן כבר

מטעם זה, וכפי שכבר פסק בית משפט זה, רשאי הוא לברר את תביעתו בבתי משפט בישראל, וזאת, על אחת כמה וכמה כאשר הפגיעה עצמה הייתה בשטח מדינת ישראל כשאותו תובע היה במשמורת ישראלית וכאשר הפגיעה הנטענת היא בזכויות אדם בסיסיות.

8. שנית, גם המחוקק ומחוקק המשנה קבעו במספר דברי חקיקה כי לאזרח מדינת אויב, ומדינת לבנון בפרט, זכויות דיוניות ומהותיות הניתנות למימוש בבתי משפט בישראל.

במסגרת תקנות לביצוע אמנת האג 1954 (סדר-הדין האזרחי), התשכ"ט-1968 (להלן: תקנות לביצוע אמנת האג), נקבעו מספר זכויות דיוניות העומדות לאזרחי ותושבי "מדינות בעלות האמנה" (Contracting States). בשנת 1954 נחתמה אמנת האג לפרוצדורה אזרחית (Hague Convention of 1 March 1954 on Civil Procedure). מדינת ישראל אישררה את האמנה בשנת 1967 וזו נכנסה לתוקף בשנת 1968. באופן דומה, אישררה לבנון את האמנה בשנת 1974 ולגביה נכנסה האמנה לתוקף בשנת 1975. מחוקק המשנה אף הגדיר בתוספת לתקנות לביצוע אמנת האג את לבנון במפורש כמדינה בעלת האמנה. בין הוראות התקנות נמצאות הוראות המקנות לאזרחי המדינות בעלות האמנה זכויות דיוניות במעמדם כתובעים במדינת ישראל. כך למשל, תקנה 28(א) לתקנות לביצוע אמנת האג קובעת כי:

> "תובע או מתערב, שהוא אזרח אחת המדינות בעלות האמנה ושמקום מושבו באחת מהן, לא תצווה עליו רשות שיפוטית, מחמת היותו זר או מחמת שאין לו בישראל מקום מושב או מקום מגורים, ליתן בטחון או ערובה לפרעון הוצאות משפט שנתבע עלול להוציאן ושהתובע או המתערב עלולים להתחייב בהן כלפיו במשפט." (ההדגשה הוספה – י. ד.).

באופן דומה קובעת תקנה 38 כי:

> "אזרח מדינה בעלת האמנה דינו כדין אזרח ישראל לגבי עזרה משפטית ללא תשלום ופטור מאגרות ומהוצאות משפט, בין שיש לו מקום מושב ומקום מגורים בישראל ובין שאין לו." (ההדגשה הוספה – י. ד.).

גם בחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס׳ 7), התשי״ב-1952, ס״ח 950, 953, במסגרתו נשללה זכות התביעה של נתיני מדינת אויב בנזיקין נגד המדינה, נקבע בסעיף 3 כך:

> ״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.״ (ההדגשה הוספה – י. ד.).

בנוסף, על פי סעיף 5ב(א) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי״ב-1952 (להלן: חוק הנזיקים האזרחיים), שחרור המדינה מחבות נזיקית לנזק שנגרם לאויב ופעיל או חבר בארגון מחבלים אינו חל על המקרה הבא, המנוי בתוספת הראשונה לחוק:

> ״תביעה שעילתה נזק שנגרם לאדם כאמור בסעיף 5ב(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״.

יוצא מכך שאף במקרים המפורשים בהם ביקש המחוקק למנוע את גישתם של נתיני מדינת אויב לערכאות בישראל, העניק להם המחוקק במכוון את הזכות להמשיך לברר תביעה שכבר הגישו במדינת ישראל. כזכור, בעניינו התיר בית המשפט קמא למשיב להעיד עדות מוקדמת בטרם הוחזר ללבנון ובכך החלה שמיעת הראיות בתיק.

9. מהאמור לעיל עולה כי המחוקק, מחוקק המשנה ובית משפט זה כבר הכירו בזכותו של נתין מדינת אויב לתבוע במדינת ישראל אף כאשר הוא אינו שוהה בשטחה.

המשפט הבינלאומי – זכות התביעה האישית

10. בשורה של אמנות בינלאומיות נקבעה חובתן המפורשת של מדינות שאישררו אותן להעניק למי שנפגעו זכויות המוענקות לו לפי האמנה סעד בשטחן. כך למשל, נקבע בסעיף 2(3)(A) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ״א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (International Covenant on Civil and Political Rights) כי ״נפגעו זכויותיו וחירויותיו של אדם, כפי שהוכרו בזה, תעמוד לו תרופה

יעילה, אף על פי שאותה פגיעה בוצעה בידי אישים הפועלים בסמכות רשמית". סעיף 14 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984) (Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) (להלן: האמנה נגד עינויים), נוקט לשון דומה. הואיל ומדינת ישראל הצטרפה לאמנות אלה, וככל שלא החריגה את הוראותיהן או בחרה לסטות מהן בחקיקה מפורשת, היא מחויבת לקיומן ויש לפרש את חוקיה ופעולותיה המנהליות לפי חזקת ההתאמה הפרשנית [ראו: בג"ץ 2599/00 יתי"ד נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5), 834, 847 (2002); בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל (30.3.2006), פסקה 37; ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329 (2008), פסקה 9]. בהקשר זה יש לציין כי סעיף 1 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, שמכוחו הוחזק המשיב בכליאה על ידי המבקשת בשנים 2002-2004, קובע במפורש כי חוק זה נועד להסדיר את כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים "בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבין-לאומי ההומניטרי". עוד יש לציין כי באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות [סעיף 41(ג)] ובאמנה נגד עינויים [סעיף 21(ג)] ניתן ביטוי לכלל לפיו בטרם פניה לטריבונלים בינלאומיים, על הטוען להפרה למצות את טענותיו לפני הערכאות הלאומיות במדינה בה התרחשה ההפרה. כלל זה, אשר זכה לכינוי דוקטרינת מיצוי התרופות המקומיות, הוכר אף כחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי [ראו למשל: The Interhandel Case, Judgment of 21 March 1959, I.C.J Reports, p. 6, 27].

המשפט הבינלאומי – הדין המהותי

11. לצד הוראות המשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי המחייבות את מדינת ישראל לאפשר למי שזכויותיו נפגעו בשטחה לעתור לתרופה יעילה במסגרת המשפט המקומי, קיימות גם הוראות הקובעות מהן הזכויות עליהן צריכה מדינת ישראל להגן, כאשר מדובר בפרט הנמצא בתחום שיפוטה או הבא עם רשויותיה במגע. ההוראות הרלבנטיות למקרה שבפנינו נוגעות לאיסור המוחלט לבצע עינויים או פגיעות מיניות בכל אדם. איסור זה בא לידי ביטוי בסעיף 1 לאמנה נגד עינויים המגדיר "עינויים" כ"מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיזי, בין אם מנטלי, במטרה להוציא ממנו או מאדם שלישי מידע או הודאה, להענישו על מעשה שביצעו, או נחשד בביצועו, הוא או אדם שלישי, או להפחיד או לאנוס אותו או אדם שלישי...". סעיף 2 לאותה אמנה מטיל חובה על מדינה שהיא צד לאמנה למנוע מעשי עינויים. איסורים דומים נמצאים בסעיף 7 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות

ופוליטיות ובסעיף 5 להצהרה האוניברסלית על זכויות אדם הקובעים בלשון כמעט זהה כי "לא יועמד אדם בפני עינויים, או בפני יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים...". גם סעיף 3(1) לאמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 (להלן: אמנת ז'נבה הרביעית) מחייב התייחסות הומאנית למי שנלקח בשבי במצב לחימה, וקובע כי:

> "To this end the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons:
> (a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;
> ...
> (c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;".

אף כי טרם נקבע שאמנה זו מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי ונהוג לחשוב כי היא עודנה בגדר אמנה קונסטיטוטיבית המבקשת ליצור הסדרים חדשים [ראו: יורם דינשטיין, "גירוש ראשי הערים מיהודה" עיוני משפט ח 158, 167-168 (1981). לעמדה הפוכה לפיה הוראות אמנת ז'נבה הרביעית הפכו מנהגיות ראו: ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 132-133 (2006) (להלן: בן-נפתלי ושני)], ואף כי מדינת ישראל לא אישררה אותה, בית משפט זה בחן בעבר את התנהלותה של המדינה לאור הוראותיה ההומניטאריות של האמנה, וזאת עקב הצהרותיה בהליכים שונים כי החליטה לנהוג על פי הוראות אלה [ראו למשל: בג"ץ 3103/06 ולירו נ' מדינת ישראל (6.2.2011) בפסקה 45; בג"ץ 337/71 אלג'מעיה אלמסיחיה ללאראצ'י אלמקדסה נ' שר הבטחון, פ"ד כו(1) 574, 580 (1972); בג"ץ 7015/02 ע'גורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 364 (2002); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 827-828 (2004); בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385, 396 (2002); בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נז(1) 403, 413 (2002); בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 455 (2004). ראו גם: Meir Shamgar, *The Observance of International Law in the Administered Territories*, 1 ISR. Y.B.H.R. (1971) 262; יפה זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי – הדין המצוי, רצוי" משפטים כד 317 (1994), עמ' 329; בן-נפתלי ושני, בעמ' 132 (ה"ש 99), 139].

רואים אנו כי המשפט הבינלאומי ההסכמי והמנהגי המחייב את מדינת ישראל מטיל איסור מוחלט על עינויים ומעשים משפילים ובהם גם פגיעות מיניות. על כן, ככל שטענותיו של המשיב בדבר הפגיעות שחווה בזמן שהותו במשמורת במדינת ישראל נכונות, וזאת כמובן לכאורה, הרי שעומדת לו זכות לפי המשפט הבינלאומי לפנות בבקשה לסעד במסגרת הערכאות השיפוטיות של מדינת ישראל.

12. טוענת המבקשת במסגרת הבקשה לדיון נוסף כי שאלת קיומה של פגיעה בזכויות האדם של המשיב התבררה במסגרת החקירה שנפתחה ביוזמת המדינה אשר ממצאיה שללו את טענותיו בדבר קיומה של פגיעה כזו, ועל כן מוצה בירורן של הפגיעות לכאורה להן טוען המשיב ברמה המקומית. אין בידי לקבל טענה זו, וזאת משני טעמים. ראשית, סיומה של חקירה פלילית מבלי שהוגש כתב אישום נגד איש, מן הטעם שהרשויות היו סבורות שאין במעשים אשמה או שאין די ראיות כדי להביא להרשעה, אין בה כדי למנוע קיומו של הליך אזרחי בו הנפגע לכאורה ינסה להוכיח את הפגיעה בו לפי הדין המהותי ולפי נטלי ההוכחה הנדרשים בהליכים אזרחיים (בדיוק כפי שפסק דין בהליך פלילי הקובע את חפותו של אדם אינו מהווה השתק פלוגתא בהליך אזרחי. ראו: רע"א 4528/06 ברנס נ' סנ"צ (בדימוס) שאול מרכוס (18.5.2009), פסקה 15). שנית, במהלך הדיון שהתקיים לפנינו, טענה באת כוח המבקשת כי בין ממצאי אותה חקירה פלילית, נקבע כי על אף שלא בוצעו במשיב אותם מעשי אינוס ומעשי סדום להם הוא טוען, התברר כי במהלך החזקתו במשמורת במדינת ישראל הושמעו בפניו איומים לבצע מעשים כאמור. דא עקא, שגם איומים בביצוע מעשי אינוס או מעשי סדום מהווים הפרה של הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, וייתכן שהם מהווים הפרה של הוראות הדין הפלילי הישראלי. כך, סעיף 4(2) לפרוטוקול הנוסף לאמנת ז'נבה הרביעית מיום 8 ביוני 1977 קובע במפורש איסור על איום בביצוע מעשי אינוס:

> "Without prejudice to the generality of the foregoing, the following acts against the persons referred to in paragraph I are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever:
> …
> (e) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, *rape*, enforced prostitution and any form or indecent assault;
> …
> (h) *threats to commit any of the foregoing acts*."

(ההדגשות הוספו – י. ד.) (יודגש כי אין בהתייחסותי להוראות הפרוטוקול הנוסף לאמנת ז'נבה הרביעית כדי להביע עמדה בשאלת קליטתו בדין הישראלי).

כך, גם סעיף 192 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, קובע איסור על איומים:

"המאיים על אדם בכל דרך שהיא בפגיעה שלא כדין בגופו, בחירותו, בנכסיו, בשמו הטוב או בפרנסתו, שלו או של אדם אחר, בכוונה להפחיד את האדם או להקניטו, דינו - מאסר שלוש שנים".

בהקשר זה ראוי להפנות לקביעתו של בית משפט זה ברע"פ 2038/04 לם נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(4) 96 (2006):

"מעשה ייחשב ל'איום' אם תוכנו עוסק בפגיעה שלא כדין בגוף, בחירות ,בנכסים, בשם הטוב או בפרנסה של האדם שעליו מאיימים, 'או של אדם אחר'. כאשר הביטוי מתייחס לאפשרות הפגיעה באחד מן העניינים האמורים כי אז על פי תוכנו הוא יכול לעלות כדי 'איום'. האיום יכול להיות מכוון לפגיעה בחיים של המאוים או של אדם אחר (איום ברצח), פגיעה בגוף של המאוים או של אדם אחר (איום בתקיפה, איום באונס) וכן הלאה ביחס לפגיעה בנכסים (איום בהצתה של רכוש, איום בגניבה), פגיעה בפרנסה וכיוצא באלה איומים במרעין בישין מסוגים שונים." (עמ' 108) (ההדגשה הוספה – י. ד.).

לאור דברים אלו, קשה לקבל את הטענה שממצאי אותה חקירה המציגים לכאורה מעשים המהווים הפרה של הדין הבינלאומי ואף של המשפט הפלילי הישראלי מהווים מיצוי בירורן של טענות המשיב, הואיל ותיק החקירה נסגר.

סוף דבר

13. בטרם איישם את המסקנות הנובעות מכל אחד מההיבטים המשפטיים לעיל על העניין העומד לפנינו, אבקש להתייחס בשנית לסוגיית מיהות המשיב. אכן, המשיב בענייננו היווה משך שנים אויב מושבע של מדינת ישראל. ואולם, ברוח דבריו של השופט ח' כהן שהובאו לעיל, בית משפט זה פתח בעבר שעריו בפני הנבזים והמסוכנים שבפושעים ולטעמי על שעריו להישאר פתוחים כדי שיוכלו לתבוע סעד על פגיעה בזכויותיהם. זאת, בייחוד כאשר בענייננו המשיב הגיש תביעה למיצוי זכויותיו לשלמות גופו ונפשו שנפגעו לכאורה במדינת ישראל בהיותו כלוא בשטחה, ולצורך כך

שאלת השתייכותו לארגון או מדינה שהם בבחינת אויבי מדינת ישראל, אף אם הוא עצמו עסק או עודנו עוסק בפעילות נגד ישראל, אינה מעלה ואינה מורידה. השאלה העומדת לפתחנו היא האם אין מקום לבירור ממצה בבית משפט של מדינת ישראל של טענותיו של המשיב באשר למעשים שפגעו לטענתו פגיעה קשה בזכויותיו נכונים הם. דווקא עוצמתה המוסרית של מדינת ישראל היא שצריכה לדכא את התחושות והרגשות הקשים הנובעים מבירור ענייניהם של אויביה.

14. כפי שהובהר לעיל, בית משפט זה איפשר בעבר לנתין מדינת אויב לברר תביעתו בבית משפט בישראל. גם המחוקק ומחוקק המשנה, בהקשרים שונים, נתנו ביטוי לאפשרות כי נתיני מדינת אויב ייפנו לערכאות שיפוטיות בישראל. בשל כך ובשל העובדה שהדין הבינלאומי מטיל על מדינת ישראל חובה לברר תביעותיו של אדם שזכויותיו נפגעו בשטחה או על ידי רשות מרשויותיה, הייתי מציע לקבוע כי זכות הגישה של אדם השוהה במדינת אויב לערכאות שיפוטיות בישראל תוכר במקרים הבאים: (1) זכויותיו של אותו אדם, בין שהוא עצמו אויב מדינת ישראל ובין אם לאו, נפגעו בעת ששהה בשטחה של מדינת ישראל; (2) תביעתו הוגשה בבית משפט ישראלי במהלך שהותו בישראל; (3) אין הוראת חוק מפורשת השוללת זכות זו.

15. לאור האמור לעיל, אני מצטרף לתוצאה אליה הגיעו חבריי השופט ג'ובראן והשופט הנדל והייתי מציע לחבריי להותיר את פסק הדין בערעור על כנו בכפוף לאמור בפסקה 14 לעיל.

ש ו פ ט

<u>השופט נ' הנדל:</u>

פתח דבר

1. דיון זה עשוי להטעות. השאלה העומדת להכרעה איננה האם בשל פעולותיו המלחמתיות מנוע דיראני מלהגיש תביעה אזרחית נגד המדינה. זאת לפחות בשני מובנים המוסכמים על הכל. ראשית, אף אם תתברר התביעה ותקבע חבות של המדינה, דיראני אינו רשאי לקבל את הפיצוי שייפסק לכיסו עד לתום הסכסוך. על פי דין, הסכום לא יועבר למשיב או למדינתו לבנון, אלא יוחזק בידי אפוטרופוס עד לכינונו של שלום (ראו סעיפים 3 ו-9 לפקודת המסחר עם האויב). שאלה לגיטימית היא מהי המשמעות של תביעת נזיקין שאינה כוללת אפשרות לקבלת פיצוי כספי. יוצא כי לא עסקינן

בתביעה אזרחית רגילה, השמה את התובע במוקד. אלא הנתבע, המדינה בענייננו, והתנהגותו הם אשר עומדים במרכז. שנית, התביעה הוגשה כדין. לאמור, גם המדינה מסכימה כי בשלב שהוגשה, בו דיראני הוחזק בבית סוהר ישראלי, היה מקום לברר את תביעתו. אין בכך להתעלם מהשינוי המהותי שחל מאז – דיראני שוחרר מהכלא במסגרת עסקת חילופי שבויים והצטרף בלבנון מחדש למאבק כנגד מדינת ישראל. כל אשר בכוונתי לומר בשלב זה הוא כי השאלה האם להמשיך בבירור התביעה שהוגשה כדין אינה זהה לשאלה האם ניתן לברר תביעה שהוגשה בתנאים שמלכתחילה מעלים קשיים – נניח על ידי אויב במדינה זרה. לכך אתייחס בהמשך. נקודה נוספת היא שהעוולה הנטענת היא ביצוע מעשי סדום ואינוס בדיראני על ידי חוקריו. המדינה איננה טוענת שניתן להצדיק מעשים שכאלה, היה והדבר נכון. השאלה מושא הדיון היא האם בית המשפט רשאי להשהות את המשך בירורה של תביעה מעין הצהרתית, המעלה טענות קשות נגד חוקרים מטעם המדינה.

עיינתי בפסק דינו של חברי הנשיא. פסק הדין מרשים, מעשיר ומרחיב. התוצאה היא אפשרית בעיניי, אך בסופו של דבר החלטתי להצטרף לתוצאה אליה הגיעו השופטים ס' ג'ובראן ו-י' דנציגר. דהיינו הותרת פסק הדין בערעור (להלן: פסק הדין הראשון) על כנו, באופן בו תביעתו של המשיב תמשיך להתברר, בצורה המצומצמת שהוגדרה לעיל. עם זאת, הטעמים שהובילו אותי למסקנה זו שונים. על כן מצאתי לנכון למקד תחילה את הסוגיות השונות שעלו בחוות דעתם של חבריי והטעמים לתוצאות השונות, ולאחר מכן אציג את גישתי.

2. חוות דעתו של הנשיא א' גרוניס סקרה בהרחבה את הפסיקה הישראלית. היא אשר הובילה אותו למסקנה, בדומה למסקנתו של השופט ח' מלצר בפסק הדין הראשון, שהכלל האנגלי לפיו "אין מבררים תביעתו של אויב" נקלט למשפט הישראלי (להלן: הכלל האנגלי). זאת בניגוד לדעת הרוב בפסק הדין הראשון שסברה שהכלל לא נקלט באופן אקטיבי ומפורש למשפט הישראלי. מוכן אני להניח, בדומה לשופט ג'ובראן בדיון הנוסף שבפנינו, כי הכלל אכן נקלט למשפט הישראלי מתוקף סימן 46 לדבר המלך במועצתו על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947 (להלן: סימן 46). זאת בשנת 1952 בעניין חכים (בג"צ 24/52 חכים נ' שר הפנים, פ"ד ו 638 (1952)), או למצער בשנת 1958 בעניין לוי (ע"א 324/56 לוי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד יב 1446 (1958)). ייתכן וניתן לפרש את פסק הדין בעניין חכים בצורות שונות, אך בעניין לוי קליטת הכלל ש"אין מבררים תביעתו של אויב" היא מפורשת, אף אם מתבססת בעיקרה על עניין חכים (שם, עמוד 1452). בהמשך חוות דעתם סבורים הן הנשיא והן השופט ג'ובראן כי אין להחיל את פסקת שמירת הדינים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על

הכלל האנגלי. לפיכך פונים הם לפסקת ההגבלה בחוק היסוד, ובעניין זה הם נחלקים בדעתם באם הכלל האנגלי, כפי שהותאם לנסיבות העניין, עומד בדרישת הפגיעה "בחוק", וכן באשר למידתיותו של הכלל האנגלי בגרסה מותאמת זו. בעוד שהנשיא סבור שהתאמה זו היא מידתית ומתיישבת עם המציאות הישראלית, סבור השופט ג'ובראן שלאור חשיבות זכות הגישה לערכאות מדובר בהרחבה שאינה "בחוק" כנדרש בפסקה ההגבלה ושאינה מידתית.

שמירת הדינים

3. כאמור, מוכן אני להניח שהכלל לפיו "אין מבררים תביעתו של אויב" שמקורו במשפט המקובל נקלט למשפט הישראלי בשנות החמישים, לפני שסימן 46 התבטל עם חקיקתו של חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. על רקע זה, לעמדתי פסקת שמירת הדינים, המעוגנת בסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולשונה: "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד" – היא החלה על המקרה, ולא פסקת ההגבלה. זאת מהטעמים הבאים:

4. ראשית, חוק הפרשנות, התשמ"א-1981 הוא החוק המגדיר בין היתר את הביטויים "חוק" ו"דין", והוא חל "לגבי כל חיקוק והוראת מינהל" (סעיף 1 לחוק הפרשנות). חוק זה קובע כי דין הוא כל אחד מאלה:

> "(1) חיקוק;
> (2) אקט של הפרלמנט הבריטי או חלק ממנו, ודבר-המלך-במועצה או חלק ממנו, בין שניתנו לפני תחילת תקפה של פקודה זו ובין שניתנו לאחריה, וכפי תקפם בארץ ישראל לפני הקמת המדינה או כפי תקפם במדינה;
> (3) צווים, תקנות, כללים, חוקי עזר, מינשרים, הוראות, הודעות וכל מסמך אחר, שניתנו מכוח "דין" כמשמעותו בפסקה (2) של הגדרה זו, בין לפני תחילת תקפה של פקודה זו ובין לאחריה, ואינם בגדר חיקוקים, וכפי תקפם בארץ ישראל לפני הקמת המדינה או כפי תקפם במדינה;
> (4) דינים עותומניים, דינים דתיים בין שבכתב ובין שבעל-פה, דיני המשפט המקובל ועקרוני היושר של אנגליה, כפי תקפם בארץ ישראל לפני הקמת המדינה או כפי תקפם במדינה;" (סעיף 3 לחוק הפרשנות; ההדגשה אינה במקור).

צא ולמד כי לפי חוק הפרשנות, דין כולל מספר רבדים ולא רק חיקוק (שהוגדר בסעיף 3 לחוק הפרשנות כ"חוק או תקנה"). בין היתר כולל הביטוי דין גם את דיני המשפט המקובל כפי שהם תקפים במדינה. יוער בהקשר זה כי מעצם טבעו, משפט מקובל מתקבל ונקלט על דרך הפסיקה. מנגד, הלכה פסוקה 'רגילה', קרי הלכות בית משפט זה שלא קלטו במסגרתן כללים מהמשפט המקובל, אינן מוגדרות כחלק מהדין בחוק הפרשנות. מכך עולה, לגישתי, כי למשפט המקובל שנקלט במשפט הישראלי עד לביטולו של סימן 46 ישנו מעמד מיוחד ברבדי המשפט הישראלי, המצוי בתפר שבין פסיקה 'רגילה' לבין דבר חקיקה. העניין אף נלמד מחוק יסודות המשפט, שכאמור ביטל את סימן 46. אולם בד בבד עם ביטול זה קבע כי "אין בהוראות סעיף קטן (א) [המורה על בטלות סמן 46] כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה" (עוד בעניין זה ראו: גאולטירו פרוקצ'יה "בשולי החקיקה: חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980" עיוני משפט י 145 (1984)).

בחוות דעתו של הנשיא מציין הוא שקיים ספק האם הכלל האמור חוסה תחת פסקת שמירת הדינים, וכי הוא מניח לטובתו של המשיב, בלא להכריע בעניין, כי הכלל במשפט המקובל אינו חוסה תחת שמירת הדינים. ספק זה התבסס על כתביו של הנשיא א' ברק. נטען שקיים ספק באשר למעמדו של חוק הפרשנות ביחס לחוקי היסוד, וכי לעמדתו שמירת הדינים אינה חלה באשר להלכה פסוקה (פסקה 70 לחוות הדעת של הנשיא; תוך הפניה לברק פרשנות במשפט כרך ג (292-293, 561-562 (1994)). כאמור, עמדתי שונה בכל הקשור לדיני המשפט המקובל. מבחינה לשונית, בחינה של חוק היסוד כמכלול מעלה כי בחוק יסוד תמציתי זה נקבע מפורשות ששמירת הדינים חלה על "הדין שהיה קיים" (סעיף 10 לחוק היסוד) בעוד פסקת ההגבלה בחוק היסוד קובעת שפגיעה תתכן רק "בחוק" ובהמשך נוסף "בהסמכה מפורשת בחוק" (סעיף 8 לחוק היסוד). קרי, הכנסת בכובעה כרשות מכוננת הבחינה בין דין לבין חוק, ולטעמי קשה להתעלם מכך. בהקשר זה יובהר שחוקי היסוד נחקקו לאחר חוק הפרשנות, והם אינם כוללים בחובם הגדרה שונה למונחים "דין" ו"חוק". המסקנה הפרשנית העולה מכך היא שפסקת שמירת הדינים לא באה לשמור על תוקפם של חיקוקים בלבד, אלא גם על רבדי דין נוספים. אחרת אין כל מניעה שהיו מגבילים זאת למונח "חוק" או "חיקוק".

זאת ועוד, אף מכתביו של הנשיא ברק עולה שקיים לכל היותר ספק הכיצד יש לפרש את הביטוי "דין" במסגרת שמירת הדינים. בספרו האמור ציין כי על ביטוי זה להתפרש "במסגרתו הרחבה", תוך הפניה לחוק הפרשנות, אם כי יש ספק בעיניו האם הוא משתרע גם על הלכות שיפוטיות (ברק פרשנות במשפט כרך ג פרשנות חוקתית,

עמוד 561 והערת שוליים מס׳ 13 (1994); ראו גם ברק ״המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות״ משפט וממשל א 9, 27 (1992) שם נטען באופן דומה כי ראוי שההגדרה הקיימת לביטוי ״חוק״ בחוק הפרשנות תחול גם בפירושו של חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו). אלא שכאמור, לגישתי דיני המשפט המקובל שנקלטו מתוקף סימן 46 שונים במעמדם ובטבעם מהלכה פסוקה ׳רגילה׳.

5. שנית, המסקנה לפיה פסקת שמירת הדינים היא החלה על כללים שנקלטו מתוקף סימן 46 מתבקשת לעמדתי גם מבחינה כרונולוגית. הכלל האמור נקלט בשנות החמישים, עשרות שנים לפני חקיקת חוקי היסוד. פסק הדין הראשון נסב רבות סביב השאלה האם הכלל נקלט למשפט הישראלי מתוקף סימן 46. מכאן עולה מרכזיותה של סוגיית קליטתו של הכלל האנגלי למשפט הישראלי בעבר. זאת בשונה מבחינתן של הלכות שיפוטיות שונות שיצאו תחת ידיו של בית משפט זה במרוצת השנים, כולל התקופה האחרונה. הכלל במשפט המקובל הוא המהווה אפוא את המקור הנורמטיבי לטענת המדינה בהליך זה, ולא השאלה האם יש לקלוט כלל חדש למשפט הישראלי בעת הזו. פסקת שמירת הדינים באה לומר כי חוק היסוד כבוד האדם וחירותו אינו בעל תחולה רטרואקטיבית. במוקד שמירת הדינים מצוי הדין שקדם לחוקי היסוד והקביעה שלא ניתן לבטל מכוחו של חוק היסוד דינים קיימים. זאת בניגוד לפסקת ההגבלה, אשר נועדה להסדיר את התנאים לפגיעה עתידית בזכויות היסוד חרף מעמדם הנורמטיבי החדש, על ידי המחוקק. לכן, מבחינה כרונולוגית פסקת ההגבלה אינה הפסקה הרלוונטית לעניין לעמדתי, אלא ראוי ששמירת הדינים תחול.

6. שלישית, גם פרשנות תכליתית של חוק היסוד מובילה לעמדתי למסקנה כי כלל שנקלט מהמשפט המקובל מתוקף סימן 46 הוא דין לעניין פסקת שמירת הדינים. תכליתה של פסקת שמירת הדינים היא לשמור על יציבות המשפט ולא לזעזע את יסודות הדין שהיו קיימים עד לחקיקתם. אילולא שמירת הדינים, רשויות השלטון היו מחוייבות להעביר את כל הדין הקיים במסננת המידתיות של הביקורת החוקתית. מבחינה זו, פרשנות צרה של המונח ״דין״ לעניין שמירת הדינים תפגע במידה רבה בתכלית זו של שימור היציבות. מן העבר האחר, מסכים אני שפרשנות רחבה מדי למונח ״דין״, ככזו הכוללת גם הלכה שיפוטית ׳רגילה׳ עלולה לערער את זרימת הדין והתפתחותו. פרשנות שכזו אף אינה מתיישבת עם סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה, אשר קובע מפורשות ש״הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון". הלכה שיפוטית, מעצם טיבה, אינה בהכרח תמידית. על בית משפט זה לבחון את הלכותיו שלו בחלוף הזמן בצורה קונקרטית. קביעה לפיה פסיקה של בית משפט זה חוסה תחת פסקת שמירת הדינים מכרסמת לא רק בהיקפם של חוקי

היסוד, אלא גם פוגעת באופן פעילותו של בית המשפט עצמו. על כן, גישה לפיה כללים שנקלטו מהמשפט המקובל מתוקף סימן 46 ייחשבו כדין לעניין שמירת הדינים, ואילו הלכה פסוקה 'רגילה' לא תחשב כדין לעניין זה היא הראויה בעיניי. הבחנה זו באה לידי ביטוי אף בכתביו של הנשיא ברק, אשר הבחין בין הלכה המפרשת חוק קיים, לבין השלמת חסר (ספק אם רק בחקיקה או גם בפסיקה) מתוקף סימן 46 וחוק יסודות המשפט, ולבין פיתוח פסיקתי, שהוא מעצם טיבו מתפתח ממקרה למקרה (ברק מבחר כתבים א 755-773 (2000)).

הבחנה זו בין המשולש – ביקורת חקיקתית, פסיקה רגילה ודיני המשפט המקובל מתוקף סימן 46 – תורמת לסדר מחשבתי ולמילוי תפקידו של בית המשפט בכל ענף וענף. באשר לביקורת דברי חקיקה, על בית המשפט לבחון את חקיקת הכנסת ולבחון אותה באיזון הרגיש של פסקת ההגבלה ככל שנטען כנגד חוקתיות החוק. מן הצד האחר, בית המשפט בן חורין יותר בבואו לפסוק, ואף לחדש פסיקה בדמות סטייה מהלכות קודמות שיצאו תחת ידיו. אחרון, בשל סיבות היסטוריות, דיני המשפט המקובל זכו למעמד מיוחד שדורש הכרה אחרת וכלים ביקורתיים שונים, הבאים לידי ביטוי בכך שדינים אלו הוגדרו כ"דין" במסגרת חוק הפרשנות.

בהמשך לכך יובהר שוב כי באופן מובנה, הכללים שנקלטו מתוקף סימן 46 נקלטו כולם על ידי בית משפט זה עד לשנת 1980, מועד ביטולו של סעיף 46. מכך נובע כי פרשנות, שאינה מקובלת עליי, לפיה רובד זה של הדין אינו חוסה תחת פסקת שמירת הדינים – משמעותה המעשית היא החלשה דרמטית מכוחו של מקור משפטי שריר וקיים, אשר באופן מפורש נשמר מעמדו בחוק יסודות המשפט. זאת משום שתתחייב בחינה מחודשת של כל המשפט המקובל שנקלט בישראל. אף ניתן לומר כי פרשנות זו, באם תתקבל, משמעותה שיש להקיש ממנה גם על יתר רבדי ה"דין" לפי חוק הפרשנות שאינם "חיקוק". זאת משום שאין בסיס בהקשר זה להבחנה בין כללי המשפט המקובל שנקלטו ליתר הרבדים. ברי כי לא זו הייתה כוונת הרשות המכוננת, ולו הייתה זו כוונתה – היה עליה לבטא זאת מפורשות, למשל כאמור על ידי בחירה במונח "חוק" ולא "דין" גם בסעיף 10 לחוק היסוד.

לסיכום, לעמדתי הכלל לפיו "אין מבררים תביעתו של אויב" שנקלט למשפט הישראלי כחלק מהמשפט המקובל חוסה תחת פסקת שמירת הדינים בחוק היסוד. יובהר כי מעצם הטעם הכרונולוגי, סבורני כי פסקת ההגבלה אינה חלה על כלל עתיק יומין זה. זאת אף מבלי להידרש לשאלה האם דיני המשפט המקובל שנקלטו על ידי בית המשפט מתוקף סימן 46 הם "חוק" כנדרש בפסקת ההגבלה. אם כי יצוין שבנקודה

זו דעתי היא כשל השופט ג'ובראן ואין מדובר ב"חוק" לעניין זה. לאמור, הדרישה שהפגיעה תיעשה ב"חוק" בפסקת ההגבלה, אינה כוללת הלכה פסוקה – רגילה או מיוחדת מכוח סימן 46.

משמעות הסיווג

7. משמעות הקביעה כי הכלל האנגלי חוסה תחת פסקת שמירת הדינים היא שהוא מוגן מפני ביטולו על ידי בית המשפט, אף אם יימצא כי הוא אינו חוקתי. ואולם, אין משמעות הדבר כי הכלל האנגלי חסין באופן מוחלט מפני כל ביקורת שיפוטית שהיא ומפני כלל ההשלכות של חקיקת חוק יסוד: כבור האדם וחירותו על המשפט הישראלי. הדין הישן אמנם קדם לחוקי היסוד, אך חוקי היסוד משפיעים גם עליו, בייחוד בהיבט הפרשני לפיו על בתי המשפט לפרש את הדין הישן.

> "שינוי מהותי ביותר במישור הפרשני נתחולל על-ידי חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם אם מצויה בחוק-יסוד הוראה השומרת על הדין הקיים (סעיף 10 לחוק-היסוד), הרי עצם מציאותן של זכויות-יסוד חוקתיות בעלות תוקף על-חוקי מטילה על הפרשן את התפקיד להשקיף על הדין הקיים מתוך אספקלריה שונה. עליו להשתדל לתת מהלכים לזכויות-היסוד באמצעות הדין הקיים. בהקשר שלנו משמעות הדבר היא, כי יש לפרש את הוראות חוק הכשרות המשפטית מתוך מאמץ להגשים את תכליתו של חוק-היסוד, שהיא הגנה על כבוד האדם וחירותו, גם אם יש בכך משום סטייה מסוימת מכוונתו המקורית של חוק הכשרות המשפטית" (י' אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962" פירוש לחוקי החוזים 14 (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, מהדורה שניה, תשנ"ה)).

עמדה זו, לפיה יש לפרש חוק ישן ברוח ההוראות שבחוק היסוד נתקבלה בדנ"פ גנימאת, שניתן בהרכב מורחב של שבעה שופטים:

> "מעמדו החוקתי של חוק היסוד מקרין עצמו לכל חלקיו של המשפט הישראלי. הקרנה זו אינה פוסחת על הדין הישן. אף הוא חלק ממשפטה של מדינת ישראל. אף הוא רקמה מרקמותיה. ההקרנה החוקתית הבאה מחוק היסוד משפיעה על כל חלקי המשפט הישראלי. היא בהכרח משפיעה גם על הדין הישן. אמת, תוקפו של הדין הישן נשמר. עוצמת ההקרנה של חוק היסוד כלפיו היא, על-כן, חזקה פחות מעוצמת ההקרנה על דין חדש. זה האחרון עשוי להתבטל אם יעמוד בניגוד להוראות חוק היסוד. הדין הישן מוגן לפני הביטול. עומדת לו מטרייה

> חוקתית המגינה עליו. אך הדין הישן אינו מוגן מפני תפיסה פרשנית חדשה באשר למובנו. אכן, עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם חל שינוי מהותי בשדה המשפט בישראל. כל צמח משפטי שבו מושפע משינוי זה. רק כך יושגו הרמוניה ואחדות במשפט הישראלי. המשפט הוא מערכת של כלים שלובים. שינוי באחד הכלים הללו משפיע על כלל הכלים. אין כל אפשרות להבחין בין דין ישן לדין חדש באשר להשפעות הפרשניות של חוק היסוד. אכן, כל שיקול-דעת מינהלי המוענק על-פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; כל שיקול-דעת שיפוטי המוענק על-פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; ובכלל, כל נורמה חקוקה צריכה להתפרש בהשראתו של חוק היסוד (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, פסקה 8 לפסק דינו של הנשיא ברק (1995)).

מלאכת הפרשנות היא גמישה יותר, כפי שהליך פרשנות מעצם טיבו וטבעו נתון יותר לשיקול דעתו של בית המשפט (ראו למשל: ברק שיקול דעת שיפוטי (1987); ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003)). היקף שיקול הדעת אף משתנה לנוכח כך שהדין הישן עוגן לפני חוקי היסוד – לפני העלאת קרנם של זכויות היסוד המעוגנות בו ומבלי שהמחוקק נתן את דעתו לפגיעה בהן ברמה המתחייבת כיום ובטרם הוחלט על התנאים לפגיעה אפשרית בזכויות היסוד. בכך יש איזון שבין הצורך ליצור דין הרמוני בישראל לאור חוקי היסוד, לבין יציבות הדין שהיה קיים ערב חקיקתו. שמירת הדינים נשמרת. אין לבית המשפט סמכות לבטל חוק ישן. ברם הוא מוסמך ונדרש לפרש את החוק על פי רוח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, והשראתו. הפרשנות תושפע, בין היתר, מן השאלה מהו הדין שאותו יש לפרש, אילו ערכים מתנגשים, דרך קליטתו של הדין, מועד קליטתו במשפט הישראלי ועוד.

כמובן, פרשנות לאור חוקי היסוד אין משמעה הענקת משקל מוחלט לזכויות היסוד על פני אינטרסים ציבוריים או זכויות מתחרות. זכויות היסוד עודן יחסיות. לא תהא העדפה גורפת ואוטומטית של הפרשנות הממזערת ביותר את הפגיעה בזכויות היסוד, במנותק מתכלית הדין אותו יש לפרש ומעוצמת הפגיעה באינטרסים הציבוריים או זכויות מתחרות עליהם בא הדין להגן. ואולם, מקום בו מתבקשת הרחבה של פגיעה בזכויות יסוד, כפי שיוסבר בהמשך – יש לפעול בשיקול דעת ובזהירות. זאת אף בשל החשש כי פרשנותו של בית המשפט למעשה תוסיף פגיעה בזכויות היסוד אליה לא התכוונו בקביעת הדין הישן, ובכך תיצור מעין פגיעה חדשה. תפיסה זו של בחינת שמירת הדינים אף מתיישבת במידה רבה עם גישתו של השופט מ' חשין, ביחס להשפעת חוקי היסוד על הדין הישן ופרשנותו. לעמדתו:

> "... ובצד כל אלה נוסיף את המובן מאליו, שראוי הוא חוק היסוד כי יזכה אותנו בהשראת פרשנות. ערוגת-ורדים שתל המחוקק בגן המשפט, וניחוחם יעלה באפנו. נפרש חוקים שלעבר ובושמו של חוק היסוד ישרה עלינו. ואולם לעולם ננוע באותם מעגלות שהוצבו בדין הקודם:
> 'ודברנו הוא על דרך של ממה נפשך: או שהחוק הקודם ניתן לכמה פירושים אם תרצה: ל'איזונים' שונים - או שלא ניתן הוא לפירושים שונים. אם ניתן הוא החוק הקודם לפירושים שונים, יכול ורשאי הוא בית המשפט לשנות מדרכו - כשם שהיה יכול לעשות כן בעבר - אך כך יעשה בהסתמך על החוק הקודם ועל תחומי פריסתו המקוריים, בתתו דעתו, כבעבר, לזכויות היסוד. בעשותו כן יפעל בית-המשפט בגדרי סמכותו, תוך שהוא נוטל על עצמו אחריות למעשהו ובלא שינסה לתלות עצמו בפירוש הכפוי עליו, כביכול, בחוק היסוד'" (**ההדגשות במקור; פסקה 12 לדנ"פ גנימאת, תוך הפניה לפסקה 22 לפסק דינו בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995)**).

המלאכה הפרשנית היא מורכבת ועדינה. ברם כלל שמירת הדינים מצוי בארגז הכלים של בית המשפט בבואו לפרש את הדין הישן.

מן הכלל אל הפרט

8. במקרה הנידון הכלל שיש לפרש הוא כאמור "אין לברר תביעתו של אויב", או ליתר דיוק – "אויב זר". עסקינן בכלל ברור על פניו. ואף על פי כן, וזהו דרכו של המשפט, בהינתן וריאציות עובדתיות מגוונות הכלל האנגלי מעורר מספר סוגיות פרשניות. כך למשל, האם יש לפרשו באופן שיחול על המקרה שבפנינו, דהיינו גם במקרים בהם בין ישראל למדינתו של התובע אין מלחמה מוכרזת אלא סכסוך מזוין? האם ישנה נפקות בין "לברר מלכתחילה" לבין "להמשיך לברר" תביעה שהוגשה כדין? האם דינה של כל תביעה אזרחית זהה?

הנשיא בחוות דעתו המקיפה מבקש 'להתאים ולעצב' את הכלל האנגלי עתיק היומין מהמשפט המקובל ברוח מציאות החיים הישראלית. לעמדתו, בשל המעבר ממלחמות מוכרזות לסכסוכים מזוינים מול ארגונים – יש להחיל את הכלל האנגלי גם מקום בו בין מדינת התובע לבין ישראל אין מלחמה מוכרזת אלא סכסוך מזוין. אך זאת רק כאשר התובע עצמו נוטל חלק פעיל בסכסוך המזוין. בכך לגישתו ישנה פרשנות והתאמה העומדים במבחני המידתיות, ולפיכך ניתן להחילו על המקרה הנידון ולמחוק את תביעתו של המשיב עד לסיום הסכסוך המזוין, מבלי שתועלה טענת התיישנות

בעתיד. פרשנות זו אפשרית, ואף ניתן לומר שהיא סבירה ומתיישבת עם המציאות העובדתית הישראלית. כדברי הרב אהרן ליכטנשטיין ראש ישיבת הר עציון כבר לפני כעשרים שנים:

> "בימינו הפכה המלחמה להיות מלחמה טוטאלית. שוב אין היא מפרידה כבימי הביניים בין הקוים ובין אחורי הקוים. ועל כן קשה היא ההפרדה בין אוכלוסיה אזרחית ובין צבא לוחם... ואולם גם בהלכה אין רצפט קבוע לכל מקרה. כל מאורע צריך להיות נידון לגופו על פי תנאיו ואופיו המיוחדים" (תחומין ד' בעמ' 185-184 (תשמ"ג); הובא בע"א 4112/09 פלוני נ' המפקד הצבאי באיזור יהודה ושומרון (3.1.2012)).

והייתי מוסיף, כפי שקו הגבול בין העורף לבין החזית הוא מטושטש לפעמים, כך גם לעתים בין מלחמה לבין סכסוך מזוין, בין מלחמה לבין "בין מלחמות". אמנם, יש משמעות, גם משפטית, לסיווג אירוע כמלחמה או העדר מלחמה, אך יש היגיון באופן בו יישם הנשיא את העניין לצורכי התאמת הכלל האנגלי. עם זאת, במסגרת הדיון דנן סבורני כי הבחינה הפרשנית צריכה להיות שונה מזו שערך הנשיא. אין לבדוק את התאמת הכלל עתיק היומין רק למציאות העובדתית, אלא גם למציאות הנורמטיבית. עובדתית, קרי הרחבת התנאי של קיומה של מלחמה גם לקיומו של סכסוך מזוין ממושך. נורמטיבית, כלומר – הרחבת הכלל האנגלי על פי ערכי השיטה גם על נסיבות המקרה שבפנינו.

9. המקור להסתכלות הנורמטיבית טמון בהוראת שמירת הדינים בחוקי היסוד. ודוק, שמירת הדינים ולא פסקת ההגבלה. לאמור, במסגרת הדיון באשר לפרשנות הכלל השאלה אינה בהכרח האם פרשנות מסוימת, המרחיבה את הכלל האנגלי כך שיחול על המקרה דנן היא מידתית. אלא יש לשאול את השאלה המקדמית האם במסגרת פרשנות של דין החוסה תחת שמירת הדינים, לאור חוקי היסוד, ראוי להרחיב את הכלל הפוגע בזכויות יסוד למרחבים חדשים. זאת אף בהנחה שההרחבה היא מידתית, מבלי להביע עמדה בשאלה שניה זו. בחינה זו מחייבת בדיקה רחבה יותר, כפי שיפורט להלן, תוך הידרשות בין היתר לשלוש השאלות שהוצגו לעיל. בחינה שכזו מובילה אותי למסקנה שונה מזו אליה הגיע הנשיא, וזאת ממספר נימוקים.

תחילה, כדי לעמוד על שאלות אלו ראוי להציג את הערכים המתנגשים במקרה. אלו הם אפוא זכות הגישה לערכאות (ובמסגרת זכות זו יש להתחשב גם בזכויות שנטען בתביעה כי נפגעו) אל מול האינטרס הציבורי שבמניעת סיוע לאויב. למעשה מוסכם בין חבריי השופטים מהם הערכים המתנגשים במקרה, תהא מסקנתם הסופית אשר

תהא. השאלה היא מהי הפרשנות הראויה לאור חוקי היסוד, היוצאת מנקודת המוצא של הכלל האנגלי המקורי שנקלט למשפט הישראלי מהמשפט המקובל. כפי שסקר גם הנשיא בחוות דעתו, הכלל האנגלי עודנו שריר וקיים במדינות המשפט המקובל כדוגמת אנגליה, ארצות הברית וקנדה, והוא מוחל על כל תושבי המדינות שבינן לבין המדינות בהן מוגשות התביעות מתחוללת מלחמה מוכרזת. יוער כי במדינות אלו הכלל חל למשך המלחמה, ורק על תביעות אזרחיות, ולאחריה זכאי התובע להגיש את תביעתו. נפנה עתה לשלוש השאלות שהוצגו, הטומנות בחובן שלושה נושאים: (א) אופי התביעה; (ב) סכסוך מזוין לעומת מלחמה; (ג) המשך בירור תביעה שהוגשה כדין לעומת הגשת תביעה.

10. אופי התביעה – ניתן לומר כי השאלה המשפטית המתעוררת אינה מבדילה בין תביעות אזרחיות שונות. ואולם, שמירת הדינים המחייבת את בחינתו של העניין לאורו של חוק היסוד דורשת התמודדות עם הערכים המתנגשים, עם טיב הזכות שנפגעת ועוצמת הפגיעה בה. אמרנו זה מכבר כי הערכים המתנגשים הם זכות הגישה לערכאות והאינטרס במניעת סיוע לאויב. כמובן, לא די בהצגת הזכויות המתנגשות באופן מופשט. הזכות לעולם מקבלת לבוש פרטני לפי מידותיו של המקרה הקונקרטי. בענייננו במסגרת זכות הגישה לערכאות יש להתחשב גם בזכות שנטען בתביעה כי נפגעה – שלמות הגוף, ובעקבותיה אף הזכות לכבוד, לפרטיות ולחירות (במסגרת המעצר). באשר למניעת סיוע לאויב, לא מדובר בסחר או אפילו באפשרות של תשלום כספי בשלב זה, אלא סוגיית בירור החבות של המדינה בטענות שהועלו. לפיכך, ניתן לומר כי האינטרס הציבורי הרלוונטי הוא מניעת סיוע תדמיתי לאויב, ולא מניעת סיוע כלכלי.

רבות נכתב במסגרת העניין שבפנינו ובמקרים רבים נוספים על חשיבותה של זכות הגישה לערכאות. די להפנות בהקשר זה לחוות דעתו של הנשיא (פסקאות 60-63 לחוות דעתו) ושל השופט ג'ובראן (ראו פסקאות 3 ו-15 לחוות דעתו, והאסמכתאות שהובאו בהן). קיומה של זכות הגישה לערכאות הוא שמגן הלכה למעשה על כל זכויות היסוד העומדות לכל אדם באשר הוא אדם. זכות וזכות תביעה לידה. מבלי שתהא הגנה משפטית על זכויות אלו – מהו ערכן? במובן זה, הדבר דומה לסיווג שבע מצוות בני נוח. כידוע, על פי המשפט העברי חלות על אומות העולם – בני נוח – שבע מצוות. בין מצוות אלו יש רק מצוות עשה אחת, והיא דינים, דהיינו הקמת מערכת משפטית (תלמוד בבלי, מסכת סנהדרין נו, א). הסיבה לכך היא כנראה שזהו המקור לזכויות האחרות. זהו הבסיס לדין. הכלל במשפט העברי אף בא לידי ביטוי בדברי הרמב"ם, אשר הטיח ביקורת קשה כלפי אנשי שכם – וההשלכות הנובעות מכך – שלא הקימו

מערכת משפטית אשר תגונן על קרבנות אונס. (ראו: בראשית, לד; רמב"ם, היד החזקה, ספר שופטים, הלכות מלכים, פרק ט הלכה יט). באשר למשפט הישראלי ניתן לכנות את זכות הגישה לערכאות זכות "יסוד שביסוד". מנקודת מבטה של המערכת המשפטית, זכות הגישה לערכאות היא זכות יסוד ראשונית אשר מעניקה את האכסניה לכל יתר הזכויות.

במסגרת זכות זו עומדת לאדם גם הזכות להגיש תביעה אזרחית. זאת אף אם היה ניתן לפנות גם להליכים משפטיים שונים. בהקשר זה הייתי מפנה, מבלי לקבוע מסמרות, לחוות דעתו של השופט דנציגר באשר לטיב החקירה שנוהלה בעקבות טענותיו של המשיב, והספקות המתעוררים באשר לה (ראו פסקה 14 לחוות דעתו של השופט דנציגר). כך או כך, במקרה שבפנינו תובע המשיב פיצויים בשל הטענות שבעת שהיה במשמורת ישראלית בוצעו בו מעשי אינוס וסדום על ידי חוקריו. על כן, זכות הגישה לערכאות במקרה שנידון היא חשובה לא רק כזכות עצמאית, אלא כזכות המשמשת לבירור טענותיו בדבר פגיעה חמורה בכבודו, בשלמות גופו ובחירותו הבסיסית – זכויות העומדות לו מעצם היותו אדם, גם כעציר. יפים לעניין זה דבריו של השופט א' מצא:

> "הלכה מושרשת היא עמנו, כי זכויות היסוד של האדם "שורדות" גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר (וכן לעציר) אף בתוך תא כלאו. יוצאות מכלל זה הן אך זכותו של האסיר לחופש התנועה, ששלילתה מן האסיר נובעת מכליאתו... עלינו לזכור ולהזכיר, שכבוד האדם של האסיר הוא ככבודו של כל אדם. המאסר פוגע בחירותו של האסיר, אך אסור שיפגע בכבוד האדם שלו. זכות יסוד היא לאסיר שכבודו לא ייפגע, ועל כל רשויות השלטון מוטלת חובה לכבד זכות זו וכן להגן עליה מפני פגיעה... יתר-על-כן: פגיעה בכבוד האדם של אסיר פוגעת לא רק באסיר, אלא גם בדמותה של החברה. יחס אנושי לאסירים מהווה חלק מנורמה מוסרית-אנושית שמדינה דמוקרטית מצווה לקיימה. ומדינה הפוגעת בכבוד אסיריה, מפרה את חובתה, המוטלת עליה כלפי כלל אזרחיה ותושביה, לכבד את זכויות היסוד של האדם" (עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, פסקאות 12-13 לפסק דינו של השופט מצא (1996)).

גם אם יש שוני באיזון הזכויות בין אסיר רגיל לבין אסיר או עציר בטחוני, עדיין יש לאחרון זכויות. הוא תחת המשמורת של המדינה. ראוי להפנות בעניין זה לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה בפסק הדין הראשון בדבר ההכרה כי זכות הגישה לערכאות חלה גם על האויב (פסקאות 27 לפסק דינה בפסק הדין הראשון; כן ראו להרחבה

פסקאות 21-26 לפסק דינה לעניין חשיבותה של זכות הגישה לערכאות באופן כללי). למשל, האם יעלה על הדעת כי ניתן יהיה להרעיב אותו או למנוע ממנו כל טיפול רפואי? דוגמאות אלו אמנם מצויות בקצה, אך די בהן כדי להמחיש את הנקודה. זאת במיוחד לנוכח העובדה שהתביעה במקרה שבפנינו עניינה טענות בדבר ביצוע מעשי אינוס ומעשי סדום. כאמור, המדינה אינה מצדיקה התנהגות כזו גם כלפי אויב, אלא מכחישה את התרחשותם של האירועים. נכון הוא כי טענות דיראני נבדקו ונדחו במישור הפלילי בשלב החקירה, מבלי שהוגש כתב אישום והעניין נידון בפני בית המשפט. ברם, אין בכך לסגור את הדלת בפני בירור העניין על פי הדין האזרחי. נסתפק באזכור שזכותו להגיש תביעה לא הייתה שנויה במחלוקת כאשר שהה בישראל. המסקנה היא שנפגעה זכות יסוד בסיסית בעוצמה גבוהה.

11. מן העבר האחר ניצב האינטרס הציבורי למנוע סיוע לאויב. הווה אומר כי לטענת המדינה, האינטרס העומד מול זכות הגישה לערכאות הוא אינטרס זה. המשך בירור התביעה לפי גישה זו יסייע לאויב, ויש למנוע זאת. זהו הרציונל ביסוד הכלל האנגלי על פי חוות דעתו של הנשיא. דעתי היא כי אף צד שני זה של המטבע איננו עומד במלוא העוצמה הנדרשת בנסיבות תיק זה.

ראשית, מהמקורות שהובאו עולה כי הסיוע העיקרי אותו חפץ הכלל האנגלי למנוע הוא סיוע כלכלי. כאן יש לחזור ולהדגיש כי אף אם תביעתו של המשיב תתקבל – הסכום שייפסק לא יועבר לידיו או ללבנון עד לסיום הסכסוך. בכך, כפי שציינו השופטים בהליך זה על גלגוליו השונים, ניתן מענה לאינטרס הציבורי שבמניעת סיוע כלכלי לאויב. בהקשר זה מצאתי לנכון להפנות לעניין Amin (Amin v. Brown [2005] EWHC 1670 (Ch.)), עליו בין היתר התבסס הנשיא בחוות דעתו באשר לכך שהכלל האנגלי עודנו שריר וקיים באנגליה. מפסק דין זה עולה כי ההכרעה שלא להחיל את הכלל על תושבת עיראק בשנת 2005 נבעה מהתפיסה שהקפאת העברת הכספים עונה על תכלית הכלל (ראו סעיף 46 לעניין Amin). כאמור, אף אם עניין Amin אינו מחייב בית משפט זה, יש בקביעה זו להאיר את תכליתו של הכלל כפי שהוא מובן על ידי המערכת המשפטית שקבעה אותו במקור.

שנית, על פי עמדת המדינה וחוות דעתו של הנשיא, הסיוע שיש למנוע כולל גם סיוע תדמיתי. אולם, דעתי היא שקיים לכל הפחות ספק האם בירור תביעתו של המשיב יוביל לנזק תדמיתי למדינת ישראל, וכפי שסברו השופטים ג'ובראן ו-דנציגר, ייתכן אף כי ההיפך הוא הנכון. יתרה מכך, במצב העניינים הקיים עולה להשקפתי כי בנוסף לזכות הגישה לערכאות של דיראני עצמו, קיים אינטרס ציבורי ישראלי דווקא להמשיך

בבירור תביעתו. לנו האינטרס לאפשר את המשך הבירור ולא למנוע הכרעה שיפוטית בעניין. זאת ממספר נימוקים:

הראשון, בירור משפטי – ובייחוד באמצעות ההליך שבחר המשיב בו הוא צד ישיר המעלה את טענותיו בפני בית המשפט – יחזק כל תוצאה, לרבות שלילת טענותיו של דיראני. נעילת דלתות בית המשפט בפניו מונעת בירור של הטענות לגופן. השני, אם טענותיו תתקבלנה על ידי בית המשפט, ויתגלה כי אכן בוצעו בו המעשים האמורים – מדובר במקרה חמור מאוד של חקירה שבוצעה שלא כדין, תוך פגיעה קשה כאמור בשלמות גופו של נחקר. אינטרס ציבורי זה הוא גם שהוביל לפתיחת החקירה בעניין. אולם אין לומר כי בזאת מוצה האינטרס הציבורי לרדת לחקר האמת בפרשה, ובמיוחד לנוכח התביעה שכבר הוגשה. השלישי, לנוכח מעמדו הציבורי של המשיב, ספק בעיניי אם קבלתה של עמדת המדינה ומחיקת התביעה בעניינו בנסיבות העניין תמנע סיוע תדמיתי מהמשיב ומארגון החיזבאללה. ייתכן אף כי ההיפך הוא הנכון. הרביעי, דווקא משום שמדובר בתביעה אזרחית בה נטל ההוכחה הוא מעבר ל-50%, יש לזכור כי למחיקת התביעה והקפאתה דה-פקטו לתקופה לא קצרה, עלולה להיות השלכה ראייתית אשר עשויה לפגוע בהגנה, קרי המדינה, באותה המידה שהיא עשויה לפגוע בתביעה, דיראני.

ולמשמעות נוספת שיש לעצם הקפאת העברת כספי הפיצויים באם תביעתו של המשיב תתקבל. ישאל השואל האם מצב זה אין בו כדי להחליש גם את חשיבותה של זכות הגישה לערכאות מלכתחילה, וכפועל יוצא גם את עוצמת הפגיעה בה. זאת משום שתביעה אזרחית באופן כללי נועדה להשיג פיצוי כספי עבור התובע בגין הנזק שנגרם לו – וכאן בלאו הכי הכסף לא יועבר. ואולם, התמונה מורכבת יותר. הדינים האזרחיים בכלל, ודיני הנזיקין בפרט, מגשימים תכליות נוספות מעבר להשגת הסעד הכלכלי. בירור תביעה אזרחית, בדומה להליך פלילי או עתירה מינהלית, מגשים בין היתר את העיקרון החשוב של בירור האמת, המצוי בליבה של המערכת המשפטית כולה. בתיק נזיקין ההכרעה בדבר חבות הנתבע היא בעלת ערך עצמאי. כך גם ביחסים אחרים בין תובע לנתבע, למשל בתביעה בגין רשלנות רפואית. בענייננו מדובר בבחינה האם המעשים הנטענים בוצעו או לא. כפי שאף העיד דיראני מפורשות – תכלית הגשת התביעה מבחינתו איננה קבלת הפיצויים באם ייפסקו, אלא חשיפת האמת לטענתו. בכך מופנה הזרקור ממיהות התובע אל עבר בחינת הטענות המופנות כלפי המדינה, ולבירור האם חוקרים הפועלים בשירותה של מדינת ישראל עוברים על חוקיה ומבצעים בעצורים, יהא רקעם אשר יהא, מעשי סדום ואינוס. בכך מתבטא אופיה הלבר-כלכלי של התביעה במקרה הנידון. במסגרת הדיון אינני סבור כי הכרחי להכריע במחלוקת

שנתגלעה בין הנשיא לבין השופטת פרוקצ'יה האם התביעה היא אזרחית או ציבורית במהותה. די לומר בשלב זה כי גם בכוחה של תביעה אזרחית המוגשת על ידי הפרט להעלות לעתים סוגיה בעלת חשיבות ציבורית. ככל שהתביעה מעלה טענות עם אופי לבר-כלכלי והכרעות החורגות מעניין זכאות מי מהצדדים לסכום הכסף שבלאו הכי העברתו תוקפא – הפגיעה בזכות הגישה לערכאות באם התביעה תימחק תהא בעוצמה רבה יותר.

לסיכום, סבורני כי בסוגייה הנידונה אין לשים את כל סוגי התביעות למיניהן בסל אחד. אופי התביעה משפיע על שיקול הדעת של בית המשפט. ודאי כך הדברים בבואו לפרש את הכלל האנגלי לפי פסקת שמירת הדינים. בנסיבות העניין אף אינני נדרש לטעת מסמרות באשר לשאלה העקרונית האם יש להידרש לאיזון אופקי או אנכי באופן כללי. זאת היות שלעמדתי בנסיבות העניין שניהם מובילים למסקנה כי יש להמשיך בבירור תביעתו של המשיב. זאת הן לנוכח חשיבות הזכויות ועילת התביעה הקונקרטית, והן משום שסבורני כי במקרה הנידון אי בירורה של תביעתו של דיראני לאו דווקא תקדם את האינטרס הציבורי שבמניעת סיוע לאויב, ואף ייתכן שההיפך הוא הנכון. באשר לסיוע הכלכלי, אי תשלום הפיצוי כל עוד קיים סכסוך מוציא את העוקץ מהטיעון. באשר למתן סיוע תדמיתי לאויב – חושבני כי התדמית בעיני המתבונן. עלינו לשמור על ערכי המדינה ולא להעניק תפקיד זה לאויב. המקרה שבפנינו מדגיש אפוא את התפיסה הראויה בעיניי לפיה "השמירה על זכויות היסוד של האדם אינה רק עניינו של הפרט אלא של החברה כולה, והיא הקובעת את דמותה של החברה" (דנ"פ גנימאת, לעיל, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת ד' דורנר; וכן ראו עניין גולן לעיל).

12. החלת הכלל האנגלי במצבים של מלחמה מול סכסוך מזוין – מוסכם כי הכלל האנגלי חל במצב של מלחמה מוכרזת. הנשיא דוגל בהרחבת הכלל גם לסכסוך מזוין כדוגמת המצב השורר בין מדינת ישראל ללבנון. הגם שניתן להבין את עמדתו בהיבט העובדתי לנוכח השינויים בשדה הקרב, בבואי לבחון את העניין בהיבט הנורמטיבי ביחס להרחבת הכלל האנגלי חשוב להבין את משמעות ההרחבה והיקפה. כך נכון לבחון את השלכותיהן הצפויות של הפרשנויות הרלוונטיות. השלכות אלו תלויות לעתים, ובפרט במקרה הנידון, במציאות החיים הישראלית. במקרה שבפנינו מדובר בכלל שהיקף תחולתו מושפע ממציאות החיים הישראלית וממצבה המדיני של ישראל. ככלל, מדינת ישראל נקלעה למצב בו היא שרויה בסכסוכים מזוינים החל מיום הקמתה ועד היום, בתחילה בין היתר עם כל שכנותיה ולאחר חתימה על הסכמי השלום עם ירדן ומצרים – עם חלק משכנותיה, וביניהן לבנון. פורמלית, סכסוכים אלו לא חדלו מעולם אלא בהסכמי שלום. עם זאת, היחסים בין המדינות שאין עימן הסכמי שלום ידעו עליות

ומורדות, ועצימות הסכסוכים השתנתה במרוצת השנים. המדינה גם ידעה מלחמות מוכרזות לא מעטות, אולם אלו היו תחומות בזמן. בחינה של יחסי ישראל-לבנון בפרט, הרלוונטים למקרה שבפנינו, מעלה כי היו ימים ששרר שקט יחסי, אם כי הסכסוך לא חדל מעולם. לעומת זאת, המלחמה האחרונה בין ישראל ללבנון התרחשה לפני כ-8 שנים ונמשכה כחודש.

משמעות הדבר היא כי במידה שתתקבל הפרשנות לפיה הכלל האנגלי חל גם במקרים של סכסוך מזוין מדובר בהרחבה משמעותית שלו ביחס לפרשנות המקובלת, לפיה הוא חל רק בתקופה של מלחמה מוכרזת. הנשיא בחוות דעתו מציע, לצד ההרחבה הטריטוריאלית, לצמצם את התחולה הפרסונלית של הכלל כך שיחול במקרים אלו רק על המעורבים בסכסוך המזוין ולא על כלל תושבי אותן מדינות עימן ישראל מצויה בסכסוך מזוין. כמובן, פרשנות זו פוגעת פחות בזכות הגישה לערכאות מאשר פרשנות לפיה למשל הכלל יחול על כל תושבי מדינות אלו. ואולם, גם פרשנות זו מהווה חלופה המרחיבה את הפגיעה בזכות הגישה לערכאות מעבר לפגיעה הקיימת לפי הכלל בפרשנותו המקובלת כיום בעולם. בהקשר הישראלי, התוצאה היא כי הכלל יורחב למדינות שונות ולפרקי זמן שאינם תחומים ועלולים להימשך עוד זמן רב. עוד יוער כי במסגרת הפרשנות המוצעת על ידי הנשיא לא הוצע לבטל את תחולת הכלל במתכונתו המקובלת, אלא להוסיף מקרים בהם הכלל יחול.

13. בהקשר זה אדגיש כי במסגרת שמירת הדינים נקודת המוצא צריכה להיוותר הדין הישן שנקלט לפני חקיקת חוקי היסוד, אשר חוסה תחת פסקת שמירת הדינים. דין זה, כפי שהיה נהוג עד לחקיקת חוקי היסוד, הוא שיש לפרש לאורם. הכלל שבפנינו הוא כלל שנקלט עוד בשנות החמישים של המאה הקודמת, כחלק מהמשפט המקובל האנגלי, שם נטועים שורשיו. בנסיבות אלו יש ליתן משקל לאופן שבו המשפט המקובל פירש את הכלל ממועד קליטתו ועד לימים אלו. אולם ראשית יש לתת את הדעת לכך שמדובר בכלל המוכר זה מאות שנים במשפט המקובל, הרבה לפני שנקלט למשפט הישראלי. בתקופה זו מערך הזכויות והערכים בעולם כולו, לרבות באנגליה, היה שונה מכפי שהוא היום. כך באופן כללי, ואף במקרה הספציפי של זכות הגישה לערכאות. די להמחיש את הדבר בכך שבאנגליה עד למאה ה-19 אישה כלל לא יכלה להגיש תביעה לבתי המשפט אלא באמצעות בעלה. תפיסתה של זכות הגישה לערכאות בדרך המובנת לנו היום וחשיבותה כזכות חוקתית – לא הייתה מקובלת באנגליה, בוודאי לא באותה משמעות, כאשר נקבע לראשונה הכלל האנגלי. אין להכחיש כי באותה תקופה הדיונים המשפטיים לא נסובו סביב שיח של זכויות אדם. שאלה גדולה היא עד כמה דיון בזכויות חוקתיות היה מובן אז כפי שהוא מובן היום. בוודאי כך לגבי זכויות העומדות

לאויב שנתפס. אין בכוונתי לומר כי הכל היה אז הפקר, אך המסגרת הנורמטיבית שחלה באותם ימים רחוקה מהשפה המשפטית ותוכנן הערכי של שיטות חוקתיות דהיום.

באשר לאופן בו הכלל האנגלי חל בימינו – כפי שהיטיב לסקור זאת הנשיא בחוות דעתו, הכלל האנגלי עודנו שריר וקיים, אך הוא מוחל רק במלחמות מוכרזות. כך נקבע בעניין Amin על ידי בית המשפט באנגליה בשנת 2005 באשר למצב המדיני בין אנגליה לעיראק, ימים בהם שהו כוחות אנגלים בעיראק, וכן בשנת 2010 בארצות הברית באשר למצבה עם איראן (Cohan v. Movtad, 751 F. Supp. 2d 436 (E.D.N.Y (2010). בהקשר זה מצאתי לנכון להדגיש כי פסיקות אלו ניתנו לאחר מתקפת הטרור הרצחנית שהתרחשה ב-11.9.2001. אין עוררין שמדינות אלו מכירות את הקושי שבמאבק בטרור ובהשלכותיו הנוראיות על אף העדר מלחמה 'מוכרזת' – אולם אף על פי כן הן סירבו להרחיב את הכלל ונצמדו לדרישה למלחמה מוכרזת בהקשר זה.

בעניין Amin סקר בית המשפט באנגליה את המלחמות השונות, ונתן את דעתו לתמורות שהתחוללו במרוצת השנים במשפט הבינלאומי ובמלחמות המודרניות לעומת סכסוכים מזוינים. בתום בחינה זו פסק שהמצב בין אנגליה לעיראק אינו עולה לכדי מלחמה ושאין צורך להרחיב את הכלל גם למאבק מזוין מודרני. זאת משום שבלאו הכי העברת הכספים לעיראק תוקפא. על כן התובעת ומדינתה לא "תתעשרנה" כתוצאה מבירור התביעה (עניין Amin, פסקה 46, תוך הפניה ל Iraq (United Nation (Sanctions) Order 2000 (SI 2000 No 3241). לעמדתי, יש ליתן משקל לקביעה זו, בייחוד כאשר המשפט המקובל הבריטי הוא המקור הנורמטיבי לכלל במשפט הישראלי מתוקף סימן 46. זאת בשונה מהליך חקיקה ישראלי פנימי וסדור, או פסיקה עצמאית של בית משפט זה. ודאי יש לעניין נפקות בבוא בית משפט זה לשקול האם מבחינה נורמטיבית יש להרחיב את הכלל האנגלי ולהחילו על הנסיבות שבפנינו. אמנם, אין בית משפט העליון מחויב בפרשנות שניתנה לכלל זה במדינות המשפט המקובל, אלא מדובר במקור פרשני. ואולם, יש להתחשב בכך במכלול הנתונים.

14. הגשת התביעה מול הפסקתה – דיראני הגיש את תביעתו לבית המשפט המחוזי עוד כאשר שהה בכלא הישראלי. לפני שחזר ללבנון כחלק מעסקת חילופי שבויים – לה מדינת ישראל הייתה כמובן צד – העיד עדות מוקדמת לצורך בירור תביעה זו. לכך יש להוסיף כי רק במהלך בירור ההליך תוקן חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005 (להלן: תיקון 7 לחוק הנזיקים האזרחיים), כך שהוא אינו חל על המקרה. מדובר למעשה בבקשה להפסיק לברר תביעה שהוגשה כדין והחלה

להתברר. אין מחלוקת על כך שכאשר דיראני שהה בישראל, היה על המדינה להמשיך ולברר את תביעתו. מכאן אף עולה השאלה האם שינוי נסיבות זה – שהוא אמנם איננו זניח לעניין הכלל האנגלי, המחייב שהות במדינה זרה – משנה את התמונה באופן המצדיק הפסקתה של תביעה התלויה ועומדת. לכך יש להוסיף את דברי השופט ג'ובראן, שאותה התנגשות ערכים התקיימה גם כאשר דיראני שהה בישראל (פסקה 18 לחוות דעתו). מכלול נסיבות זה מחזק את המסקנה לפיה במקרה הקונקרטי אין להחיל את הכלל האנגלי באופן המרחיב המתבקש, ויש להמשיך לברר את התביעה שהוגשה.

סיכום

15. דעתי היא, כדעת הנשיא גרוניס, שניתן לקבוע שהכלל האנגלי נקלט למשפט הישראלי. כמו כן, מבחינה עובדתית מבין אני את העמדה לפיה באופן כללי אין שוני מהותי בין מלחמה מוכרזת לבין סכסוך מזוין. ואף על פי כן, אינני סבור כי יש מקום להרחיב את הכלל האנגלי בתיק זה. עסקינן בכלל אנגלי המוגדר כדין. בתור דין ישן הוא חוסה תחת פסקת שמירת הדינים. הוא איננו ניתן לביטול, אך יש לפרשו על פי רוח חוק היסוד ובהשראתו. פרשנות שכזו מובילה אותי למסקנה שאין להרחיב את הכלל האנגלי כך שיחול במקרה שבפנינו. שלושה נימוקים עיקריים לכך: הראשון, הרחבה ממלחמה מוכרזת לסכסוך מזוין הינה הרחבה משמעותית. הרחבה כזו לא התקבלה במדינות המשפט המקובל, אך לא זה העיקר. פרשנות במסגרת שמירת הדינים מחייבת בדיקה נורמטיבית ולא רק עובדתית. יש לבחון לא רק את השאלה הצרה של מלחמה מול סכסוך מזוין, אלא את השאלה הרחבה יותר של גישת המשפט הישראלי של ימינו לכלל האנגלי לאורן של הזכויות המתנגשות. זכויות אלו הן הגישה לערכאות אל מול מניעת סיוע לאויב. באשר לראשון, זכות זו היא בעלת מעמד חוקתי גבוה ביותר. יושם אל לב כי מבחינה היסטורית הכלל האנגלי הגיע לעולם מאות שנים טרם השיח החוקתי העולמי וטרם הפנמת חשיבותה של זכות זו. באשר למניעת סיוע לאויב, לא מדובר באפשרות בשלב זה של תשלום פיצוי אפילו אם התביעה תתקבל. באשר לסיוע תדמיתי, מסופקני אם שיקול זה פועל בהכרח לכיוון הפסקת התביעה. השני, אופיה של התביעה – על פי הנטען בה, החוקרים ביצעו במשיב מעשי אינוס וסדום. אין צורך להכביר במילים על חומרת האשמה זו. היה והתביעה תתקבל, ברי כי יש חשיבות לכך ביחס לחוקרים הפועלים מכח סמכות המדינה. היה והתביעה תידחה, נדמה כי ישנה חשיבות רבה ביותר בניקוי שמם של החוקרים בפרט, ושל מדינת ישראל בכלל. תוצאה זו עדיפה על אי בירור התביעה. עניין זה מתקשר לנימוק השלישי. התביעה הוגשה כדין והמשיב אף העיד בטרם שוחרר במסגרת עסקת חילופי שבויים. נקודת האיזון מקום בו מתבקשת הפסקת תביעה שהחלה כדין שונה היא מתביעה אותה מבקשים להגיש.

מסקנתי נובעת ממצבור שלושת השיקולים. מבחינתי, השיקולים של שלב התביעה והסוגייה של הרחבת הכלל אינם עומדים לבדם. יש חשיבות רבה לאופי התביעה אשר מעצימה את זכות הגישה לערכאות גם בהליך אזרחי. נתון זה בוודאי משנה את נקודת האיזון. חשיבות העניין נובעת מערכי השיטה. אכן מדובר באויב מר שבכוונתו לפגוע במדינת ישראל. אך לא יהיה זה נכון לשקול את העניין מנקודת מבטו. השאלה היא מהם ערכי החברה. לתפיסתי חשוב שבירור התביעה ייעשה על מנת להראות שגם במקומות האפלים המדינה שומרת על מחויבותה לדין ולמשפט. במובן זה הבירור הוא חלק מהאינטרס הישראלי.

16. אינני מתעלם מכך שהכנסת העבירה את תיקון 7 לחוק לנזיקים האזרחיים, אשר מציג עמדה אחרת מזו שהצגתי. בראייה של הביקורת החוקתית ניתן לטעון שתיקון זה עובר את מסננת פסקת ההגבלה. אולם אין צורך להכריע בכך במסגרת חוות דעת זו. די לומר שלא זו השאלה העומדת לפתחנו. המקרה שבפנינו הקדים את התיקון לחוק. ההכרעה השיפוטית בעניין איננה מול הכנסת, אלא של בית המשפט פנימה. הכנסת רשאית לחוקק, ובית המשפט מוסמך לבקר את חוקיה מבחינה חוקתית. אלא ששיקול הדעת השיפוטי ומתחם הפעולה וההתערבות הוא שונה בהשוואה להליך פרשנות פנימי. גם אם בחינה חוקתית כזו הייתה מביאה לתוצאה אחרת, מלאכת ההכרעה בתיק זה היא שונה. כך שונה אף נקודת המוצא – הכלל האנגלי אל מול חוק הכנסת. במסגרת הדיון הנוכחי, בית המשפט מחוייב להכריע על פי הבנתו המשפטית מהי הפרשנות העדיפה, ולא האם חוק מסוים של הכנסת מצוי במתחם החוקתי.

סוף דבר

17. נכון יהיה לאפשר את המשך בירורה של התביעה שהוגשה על ידי המשיב. כך ראוי להשקפתי למדינה יהודית ודמוקרטית. ניתן לומר שהמדד באיזו מידה המדינה מסורה לסייע לפרט הוא בהתייחסותה לחוליה החלשה בחברה, ואילו המדד למסירות המדינה לזכויות היסוד שבדין הוא באיזו מידה יש הקפדה על הכללים ועל הערכים שבבסיסם, גם כלפי מי שעל פי התנהגותו אינו ראוי להגנה זו.

הנני מצטרף אפוא לדעתם של השופטים ג'ובראן ודנציגר, כי יש להמשיך בבירור תביעתו של המשיב, בכפוף לאמור באשר להקפאת העברת הפיצויים באם ייפסקו, כפי שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי ובפסק הדין הראשון.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

1. הנני מצטרף בהסכמה לתוצאה ולעיקרי פסק דינו המקיף והמאלף של חברי, הנשיא א' גרוניס, שעמדתו מתיישבת עם גישתי בפסק הדין, מושא הדיון הנוסף (להלן גם: פסק הדין הראשון). בחוות-דעתי שם הצגתי תפיסה, שאת עיקרה ניתן לסכם בתמציתיות כך: כל עוד שהה המשיב דיראני בישראל – דרכו לערכאות בארץ היתה סלולה לו והוא רשאי היה להלין בפניהן על פגיעות שחווה, לטענתו, בזמן שהותו במשמורת מדינת ישראל וכן לעתור לקבלת סעד מתאים (כפי שאכן עשה, במגוון של הליכים – ראו: פירוט ההליכים בפיסקה 26 לפסק דינו של הנשיא), לרבות: הגשת תביעה כספית נגד המדינה לקבלת פיצויים. ואולם, מששב דיראני ללבנון וחזר להתגורר במדינתו, שהיא מדינת אויב ולהיות פעיל בארגון המחבלים המכונה: "חיזבאללה", אשר הוכרז כארגון טרור והוא שם לו למטרה לפגוע במדינת ישראל, בחייליה ובאזרחיה – זכותו האמורה פקעה מכוח הכלל הנקוט במשפט המקובל, ואף נקלט למשפט ארצנו, לפיו: אין מבררים תביעתו של נתין אויב.

2. בשל חשיבות הדברים – ארשה לעצמי להרחיב פה מעט ולתאר את המסגרת הנורמטיבית, כפי שאני רואה אותה וכן להוסיף עדכונים לגבי המשפט המשווה (מעבר לפירוט הרב שהצגתי בפסק הדין הראשון), והכל בצד ציון מספר הערות, במיוחד ביחס לדעותיהם החולקות של חברי. זה המקום להדגיש כי מקובלים עלי, כמובן, החלקים התומכים בחוות דעתה של חברתי, המשנָה לנשיא, השופטת מ' נאור וכן חוות דעתו המעניינת ורצופת הניסיון של חברי, השופט א' רובינשטיין, לרבות האמור בפיסקה כ' שבה, אליה אני מצטרף מעומק הלב.

אפתח בדברי רקע קצרים.

נתוני בסיס

3. מדובר בתביעה אזרחית-נזיקית, שהוגשה ע"י מוסטפא דיראני (לעיל ולהלן גם: דיראני) כנגד המדינה עת שהה במשמורת בישראל, בגין מעשים קשים שנעשו בו, לדבריו, בסמוך לאחר שהובא במבצע צבאי לארץ וכאשר הוא נחקר לגבי מקום המצאו של הנווט הישראלי רון ארד, שמטוסו הופל בלבנון. דיראני היה אחראי לכליאתו ולהחזקתו של הנווט השבוי. 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, ועד עצם היום הזה – לא ידוע מה עלה בגורלו. הסעד הנעתר בגדרה של התביעה הוא כספי גרידא. כאן המקום להזכיר שסכום התביעה – 6,000,000 ש"ח – נבחר על ידי התובע מטעמי "סימבוליקה", שאין צורך לפרשה, ולא על בסיס תחשיב ענייני כלשהו.

4. הנתונים הנ"ל, אשר די היה בהם כדי להביא לדחייתה של תביעה דומה ברוב המדינות בעולם – לא מנעו את הגשת תביעתו של דיראני לבית המשפט המחוזי בתל-אביב ואת המשך בירורה, כל עוד הוא הוחזק בישראל. אלא שדיראני, אשר הוחזר ללבנון במסגרת הסדר חילופי עצורים וגופות (להלן: הסדר החילופין) והתחייב בעת שחרורו שלא לשוב לפעילות טרוריסטית – הצטרף שם, מיד עם הגעתו, לארגון החיזבאללה בתפקיד מנהיגותי. יחד עם זאת דיראני ביקש להמשיך ולנהל את תביעתו, שבגדרה נשמעה כבר עדותו שנגבתה כעדות מוקדמת טרם החזרתו (להשלכות הדברים שנאמרו שם במסגרת זו – ראו פיסקאות 18-19 שלהלן).

בשים לב לשינוי זה בנסיבות – המדינה הגישה לבית המשפט המברר, בקשה לדחייה, או למחיקה של תביעתו של דיראני על הסף. הטעמים שעמדו בבסיס הבקשה היו: הכלל לפיו אין מבררים תביעתו של נתין אויב, שיקולים שבתקנת הציבור, והעובדה שמדובר בתביעה שגם אם תתקבל – הסעד הכספי המבוקש בה ממילא לא יועבר לדיראני, כל עוד הוא נתין אויב.

בית המשפט המחוזי הנכבד (כב' השופט ד"ר ע' בנימיני) 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 1939, לפיה – אם וככל שייפסק פיצוי לדיראני – האפוטרופוס לנכסי האויב ישמור על נכס זה עד שתגיע עת שלום.

5. המדינה הגישה בקשת רשות לערור כנגד ההחלטה הנ"ל ולאחר שהרשות ניתנה – אושרה במסגרת פסק הדין הראשון החלטתו של בית המשפט המחוזי הנכבד, בדעת רוב של חברי: השופטת א' פרוקצ'יה והשופט ס' ג'ובראן, ואילו אני סברתי, בדעת מיעוט, שהיה מקום לקבל את בקשת המדינה.

6. חילוקי הדעות הנ"ל הם שעומדים בבסיס הדיון הנוסף שבפנינו, אשר באופן ראשוני מתוחם במסגרת תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקסד"א), הדנות בסילוק תביעות על הסף ובגדרן עולות השאלות המרכזיות שניצבות למעשה בפרשה זו. אפתח איפוא בפירוטן ובניתוחן של התקלות המדוברות.

התקנות הרלבנטיות מתקסד"א

7. תקנה 100 לתקסד"א קובעת, בהוראות הרלבנטיות לענייננו, כדלקמן:

מחיקה על הסף [105] "100. בית המשפט או הרשם רשאי, בכל עת, לצוות על מחיקת כתב תביעה נגד הנתבעים, כולם או מקצתם, על יסוד אחד הנימוקים האלה:
(1) אין הכתב מראה עילת תביעה;
(2) נראה לבית המשפט או לרשם מתוך הכתב שהתובענה היא טרדנית או קנטרנית;
(3) ...;
(4) ...".

(ההדגשות שלי – ח"מ).

8. תקנה 101(א) לתקסד"א קובעת, בהוראות הרלבנטיות לענייננו, כדלקמן:

דחיה על הסף [106] "101. (א) בית המשפט או רשם שהוא שופט רשאי, בכל עת, לדחות תובענה נגד הנתבעים, כולם או מקצתם, מאחד הנימוקים האלה:
(1) ...;
(2) חוסר סמכות;
(3) כל נימוק אחר שעל פיו הוא סבור שניתן לדחות מלכתחילה את התובענה בנוגע לאותו נתבע."

(ההדגשות שלי – ח"מ)

9. קריאת התקנות הנ"ל והאפשרויות להחילן על עניינו מלמדות כי ניתן לגרוס שבנסיבות החדשות שנוצרו (חזרתו של דיראני ללבנון, שהיא מדינה אויב, והצטרפותו לפעילות בארגון טרוריסטי שם) – יש מקום לאחת מהשתיים:

(א) מחיקת תביעתו של דיראני מחמת כך שאין היא מגלה עוד עילת תביעה (זו אחת מהגישות המקובלות המצדיקות את הכלל שאין מבררים תביעתו של נתין אויב – ראו: Sir Edward Coke's Commentary upon Littleton (1628); Rodriguez v. Speyer

(Brothers [1919] A.C. 59, at p. 66 (HC)), או מחמת כך שהדרישה להמשיך את ניהול התובענה היא לשם קינטור.

(ב) דחיית תביעתו של דיראני בשל חוסר סמכות, או בשל כך שהכלל שאין מבררים תביעתו של נתין אויב הוא בחזקת נימוק שעל פיו ניתן לדחות מלכתחילה את התובענה (הכלל האמור – יכול לבסס בו זמנית כל אחת מחלופות הדחיה הנ"ל – ראו חוות דעתי בפסק הדין הראשון; לנפקות הדחייה על טענות אפשריות של מעשה בי"ד והתיישנות – עיינו גם שם וכן ב-ע"א 7401/00 יחזקאלי נ' עו"ד גלוסקא כונס נכסים, פ"ד נז (1) 289, 305 ואילך (2002)).

אקדים מוקדם למאוחר ואציין כי לשיטתי, הנסיבות הייחודיות והחריגות הנ"ל, שנוצרו כאן, הן שהצדיקו ועודן מצדיקות, את דחיית תביעתו של דיראני על הסף (מכוח הסמכות המוקנית לבית המשפט בתקנה 101 לתקסד"א), או למצער את מחיקתה (מכח תקנה 100 לתקסד"א), כפי שמציע חברי, הנשיא. תוצאה זו מתחייבת מן הכלל שאין מבררים תביעתו של נתין אויב (מה גם שדיראני איננו רק נתין אויב, אלא אויב ממש), או מחמת כך שתביעתו (או המשך בירורה) נועדו לקינטור (במשמעות האמור בתקנה 100(2) לתקסד"א) ויש בכך גם שימוש לרעה בזכות הגישה לערכאות, הנגועה במצרף המכלול, בחוסר תום לב משפטי, שנפקותו: איון ההליך. עתה אפרט הדברים.

הכלל שאין מבררים תביעתו של נתין אויב ויישומו בהקשר שלנו

10. כלל זה אוזכר לראשונה במשפט האנגלי עוד לפני כ-400 שנה ומאז הוא קנה לו שביתה שם וחלחל לכל מדינות ה-Common Law (ראו: ליאב אורגד ויורם רבין "זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)" מחקרי משפט כט 469, 477-478 (2014) (להלן: אורגד ורבין), וההפניות הנזכרות שם בעמ' 477 ה"ש 25 ובעמ' 478-480). הכלל האמור אף התקבל במשפט הקונטיננטלי והוא הפך למעשה לכלל אוניברסלי (עיינו: אורגד ורבין, בעמ' 481), אם כי ברבות השנים נקבעו לו חריגים שונים, ככל שאלה לא פגעו בהצדקות שעמדו ביסודו (ההצדקות מכוונות לשלול סיוע במאמץ המלחמתי הכולל של היריב וכן למנוע: ניצול לרעה של ההליך המשפטי, התעשרות של הפרט נתין האויב התובע, או מדינת האויב אליה הוא משויך, הצפת בתי המשפט של המדינה בה מוגשות התביעות – בתביעות סרק, למזער קשיים ראייתיים שמקשים על בירורן של תביעות בעת לחימה, ועוד. עיינו: אורגד ורבין, בעמ' 471).

החריגים הנ"ל כוללים כיום, בין היתר, מצבים שבהם הנתין הזר שוהה ברשות ובסמכות במדינה שלערכאותיה הוא מבקש לפנות, או כאשר מדובר בתביעה אזרחית של נתין מדינת אויב שאיננה מצויה במצב מלחמה מוכרז עם המדינה שבה הוא הגיש את תביעתו, ואפילו זו מנהלת "עימות מזוין" עם מדינתו, ובלבד שתביעתו לא כרוכה בעימות זה (עיינו: Amin v. Brown [2005] EWHC 1670 (Ch.)), או כאשר מדובר בסוגי תביעות, או סעדים מסוימים מהמשפט הציבורי, דוגמת: "הביאס קורפוס" (עיינו: אורגד ורבין, בעמ' 483). יחד עם זאת, גם במדינות שהכירו בסייגים הנ"ל, נפסק, בין היתר, ואפילו לאחרונה, כי אלה לא יחולו על תביעת נזיקין אזרחית של "לוחם אויב" (או "לוחם בלתי חוקי"), המוגשת כנגד המדינה שחקרה אותו, או החזיקה אותו במשמורת, והסעד הנעתר בגדרה הוא כספי גרידא. במקרים הללו, כך נקבע – ימשיך הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב לחול במלוא היקפו.

הנה רק לפני כשנה (7.10.2013) נפסק בארה"ב בבית המשפט לערעורים של ה-Circuit התשיעי בפרשת Hamad v. Gates, 732 F.3d 990 (להלן: עניין **Hamad**, שאליה מפנה גם חברי, הנשיא, בפיסקה 25 לחוות דעתו), כדלקמן:

> "In this case, **Congress's decision** in § 2241(e)(2) **to preclude only alien detainees captured as part of the war on terror from bringing damages actions easily passes rational basis review**. Congress's decisions with respect to these detainees are at the core of Congress's authority with respect to "the conduct of foreign relations, the war power, and the maintenance of a republican form of government," and thus are entitled to the most deferential judicial review. Moreover, Congress's decision to focus on alien detainees, rather than citizens, is neither arbitrary nor irrational; it is clearly intended "to serve Congress' legitimate foreign policy concerns," by ensuring that members of the armed forces are not unduly chilled in conducting the war on terror by concerns about foreign nationals targeting them with damages claims".
>
> (שם בעמ' 14-15; ההדגשות שלי – ח"מ).

יצוין, כי בקשה להבאת העניין בפני בית המשפט העליון של ארה"ב – נדחתה לאחרונה (ראו: Hamad v. Gates, 2014 U.S. LEXIS 4413 (June 23, 2014)).

זאת ועוד – אחרת. בפרשת Ameur v. Gates (להלן: פרשת Ameur), שנפסקה אף היא לאחרונה בארה"ב (16 ביולי 2014), חזר בית המשפט לערעורים במחוז הרביעי שם – על הפסיקה הנ"ל, והטעים (בעקבות פסיקת בית המשפט העליון של ארה"ב במקרים אחרים), כי שלילת הגישה של "לוחם אויב" לערכאות בתביעה נזיקית – אפשרית גם במקום שבו אין לתובע תרופה אחרת בגין הפגיעה לכאורה, בזכויותיו החוקתיות, זולת הסעד הכספי הנתבע.

11. עיקריהם של הדברים הנ"ל יפים, בשינויים המחויבים, גם לענייננו, ואף ביתר-שאת. עסקינן כאן, כאמור, בתביעה אזרחית-נזיקית, שהוגשה כנגד המדינה, על ידי מנהיג ארגון טרור, אשר הוחזק בישראל בהתאם לצווים שהוצאו, בתחילה, מכוח חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, ובהמשך מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 (כאשר במהלך תקופת המשמורת אושרה החזקתו בהליכים של ביקורת שיפוטית) וכשחזר ללבנון הצטרף כאמור מיד (בניגוד להתחייבותו בעת שחרורו) לפעילות במסגרת ארגון החיזבאללה. תובע כזה איננו רק "נתין אויב". הוא אויב ממש (עיינו גם בחוות דעתי בפסק הדין הראשון, בפיסקאות: 23, 28, 29, 35, 40 ו-44 שם). לפיכך, אפילו נקבל את מגמת הצמצום שחלה בתקופה המודרנית בכלל שאין מבררים תביעתו של נתין אויב – הרי שדיראני איננו יכול להבנות מכך, כמובהר בפירוט בחוות דעתו של חברי הנשיא, המציע להתאים את הכלל המסורתי בדרך הבאה:

> "כאשר מדובר בעימות מזוין עם ארגון טרור הפועל ממדינה זרה, שאינו עולה לכדי קיומה של מלחמה פורמלית בין מדינות, יוחל הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב, על תובעים הנמצאים במדינה הזרה שהינם פעילים בארגון הטרור" (ראו: פיסקה 56 לחוות דעתו).

קביעה זו, שעמה אני מסכים, נועדה להתמודד עם קיומו של קושי לכאורי בזיהויו של "נתין אויב" במציאות המודרנית, והתאמתו של מושג זה, שבו נוקט הכלל מהמשפט המקובל האנגלי – לאופייה המיוחד של "המלחמה בטרור".

12. כאן המקום לציין כי ניתן להצביע על ארבע גישות תיאורטיות אפשריות לבחינת השאלה: מיהו "נתין אויב", שאת תביעתו אין מבררים בעת לחימה, אשר בבסיסן קריטריונים שונים. אציגן בתמציתיות (על פי החלוקה שנעשתה ע"י אורגד ורבין) להלן:

(א) לפי הגישה הראשונה (שאומצה בחלק ממדינות המשפט הקונטיננטלי) – נתין אויב הוא אזרח של מדינה המוגדרת כמדינת אויב, וזאת ללא קשר למקום ישיבתו. בבסיס גישה זו מונח, איפוא, קריטריון של אזרחות.

(ב) לפי הגישה השניה (שאומצה במדינות המשפט המקובל) – נתין אויב הוא אדם המתגורר דרך קבע במדינת אויב. בבסיס גישה זו מצוי קריטריון של תושבות.

(ג) לפי הגישה השלישית – נתין אויב הוא אדם החבר בארגון אויב. בבסיס גישה זו עומד קריטריון של השתייכות.

(ד) לפי הגישה הרביעית – נתין אויב הוא אדם שמכלול מעשיו מגלה אויבות. בבסיס גישה זו ניצב קריטריון של התנהגות אינדיבידואלית.

(עיינו: אורגד ורבין, בעמ' 477-478).

בענייננו, "אויבותו" של דיראני כלפי מדינת ישראל מקיימת את כל הקריטריונים שצוינו לעיל: דיראני הוא אזרח ותושב לבנון – שהיא מדינת אויב של ישראל. זאת ועוד – כאמור בפסק הדין הראשון: "דיראני 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" (ראו: פיסקה 4 לחוות-דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה בפסק הדין הראשון ופיסקה 3 לפסק דינו של הנשיא כאן; לפירוט נוסף של פעילויותיו הפוגעניות של דיראני – עיינו גם: פיסקה 2 לחוות דעתי בפסק הדין הראשון). בהמשך, לאחר ששוחרר מהמשמורת שבה הוחזק בישראל, במסגרת הסדר החילופין, דיראני שב ללבנון וצירף עצמו, כאמור, אל שורותיו של ארגון אויב ("חיזבאללה"), אשר שם לו למטרה להביא לחיסולה של מדינת ישראל. דיראני נטל, איפוא, חלק מרכזי ופעיל בפעילויות איבה שהתבצעו כנגד מדינת ישראל ובפיגועים שנעשו כנגד כוחות צה"ל, ומאז חזרתו ללבנון הוא ממשיך, כפי שנמסר לנו על ידי גורמי הביטחון, בהתנהלות טרוריסטית מכח מנהיגותו בארגון החיזבאללה.

בנסיבות אלה – כל עוד דיראני משתתף בפועל במערכה של חיזבאללה נגד מדינת ישראל, ממקום מושבו בלבנון – הוא נושא עימו "סל" זכויות מצומצם מזה שזכאים לו אזרחים זרים, או נתינים "רגילים" של מדינות עוינות, אשר אינם נוטלים

חלק בפעולות איבה לוחמניות נגד ישראל (השוו: בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 549-573 (2006), במיוחד בפיסקאות 29-32 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; (להלן – ענין הועד הציבורי), ואף הסייגים שצמצמו בבריטניה את תחולתו של הכלל בו עסקינן – אינם חלים עליו. עיינו: אורגד ורבין, בעמ' 499-500.

13. כנגד התוצאה הנ"ל מציגים חברי השופטים, החולקים על הנשיא ועלי – שורה של טיעונים. הם גורסים שעמדתנו פוגעת בזכות הגישה לערכאות, שהיא בבחינת זכות חוקתית – מבלי שמתקיימת, לתפיסתם, לגבי הפגיעה האמורה, הדרישה הראשונה הכלולה ב"פיסקת ההגבלה", ולפיה הפגיעה צריכה להיעשות "בחוק, או לפי חוק כאמור מכח הסמכה מפורשת בו". הם טוענים גם שהפגיעה איננה צולחת את "תנאי המידתיות" וכי היא מנוגדת לכללים שונים, שעוגנו באמנות מהמשפט הבינלאומי.

לדחיית השגות אלו – אעבור מיד בסמוך, ואולם קודם שאדרש לכך אייחד מספר מילים לזכות הגישה לערכאות, אשר מקובל עלי שהיא בבחינת זכות חוקתית (דומה שנושא זה מוסכם היום על הכל).

סיווגה של זכות הגישה לערכאות

14. לאחר כינונם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק (להלן גם חוקי היסוד הערכיים) – כולי עלמא לא פליגי עוד שזכות הגישה לערכאות היא בבחינת זכות חוקתית, אף כי לגבי דרך עיגונה ככזו אין הדעות אחידות. עיינו: שלמה לוין, תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 34-38 (מהדורה שניה מורחבת מעודכנת ומתוקנת – 2008; להלן: ד"ר שלמה לוין, תורת הפרוצדורה האזרחית); אהרון ברק, זכות הגישה למערכת השיפוטית, ספר שלמה לוין 31 (2013) (להלן: ברק זכות הגישה למערכת השיפוטית); אורגד ורבין בעמ' 472-476; ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577 (1997) (להלן: פרשת ארפל); יורם רבין "זכות הגישה לערכאות: מזכות רגילה לזכות חוקתית (בעקבות ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ)", המשפט ה 217 (2001). יצוין כי לפרופ' יורם רבין שמורה "זכות ראשונים" בתחום זה – עיינו: יורם רבין "זכות הגישה לערכאות" כזכות חוקתית (1998).

זה המקום להעיר עוד כי חברתי המשנָה לנשיא, השופטת מ' נאור, ראתה להוסיף ולציין ב-בג"צ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי, פ"ד

ס"ג(1) 352, 404 (2008) (להלן: עניין ההסתדרות הרפואית), לעניין הזכות החוקתית האמורה כדלקמן:

> "היקף הזכות לגישה לערכאות הוא איפוא רחב. אך עוצמת ההגנה על הזכות אינה עולה בהכרח כדי מלוא היקפה" (שם, בפיסקה 37).

הקביעה האמורה מלמדת שאף זכות חוקתית זו היא יחסית, וקביעה זו מקובלת עלי (זאת עוד טרם שאנו עוברים לדיון ב"פיסקת ההגבלה").

אף לגבי החלת "פיסקת ההגבלה" ביחס לפגיעה בזכות הגישה לערכאות יש גישות שונות (בהתאם לתפיסות הנבדלות באשר למקור הקונסטיטוציוני של הזכות). יש מי שסבורים כי די בפגיעה "בחוק או מכוח הסמכה בו" כדי לגרוע מתוקפה של הזכות (לדיון בפרופוזיציה זו – עיינו: אהרון ברק מידתיות במשפט הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 179 ואילך (תש"ע – 2012); להלן: ברק, מידתיות במשפט)), ואולם הדעה המקובלת גורסת כי כדי להצדיק פגיעה בזכות האמורה – יש לעמוד בכל דרישות "פיסקת ההגבלה" (בין מכוח הוראת סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אם הזכות הנ"ל נגזרת הימנו במישרין כזכות-בת, בין מכח "פיסקת הגבלה משתמעת", אם הזכות האמורה היא בבחינת זכות חוקתית משתמעת; עיינו: ברק, זכות הגישה למערכת המשפטית 52-53; אהרון ברק, "פיסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" (צפוי להתפרסם בספר אליהו מצא)).

הנה כי כן, נוכח העובדה שאני תמים דעים עם קביעת חברי הנשיא והנמקתו שמחיקת תביעתו של דיראני לאחר ששב ללבנון וחזר לפעילות טרוריסטית בה – עומדת בדרישות המידתיות (ראו גם פיסקאות 34-35 לחוות דעתי בפסק הדין הראשון), אדון להלן רק בשאלה אם הפגיעה האמורה מעוגנת בחוק, או שהיא נעשית מכח הסמכה לפיו, ובסוגיה בדבר היות הפגיעה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל ומיועדת לתכלית ראויה.

מחיקת התביעה שיש בה משום שלילת זכותו של דיראני להמשיך בניהולה – מעוגנת בחוק, או שהיא לפי הסמכה שבחוק

15. **חברי השופטים** ס' ג'ובראן ונ' הנדל **סבורים כי הכלל** שאין מבררים תביעתו של

נתין אויב – שהינו כלל שנקלט בארצנו מהמשפט המקובל האנגלי, איננו עונה לתנאי הראשון שב"פיסקת ההגבלה", הדורש שהפגיעה תהיה בחוק, או לפי חוק כאמור מכח הסמכה מפורשת בו.

הנני מרשה לעצמי לחלוק על עמדתם זו, ואבהיר טעמי לכך מיד בסמוך.

16. בחוות דעתי בפסק הדין הראשון הראיתי כי הכלל האנגלי שלפיו אין מבררים תביעתו של נתין אויב נקלט במשפט ארצנו מכוח סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל 1922, בצירוף סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. הדבר קרה להבנתי עוד ב-בג"צ 24/52 חכים נ' שר הפנים, פ"ד ו 638 (1952) ועתה הראה חברי הנשיא שקליטת הכלל (ככל שהיו ספקות לגבי תחולתו) הוכרעה סופית ב-ע"א 324/56 לוי נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד יג(2) 1446 (1958). מכאן ואילך – הכלל האמור "התאזרח" איפוא במשפט ארצנו. גם המחוקק הראשי הכיר בו בהתייחסו במפורש לטענת אויבות, למשל בסעיף 4 לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970. בקרות ה"התאזרחות" הנ"ל קודם לחוק היסוד – הכלל נהנה, על פי תפיסתי, מהגנתה של "פיסקת שמירת הדינים" שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המורה כדלקמן:

שמירת דינים

> "10. אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד".

(לפרשנותה של ההוראה האמורה ותחולתה – עיינו: אהרון ברק, שמירת דינים (מאמר שצפוי להתפרסם בספר ביניש; להלן – ברק שמירת דינים)).

אבהיר עוד: דיני המשפט המקובל ועקרונות היושר של אנגליה, כפי תוקפם במדינה, גם הם בגדר "דין", על פי סעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הפרשנות), ונראה שהם כאלה (עיינו: ברק, שמירת הדינים עמ' 23), אפילו אם תמצא שלא לפרש את סעיף 10 לחוק היסוד הנ"ל בהתאם לחוק הפרשנות (הנמוך יותר בהיררכיה הנורמטיבית), שזוהי אפשרות שחברי הנשיא (בפיסקה 70 לפסק דינו) מוכן להניחה (ראו עוד בהקשר לגישות השונות בנושא זה –אהרון ברק: פרשנות במשפט, כרך ג' 165 עמ' 292-293; 561-566 (התשנ"ד-1994)).

זאת ועוד – אחרת. ממילא כלל זה, לאחר שאומץ בתקדים ישראלי, אף אם אין הוא בגדר דין, הוא בבחינת "חוק" בישראל, כפי שהיטיב להסביר את משמעות הדיבור:

"חוק" בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו פרופ' אהרון ברק בספרו: מידתיות במשפט (שם, בעמ' 156-166). השוו: Sunday Times v. United Kingdom (1979) 2 EHRR 245. עיינו גם: בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008).

על הכל ובזה החידוש שאני מציע – אם הכלל שאין מבררים תביעתו של נתין אויב – נקלט בישראל ובא בגדר סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי שהוא בבחינת: חוק לענין סעיף 8 לחוק היסוד האמור ("פיסקת ההגבלה") **מכח סעיף 10 הנ"ל**, שהרי מה לנו יותר "חוק" מחוק יסוד.

לסיום מקטע זה אעיר כי אפילו חל כאן סעיף "שמירת הדינים" שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על פי שיטתי – אין זאת אומרת שהדין שנקלט כאמור "הוקפא", ואכן בהחלט ניתן לשנותו (בהתאם למקורו הנורמטיבי והסמכות לעשות כן) על דרך של פרשנות, או "התאמה" לסביבה הנורמטיבית שנוצרה בעקבות חוקי היסוד הערכיים, או עקב שינויי העתים בעולם (במיוחד במאטריה כמו זו שלפנינו שעוסקת בלחימה בטרור), שהרי "תוקף לחוד ומובן לחוד", ראו: בג"צ 6893/05 ח"כ לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 885 (2005). במקרה שכזה "ההתאמה", או "השינוי" אמורים להתחשב ב"פיסקת הכיבוד" שבסעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וב"פסקת ההגבלה" שבחוק היסוד האמור. עיינו: אהרן ברק, כבוד האדם הזכות החוקתית ובנותיה, כרך א', 392-396 (התשע"ד-2014); ברק שמירת הדינים, טקסט לה"ש 23 וכן עמ' 24 שם. ברוח זו יש לקרוא גם את הפיתוח שעשה חברי הנשיא לכלל שאין מבררים תביעתו של נתין אויב – "בהתאימו" אותו לתקופתנו ולמציאות של לחימה נדרשת בטרור על פי דרישות סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לחילופין – הפגיעה כאן בזכות הגישה לערכאות היא מכח חוק, או הסמכה מפורשת בו, שהרי הבקשה לדחיית התביעה, או למחיקתה על הסף נסמכה על ההוראות שצוטטו לעיל מהתקסד"א, אשר אף לגביהן אין להעלות טענה שהן פוגעות – ככאלה – בזכות הגישה לערכאות, שהרי גם הן מוגנות באמצעות פיסקת שמירת הדינים.

לא זו אף זו. הפגיעה היא באמצעות חוק (במשמעותו הרחבה של ביטוי זה) ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, שהרי הוא בא להגן על המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית מפני אויביה הפעילים. נושא זה יורחב בתת-הפרק הבא.

17. בהקשר זה 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) (להלן: פרשת ירדור)). הנני מרשי לעצמי לצטט פה שוב מדבריו של השופט זוסמן באותה פרשה, אותם הבאתי בחוות דעתי בפסק הדין הראשון:

> "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 ענייננו 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 לענייננו ברור, וחבל שעדיין לא כולם מבחינים בו.

עניין זה מביא אותי לדרך התנהלותו של דיראני ויחסו למשפט בו פתח ולהשלכות הדברים על ענייננו. נושא זה יפותח להלן.

תביעתו של דיראני והמשך הדיון בה – יש בה משום קנטרנות, או שימוש לרעה בזכות

18. בינואר 2004, בעוד התביעה תלויה ועומדת, הוחזר דיראני, כאמור, ללבנון במסגרת הסדר החילופין. מספר ימים קודם לכן, לבקשת דיראני ולאור שחרורו הצפוי, הורה בית המשפט המחוזי בת"א הנכבד 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 27.01.2004, 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 5), 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."

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" שבראשו עמד מתמזג עם החיזבאללה (ארגון שהוכרז כאמור כארגון טרוריסטי ע"י ממשלת ישראל בתאריך 22.6.1989). 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 דאז, השופט אורי גורן).

19. ההתנהלות הנ"ל של דיראני מוסיפה, על פני הדברים, למכלול שלושה נתונים:

א. התביעה וסכומה הוגשו "לצרכי סימבוליקה" ואין הדבר תואם את המטרה, אשר לשמה ככלל מתנהלים הליכים משפטיים.

ב. התביעה היא לכאורה חלק מהמאמץ ההסברתי אותו מנהלים ארגוני טרור מסוימים והמשתייכים אליהם – כנגד ישראל.

ג. לתובע ממילא אין כל אמון במערכת המשפטית הישראלית ומכאן שהוא מבקש לנהל את ההליך לשם התרסה בלבד.

בנסיבות אלו ובהתחשב בציניות הקשה המבוטאת בסכום שננקב בתביעה (6,000,000 ש"ח, וזאת ללא כל בסיס ענייני) – התביעה ראויה להימחק מחמת קנטרנות, העולה אפילו מכתב התביעה, או בשל כך שהיא עושה שימוש לרעה בזכות הגישה לערכאות.

הוראות החיקוקים עליהם נסמכת המחיקה במקרה כזה היא תקנה 100(2) לתקסד"א, או סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, החל על העניין מכח סעיף 61(ב) לחוק האמור ומאפשר איון ההליך שתום לב אין בו (במשמעות ובנפקות המשפטית של המושג האמור) מצד התובע. עיינו והשוו: ד"ר שלמה לוין, תורת הפרוצדורה האזרחית, בעמ' 61-70, המפנה גם למשפט משווה צרפתי; ע"א 8/74 לייזרוביץ נ' לייזרוביץ, פ"ד כ"ח(2) 436 (1974); ע"א 2452/01 דרור אורן, עו"ד נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ"ח(1) 577 (2003); בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שנפ (15.1.2007); משה בר-עם, "הליכי סרק אזרחיים", עלי משפט ו 135 (תשס"ז); ראו גם: תקנה 4 להצעת תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ה-2014.

חברי, החולקים על הנשיא ועלי בנקודה זו מדברים ברמת הפשטה גבוהה על כך שזכות הגישה לערכאות נפגעת פה בנסיבות – וזאת מבלי להתייחס לנתונים

שפורטו לעיל, ומבלי לדון בהוראות הספציפיות של החיקוקים הנ"ל, תוך התעלמות מהעובדה שאם נקבל את הפרופוזיציה המוצעת על ידם – גם דחיית עתירה לבג"צ מחמת חוסר נקיון כפיים, למשל – לא תהיה אפשרית עוד, שכן נראה בה חסימה של זכות הגישה לערכאות, כביכול ללא ביסוס בחוק, או מכח הסמכה שבו.

אחר הדברים הללו – נותר לי עדיין לדחות את הטענות שהעלה חברי, השופט י' דנציגר, המתבססות על המשפט הבינלאומי. על כך מיד בסמוך.

המשפט הבינלאומי לא שלל תביעות של "נתין אויב", שהוא אויב בפועל

20. על אף ההוראות שמביא חברי, השופט י' דנציגר בחוות דעתו – הרי שלכל היותר ניתן לומר כי יש בכוונת אותן הוראות לבטל איסורים שמטיל כח כובש על תושבי השטח הכבוש, המונעים מהם גישה לערכאות בבית המשפט של הכובש, או שהן דורשות לאפשר לנתיני אויב להגיש תביעות במדינה המקיימת עימות עם מדינתם הם בעניינים הקשורים בקניינם הפרטי. ראו: בג"צ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מ"ב(2) 4, 45-46 (1988); עיינו עוד: אורגד ורבין, בעמ' 484-486 ובהפניות המובאות שם.

ישראל הרחיקה, כידוע, הרבה מעבר לכך, שהרי המשפט הנוהג אצלנו בהקשרים אלה כמעט אין לו אח ורע במדינות אחרות בעולם, שכן בישראל מאפשרים בפועל גם לפעילים של ארגוני טרור להגיש עתירות לבג"צ כנגד רשויות המדינה ומפקדי הצבא, בנושאים שונים, בו בזמן שבארה"ב, למשל, רק לאחרונה נפתח פתח צר לעשות כן, וזאת רק בעתירות מסוג הביאס-קורפוס. יחד עם זאת אפילו להוראות הליברליות שבאמנות הבינלאומיות המצוטטות ע"י חברי, השופט י' דנציגר יש חריג מוכר, שבא לידי ביטוי בסעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949) בדבר הטיפול בשבויי מלחמה. על פי אותה הוראה נתין אויב, המוגדר כאדם שנמצא בשטח של מדינה שהיא צד לעימות (מבחן טריטוריאלי) – איננו זכאי לתבוע אם הוא נחשד בעיסוק בפעילות עוינת (נדרשות לכך ראיות אינדיבידואליות ולא רק חזקה גורפת הנובעת ממקום המגורים) ואם הסעד הצפוי עלול לפגוע בביטחון המדינה. ראו למשל: Ali Case T-306/01, Ali Yusuf v. Council of the European Union and Commission of the European Communities, 2005 E.C.R. II-03533 (שם, בפיסקאות 342-345 לפסק הדין). עיינו: אורגד ורבין, בעמ' 485 והשוו לדיון המקיף שערך הנשיא א' ברק בענין הוועד הציבורי בהקשר לסעיף 51 (3) לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 הקובע

(בתרגום לעברית): "אזרחים ייהנו מן ההגנה המוענקת על פי סימן זה, אלא אם ולמשך אותו זמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה") (שם בעמ' 560-573).

הד לחריג הנ"ל ניתן למצוא גם בתוספת הראשונה לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, המאפשר להגיש תביעה נגד המדינה שעילתה נזק שנגרם לאדם כאמור בסעיף 5ב(א) לאותו חוק בעת שהיה מצוי במשמורת של מדינת ישראל כעציר, או אסיר, ובלבד שלאחר שהותו במשמורת – לא חזר להיות פעיל, או חבר בארגון מחבלים, או לפעול מטעמו, או בשליחותו של מי מהם. זה המקום גם להעיר כי סעיף 9א לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, מוסיף ומורה כדלקמן: "אין בהוראות סעיף 5ב כדי לגרוע מכל הגנה, חסינות או פטור, הנתונה למדינת ישראל על פי כל דין".

מכאן, שמי שהוא ממש אויב וכל עוד הוא כזה – אין דלתו של בית המשפט של המדינה עמה הוא מתעמת פתוחה בפניו.

21. זאת ועוד – אחרת. גם הצעתו של חברי, השופט י' דנציגר, המובאת בפיסקה 14 לחוות דעתו – אף שהיא מרחיבה יחסית, לוקה עדיין בכל אותם פגמים שהוא מונה בגישת חברי הנשיא ובגישתי שלי.

הגענו איפוא כמעט לסיום, ופה מתבקשת לבסוף הערה כללית נוספת – לגבי הבירור העניייני שנעשה ביחס לטענות שהעלה דיראני.

חקר האשמותיו של דיראני

22. נוכח ההאשמות החמורות שהעלה דיראני בכתב התביעה – המדינה לא ביקשה מלכתחילה לדחות, או למחוק את תביעתו על הסף, על אף שיכולה היתה לעשות כן. כנגד זאת הוחלט לברר את הדברים לעומקם. הפרקליט הצבאי הראשי דאז (להלן: הפצ"ר), הורה על דעת פרקליטת המדינה דאז, על פתיחת חקירת מצ"ח. צוות חקירה מיוחד שהוקם (להלן: הצח"מ) חקר את הטענות שהעלה דיראני, וניהל חקירה ממשוכת ומסועפת, שבמסגרתה נחקרו עשרות עדים ונתפסו מסמכים רבים. בתום החקירה הועבר החומר של הצח"מ אל הפצ"ר, אשר ערך חוות דעת מפורטת ומנומקת, שנמסרה: לרמטכ"ל, לפרקליטות המדינה ולראש אמ"ן.

בחוות דעתו מתאריך 24.9.2001 קבע הפצ"ר כי לאחר שבחן את חומר החקירה, הוא הגיע למסקנה כי לא נמצאו בחומר החקירה ראיות המאפשרות להגיע, לכאורה, למסקנה כי בוצע בדיראני מעשה אינוס, או שהוחדרה אלה לפי הטבעת שלו, כנטען על-ידו. עם זאת, בחקירת מצ"ח הסתבר כי היתה במהלך חקירתו של 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 מי שהיה אחראי על החקירה, וכך אמנם נעשה.

23. הנה כי כן, כל עוד שהה דיראני בישראל – לא נמנעה זכות הגישה שלו לערכאות כאן. רק כאשר חזר דיראני ללבנון, שהיא בגדר מדינת אויב והצטרף שוב לפעילות בארגון טרור מוכרז (החיזבאללה), בניגוד להתחייבויות שנתן עובר לשחרורו כי לא יעשה כן – ראתה המדינה לבקש את דחיית תביעתו, או את מחיקתה.

לשיטתי, בהתנהלות זו של דיראני הוא עצמו הפקיע את זכותו לתבוע (ככל שהיתה לו זכות כזו מלכתחילה), או ויתר עליה ובכך יש משום הפעלה מידתית של הכלל שאין מבררים תביעה של נתין אויב, תוך צמצומו למי שהוא אויב ממש. בכך מתקיים האיזון הראוי, עליו מצביע חברי הנשיא בחוות דעתו והדבר תואם גם את ההנחיות אותן התוותה בשעתו, בגדרי המידתיות, חברתי, המשנֶה לנשיא, השופטת מ' נאור בעניין ההסתדרות הרפואית.

סוף דבר

24. נוכח כל האמור לעיל – לאחר שלדיראני ניתנה זכות הגישה לערכאות בישראל (ואף בכך הרחיקה ישראל לכת כאמור, בהשוואה למקובל בעולם המערבי) וגם טענותיו נבדקו במישור המנהלי והפלילי – אין מקום שנלך מעבר לכך ונאשר למי שחזר להיות אויב ממש (ולא רק נתין מדינת אויב) לאיין לחלוטין את הכלל האוניברסלי ששולל את זכותו לנהל תביעה במקרה שכזה. הנה כי כן, כפי שהתבטאתי בחוות דעתי בפסק הדין הראשון:

> "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 שהגרועים

> 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 (...) לכך שתביעה ממין זה תוביל, למצער לעת הזו, למתן הסעד המבוקש בידי המשיב-התובע".
> (שם בפיסקה 37).

הגישה האמורה – ולא זו המוצעת ע"י חברי החולקים – היא שצריכה, לתפיסתי, לשמש "אור לאומות" במלחמת העולם הנאור נגד הטרור העולמי.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא מ' נאור:

1. אני מסכימה לתוצאת פסקי־דינם של חבריי הנשיא א' גרוניס והשופט ח' מלצר, שלפיה כל עוד המשיב הוא פעיל טרור נגד מדינת ישראל, אין באפשרותו לנהל הליכים במדינת ישראל. עם זאת, אינני סבורה כי יש הכרח להידרש לשאלה אם יש מקום לשאוב במלואה את הדוקטרינה בדבר נתין מדינת אויב מהמשפט המקובל האנגלי. די לנו במתכונת מצומצמת יותר. ניתן לעגן את קביעתנו כמשפט מקובל תוצרת ישראל, כפי שפעל ועשה בית־משפט זה לא אחת בעבר (ראו, למשל: ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(3) 199, 249-251 (1999); רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664, 724 (2010); פסק־הדין מושא הבקשה שלפנינו בעניינו של דיראני, פסקה 31 בפסק־דינו של חברי השופט ח' מלצר). לדידי הייתי מצמצמת לעת הזו את היקף ההכרעה. דיראני הוא – כפי שנקבע בערעור – פעיל טרור וגם אויב ישראל. איני רואה הצדקה לפתוח בפניו את שערי בתי־המשפט. ניתן לשאוב רעיון זה כפי שהראה חברי הנשיא א' גרוניס מהמשפט המקובל, אך אין הכרח להכריע בדבר מלוא היקפה של הדוקטרינה. לדעתי ניתן להשאיר בצריך עיון את השאלה אם בית־המשפט עשוי להיזקק במקרים אחרים לתביעתו של נתין מדינת אויב.

2. תמימת דעים אני עם חבריי השופטים ח' מלצר ונ' הנדל בעניין תחולת דוקטרינת שמירת הדינים (סעיף 10 בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו) על דינים ועל דוקטרינות שנקלטו באופן כזה או אחר מהמשפט המקובל. דעתי היא כי סעיף שמירת

הדינים מגן על הדין שנקלט מהמשפט המקובל לפני חקיקת חוקי היסוד מפני ביקורת שיפוטית ומפני בחינת תנאי פסקת ההגבלה. תמימת דעים אני עם הנימוקים לכך, כפי שפורטו בהרחבה בפסק־דינו של חברי השופט נ' הנדל. עם זאת, כפי שהודגש בפסקי־הדין של חבריי, אין במסקנה זו כדי לשלול את היכולת – ולעתים אף את החובה – של בית־המשפט לבחון את הלכותיו מעת לעת. פרשנות הדינים איננה סטאטית. לחקיקת חוקי היסוד הייתה, כפי שנפסק, השפעה רבה על פרשנותם (ראו פסקה 7 בפסק־דינו של חברי השופט נ' הנדל, ובעיקר דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995)).

3. למעשה, עמדתו של חברי השופט נ' הנדל הולכת כברת דרך ארוכה יד ביד עם דעתם של חבריי הנשיא א' גרוניס והשופט ח' מלצר במישור הנורמטיבי והדוקטרינרי. עם זאת, כמדומני דעתו נפרדת מדעתם במישור העובדתי ביחס ליישום הדוקטרינה בענייננו בהתאם לנסיבותיו הקונקרטיות של העניין. כפי שציינתי בפתח דבריי, יש ליתן משקל מהותי לשיטתי לעובדה כי דיראני הוא פעיל טרור, השוהה בלבנון ומכהן בתפקיד פיקודי בכיר בארגון חיזבאללה, אשר פועל נגד ישראל. כפי שפורט בהרחבה בפסק־דינו של חברי השופט ח' מלצר (ראו פסקות 12 ו-18-19), מעשיו של דיראני והתנהלותו הם־הם אשר הובילוני לתוצאה שאליה יש לדעתי להגיע במקרה זה.

4. אחר דברים אלה, קראתי את חוות־דעתו של חברי השופט א' רובינשטיין ואני מצטרפת לדבריו.

המשנָה לנשיא

השופט א' רובינשטיין:

א. במחלוקת שנפלה בין חבריי הנשיא והשופט ג'ובראן – אל הנשיא הצטרפו חברתנו המשנה לנשיא והשופט מלצר, ואל השופט ג'ובראן חברינו השופטים דנציגר והנדל, אשה ואיש וטעמיהם – דעתי במובהק כדעת הנשיא, בהמשך לדעה שהביע השופט מלצר במיעוט בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף, ושבה הוא דבק גם עתה בחוות דעתו. חוות דעתם מקיפות ומקובלות עלי, וזאת אף על הרקע הכללי של תקופתנו, בה המלחמה ה"קלאסית" בין מדינות נסוגה במידה רבה מאוד, אם גם לא מלאה לחלוטין, אל "המלחמה בעצימות נמוכה", המאבק בגורמי הטרור, שהעולם החופשי מתקשה להתמודד עמה ולא כל שכן להכריע אותה, והמשיב הוא איש חזבאללה, ארגון טרור

מובהק ועתיר פגיעות באזרחים חפים מפשע. המשפט משתרך בעקבות הטרור, וטרם נחה המטוטלת. ברשימתי "ישראל בין משפט, טרור ושאלות חברה" (דברים שנאמרו ב-2002), המובאת בספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג-2003), 33, 36-37 ציינתי, כי "המטוטלת שבין זכויות לביטחון, בין צלם אנוש לבין הגנה על החיים כדי שגם צלם אנוש יוגן – תמשיך לנוע. המשימה אינה פשוטה. תפקידנו לאחוז במטוטלת וליצבה ככל הניתן". והנה תוך כתיבת שורות אלה בימים הראשונים של 2015 ראיתי את רשימתם של יורם שוייצר, אריאל לוין ועינב יוגב "פיגועי התאבדות בשנת 2014, תמונת מצב עולמית" מבט על (653), אתר המכון למחקרי ביטחון לאומי ולפיה היו ב-2014 ברחבי העולם 592 פיגועי התאבדות, עליה של 94% לעומת 2013, ונהרגו בהם כ-4,400 איש מול כ-3,200 ב-2013. רובם במדינות המזרח התיכון. מספרים אלה מדברים בעדם, ומספרים את סיפורה של התקופה. שורות אלה נכתבו ביום בו נערך טבח במערכת עיתון סטירי בפאריס בשל הדברים שנכתבו על הנביא מוחמד, ולמחרת נטבחו בשם האסלאם באי מרכול יהודי בפאריס. נשתנו פני המלחמה, ולכך אשוב.

ב. מרבית חבריי כתבו חוות דעת מלומדות והאריכו למעניתם, ואכן הגם שהתיק הנוכחי התייתר במידה רבה בשל תיקון 7 לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, מדובר בסוגיה רבת עניין. לטעמי – בכל הכבוד לעמדות הנכבדות של חבריי החולקים על הנשיא – ההכרעה אינה קשה, וכשלעצמי לא גרמה לי כל התלבטות. אומר בקצרה תחילה: היתכן כי אויב מוצהר מובהק של מדינת ישראל, הקם להרגנו גם משוחרר מזה שנים לביתו בארץ אויב, והוא חי בתוך הקמים עלינו וממשיך במעורבותו בטרור, יבוא בשערי בית משפט אזרחי ישראלי וינהל תביעת נזיקין, ולוא גם נגד רשות שלטונית? האם מה שדומה כי אין אומה ולשון שיסכינו ויסכימו לו, נהיה אנו "קתולים מן האפיפיור" לגביו, ובגלל דוקטרינות משפטיות שכבודן אכן במקומן, ושעיקרן זכות הגישה לערכאות (שאיני מקל ראש בה), יאופשר לו לנהל את תביעתו האזרחית, אשר אינה עוסקת – למשל – במצבו וזכויותיו כאסיר? וכבר אמר החכם מכל אדם "אל-תהי צדיק הרבה" (קהלת, ז', ט"ז).

ג. כאמור, איני מקל ראש כל עיקר בזכות הגישה לערכאות. אך במה דברים אמורים? במי שמצוי בחצריה של המדינה, ויהא הוא אף אויב, ולו טענות באשר לחוקיות החזקתו, לתנאי החזקתו, ואף תביעת נזיקין רלבנטית, וכן – בתנאים מסוימים – תביעתו של נתין אויב תמים (שאין לו מעורבות מלחמתית או טרוריסטית) המצוי מחוץ למדינה. ואולם, מקום שאויבותו נמשכת, כליאתו חלפה מן העולם ואת הנושא האזרחי שהעלה, הקשור בדרכי חקירתו (במקרה דנא גם בעזות מצח של בחירה לא

מקרית של סכום התביעה – שישה מליון שקל) – ניתן וגם צריך לברר בדרכים אחרות, התצא מערכת המשפט מגדרה, ותאפשר לו בידו האחת לפגוע ובידו השניה לתבוע? ככל שמתנגשים ערכי ההתיחסות המתבקשת לאויב מעין זה במקומו ובגישתו עם זכות הגישה לערכאות, אין לי ספק כי על הכף הראשונה להכריע. כמדיניות שיפוטית, זו בעיניי הגישה הנכונה, ולדידי היא תואמת את השכל הישר. דומני שבהינתן המאבק בטרור, שישראל היא אחת מחוליותיו הבולטות בתבל, עלינו לתת משקל לחיבור בין המשפט למציאות, שראוי שייצור ככל הניתן הרמוניה, והדבר חל גם על זכות הגישה לערכאות; חכמינו אמרו "פוק חזי מאי עמא דבר" (בבלי ברכות מ"ה, א'; עירובין י"ד, ב') "צא וראה מה נוהג העם". אכן, החוש המעשי של הציבור, שאין לו ידיעה עובדתית ומשפטית ראויה לגבי מקרה מסוים, אינו משמש ואינו צריך לשמש ככלל רכיב בהכרעה שיפוטית; אדרבה, לא אחת יש להישמר ממה שעלול לגלוש לכלל פופוליזם ר"ל. ואולם, במקרה דנא הנושא הוא חלק מתמונת ענק של אירועים ומגמות בתוכנו ובסביבתו הקרובה והרחוקה יותר, ועל הפרשנות להיות מעוגנת במציאות רחבה, מקומית ובינלאומית; ושוב, לא בנתין אויב תמים עסקינן אלא באויב מר. על כן צדק חברי הנשיא (פסקה 54) בקבעו, כי את הכלל שאין מבררים תביעת אויב יש להחיל גם על המלחמה בטרור, שכיום היא המלחמה בה"א הידיעה, בין אם זו מלחמת ארה"ב באל-קאעדה או מלחמת ישראל בחמאס וחזבאללה, הארגון אליו משתייך המשיב דיראני, או מלחמת העולם החופשי (אלה המשתתפים בה) בדאעש, החידוש האחרון בשדה האסלאם הקיצוני, המעוות את דתו.

ד. אכן, כחבריי התומכים בקבלת הדיון הנוסף דעתי היא, כי הכלל שנקבע בפרשת חכים (בג"ץ 24/52 חכים נ' שר הפנים, פ"ד יב 638 (1952)) לא פס מן העולם, והגיונו עמו. ונזכור: עסקינן במשפט אזרחי, ובעוד המשפט הציבורי הישראלי גמיש מאוד באשר לזכות הגישה לערכאות, ודלתי בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק פתוחות לרווחה תדיר, יומם ולילה, בראש וראשונה מקום שעסקינן בזכויות אדם במשפט המינהלי והחוקתי, ועל כן צומצמה כמעט לחלוטין מזה עשורים הדרישה להוכחת זכות עמידה – לא כן מקום שעסקינן בנושא פיצויים אזרחיים.

ה. ישנם נושאים שהם ייחודיים למדי, מכל מקום במידה רבה, לישראל – כגון חלק ניכר מנושאי הדת והמדינה, מיהו יהודי, גיור וענייני בתי הדין הדתיים – ועל כן יש לראותם במשקפיים "מקומיות", של "תנאי ארץ ישראל ותושביה" כביטוי הותיק שבסימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, 1922-1947, סימן שבוטל בחוק יסודות המשפט, תש"מ-1980. ואולם, בנידון דידן לא היא; כאן עסקינן בנושא שניתן

ללמוד בו ממדינות הים, בגדרי המשפט המשוה, כיון שהמדינות הללו בחלקן הגדול נתקלות בבעיות דומות, ואין צורך "להמציא את הגלגל". הרעיון הנאצל לאמיתו של זכות הגישה לערכאות, גם בהנחה שעסקינן בזכות חוקתית, אינו מרחף בחלל; הוא מתנגש – כאמור – בערכים אחרים. אין סיבה שדווקא ישראל, הניצבת בפני אויבים המבקשים להשמידה, לא תאמץ, ויש מי שיאמר ביתר שאת, תפיסות שננקטו בכגון דא בתבל ומלואה.

ו. בטרם אמשיך אציין, כי מובן לי המקום ממנו באים חברתנו השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף, ועמה חברינו השופטים ג'ובראן, דנציגר והנדל וכן השופט ד"ר בנימיני בבית המשפט קמא; מעבר לשאלה של פרשנות הלכת חכים, רואים הם את הדברים במישור ערכי, של מסורת מדינת ישראל ובמיוחד בית משפט זה בתחום זכויות האדם, והדלת הפתוחה תדיר לטענות בתחום זה, לצד הנושא העקרוני של זכות הגישה לערכאות. סיכומיו של בא כוח המשיב, שקראתי בעניין, כתובים ברוח זו. ואולם, חוששני שגישה זו, שובת לב ככל שתהא, אינה מתאימה למקרה דנא, ובמובהק לא. כאמור, ראוי לנו להביט כיצד נוהגות כל אומה ולשון, ובסופו של יום המסר העולה מן המשפט המשוה שהובא על-ידי הנשיא והשופט מלצר הוא, כי בכגון דא לא תהיה הדלת פתוחה באומות העולם, גם אם לכלל נעילת הדלת ישנם חריגים שונים. אי אפשר להביט אל הנושא אלא במבט רחב, שמשמעו – כדי שלא נוחזק חלילה כשוטים שבעולם, וכמובן אין זו כוונת חברי זכי הלב – שבנתוני המקרה, כשהמשיב שב לארצו (תוך ששב לסורו), כבר אין עסקינן בזכויות האדם שלו, בודאי לא בליבתן, כל עיקר. עניינו בנושא שהוא מבקש לגרור אחריו כשובל מתריס, כתביעה אזרחית שבעצמו ראה אותה כמתריסה, וכמובן יש בכך כל השוני הרלבנטי; מה גם שנושאי חריגות בחקירות – שעליהן נסבה התביעה האזרחית – ראוי לברר, אך לכך דרכים שונות.

ז. ועוד הערה: חברי הנשיא (פסקה 48) נדרש למצב המשפטי של יחסי ישראל-לבנון, ומסקנתו היא כי גם אם נפסק בעבר (בין השאר בג"ץ 101/54 גודאי נ' נשיא משרד ההוצאה לפועל פ"ד ט(135) (1955)) שאין מצב מלחמה שורר בין הצדדים, הרי כיום "אין חולק שבין ישראל לבין לבנון קיימת עוינות רבת שנים". להלן סבור הוא, כי "מדובר בעימות ממושך, רב שנים, הנערך נוכח פעילות הטרור הענפה בשטחה של לבנון, המכוונת נגד תושבי ישראל". אעיר, לעניין המצב המשפטי של יחסי ישראל-לבנון, כי לפני שנים רבות נזדמן לי, בעת כהונתי כיועץ המשפטי למשרד החוץ, להיות מן הנושאים והנותנים על הסכם ישראל-לבנון מ-17.5.83 ומנסחיו, ולימים (ספרי דרכי שלום (תשנ"ב-1992, 310 ואילך) כתבתי דברי רקע ופרשנות להסכם – הסכם שנחתם ואושרר, אך לא המריא למרבה הצער, ובוטל על-ידי לבנון בלחץ סוריה. בעניין מצב

המלחמה נאמר בהסכם (סעיף 1(2)) כלהלן (בנוסח העברי): "הצדדים מאשרים כי מצב המלחמה בין ישראל ובין לבנון הגיע לקיצו ואינו קיים עוד". בדברי הפרשנות (עמ' 330) נכתב:

> "הנוסח שבהסכם תאם את האינטרס של שני הצדדים. הגדרת יחסי ישראל עם מדינות ערב עברה, מבחינה משפטית, גלגולים שונים. לאחר הסכמי שביתת-הנשק של 1949, טענה ישראל כי מצב המלחמה נסתיים, ואילו הערבים טענו בתוקף להיפך. לאחר 1967 אמרה ישראל, כי הסכמי שביתת-הנשק בוטלו על-ידי תוקפנות מדינות ערב; הערבים השמיעו, מטבע הדברים, קולות שונים: למשל, לבנון טענה כי הסכמי שביתת-הנשק בתוקף, ובמשא-ומתן הנחילה משלחתה את הרושם, אף כי בזהירות רבה, כי גישתה היא שהסכמי שביתת-הנשק אולי ביטלו את מצב המלחמה. כך או כך, ישראל ביקשה במשא-ומתן, והושגה הסכמה, על הגדרה בת שני מרכיבים, הראשי – אישור הצדדים כי מצב המלחמה נסתיים (מבלי להיכנס לשאלת מועד סיומו), והאחר – כי **אינו** קיים עוד, לשם הדגשה עדכנית. מבחינה משפטית מכיר המשפט הבינלאומי בדרך כלל בשני מצבים – מצב המלחמה ומצב של שלום (משפטנים מסוימים בדברים גם על סטטוס 'מעורב' (MIXTUS); סיומו של מצב מלחמה מעביר למצב של שלום, ומבחינה זו, בתוספת להוראות ה'אזרחיות' שבהסכם, ייראה ההסכם כחוזה שלום (זהו הטעם שבגללו לא רצו המצרים הסדר הביניים ב-1975 להצהיר על סיום מצב המלחמה). מובן כי סיום מצב המלחמה, משמעותו היתה כי אם אין בין הצדדים עוד מלחמה, עולה מן ההסכם יצירת יחסים שפירושם במישור המשפטי עידן של שלום – אילו יצא ההסכם אל הפועל".

לשלמות התמונה, ראו גם דברי הנשיא שמגר בפרשת אל נאוואר (בג"ץ 574/82 אל נאוואר נ' שר הביטחון, פ"ד לט(3) 441 (1985)), בעמ' 461, שאף לדעתו לא היה מצב של שלום בין ישראל ללבנון ערב מבצע "שלום הגליל" ב-1982, מבצע שבהמשך לו נכרת אותו הסכם. מדברים אלה עולה כי משלא המריא ההסכם, מכל מקום, יש לומר שבין ישראל ללבנון שורר משפטית מצב מלחמה, גם בלא ההיזקקות למגוון ההגדרות של המלחמה בעצימות נמוכה. אין הדבר מעלה או מוריד מבחינת התוצאה בהקשר התיק דנא, אך הדברים מחזקים את הגישה שננקטה על-ידי חברי הנשיא, מקל וחומר.

ח. כאמור, אנו שרויים בעידן המלחמה הגוברת בטרור על השלכותיו (ראו בין השאר בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.14)); ריבוי העיסוק בכך מעיד כמאה עדים; ראו בין השאר שבתאי רוזן, בנבכי המשפט הבינלאומי

(תשע"ב), 162 ואילך, וכלשונו, מאפייניו הבולטים של הטרור הם "אלימות ללא רסן, שימוש בלתי מובן, לא אנושי ובוגדני בכוח מזוין... על-ידי ישויות שאינן מדינות, נגד קרבנות תמימים וחפים מפשע, לעתים תכופות ללא התראה, ומתוך התעלמות בוטה מכל כללי המשפט הנוגעים לשימוש בכוח מזוין... אף שנוהגים לייחס להתקפות הטרור מטרות מדיניות כגון 'שחרור', המשפט הבינלאומי אינו מייחס כל ערך למניעים טרוריסטיים כאלה ושם את הדגש כולו במעשים ובאי-חוקיותם של המעשים"; על גישות שונות לסיפה ("שחרור") ראו במקצת להלן; כן ראו ספרו של ע' גרוס, מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים תשס"ד-2004, 633 ואילך; וכן גיל לימון, "טרור במשפט הבינלאומי", בתוך רובי סיבל (יחד עם אחרים) משפט בינלאומי (מה' 2, תש"ע-2010), 298 ואילך. המחבר לימון מגדיר טרור (עמ' 598) כ"אלימות הננקטת נגד אזרחים שנועדה להשיג מטרות פוליטיות באמצעות הטלת פחד". הדברים קיבלו משנה תוקף מאז התקפות אל-קאעדה בארה"ב ב-11.9.2001, בודאי ניתן לומר כך על מעשי הטבח בפאריס, אך אנו כבר חוינו במנות גדושות וטרגיות את אלה פעמים רבות, למרבה הצער; ראו גם ארנה בן נפתלי ויובל שני, המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום (תשס"ז-2006) 242-244, לעניין היחס בין המלחמה בטרור לדיני זכויות האדם. בעשורים אלה נשתנו כאמור פני המלחמה, והמשפט מדדה בעקבות השינויים. המחבר לימון מציין (עמ' 626), כי המחלוקת המונעת גיבוש אמנה בינלאומית נגד טרור מתמקדת "במעשי טרור המבוצעים במסגרת מאבקים לשחרור לאומי, וכן בשאלת תחולתה של האמנה על מעשי טרור מדינתיים"; ראו גם הילי מודריק אבן-חן, "דיני מלחמה", שם בעמ' 549-550, וכן עמיחי כהן "המשפט הפלילי הבינלאומי", שם בעמ' 397.

ט. מדינת ישראל, שלאורך שנים רבות היתה חשופה אולי יותר מאחרים לאיומי טרור, זיהתה עוד לפני עשורים אחדים את המגמה הממאירה והמתגברת המגולמת בטרור, והסתייגה – עם מדינות רבות מן העולם החופשי – מן הפרוטוקולים הנלוים לאמנת ג'נבה ב-1977, משצימצם הפרוטוקול הראשון את חובות דיני המלחמה המוטלות על "תנועות שחרור לאומי"; ראו ה' מודריק-אבן חן שם, 528; היתה לי בשעתו – בשנות השמונים למאה הקודמת – הזכות, כיועץ משפטי למשרד החוץ וכציר ישראל בוושינגטון, לפעול לשכנוע ארה"ב שלא להצטרף לפרוטוקולים אלה; וראו גם פרשת נאוואר. התגברות הטרור מאז מוכיחה, למרבה הצער, את החשש מתוהו ובוהו התדיינותי, במשפט הפלילי, המינהלי והאזרחי, ויקצר המצע מהשתרע ומהאריך.

י. אשוב לאיזונים ואטעים: כשעסקינן במשפט ציבורי – הכללים הנוגעים לגדרים בסיסיים של כבוד האדם "חלים על הכל, גם על החשודים בעבירות כבדות ביותר ואף בזויות ונתעבות, שעושיהן רחוקים מכיבודו של אדם כרחוק מזרח ממערב" (פסק דיני בבג"ץ 1546/06 גזאוי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (2006), פסקה ו(3)). ועוד נאמר שם, כי "זכויות דיוניות אינן בחינת מותרות; הן גם אינן מכבידות על המערכת הכבדה של ממש (למען הסר ספק – הן צריכות היו להתקיים גם אילו הכבידו). המאבק בטרור הוא הכרח, יהא מי שיאמר – הכרח קיומי, ומערכת הביטחון מצוה לקיימו ולשקוד עליו; אבל אין הדבר סותר את קיומן של הזכויות הדיוניות במירב האפשרי...". יתר על כן, ברי גם כי עלינו להיזהר מן המדרון החלקלק; ראו רשימתי "מי לה' אלי 'והרגו איש את אחיו', על סכנת 'המדרון החלקלק'", פרשת השבוע (א' הכהן ומ' ויגודה עורכים, תשע"ב) שמות (וכן נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג-2003), 160). דברים אלה הם בעיניי בחינת פשיטא, אלא שמה שאין צריך לאמרו, ראוי בכל זאת לאמרו. אך האם יפים דברים אלה, שכוחם עמם, גם לתביעה אזרחית "בשלט רחוק" על ידי אויב פעיל? סבורני שאין התשובה יכולה להיות בחיוב. אכן, המשיב ידע לנצל זכויות דיוניות בצורות שונות בעת שהותו במקום כליאה בישראל, כפי שמעידים המאגרים המשפטיים, ושערי הצדק בישראל פתוחים גם בפני מי שהמשפט הבינלאומי מיסודו אינו מחייב לאפשר להם זכות עמידה בבג"ץ, ואין זה המקום להרחיב, ואזכיר רק את הכרעת היועץ המשפטי (כתארו אז) שמגר לאחר מלחמת ששת הימים שלא לטעון היעדר זכות עמידה כלפי הפלסטינאים מן השטחים. על כן הדגשת חבריי שנותרו במיעוט את זכות הגישה לערכאות היא – בכל הכבוד – בחינת תבן לעפריים, שהרי אין חולק על כך בבסיס, והמחלוקת היא בסיטואציה נקודתית ונדירה.

יא. בהקשר זה, כשעסקינן בתחום המשפט האזרחי, האיזון מטבעו שונה, וקו הפדות שונה. על דרך הכלל ניתן לומר לדעתי, בהקשר הבינלאומי-בין-ארצי בו עסקינן, כי באיזון האינטרסים על ההתיחסות לזכות הגישה להיות ברמה נמוכה יותר מאשר בתחום המשפט הציבורי. כותב ראם שגב בהנחיית מרדכי קרמניצר, בספר שקלול ערכים ואיזון אינטרסים (תשס"ט) בפסקת הסיכום (עמ' 243), כי "הכרעה בין שיקולים מתנגשים צריכה להיעשות לאור חשיבותה, שכן כל חלופה אחרת היא שרירותית. אמת זו היא המובן הבסיסי של המושג איזון אינטרסים". הדיון החשוב הוא, על פי חיבור זה, באשר ל"זיהוי השיקולים (והאינטרסים) המתחרים, ועמידה על טיבם ועל מידת חשיבותם, עקרונות ההכרעה ביניהם, וכן זהות האנשים אשר בידיהם תופקדנה ההכרעות המהותיות האמורות, והמידה שבה הפן הנורמטיבי של ההכרעה צריך להיות גלוי". בנידון דידן לטעמי מאזן השיקולים הוא, שבכף האחת בירור תביעתו האזרחית

של נתין אויב שהוא גם אויב, שהפרקטיקה הבינלאומית והתקדימים הישראלים עומדים כנגדה; ובכף האחרת עניינים שראוי לבררם, כמו דרכי חקירה, ויש נתיבים לכך.

יב. המלומדים ליאב אורגד ויורם רבין, במאמרם "זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)", מחקרי משפט כ"ט (התשע"ד-2014), 469, שגם ציטט חברי השופט מלצר, נדרשים לנושא זכות הגישה לערכאות, תוך ניתוחה בדין הישראלי ובמשפט המשוה, ומותחים ביקורת על דעת הרוב בפסק הדין שבערעור בעניין דיראני. אמנם לשיטתם הכלל הנושן שאין מאפשרים גישת אויב לערכאות אינו תקף עוד במלואו, ו"המצב המשפטי הקיים אינו מניח את הדעת. הוא אינו מושתת על כללים ברורים, וניתן למצוא סתירות לא רק בין שיטות משפט שונות, אלא גם בתוך שיטות המשפט עצמן" (עמ' 498); ועם זאת יש לטעמם לדחות את תביעת דיראני על הסף; יש לראותו כאויב, שהחזקתו במשמורת נבעה ממצב המלחמה בין ישראל לשכנותיה, ובשל השתתפות בלחימה נגד ישראל, ולא אך "נתין אויב". לשיטת המחברים אין לדיראני זכות חוקתית לגישה לערכאות בישראל, וגם לא זכות חוקית במשפט הישראלי או הבינלאומי כיום; ההצדקה למתן גישה לערכאות בענייננו היא פיקוח על הרשות המבצעת, ולאו דווקא הגנה על זכויות אדם, אך האינטרס הציבורי "אינו מחייב בהכרח פתיחה של שערי בית המשפט. אפשר לערוך חקירה פלילית או מינהלית או להקים ועדת בדיקה – כפי שחלקית אכן נעשה – ואם יימצא ממש בטענות, אפשר וצריך לנקוט סנקציות..." (עמ' 503). הצעתם של המחברים היא חקיקה מסדירה שתקבע כי תביעת אורגן אויב לרבות (בעל תפקיד בארגון טרור) – אין מבררים אותה, וכן לא יוכל נתין אויב לתבוע בנושא הנובע מפעולה מלחמתית או הצופה לרווח מן ההתדיינות (עמ' 506). את תביעת דיראני שתוכנה מתאים לתחום ה"שלטוני" – אין איפוא לברר לשיטתם, שכן אמנם עילתה פרטית-נזיקית אך מניעיה ציבוריים, ואת האינטרס הציבורי בבירור האמת ניתן לספק בדרכים אחרות כאמור (עמ' 508-509). ולבסוף "דיראני אינו מבקש דיון וסעד בישראל בהיותו תם לב ונקי כפיים; מדובר בתובע שידו האחת מבקשת סעד וידו האחרת אינה מכירה במדינה שאליה הוא פונה (ואף פועלת לחיסולה)" (עמ' 509). דעתי – כפי שהובעה מעלה – בעיקרון כדעתם של המחברים, הן במישור האנליטי והן באשר להצעתם, אף שהיא טעונה ליבון נוסף. נראה לי, כי יש קרבה בין עמדתם גם לעמדת חברתי המשנה לנשיא לעניין אותם מקרים שבהם נתיני אויב, שאינם פעילי טרור, יוכלו בכל זאת להיכנס בשערי משפט בישראל, והובאו בדברי חבריי דוגמאות לכך. אך האם נעניק גישה לערכאות לאויב המצוי במדינת אויב, אשר זכויות אדם בעיני שולחיו ובעיניו הן כדומן על פני האדמה, וראיה לדבר מעשי הטרור שלהם?

יג. אחזור כאן על הפניית הנשיא והשופט מלצר לפרשת Hamad v. Gates, 732 F.30 990, שנידונה בבית המשפט לערעורים של המחוז התשיעי בארה"ב, ומחיבתי לשכל הישר אצטט את שצוטט כבר השופט מלצר בפסקה 10: "Moreover, Congress's decision to focus on alien detainees, rather than citizens, **is neither arbitrary nor irrational**; it is clearly intended to serve Congress' legitimate foreign policy concerns, by ensuring that members of the armed forces are not unduly chilled in conducting the war on terror by concerns about foreign nationals targeting them with damages claims" (ההדגשה הוספה). דברים כדרבנות, ואין בכך כדי להפחית כהוא זה מחובת המדינה לחקור התנהגות חריגה של שלוחיה.

יד. לשלמות התמונה יצוין, כי אנשים מסוגו של המשיב הם לוחמים בלתי חוקיים לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, תשס"ב-2002; חוק זה נחקק בעקבות דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון פ"ד נד(1) 721, ראו ה' מודריק - אבן-חן, המשפט הבינלאומי 543-545, והדברים נאמרים כאן במבט לעתיד, שהרי בינתיים שוחרר המשיב ושב לארצו; ראו דברי ההסבר לחוק האמור, הצעות חוק תש"ס 416; עוד ראו בין השאר ע"פ 3660/03 עביד ודיראני נ' מדינת ישראל (2005).

טו. אשר לשיקול התדמיתי שהעלו השופטים ג'ובראן, דנציגר והנדל, הלב נמשך ללכת לקראתו, אך במחשבה נוספת נזכר המוח כי שיקול זה הוא בר חלוף, כצל עובר וכענן כלה – יום אחד ישראל תהא חביבת התקשורת ותזכה לתשואות, ולמחרת חלילה יקרה משהו שיסיט את תשומת הלב בכיוון אחר ויישכחו התשואות, ואף כאן היו דברים מעולם.

טז. אשר לפסקת שמירת הדינים בסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחרותו והיחס בינה לפסקת ההגבלה, אומר רק כי לטעמי אין חשיבות יתר מהותית, להבדיל מניתוח אנליטי מעניין, לשוני בין עמדות חבריי; סבורני כי התוצאה במקרה דנא תהא זהה בשתי הדרכים, וכדברי חברתי המשנה לנשיא, אין פרשנות הדינים סטטית, והבחינה העתית תהא תמיד במקומה, כמאמר המג'לה (כדאי להזכיר אותה לפעמים, אף שבוטלה בחוק ביטול המג'לה, תשמ"ד-1984) – "אין לכחד שעם שינוי העתים משתנים אף הדינים עמהם" (סעיף 39). אציין כי כשלעצמי שבה את לבי חידושו של חברי השופט מלצר בפסקה 16 לחוות דעתו.

יז. והערה בגדרי המשפט העברי: חברי השופט מלצר, בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף (פסקה 39), נדרש לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, כדרך לקלוט את הכלל האוסר על בירור תביעות אויב באופן גורף, בהקשר זה למשפט העברי. הרעיון היצירתי מרענן. מכל מקום אציין, כי מקורות המשפט העברי מורים אף הם שאין לברר תביעתו של מי שרודף אותך, כיון שגם אם אין רשות לפגוע בממונו כדי שלא לפגוע ביורשיו, אין חובה לסייע לו כל עוד הוא מסכן אותך; ראו ד"ר מ' ויגודה, "תביעה אזרחית של אויב – אמר אויב ארדוף אשיג אחלק שלל", פרשת השבוע 240 (בשלח תשס"ו), שאיזכר חברי; וכדבריו, "על פי הגישה היהודית, אדם זה, הפועל ליטול את חיי הזולת, מאבד כל עוד הוא עושה כן את הזכות המוסרית להגנה חוקתית אפילו על החיים עצמם, ולא רק את הזכות להגנה חוקתית על כבודו וחרותו". אוסיף, כי ענייננו שלנו אינו מעורר, בנסיבות, כל דילמות מוסריות: "ביסוד המוסר היהודי הונח העיקר של לא המדרש עיקר אלא המעשה... התכלית המעשית-מוסרית היתה לאבן פנתה של היהדות" (הרב י"י וינברג (רוסיה-גרמניה-שוויץ, המאה הכ') לפרקים (תשס"ו)), רל"ה; ראו גם דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל נ' עדן מלול (2010), פסקה ט"ו לחוות דעתי. במישור המוסרי-מעשי אין ענייננו מחייב הענקת זכות הגישה ומתן פתחון פה למי שאינו ראוי לו משפטית ומוסרית, מקום שאת החשיבות הציבורית של בירור הנושא שהועלה בתביעה ניתן – כאמור – להשיג בדרכים אחרות.

יח. ודוק: במניעת זכות הגישה כאן אין עסקינן באי צדק ובמשפח (ראו פניה עוז-זלצברגר, "על משפט ועל משפח: קוים לדמותו של האי צדק", בתוך צדק שלי, צדק שלך (י' שטרן-עורך), תש"ע, 243, 268); ראו גם עמיחי כהן "אסטרטגיות של צדק לאומי: התמודדותם של בתי המשפט הלאומיים עם ביקורת בינלאומית על החלטותיהם", שם 483. כאמור, ברי כי אין עסקינן בשאלה מהותית של זכויות אדם, ששאר הנושאים שנסקרו ייסוגו מפניה; אדרבה, לטעמי אם תאופשר התביעה עלול להיגרם משפח, שכמובן חבריי כולם אינם רוצים בו, וכדברי המלומד הרב ד"ר ש' פדרבוש, מוסר ומשפט בישראל (תשל"ט) הכותב בפרק ד' "משפט ומשפח", כי משפח יבוא כאשר "נעשה המשפט כלי שרת בידי הנוגשים להניח את שבט הרשעים עם גורל הצדיקים.." (עמ' 53). ונזכיר – כדברי פרופ' שמשון אטינגר בגדרי המשפט העברי, כי "ההכרעה המוסרית היא בסופו של דבר הכרעה אנושית" (ההלכה והמשפט (2014), 93). לטעמי בעניינו ההכרעה המוסרית ברורה; כף המאזניים המונעת תביעה זו לעת הזאת היא הצריכה להכריע, ואין בעובדה שכמוצע על-ידי חבריי שבמיעוט תתברר התביעה אך ממילא לא ישולם לעת הזאת מה שייפסק, כדי לשנות.

יט. במה חשיבותו של פסק הדין הנוכחי? חשיבותו איננה בתוצאתו הקונקרטית, שכן כאמור עבר זמנו בטל קרבנו של מצב דומה, עם חקיקתו של תיקון מס' 7 לחוק הנזיקין האזרחיים. חשיבותו במבט לעתיד הוא בהתויית מדיניות בגישה לבעיות מן הסוג שלפנינו גם בהקשרים אחרים, כעולה מחוות דעת הנשיא, שהרי חוששני כי עוד יבואו תיקי טרור בשערי משפט, והדינמיות של המאבק בטרור אינה מאפשרת לחזות לעת הזאת את כל המצבים.

כ. ובחתימה: פסק דין זה ניתן ביום פרישתו של חברי הנשיא גרוניס, לאחר כמעט ז"ך שנות שפיטה. משרתים אנו בצוותא בבית משפט זה למעלה מעשור. הנשיא הוא משפטן יסודי, בעל כושר ניתוח חד, חשיבה משפטית עצמאית, ויושרה מובהקת, אותה כיבדתי גם מקום שחלקנו, ואכן דעותינו שונות בנושאים שונים, אף כי לא בתיק זה. בעת כהונתו כנשיא, שלא היתה ארוכה מאוד בגזירת תעודת הזהות, הקדיש מיטב מאמציו לייעול מערכת בתי המשפט, לשם טיוב השירות לציבור – משימה חשובה מאין כמוה וכבדה מאוד, וגם קטף פירות, והכל בהצנע לכת. מאחל אני לו מעומק הלב בהגיעו לגיל ש'יבה (משנה אבות ה', כ"ד) "עוד ינובון בשיבה, דשנים ורעננים יהיו" (תהילים צ"ב, ט"ו).

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות של הנשיא א' גרוניס, המשנֶה לנשיא מ' נאור והשופטים א' רובינשטיין ו-ח' מלצר, בניגוד לדעתם החולקת של השופטים ס' ג'ובראן, י' דנציגר ו-נ' הנדל, לקבל את הדיון הנוסף, כאמור בפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס.

ניתן היום, כ"ד בטבת התשע"ה (15.1.2015).

ה נ ש י א המשנֶה לנשיא ש ו פ ט ש ו פ ט

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 11056980_S11.doc דז
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il