

## חסינות תחת אש : חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מ"פעולה מלחמתית"

מאת

אסף יעקבי\*

המאמר בוחן את הפרשנות שניתנה במשפט הישראלי לחסינות המדינה בגין פעולות מלחמתיות מכוח חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952. לאחר סקירה כללית של החסינות ובחינה השוואתית של הדין במספר מדינות, מתמקדת הרשימה בבחינת שיקולי המדיניות העומדים בבסיס חסינות המדינה ובהסדר הראוי שיש להחיל במקרים אלו. הסדר זה נבחן בהקשר הכללי של פעולה מלחמתית תוך יישום העקרונות על פעולות הצבא בשטחים. זאת, תוך בחינת פסיקה חקדימית אשר ניתנה זה לא מכבר בבית המשפט העליון בע"א 5964/92 עודה נגד מ"י, ותיקוני חוק שהוכנסו בעטייה.

לדעת המחבר, הפרשנות המצמצמת שאומצה על ידי בתי המשפט כתחילת הדרך, נבעה מהתפישה ששלילת תחולת דיני הנזיקין "הקלאסיים" תותיר את הנפגעים ללא סעד ראוי. המחבר סבור שכיום תפיסה זו אינה עומדת. המאמר מציג ארג רחב של חוקי תגמולים אשר מספקים כיסוי מעין ביטוחי לפגיעה שנגרמה אגב פעולות מלחמתיות או מעין מלחמתיות. כיסוי ביטוחי מעין זה, מתאים בצורה טובה יותר לנזקים שנגרמים אגב פעולות אלו על מאפייניהן הייחודיים.

על כן, מציע המחבר תזה לפיה יש לפרש את המושג פעולה מלחמתית בצורה מרחיבה, כך שהמדינה לא תהיה חייבת בנזיקין בנסיבות מלחמתיות או מעין

\* מרצה, בית הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה. תודתי נתונה לאלעד אורג, ליאור ברשק, אלון הראל, גיא זיידמן, ניב חלד, הלל סומר, אריאל פורת, דניאלה צרוניצר-יעקב, שי רייכר, וכן לעוזר המחקר בעוז שדלצקי על הערותיהם המועילות והחשובות שהעירו לטיוטות קודמות של מאמר זה. כמו כן ברצוני להודות לחברי מערכת כתב העת 'משפטים'.

מלחמתיות. זוהי גם הפרשנות אשר ניתנה למושג במדינות העולם המערבי. פרשנות מרחיבה זו אינה מביאה לפתרון הולם וראוי לגבי תושבי השטחים המוחזקים, שכן חוקי התגמולים הישראליים אינם חלים עליהם. בנוסף, הם אינם זוכים לכיסוי ביטוחי דומה מצד מדינה אחרת, שכן הם אינם אזרחי מדינה ריבונית. לפיכך, מסקנת המחבר הנה שהמערך המתאים להתמודדות עם נזקים מעין אלה, הנגרמים לתושבי השטחים, הינו מערך הדומה לביטוח ממלכתי צד ג'; מערך מעין זה יעניק לנפגעים בשטחים, במקרים הראויים, פיצוי הן בגין נזקי גוף והן בגין נזקי רכוש. מערך שכזה יכול להביא בחשבון, לצורך מתן הפיצויים ואומדנם, את השיקולים המיוחדים והמאפיינים המיוחדים המלווים את פעילות הצבא בשטחים.

א. מבוא. ב. ההסדר המשפטי החל בארץ: חסינות המדינה וחסינות החייל. ג. חסינות בשל פעולות מלחמתיות: משפט משווה. 1. הדין בארצות-הברית; 2. הדין באנגליה; ד. חסינות המדינה בגין פעולה מלחמתית: שיקולים תיאורטיים. 1. שיקולי הרתעה והכוונת התנהגות; 2. שיקולי משמעת בצבא; 3. "כיס עמוק" ושיקולי ביטוח פרטי; 4. שיקולי מוסר וצדק; 5. פעילות החיילים כטובין ציבוריים; ה. חיוב המדינה ופיזור הנזק – על מהותו של ההסדר הראוי. 1. פיזור הנזק וביטוח ממלכתי: פתרון מקיף לבעיה כוללת; 2. חוקי התגמולים כפוליסת ביטוח ממלכתית: עולם חלופי לעולם האחריות הנזיקית; 3. מאפייני הביטוח הממלכתי; 1. פרשנות סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) והמתנת "פעולה מלחמתית". 1. פסיקת בית המשפט העליון והביקורת שנמתחה עליה; 2. פסיקת כתי המשפט המחוזיים והשלום ופרשנות המונח "פעולה מלחמתית" בהקשר האינתיפאדה; 3. עניין עודה; 4. הבעיות המתעוררות אגב הכרעת בית המשפט העליון בעניין עודה; ז. פתרון אלטרנטיבי: החלת עקרונות הביטוח הממלכתי על יהודה, שומרון וחבל עזה ומעבר מביטוח צד א' לביטוח צד ג' – האם רצוי ובלו נסיבות? ח. התערבות המחוקק ושינוי עניין עודה. 1. הצעת חוק לטיפול בתביעות בשל פעילות כוחות הביטחון ביהודה ושומרון ובחבל עזה וחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב-2002; 2. הגדרת המונח "פעולה מלחמתית"; 3. הוראות דיוניות בדבר נזק שנגרם באזור; 4. תיקון מס' 4 – סימו של תהליך או תחילתו? כרוניקה של תוצאה ידועה מראש; ט. סיכום.

**א. מבוא**

בפסיקה תקדימית של בית המשפט העליון בע"א 5964/92 עודה נ' מדינת ישראל<sup>1</sup> נקבע זה לא מכבר כי למדינה לא עומדת חסינות מוחלטת בגין נזקים הנגרמים על ידי פעולות צבא ההגנה לישראל בשטחים, וכי חסינותה – אם בכלל – היא תלויה נסיבות. באותו מקרה נפסק כי נזקים שנגרמו ברשלנות לשני מבוקשים, כתוצאה מירי אגב מרדף אחריהם, מזכים אותם בפיצויים מטעם המדינה. פסק הדין התקדימי, שנועד להסדיר את המחלוקות שהתעוררו בעניין זה בפסיקותיהם של בתי המשפט המחוזיים, העלה שוב על סדר היום את שאלת חסינותה של המדינה בעת לחימה. כתוצאה ממנו אף תוקן חוק הנזקים האזרחיים.

במאמר זה אבקש לבחון את הפרשנות שניתנה במשפט הישראלי לחסינות המדינה בגין פעולות מלחמתיות, מהם גבולותיה ועד כמה היא מוצדקת. בחינה זו תתייחס להיבטים הכלליים של החסינות בגין פעולה מלחמתית, אך מטבע הדברים – ובנסיבות הזמן והמקום – יודגש יישומה של החסינות על פעולות צבא ההגנה לישראל בשטחים. טענתי המרכזית במאמר היא שאת המונח "פעולה מלחמתית" יש לפרש בצורה מרחיבה, באופן שימנע את תחולת דיני הנזיקין בעת ביצוע פעולות מלחמתיות או מעין-מלחמתיות. בגדר אלו, כך אטען, נכללות גם רוב הפעולות הנעשות על ידי הצבא בשטחים המוחזקים. דיני הנזיקין המסורתיים, שנועדו להתמודד עם נזקים מוגבלים בתקופה של שלום – להעניק פיצויי בגינם כמו גם לתמרץ מזיקים בכוח לפעול בצורה זהירה יותר – אינם מתאימים להתמודדות עם הנזקים הנגרמים בשל פעולות מלחמתיות ואינם מספקים את התמריצים הראויים לצדדים המעורבים. על כן, ולמעט במקרים יוצאי-דופן, יש להשעותם ולהעניק לחשופים לסיכון הנזיקי – היינו: למדינה ולחייילים – חסינות מוחלטת. גישה זו אינה יוצאת-דופן בעולם המערבי, ואימוצה יעמיד את ישראל בשורה אחת עם אנגליה, ארצות-הברית ואף אוסטרליה, המחילות במקרים אלה גישה דומה.

לעומת הגישה המוצעת לעיל נראה כי בתי המשפט בישראל בחרו בגישה המצמצמת את חסינות המדינה בגין פעולות מלחמתיות. נראה, כי מגמת הצמצום נעשתה על רקע התפיסה שלפיה שלילת תחולת דיני הנזיקין תשאיר את האזרחים הנפגעים ללא סעד הולם. גישה זו בטעות יסודה. טעות זו נובעת, כנראה, מתיחום לא נכון של הבעיה: ברוב המקרים, משמעות שלילת תחולתם של דיני הנזיקין אינה שהנפגע יישאר ללא סעד: עומדת לרשותו מערכת שלמה של חוקי תגמולים, המספקת כסוי מעין-ביטוחי לפגיעה

שנגרמה אגב פעולה מלחמתית. כיסוי ביטוחי זה, המעניק תגמולים בגין נזקי גוף כמו גם פיצויים בגין נזקי רכוש, מתאים טוב יותר להתמודדות עם נזקים הנגרמים בגין פעולות מלחמתיות שכן הוא מביא לכלל ביטוי מאפיינים ייחודיים של מצבים אלה כגון העדר הרלבנטיות של האשם האישי – בין של המזיק ובין של הניזוק, העובדה שמדובר פעמים רבות בנזקים המוניים, הצורך במנגנונים מיוחדים לאומדן הנזק ועוד.

אכן, בתחילת דרכה של המדינה, עת דן בית המשפט במקרים הראשונים של חסינות בשל פעולה מלחמתית, ניתן היה להבין את החשש שמתן חסינות יותיר את הנפגע ללא סעד, ולחלופין יזכה אותו בסעד נחות יחסית לסעד הנוזקי. מכאן אף עלולה הייתה להתבקש המסקנה כי יש לפרש את החסינות באופן מצמצם. אולם, עם התפתחות חוקי התגמולים והרחבת תחולתם על מקרים רבים יותר, כמו גם הרחבת הסעדים הניתנים בגינם, אין עוד מקום להחלתם של דיני הנוזיקין הקלאסיים על מקרים כגון אלו. התפיסה השלטת כיום היא התפיסה הביטוחית. על כן, כאשר נפגע אזרח כתוצאה מפעולה מלחמתית הוא זכאי לתגמולים כמו גם לפיצוי בגין הנזק הרכושי שנגרם לו – ללא כל קשר, למשל, לשאלת התרשלותם של נציגי המדינה. תפיסה ביטוחית זו היא של ביטוח צד א', כלומר: ככלל, כל מדינה מעניקה ביטוח לתושביה ולאזרחיה ואינה מפצה את הנפגעים שאינם נמנים בהם. הפיצוי של האחרונים מוטל על המדינה שאליה הם משתייכים.

גישה זו היא בעייתית במצב המיוחד שנוצר בשטחים המוחזקים. בעוד שתושבי ישראל ואזרחיה זוכים לסעד מכוח חוקי התגמולים, הנפגעים בשטחים אינם זכאים לאותו סעד ואף לא לסעד אחר כלשהו. חוקי התגמולים הישראליים אינם חלים עליהם. על כן, שלילת תחולתם של דיני הנוזיקין והענקת חסינות למדינה תותיר אותם ללא פיצוי הלכה למעשה, שכן בניגוד לאזרחי מדינות ריבוניות אחרות, תושבי האזור לא היו – לפחות עד להסכמי אוסלו – תחת ריבונות זרה אלא תחת שלטון צבאי ישראלי.

על כן, ולצורך מתן מענה לנזקים שנגרמו לפלסטינים באינתיפאדה הראשונה, יש לשקול הקמת מערך הדומה לביטוח ממלכתי צד ג', שיחול באופן רטרואקטיבי ויעניק לנפגעים בשטחים פיצויים בגין פגיעה מכוחות צבא ההגנה לישראל. כדי שביטוח כזה יקרום עוד וגידים עליו להתייחס לכמה שאלות בסיסיות כגון מיהם הזכאים לפיצויים מכוחו של ביטוח זה, מהם האילוצים התקציביים שבפניהם ניצבת המדינה, מאלו כספים ימומן, כיצד יוחל באופן רטרואקטיבי ועוד. במאמר זה בכוונתי להצביע על חלק מהנושאים הדורשים ליבון טרם התלתו של ביטוח מסוג זה. עם זאת, מתן פתרונות קונקרטיים חורג מגדרו של המאמר, המהווה רק ראשית הדרך – ואיך זיל גמור.

להלן סדר הצגת הדברים: בפרק ב' למאמר אציג את ההסדר המשפטי הקיים בארץ, שממנו נגזרת חסינות המדינה. לאחר מכן, בפרק ג', אבחן את הסדר החסינות הקבוע במשפט הישראלי על רקע המשפט המשווה, בעיקר הדין האמריקני, הדין האנגלי והדין האוסטרלי. פרק ד' יעסוק בשיקולים התיאורטיים שעומדים בבסיס הענקת החסינות,

ויסביר כיצד הם תוחמים את גבולותיה. פרק ה יבהיר את היחס שבין הפטור שניתן למדינה מכוח דיני הנוזיקין לבין החיובים המוטלים עליה מכוח חוקי התגמולים ועקרונות הביטוח. לאחר בחינתו של החוק החרות וההיבטים התיאורטיים שעומדים ביסודו אעבור – בפרק ו – לבחון כיצד קיבלו אלה ביטוי בפסיקה הישראלית. בפרק זה אנתח את פרשנות המונח "פעולה מלחמתית" כפי שבאה לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון טרם עניין עודה, בפסיקת בתי המשפט המחוזיים עת דנו בנוקי האינתיפאדה הראשונה, ובפסיקה התקדימית בעניין עודה. לאחר מכן אבחן באופן ביקורתי את הכרעתו של בית המשפט העליון בעניין עודה ואתיחס לבעיות העולות מהחלטתו. פרק ז יעמת בין הפתרון שנבחר בעניין עודה לפתרון האלטרנטיבי של החלת עקרונות הביטוח הממלכתי על יהודה שומרון וחבל עזה, וכן יעסוק בהתאמת העקרונות הכלליים לנעשה בשטחים. בפרק ח אציג את ניסיונות המחוקק לפתור את נושא האחריות לנזקים שנגרמו על ידי צה"ל בשטחים באמצעות הצעת חוק ממשלתית מיוחדת. הצעת החוק ביקשה להסדיר באופן כולל את כל הקשור לנזקים הנגרמים על ידי המדינה בשטחים. היוזמה להצעה זו הגיעה, למעשה, מבית המשפט העליון, שפנה אל המחוקק במהלך הערעור בעניין עודה וביקשו להסדיר את העניין בחוק. עיכוב קבלת ההצעה הוא שאילץ את בית המשפט העליון להכריע לבסוף בסוגייה. אולם, ההחלטה בעניין עודה עוררה את המחוקק מרובצו, וזמן קצר לאחר מתן פסק הדין, ובשלהי כתיבתו של מאמר זה, תוקן חוק הנוזיקים האזרחיים ואף הועלתה הצעת חוק נוספת כדי לתקנו שנית באשר לנזקים שנגרמו באנתיפאדת אל-אקצה. פרק זה אף יסקור באופן ביקורתי את השינויים ויבחן את תקפותם. בפרק ט תסכם הרשימה כולה.

## ב. ההסדר המשפטי החל בארץ: חסינות המדינה וחסינות החייל

המדינה חסינה בנוזיקים<sup>2</sup> למעשה<sup>3</sup> שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא ההגנה לישראל. פטור זה ניתן לה מכוח סעיף 5 לחוק הנוזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952.<sup>4</sup> זאת, כחריג לכלל הקבוע בסעיף 2 לחוק, שלפיו דין המדינה לעניין

2 המונח "אחריות בנוזיקים" מוגדר בחוק הנוזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) תשי"ב-1952, כ"אחריות לפי הפקודה (פקודת הנוזיקים האזרחיים, 1944; אשר קרמה לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], דיני מדינת ישראל 10 (17.4.1968), עמ' 266) על מעשה שנעשה לאחר תחילת תוקפו של חוק זה."

3 סעיף ההגדרות מגדיר מעשה – לרבות מהדל.

4 ס"ח 109.

אחריות בנוזקים כדין כל גוף מואגד. על כן, כאשר פעולה של צה"ל נכנסת לגדרו של המונח "פעולה מלחמתית", תהיה המדינה חסינה בגין נזקים שנגרמו במהלכה והנפגעים לא יהיו זכאים לפיצוי מהמדינה מכוח דיני הנוזיקין. סעיף 6(א) לחוק פוטר את המדינה מאחריות נזיקית גם בשל חבלה שנחבל אדם או בשל מחלה או החמרת מחלה שנגרמו לו בתקופת שירותו הצבאי או בעקבותיו. לסעיף זה מצטרף סעיף 7(א), הפוטר את המדינה מתשלום פיצויים נזיקיים בשל מותו של אדם מחמת חבלה או מחלה שאירעו בתקופת שירותו או עקב שירותו הצבאי.<sup>5</sup>

קבלת החוק עוררה בעיה שקיבלה ביטוי הן בספרות האקדמית<sup>6</sup> והן בפסיקה בית המשפט.<sup>7</sup> החוק העניק חסינות מפורשת רק למדינה ולא לאנשים הפועלים מכוחה. אחריותם של אלה האחרונים (עובדי הציבור) הוסדרה מקדמת דנא בסעיף 7(א) לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], הקובע כי עובד ציבור אחראי לכל עוולה שעשה, ואם ייתבע לדין על כך – ייתבע אישית. אמנם, הסעיף מוסיף וקובע כי במקרים מסוימים תהיה לעובד הגנה, אך זו תחול רק כאשר התובענה אינה בגין רשלנות, ורק אם המעשה שנטען להיות עולתי היה בתחום סמכותו כדין או שעשהו בתום לב כשהוא סבור כי הוא פועל בתחום סמכותו כדין. כלומר: לעובד אף פעם אין הגנה בגין מעשה רשלני, וגם לא תקום לו

- 5 לעניין סעיף 6(א) מוגדר המונח "שירות צבאי" כהגדרתו בחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשי"ט-1959, ס"ח 295. לעניין סעיף 7(א) מוגדר המונח "שירות צבאי" על פי הגדרתו בחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תש"י-1950, ס"ח 52. על פי שני החוקים הנ"ל "שירות צבאי" פירושו שירות בצבא ההגנה לישראל, כולל חייל בשירות סדיר, חייל בשירות קבע וחייל מילואים.
- 6 כך, במאמר שנכתב על ידי ר"ר ג' קלינג, הובעה הדעה כי "אין מקום לייחס לחוק אחריות המדינה כוונה לגרוע מאחריותם של עובדי המדינה, כאשר זו הוסדרה במפורש בסעיף 7 לפקודת הנוזיקין". ראו גבריאל קלינג, "החייל בדיני הנוזיקין", הפרקליט לא 83 (תשל"ז).
- 7 בהרכב מורחב של בית המשפט העליון בע"א 507/79 ראוונדנאף נ' חכים, פ"ד לו(2) 757 הוחלט ברוב, כנגד חוות דעתם החולקת של השופטים שמגר ודב לוי, כי המדינה פטורה בגין נזקים שנגרמו לחיילת בתאונת דרכים, וזאת בשל הפטור הקבוע בחוק הנוזיקים האזרחיים. לעומת המדינה, שזכתה לפטור, החייל שנהג בכלי הרכב הצבאי שבו נסעה החיילת אינו פטור. השופט (כתוארו אז) ברק אמר באותו עניין כי עיקרון היסוד של דיני הנוזיקין הוא כי מי שמקיים את היסודות של העוולה אחראי למעשיו שלו. מעמדו של המעוול בהיררכיה המנהלית או הביצועית, אין בו כדי לשחרר את המעוול מאחריותו. על כן, עצם העובדה שאדם מבצע עוולה לא למען עצמו, אלא כעובד או כשלוח של אחר, אין בה כדי לשחרר את המבצע מאחריות בנוזיקין. זאת, משום שעמדתם של דיני הנוזיקין היא העמדה האינדיבידואליסטית, לפיה כל אדם בחטאו ישא. השופטת בן-פורת הוסיפה באותו מקרה כי אין לקרוא אל תוך החוק את מה שאין בו, ואם יש צורך בהרחבת הפטור יש להשאיר את מלאכת התיקון למחוקק.

הגנה אם חרג מתחום סמכותו ולא עשה זאת בתום לב.<sup>8</sup> חייל שהזיק נחשב, לצורך עניין זה, כעובד מדינה.<sup>9</sup>

המחוקק התייחס לבעיה זו ובשנת 1985 הכניס תיקון לחוק.<sup>10</sup> על פי התיקון, הפטור מאחריות בנויקים החל על המדינה לפי סעיפים 5-7 יחול גם על מי שבגללו הייתה המדינה נושאת באחריות בנויקים אילולא הסעיפים האמורים. על כן, כאשר המדינה חסינה – חסינים גם הפועלים מטעמה. בדברי ההסבר להצעת החוק<sup>11</sup> נאמר כי תיקון החוק נועד להשיג שלוש מטרות: הראשונה – לפטור חייל או שלוח אחר של המדינה מאחריות נויקית במקרים שהמדינה פטורה מאחריות למעשהו. מצב משפטי החושף חייל הפועל מטעם המדינה לתביעה בשל מעשה שעשה עבור המדינה ובתוקף תפקידו הוא בלתי נסבל, כפי שנאמר בדברי ההסבר. המטרה השנייה היא למנוע מצב שבו יועלו במשפט אזרחי שאלות בנושאים שהם בגדר המומחיות הצבאית והסטנדרטים הצבאיים הקשורים לפעילות צבאית מובהקת, שמקום בירורם ההולם הוא המערכת הצבאית.<sup>12</sup> המטרה השלישית היא לשמר את חסינותה של המדינה מבחינה מעשית, שכן כאשר חייל עומד לדין המדינה תראה עצמה פעמים רבות כמחויבת מבחינה מוסרית לממן לחייל את ההגנה המשפטית ולשאת בדמי הנזק.

יוצא, אם כן, שחסינותם של חיילים ושל אנשים בשירות הצבא נגזרת מהפטור שניתן למדינה. אכן, כאשר המדינה פטורה פטור גם החייל שגרם נזק כעת פעולה מלחמתית. עם זאת, מכלל ההגן נגזר גם הלאו: היה ופעילות מסוימת אינה נכנסת בגדר הפטור שניתן למדינה, גם "מי שבגללו המדינה נושאת באחריות" לא יהא פטור. במקרים אלה חוזר לתחולתו הדין הכללי החל על העובד מכוח סעיף 7 לפקודת הנזיקין, שהוא, כאמור, חיוב אישי. אמנם, ברוב המקרים תהווה המדינה חייבת נוספת מכוח אחריותה

8 חריג התביעה בגין רשלנות חל לא רק במסגרת עוולת הרשלנות. את המדינה, כמו גם את העובד, ניתן יהיה לתבוע גם בעוולות נזיקיות אחרות, ובלבד שיוכח כי סטו מסטנדרט ההתנהגות הסביר – היינו: התרשלו. בעניין זה ראו, למשל, ע"א 211/82 ננס נ' פלורו, פ"ד מ(1) 210, 218; ע"א 243/83 צירית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113.

9 ע"א 338/60 מדינת ישראל נ' מדר, פ"ד טו 1569, 1574.

10 חוק הנויקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 3), ס"ח 1269 (סעיף 7 לחוק).

11 הצעת חוק הנויקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 3), התשמ"ה-1985, ה"ח 118, 1715. דברי ההסבר להצעת החוק מפנים לפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין ראונדנאף ומאמצים את דעת המיעוט, בסוברם כי המצב המשפטי שנוצר בעקבות פסק הדין לא הניח את הדעת.

12 שכן כתוצאה מפסק הדין בעניין ראונדנאף ניתן לתבוע חייל בטענה שהתרשל במהלך פעולה מבצעית של צה"ל ובכך גרם נזק לאחר.

השילוחית,<sup>13</sup> אך השניים – המדינה והחייל – נחשבים כמעוולים יחד מכוח סעיף 11 לפקודת הנזיקין, וניתן לתבוע אותם יחד ולחוד על סכום הפגיעה כולה. ההחלטה את מי לתבוע נתונה בידי התובע.<sup>14</sup>

ללא כל קשר ישיר לשאלת החבות הנזיקית בגין נזק הנגרם בעת מלחמה עלתה על סדר היום רפורמה בנושא. כדי לתקן את המצב המשפטי הנוכחי, שלפיו ניתן לחייב את עובד הרשות באחריות נזיקית בגין מעשים רשלניים שביצע במהלך תפקידו, הוצעה הצעת תוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 9) (אחריות עובד ציבור), התש"ס-1999.<sup>15</sup> הצעת חוק זו מבוססת על מחקר משפטי שערך פרופ' ישראל גלעד בכל הקשור לאחריות רשויות ציבור ועובדיהן.<sup>16</sup> במסגרת זו הוצע להרחיב את חסינותו של עובד הרשות הציבורית, ובדברי ההסבר ניתנו לכך כמה נימוקים.<sup>17</sup> על פי ההסדר המוצע תוקנה לעובד חסינות דינית.<sup>18</sup> חשוב לציין שההסדר אינו גורע מאחריותה של הרשות הציבורית,

13 ראו סעיפים 13 ו-14 לפקודת הנזיקין.

14 אם כי לנתבע קמה זכות לחזור אל המעוולים האחרים. ראו, לדוגמא, ע"א 22/75 אדרי נ' עזיזיאן, פ"ד ל(1) 701; ע"א 304/68 גינוסר, קברוצת הנוער העובד להתישבות שיתופית נ' דחאברה, פ"ד כג(1) 366.

15 ה"ח 146,2832.

16 ראו ישראל גלעד, "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק ראשון)", משפט וממשל ב 339 (תשנ"ה); ישראל גלעד, "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק שני)", משפט וממשל ג 55 (תשנ"ה).

17 הנימוקים בהצעה לקוחים בעיקרם מתוך מאמרו השני של ישראל גלעד, שם. ראשית, עובדי הציבור חשופים לסיכונים-אחריות עקב אפשרות ההיזק הנרחבת של הרשות. שנית, עובדי הציבור חשופים ללחצים בדרך של הגשת תביעות אישיות בלתי-מוצדקות או איום כתביעות כאלה, דבר העלול להשפיע על תפקודם ולשבש את פעילותה של הרשות הציבורית; שלישית, מבחינת כושר הפיצוי הרשות היא בעלת המשאבים הכספיים ובעלת היכולת לפזר את הנזק, והתביעה האישית אינה מוסיפה דבר לנפגע; רביעית ואחרונה – דברי ההסבר גורסים כי זהו גם הנוהל החל על העובדים כסקטור הפרטי ועל כן יש בתיקון בעיקר משום הכרה רשמית במציאות משפטית קיימת. בד בבד מבהירים דברי ההסבר כי יש לדאוג לכך שהנפגע מפעילות עובד הציבור יקבל פיצוי, וכי יש למנוע את אדישות העובד בכל הקשור לאמצעי הזהירות שאותם הוא יכול לנקוט באמצעות תביעת השתתפות. מוסיף גלעד במאמרו, כי בעוד שהאחריות האישית אינה תורמת דבר לניזוק מהיבט ההרתעה של המזיק, הרי שיש בשחרור העובד מאחריות כדי להקטין אח אפקט ההרתעה השלילית מבלי לפגוע בהרתעה הרצויה. לדבריו, פטור אישי יקטין במידה ניכרת את חששו של העובד מאחריות, ויאפשר לו לפעול ביתר ביטחון וביתר מרץ ללא צורך בהתגוננות מתמדת. שם, בעמ' 93.

18 בכך, לכאורה, נדחתה הצעתו של גלעד, שלפיה ראוי שחסינות העובד תלבש אופי מהותי. אולם, מעיון בהצעת החוק עולה כי למרות הגדרת החסינות כדינית היא דומה מאוד



שתפצה את הניזוק אם העובד ביצע את העוולה: עובדה זו תמריץ את הרשות לנקוט אמצעים שונים להבטחת התנהגותם התקינה של עובדיה. כדי לשמר גם את תמריצי העובד, קובעת הצעת החוק כי ניתן להפעיל כנגדו סנקציות פליליות ומנהליות, כמו גם לחזור אליו במקרים שבהם פעל ברשלנות חמורה. ההסדר אינו חל על נזקים שנגרמו על ידי העובד בזדון, תוך שימוש לרעה בסמכות.<sup>19</sup> כאמור, הצעה זו טרם נתקבלה, ועל כן הדין הרווח הוא כי העובד – ולענייננו החייל – ניצב בפני סיכון לחוב באופן אישי באחריות נזיקת בשל פעולה רשלנית שהרשות איננה חסינה בגינה.

### ג. חסינות בשל פעולות מלחמתיות: משפט משווה

מדיניות זו של הענקת חסינות למדינה ולשלוחיה בשל פעולות מלחמתיות אינה ייחודית לישראל אלא מאפיינת מדיניות רבות. מדינות אלה, רובן ככולן, הכירו בכך שדיני הנזיקין המסורתיים אינם מתאימים ליישום במקרים של פעולות מלחמתיות וכי החלתם עלולה לגרום עיוותים משפטיים. החלתם אף עלולה לחשוף את המדינה לתשלומים שבהם לא תוכל לעמוד. על כן נקבע הכלל שלפיו המדינה חסינה בגין פעולות מלחמתיות. זאת ועוד: הפרשנות שניתנה לכלל זה על ידי בתי המשפט הייתה רחבה, כך שגם פעולות שאינן מסוגות דרך טבע כפעולות מלחמתיות ייחשבו ככאלו. להלן כמה דוגמאות.

#### 1. הדין בארצות-הברית

הדין הרלבנטי בארצות-הברית הוא ה-Federal Tort Claims Act, או בשמו המקוצר: FTCA.<sup>20</sup> בדומה לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), גם חוק זה הוא בבחינת ויתור גורף על חסינות השלטון הפדרלי. ככלל, בדומה לחקיקה הישראלית,

לחסינות המכונה במאמר "מהותית". על פי המאמר, חסינות מהותית לעובד שוללת את אחריותה השילווחית של הרשות למעשה העובד ומונעת תביעות השתתפות נגדו. במקרים אלו מוטלת על הרשות אחריות אישית ישירה (ולא שילווחית) בגין מעשי עובדיה, אך מוקנית לה זכות לתבוע את העובד להשבת סכומים ששילמה והוצאות שהוציאה, כאשר תביעת ההשבה מוצדקת.

19 סעיף 7א (א) להצעת החוק. הערה 15 לעיל.

20 28 U.S.C. 1346(b).

מאפשר החוק לפרטים לתבוע את הממשלה בגין נזק גוף או מוות<sup>21</sup> במקרים שבהם ניתן היה לתבוע פרט מזיק, ובהתאם לחוקי המדינה החלים על ההתנהגות העוולתית.<sup>22</sup> על כן, וכעניין שבשגרה, יכולים פרטים לתבוע את הממשלה או את שלוחיה בנוזקין בשל נזקי גוף שנגרמו על ידיהם ברשלנות.

אולם, הקונגרס האמריקני הכיר בכמה חריגים שבתחומם תישמר חסינותה של המדינה. החריגים העיקריים קבועים בסעיף 2680, וסעיף המשנה הרלבנטי לענייננו<sup>23</sup>

21 למעשה, הסעיף רחב הרבה יותר, וקובע כדלקמן: "1346 (b) (1) Subject to the provisions of chapter 171 of this title, the district courts, together with the United States District Court for the District of the Canal Zone and the District Court of the Virgin Islands, shall have exclusive jurisdiction of civil actions on claims against the United States, for money damages, accruing on and after January 1, 1945, for injury or loss of property, or personal injury or death caused by the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment, under circumstances where the United States, if a private person, would be liable to the claimant in accordance with the law of the place where the act or omission occurred"

22 ראו, למשל, *Stephenson v. Stone*, 21 F.3d 159, 162 (1994).

23 סעיף רלבנטי נוסף לעניין חסינות המדינה, שלגביו לא ארחיב, הוא סעיף 2680(k), הדן בחסינות מפני תביעה נזיקית כשהעילה לה נוצרה במדינה אחרת. הסעיף פורש בפסיקה כחל על מקומות הנתונים לריבונות זרה. חריג זה הוא כללי ולא נועד להסדיר בצורה ספציפית מצבים של מלחמה – שלשום, כאמור, קיים חריג מיוחד. הוא גם אינו מתייחס באופן ספציפי לפעולות הצבא. הרלבנטיות של חריג זה למצבים מלחמתיים היא במקרים שבהם המלחמה מתנהלת על אדמה זרה. לעניין הפגיעה באדם במקום הנמצא תחת ריבונות זרה אין זה משנה אם מדובר בריבון אויב או אהב או אם מדובר בניזוק אויב או אהב. תחילה עסקה הצעת החוק בחסינות נגד תביעה של נפגע זר (alien), אולם בחוק שנתקבל הושמטה דרישה זו והחסינות הוגדרה כלפי כולי עלמא. ראו *United States v. Miller*, 73 F.3d 878, וכן *Spelar*, 338 U.S. 217, 219-220 (1949). למעשה, את חריג הריבונות הזרה יש לקרוא על רקע המשפט הבינלאומי הפרטי העומד מאחוריו, הוא שכאשר מדובר בעילת תביעה שצמחה בטריטוריה הנתונה לריבונות זרה, החיוב המשפטי יהיה לרוב בהתאם לחוקים של אותה ריבונות – שכן במקרה שכזה האחריות נקבעת במרבית הפעמים על פי חוקי המקום שבו מתרחשת העוולה. ארצות-הברית לא רצתה לחשוף את עצמה לחיוב משפטי בגין חוקים של ריבון זר, שעליהם אין לה כל שליטה. דבר אחד הוא לומר שהמדינה אינה חסינה בנוזקין, ודבר אחר הוא לכפוף אותה לדיני נוזקין שאין לה כל שליטה עליהם. בעניין זה ראו עניין *Spelar*; אולם השוו *Burna v. United States*, 240 F.2d 720 וכן *Cobb v. United States*, 191 F.2d 604 (1951) (1957), שעסקו בנוזקים שנגרמו באוקיאנוס שהייתה תחת ריבונות יפנית, נכבשה על ידי

הוא סעיף 2680(j) <sup>24</sup> הקובע כי חסינות המדינה תשמר במקרים שבהם התביעה היא "arising out of the combatant activities of the military or naval forces, or the Coast Guard, during time of war". בניגוד לחוק הנוזקים האזרחיים, בחוק החרות האמריקני לא נעשתה הבחנה בין פגיעה או מוות שנגרמו לחיילים בתקופת שירותם בצבא (שבהם דנים סעיפים 6 ו-7 לחוק הנוזקים האזרחיים) לבין פגיעות שנגרמו לאזרחים, לתושבים או לאנשים בעלי סטטוס אחר. אלו ואלו נכנסות לגדרו של החרג ולמדינה ניתנת בעטיין חסינות.

לגבי נפגעים מקרב אנשי הצבא פירש בית המשפט העליון הפדראלי את סעיף 2680(j) באופן גורף, וקרא לתוכו, בצורה מלאכותית, מקרים נוספים שבהם המדינה תהיה חסינה. בעניין *Feres*<sup>25</sup> משנות ה-50 נקבע כי אנשי שירות מנועים מלתבוע את המדינה בגין פגיעות שהן "arise out of or are [sustained] in the course of activity incident to service". בכך הורחבה מאוד חסינות הממשל בכל הקשור לפגיעות במסגרת הצבא. בפסק הדין עצמו, ואף בפסיקה ובספרות מאוחרות יותר, נעשה ניסיון להסביר את המניעים העומדים מאחורי הרצון למנוע הגשת תביעות נזיקיות על ידי אנשים בצבא כנגד המדינה.<sup>26</sup> אחת ההנמקות להרחבת החסינות בהקשר הנוזקי הייתה שבמסגרת השירות הצבאי זכאים החיילים, כעובדי צבא, לתגמולים הדומים במהותם – ואולי אף נדיבים יותר – ממרבית תוקי התגמולים האזרחיים, המזכים את העובד האזרחי בסעד (civilian workers compensation awards), אך מונעים ממנו

ארצות-הברית במלחמת העולם השנייה והייתה תחת שליטתה הצבאית. בית המשפט סירב גם במקרה זה לפסוק פיצוי, בין היתר מהסיבה שהשלטון הצבאי לא היה מוסמך לשנות את דיני הנוזקין במקום והיה מחויב לשמרם כפי שהיו לפני הכיבוש.

24 28 U.S.C. 2680.

25 *Feres v. United States*, 340 US 135 (1950).

26 עניין זה חורג מנושא מאמר זה, אולם לסקירה ראו Michael Rust, "Expansion of the Feres Doctrine," 32 *Emory L. J.* 237 (1983); John Astley, "Feres Doctrine Gets New Life and Continues to Grow (case note)," 38 *Am. U.L. Rev.* 185 (1988); David E. Seidelson, "The Feres Exception to the Federal Tort Claims Act: New Insight into an Old Problem," 11 *Hofstra L. Rev.* 629 (1983); D.B. Dobbs, *The Law of Torts* 705-713 (2000).

ברוב המקרים תביעה נזיקית אלטרנטיבית.<sup>27</sup> נימוק נוסף היה כי הדוקטרינה משפרת את התפקוד והאפקטיביות של הצבא ואף מקדמת בו את המשמעת.<sup>28</sup>

פסק דין זה ספג ביקורת נוקבת, הן בשל העובדה שמבחינה יוריספרודנטלית בית המשפט קרא אל תוך החוק היבש הרחבה שאין לה אחיזה כלשהי בלשונו, והן בשל שיקולי המדיניות שעמדו בבסיס ההחלטה.<sup>29</sup> אולם, למרות הביקורת שרדה פסיקה זו את מבחן הזמן, והפכה הלכה למעשה לחלק מהחוק החרות.<sup>30</sup> על פי הלכה זו והפסיקה שבאה בעקבותיה, החסינות הגורפת של המדינה קיימת הן כשמדובר במעשי רשלנות והן כשמדובר במעשים מכוונים, והיא קיימת גם במצבים קיצוניים. כך, למשל, חיילת שהוטרה מינית על ידי מפקדה נמצאה מגועה מלתבוע את הצבא מכוח אותה דוקטרינה.<sup>31</sup>

חסינות המדינה הורחבה לא רק ביחס לאנשי צבא אלא גם בכל הקשור לפגיעות באנשים שמחוץ לצבא, אם כי במקרים אלו נשמרו גבולותיו המילוליים של הסעיף. דוגמא טובה לפרשנות כגון זו יכול לשמש פסק הדין בעניין *Koochi*.<sup>32</sup> המקרה התרחש בתקופת "מלחמת המכליות". הייתה זו "מלחמה" בלתי-מוכרת בין איראן לעיראק,

27 ראו, למשל, *Taber v. Maine*, 67 F.3d 1029, 1038 (1995). Then, as now, civilian workers' compensation statutes typically barred tort suits by employees against their employers for injuries arising out of or in the course of employment.

28 בעניין *Chappell* בית המשפט סבר כי: "The special nature of military life - the need for unhesitating and decisive action by military officers and equally disciplined responses by enlisted personnel - would be undermined by a judicially created remedy exposing officers to personal liability at the hands of those they are charged to command. Here, as in *Feres*, we must be 'concerned with the disruption of 'the peculiar and special relationship of the soldier to his superiors' that might result if *Chappell v. Wallace*, the soldier were allowed to hale his superiors into court." 462 U.S. 296, 303-304 (1983).

29 לעניין זה ראו *Dobbs*, הערה 26 לעיל, בעמ' 713-705; R.A. Epstein, *Torts* 625-627; (1999), W. Page Keeton et al., *Prosser and Keeton on Torts* 1037-1046 (5th ed., 1984).

30 ראו Epstein, שם; וכן *Dobbs*, שם.  
31 *Mackey v. United States*, 226 F.3d 773 (2000). באותו מקרה ניסתה המוסדרת לטעון כי דוקטרינת *Feres* אינה חלה שכן היא אינה משתרעת על עוולות כוונה אלא מעניקה חסינות רק מפני מעשי רשלנות. בית המשפט, באשרו את פסק דינו של בית המשפט קמא, קבע כי הדוקטרינה משתרעת הן על עוולת הרשלנות והן על עוולות הכוונה, ועל כן המוסדרת מנועה מלתבוע את ארצות-הברית בגין הטרדה זו.

32 *Koochi v. United States*, 976 F.2d 1328 (1992). פסק הדין גם מצוטט בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין עודה.

שבה כל אחת מהמדינות תקפה כלי שיט של המדינה האחרת שהובילו נפט. ארצות-הברית, שהחייצבה בעניין זה לימין עיראק, הסתככה באירוע שבו הפילה משחתת אמריקנית מטוס נוסעים איראני, בסוכרה בטעות שמדובר במטוס קרב מסוג F-14 שהתכוון לתקוף אותה. 290 נוסעים נהרגו בעקבות נפילת המטוס וחלק משאריהם הגישו תביעה נזיקית נגד ארצות-הברית בשל הפעלה רשלנית של המשחתת. בית המשפט, בפרשו את הסעיף, נדרש הן לפרשנות המונח "combatant activity" והן לפרשנות המונח "time of war". פרשנות שני המונחים נעשתה על דרך של הרחבה, כך שהמקרה נושא הדין נפל בגדר חסינות המדינה. באשר למונח "combatant activity" נפסק כי הוא כולל לא רק אלימות פיזית אלא גם "activities both necessary to and in direct connection with actual hostilities"<sup>33</sup>, וכי ירי טיל על ידי הספינה מתוך הגנה עצמית הוא דוגמא מובהקת לפעולה מלחמתית. באשר למונח "time of war" נפסק כי לשם תחולתו אין צורך בהכרזת מלחמה רשמית, וכי – "From a practical ... standpoint 'time of war' has come to mean periods of significant armed conflict rather than times governed by formal declarations of war"<sup>34</sup>. בית המשפט ציין, למשל, כי במלחמת קוריאה לא הייתה כל הכרזת מלחמה, וכי באופן רשמי הוגדרה המלחמה כפעולת שיטור.

במסגרת פסק הדין הסביר בית המשפט העליון מדוע במקרים אלו אין לתת תחולה לדיני הנזיקין "הרגילים": ראשית, דיני הנזיקין מבוססים, לפחות בחלקם, על ההנחה שהחייב באחריות יביא את המשתתפים בפעילות לנהוג בצורה זהירה יותר – אולם ברור שהקונגרס לא חפץ שאנשי הצבא ינהגו בצורה זהירה מדי במצבים שבהם יש צורך באמצעים נועזים ויצירתיים כדי להתגבר על כוחות האויב. יתר על כן: הקונגרס גם אינו מעוניין במצב שבו החיילים יהיו נתונים למרות האחריות הנזיקית, כאשר במהלכו של קרב הם שוקלים שיקולים הרי גורל. שנית, אדן נוסף שעליו נסמכים דיני הנזיקין הוא עשיית צדק עם הצדדים המעורבים – החזרת המצב לקדמותו והענקת פיצוי לנפגע החף מפשע בגין פגיעה שנגרמה כתוצאה מהתנהגות עוולתית. אולם, במלחמה נפגעים בכל הצדדים המעורבים גם רבים חפים פשע. כאשר כל צד נוהג במכוון באלימות ובכוח כלפי הצד האחר, יהיה זה בלתי הגיוני לבחור כמה אנשים – בדרך כלל אזרחי אויב – ולפצות אותם אך בגין העובדה שנפגעו כתוצאה מפעילות רשלנית של צבא ארצות-הברית. שלישית, לדיני הנזיקין גם פן עונשי. החברה סבורה כי על המעוולים לשאת בחטאם. לדעת בית המשפט, אין זה מתקבל על הדעת שאמריקנים רבים יתמכו

33 בכך אומצה הפרשנות שניתנה למונח בעניין *Johnson v. United States*, 170 F.2d 767 (1948).

34 הערה 32 לעיל, בעמ' 1333.

בהענשתם של אנשי צבא על פגיעה בחיילי אויב או אזרחי אויב, כתוצאה מפעולות שנקטו כדי לשמור על חייהם או על גופם.<sup>35</sup> לא זו אף זאת: בית המשפט הוסיף, כי לעניין החסינות אין זה משנה אם הפלת המטוס הייתה מכוונת או תוצאה של טעות, אם הטיל המשוגר היה "חכם" או "טיפש", ואף אם המטרה שנבחרה משרתת את הפונקציה שבגינה נבחרה או שבחירתה נבעה משיקולים מוטעים. במלים אחרות: לשם תחולת חריג ה-"combatant activity" כ-"time of war", אין זה משנה אם הצבא מקבל או מבצע את החלטותיו בזהירות או ברשלנות; בצורה הולמת או בצורה מוטעית. אופיו של המעשה הוא המכריע ולא הדרך שבה בוצע. כך, לעניין תחולת החסינות – וכל עוד נותן ההוראה או היורה מבצע את הפעולה כדי לקדם מטרה צבאית או מתוך הגנה על חיים, רכוש או אינטרסים אחרים – אין זה משנה אם המטוס המופל הוא אזרחי או צבאי. השאלה היחידה היא אם הפעולה מהווה פעולה מלחמתית בעת מלחמה.<sup>36</sup>

35 ובשפת המקור: "First, tort law is based in part on the theory that the prospect of liability makes the actor more careful... Here, Congress certainly did not want our military personnel to exercise great caution at a time when bold and imaginative measures might be necessary to overcome enemy forces; nor did it want our soldiers, sailors, or airmen to be concerned about the possibility of tort liability when making life or death decisions in the midst of combat. Second, tort law is based in part on a desire to secure justice - to provide a remedy for the innocent victim of wrongful conduct... War produces innumerable innocent victims of harmful conduct - on all sides. It would make little sense to single out for special compensation a few of these persons - usually enemy citizens - on the basis that they have suffered from the negligence of our military forces rather than from the overwhelming and pervasive violence which each side intentionally inflicts on the other. Third, there is a punitive aspect to tort law.... Society believes tortfeasors should suffer for their sins. It is unlikely that there are many Americans who would favor punishing our servicemen for injuring members of the enemy military or civilian population as a result of actions taken in order to preserve their own lives and limbs. For these and other reasons, tort law, in toto, is an inappropriate subject for injection into the area of military engagements. The FTCA clearly recognizes this principle, and we see no reason why Congress would want to differentiate in this respect between declared and undeclared wars"

שם, בעמ' 1336. 36

למרות זאת, בפסיקה נקבע כי גם לפרשנות הרחבה תחומי מחיה ועל כן הוצבו לה גבולות. כך, למשל, פעולות אימון שבעטיין נגרם נזק, הגם שנעשו בכלים צבאיים ובמהלך מלחמה, לא זיכו את ארצות-הברית בחסינות המבוקשת.<sup>37</sup> בסיכומו של דבר, עת יישם בית המשפט את הדין הכללי על עובדות המקרה, הוא קבע כי הקונגרס לא התכוון לכך שהממשלה תהיה אחראית בשל כך שלא נהגה בזירות סבירה לשמירה על ביטחונם של אלה שכנגדם יצאו כוחות הצבא של ארצות-הברית לקרב, בין שהוכרזה מלחמה רשמית ובין אם לאו.

## 2. הדין באנגליה

גם המשפט האנגלי הגיע למסקנה דומה. בדומה למשפט הישראלי, חל במשפט האנגלי דין שונה על פגיעה שנגרמה לחיילים במהלך השירות הצבאי לעומת פגיעה שנגרמה לשאינם חיילים.

במקרים שבהם פעל צבא הכתר נגד אויב במסגרת אקט מלחמתי, ואחד החיילים נפגע כתוצאה ממעשה או מחדל של חיילים אחרים, נפסק כי החיילים האחרים ואף הכתר אינם חייבים כלפיו, וכלל לא קמה חובת זהירות. דוגמא לפסיקה כזו ניתן למצוא בעניין *Mulcahy*<sup>38</sup> באותו מקרה התובע היה חייל ששרת בצבא הכתר ביחידת ארטילריה בתקופת מלחמת המפרץ. הוא הוצב בערב הסעודית כאשר יחידתו ירתה פגזים בתותחי הוביצר לכיוון עיראק. לאחר שקיבל הוראה ממפקדו להביא מכל מים ממקום שהיה בקדמת התותח ירה המפקד בתותח כרשלנות. הירי הפיל את החייל

37 ראו *Skeels v. United States*, 72 F. Supp. 372 (1947). המקרה התרחש בשלהי מלחמת העולם השנייה, בתקופה שבה ארצות-הברית הייתה נתונה עדיין במלחמה עם יפן. ממטוסים שהיו באימון מעל מפרץ מקסיקו נפל צינור ברזל על ראשו של אדם ששט בסירה והרגו. ארצות-הברית ניסתה לטעון לחריג החסינות מכוח הפעולה המלחמתית, אך בית המשפט דחה הטענה. בהנמקתו פירט בית המשפט כי אם נזק דוגמת זה שבפניו – נזק אגב אימון, ואפילו נערך בתקופת מלחמה – ייכנס בגדר החריג, תחולתו של החריג תהיה רחבה מדי. כך, ייתכן שכל פגיעה של הצבא באזרחים – ובכלל זה תאונות דרכים, השמדת רכוש וכו', בכל מקום בו נערכים האימונים, בין כרשלנות ובין במכוון – תיכנס בגדר החריג אף היא. זאת, בין שהפגיעה היא תוצאה ישירה של האימון ובין שהיא קשורה אליו בדרך כלשהי. לדעת בית המשפט, גישה זו מרחיבה את תחולת החריג יתר על המידה. בנימוק הרציונל להחלטה נקבע כי באימון המתבצע הרחק ממקום הלחימה תהיה גם בעת לחימה הזדמנות דומה לנקוט אותם אמצעי זהירות הננקטים בעת שלום. זאת, בניגוד לקרב או לפעולה מלחמתית שבהם תשומת הלב ומרב המאמצים מכוונים למיגור האויב ורכושו כמו גם להגנה על האחים לנשק, האזרחים ורכושם באמצעות השימוש המיידני בכוח.

38 *Mulcahy v. Ministry of Defence* [1996] Q.B. 732

מרגליו וגרם לו לקשיי שמיעה. מבחינה עובדתית, בשעת הירי הצוות לא היה חשוף לירי כלשהו מצד האויב, וגם לא לפניו ולאחריו.<sup>39</sup> התביעה הוגשה כנגד המדינה בגין אחריותה השילווחית.

בית המשפט לערעורים פסק – בהסתמך, בין היתר, על פסיקה אוסטרלית<sup>40</sup> – כי לא חלה על המדינה או על המפקד אחריות נזיקית בשל הפגיעה. זאת, על אף שהמצב המשפטי באותו מקרה לא היה ברור.<sup>41</sup> ההיגיון שעמד מאחורי הדברים והיווה תנאי

39 לכך יכולה הייתה להיות משמעות שכן אין מדובר בעת קרב ממש, שבו מתקבלת החלטה או מתבצע מעשה "תחת אש". עם זאת, בית המשפט ציין כי אין הוא צריך להכריע באשר למקרים שבהם נורה טיל ממרחק של מאות מילין ממקום המטרה או במקרים שבהם חָמַש מחמש מטוס הפצצה ואגב כך נפגע. באותו מקרה התובע היה שרוי באזור מלחמה, לקח חלק בפעולה שנחזית להיות מלחמתית (warlike), והיה חלק מצוות התותח שירה לעבר מטרת אויב.

40 *Shaw Savill and Albion Co. Ltd v. The Commonwealth* [1940] 66 CLR 344 וכן *Groves v Commonwealth of Australia* [1982] 40 A.L.R. 193.

41 הסעיף הרלבנטי היה סעיף 10(1) לחוק משנת 1947. חוק זה קבע את האפשרות להגיש תביעה נזיקית כנגד המדינה, אך גם הסדיר באופן ספציפי את חסינותה ככל שהעילות נוגעות לפעילות במסגרת הצבא. חסינות זו השתרעה הן על החייל והן על המדינה. על פי הסעיף: "Nothing done or omitted to be done by a member of the armed forces of the Crown while on duty as such shall subject either him or the Crown to liability in tort for causing the death of another person, or for causing personal injury to another person, in so far as the death or personal injury is due to anything suffered by that other person while he is a member of the armed forces of the Crown if -- (a) at the time when that thing is suffered by that other person, he is either on duty as a member of the armed forces of the Crown or is, though not on duty as such, on any land, premises, ship, aircraft or vehicle for the time being used for the purposes of the armed forces of the Crown; and (b) [the Secretary of State] certifies that his suffering that thing has been or will be treated as attributable to service for the purposes of entitlement to an award under the Royal Warrant, Order in Council or Order of His Majesty relating to the disablement or death of members of the force of which he is a member: Provided that this subsection shall not exempt a member of the said forces from liability in tort in any case in which the court is satisfied that the act or omission was not connected with the execution of his duties as a member of those forces" אולם, סעיף זה לא היה בתוקף בגלל חוק נוסף משנת 1987 - *Crown Proceeding (Armed Forces) Act 1987*, שהתקבל בשל חוסר שביעות רצון מהחוק משנת 1947. התגמולים שלהם היו זכאים הנפגעים מכוח חוק התגמולים הישן היו נמוכים, כנראה במידה משמעותית, מהסכום שהיו מקבלים הנפגעים בתביעה נזיקית. על כן, הגישה הייתה שבתקופת שלום אין עוד צורך בהגבלות שנקבעו בחוק משנת 1947.



לתחולת החסינות הוא שהחייל הנפגע זכאי לקבל פיצוי במסגרתם של חוקי התגמולים, ועל כן לא יצא כשידיו על ראשו.<sup>42</sup>

לא רק זו אף זו: פסק הדין האוסטרלי *Shaw Savill*, שעליו הסתמך בית המשפט האנגלי, אינו מוגבל רק לפגיעה בכוחות הצבא ותחולתו רחבה הרבה יותר. באותו מקרה הוגשה תביעה לקבלת פיצוי בשל נזק שנגרם אגב רשלנותם של כוחות הצבא במהלך פעילות מבצעית כנגד האויב. האירוע התרחש בזמן מלחמת העולם השנייה. ספינת חיל הים של צבא אוסטרליה התנגשה באוניית סוחר. המדינה התגוננה בטענה שאוסטרליה הייתה נתונה במלחמה ועל כן יש למחוק את התביעה על הסף. בית המשפט סירב לעשות זאת, וקבע כי השאלה אם בשעת ההתנגשות הספינה עסקה בפעילות אקטיבית כנגד האויב היא עניין לבית המשפט לענות בו. עם זאת, במהלך פסק הדין הביע בית המשפט דעתו באשר לדין הראוי במצב מלחמה.

לגישת השופטים, קשה להחזיק בעמדה שלפיה במהלך פעילות כנגד האויב – ובכלל זה מרדף אחר כלי שיט השייך לצי האויב – תחול על קצין הגיוות חובת זהירות למנוע נזק לספינות שאינן מלחמתיות ונמצאות בזירת הפעילות. בעניין זה, אין די לומר שאופי הקונפליקט או המרדף הוא כזה המשפיע על בחינת סבירות פעולתו של קצין הגיוות כך שחובת הזהירות חלה עליו, אך לאור מכלול נסיבות המקרה הוא עמד בדרישותיה. משמעות גישה זו היא כי הלוחמים בים, ביבשה ובאוויר יהיו מלווים במורא דיני הנוזקין האזרחיים, שירתיעו אותם וידרבנו אותם לנהוג בזהירות כלפי האוכלוסייה האזרחית וכלפי רכושה, וכי בתי המשפט יידרשו להכריע בשאלה אם החייל בשדה המערכה יכול היה באופן סביר לפעול בצורה זהירה יותר כדי למנוע נזק "אזרחי". אף לא אחד יעלה על הדעת כי בית המשפט ייטול על עצמו לשפוט סוגייה כזו, בזמן מלחמה או אף לאחר השסתוימה. האפשרות שאזרחיות אזרחית כלשהי תחול על החיילים בשל מעשים או מחדלים רשלניים שנעשו במהלך פעילות כנגד האויב מנוגדת להיגיון ולשיקולי מדיניות.

סעיף 1 לחוק משנת 1987 ביטל על כן את סעיף 10. עם זאת, סעיף 2 צפה כי הזמנים עלולים להשתנות, ועל כן אפשר למזכיר המדינה להחיות את סעיף 10 במקרים שבהם נשקפת סכנה למדינה, במצב חירום, או כשנדרשת פעילות מעין-מלחמתית בכל מקום בעולם, פרט לאנגליה. בית המשפט הגיע למסקנה כי היה זה בסמכותו של מזכיר המדינה להחיות את הסעיף לעניין המבצע במלחמת המפרץ, אך המזכיר לא עשה כן. בפסק דינו לא הסתמך בית המשפט רק על האפשרות להחיות את סעיף החסינות, אלא גם על עמדת המשפט המקובל. לפי עמדה זו הגיעו השופטים למסקנה שלפיה בעת קרב (battle conditions) לא קמה כלל חובת זהירות ביחס לחיילים אחרים.

42 אחד התנאים לתחולתו של הסעיף הוא שמוזכיר המדינה יאשר כי הנזק שנגרם לחייל נכנס למסגרת אחד מחוקי התגמולים. אישור כזה על העובדות הווייתן יהווה ראיה קונקלוסיבית לתוכנו; ראו סעיף 10(3) לחוק משנת 1947.

עיקרון זה אינו מוגבל רק למקרים שבהם האויב נמצא באותה זירה או למקרים שבהם כבר התקיים מגע בין הכוחות, ויש להחילו על כל פעילות מבצעית המתנהלת נגד האויב. עיקרון זה חייב לכלול מתקפה ומגננה, התקדמות או נסיגה, מרדף או התחמקות ממגע, סיור והיתקלות.

עם זאת, ציין בית המשפט, יש להבחין בין פעילות מבצעית ממשית נגד האויב לבין פעילות אחרת של כוחות הצבא בזמן מלחמה. כך, ספינת מלחמה המתכוננת לעגון או מתמרנת בין ספינות אחרות בנמל, ואפילו ספינה מתדלקת או ספינת ליווי, חייבות לנווט בזהירות הראויה, תוך התחשבות בביטחונם של כלי השיט האחרים. במקרים אלו אין סיבה שלא לראות את הקצינים ככפופים לחובת הזהירות ועל כן הם אינם פטורים מהחובה לנהוג בסבירות, ובלבד שזו נבחנת על פי נסיבות המקרה. בתקופת "המלחמות המודרניות", לעתים ההכרעה בין המקרים אינה פשוטה, אך כשנראה לבית המשפט שהפעולה שנטען כי בוצעה ברשלנות היא מבצעית עליו לדרוח את התביעה.<sup>43</sup> בספרות האנגלית הועלתה הדעה כי במקרים המצוינים בעניין *Shaw Savill* שלילתה של חובת הזהירות היא עניין של כורח.<sup>44</sup>

ומה הדין באנגליה כאשר לפגיעות שנגרמו לאנשים שאינם קשורים לצבא? באשר לאלו נפסק כי המדינה חסינה וחסין אף החייל, וזאת בתנאי שהמעשה מוגדר כ- Act of State,<sup>45</sup> ורק כשהפגיעה העולמית נגרמה מחוץ לתחומי הממלכה<sup>46</sup> וביחס לזרים.<sup>47</sup>

43 פסק-דין *Shaw Savill*, הערה 40 לעיל.

44 ראו 104 (15th ed., 1998, W.V.H Rogers ed.) *Winfield & Jolowicz, On Tort* 104 שם מביעים הכותבים את דעתם כי "the rejection of a duty of care has the air of inevitability".

45 למונח Act of State כמה משמעויות, וזו האנגלית אינה בהכרח תואמת את התפיסה הבינלאומית של הדוקטרינה. יש הטוענים כי מדובר למעשה בדוקטרינות נפרדות: ראו, למשל, Robert Oppenheim's *International Law* § 112 (p. 368) (9th ed., 1993); Jennings & Arthur Watts eds. footnote 15; Lawrence Collins (ed.), *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (I) 108-111 (13th ed., 2000); Malcolm N. Shaw, *International Law* 128 (4th ed., 1997); O.H. Phillips & P. Jackson, *Constitutional and Administrative Law* 323 (8th ed., 2001).

46 בעניין זה ראו, למשל, את הרברים הבאים ב- William Wade & Christopher Forsyth, *Administrative Law* 822 (8th ed., 2000): "...acts of violence in foreign affairs, including acts of war, if committed abroad, cannot be questioned in English courts. It also casts a complete immunity over all acts of the Crown done in the course of annexing or administrating foreign territory".

47 *R. v. Secretary of State for Defense Thring* Court of Appeal (Civil Division) 20 July 2000; אולם גישה מסויגת בעניין זה ניתן למצוא ב- *Administrative Law* שם. המחברים

החסינות תקפה בין שהמעשה נעשה בסמכות מראש (authority) ובין שאושרר בדיעבד על ידי הכתר. פסק הדין המנחה בעניין זה הוא *Buron v. Denman*.<sup>48</sup> באותו מקרה התנהל מבצע של צי הכתר נגד סחר בעבדים. סוחר עבדים ספרדי הגיש תביעה לפיצויים נגד מפקד בצי בשל העובדה שהאחרון פגע ואף השמיד חלק מרכושו במערב-אפריקה. נראה, כי אם הייתה תביעה דומה מוגשת על ידי נתין בריטי, היא הייתה מתקבלת, ולכל הפחות היה נערך לגביה דיון ענייני בבית המשפט;<sup>49</sup> אולם תביעתו של הסוחר הספרדי נדחתה – בשל העיקרון שמעשי אלימות במסגרת יחסי חוץ, ובהם מעשי מלחמה, אם התרחשו מחוץ לאדמת אנגליה, אינם עניין לבתי המשפט באנגליה לענות בהם – ככל שמעשיו של הקצין אושרו בדיעבד על ידי ממשלת בריטניה. במקרים כאלו, אם ניתן להעניק בכלל סעד כלשהו, הוא צריך להינתן במסגרת הערוצים הדיפלומטיים שבין המדינות. הטענה במקרים אלה היא לא שהכתר או נציגו פעלו באורח סביר, אלא שהתובע בחר בטריבוטאל החסר את הסמכות לדון בעניין. לעומת זאת, אם הפגיעה נגרמה בטריטוריה בריטית, הגנת ה-Act of State חלה כנראה רק אם התובע הוא אויב זר.<sup>50</sup> זר שאינו אויב יזכה להגנה דומה לזו שניתנת לנתין בריטי.<sup>51</sup>

#### ד. חסינות המדינה בגין פעולה מלחמתית – שיקולים תיאורטיים

ראינו, אם כן, כי הן בארצות-הברית והן באנגליה ובאוסטרליה הייתה נכונות להרחיב את חסינות המדינה בגין פעולה מלחמתית. נכונות זו נותרה על כנה למרות גישה כללית נוגדת, שהובעה בחקיקה ובפסיקה, להרחיב את תחומי אחריות המדינה ולהשוותה לכל

סבורים כי פרשנות זו אולי רחבה מדי, וכי היא מתבססת על פסק דין בשם *Walker v. Baird* AC 491 [1892], שהדברים לא נקבעו בו מפורשות. לגישתם (*Wade & Forsyth*, הערה 46 לעיל, בעמ' 823-824): "if a British subject chooses to live outside the jurisdiction, it is hard to believe that he can thereby fetter the Crown's freedom of action in foreign affairs... foreign parts are beyond the pale..., and there the Crown .has a free hand, whether the plaintiff be foreign of British"

2 Ex 167 [1848] 48

*Salmond & Heuston On the Law Of Torts* 404 (21st ed., 1996, R.F.V. Heuston & R.A. Buckley eds.) 49

*Winfield & Jolowicz*, הערה 44 לעיל, בעמ' 821. 50

אולם, יש הסוברים כי הרוקטרינה תחול גם על זר שאינו אויב שהפר את חובת אמונים לכתר. *H. Street, The Law of Torts* 104-105 (10th ed., 1999, Margaret Brazier & Jhon Murphy eds.) 51

אדם פרטי הנחבע בנוזקין. החסינות בגין פעולה מלחמתית גם אינה משתרעת רק על תביעות של חיילים או של כוחות הביטחון והיא חלה גם על תביעות של נפגעים מחוץ לצבא. בד בבד הסתמנה מגמה, שניתן לראותה כמצמצמת, שתחמה את המונח "פעילות מלחמתית" במובן זה שלא כל פעילות בעת מלחמה נחשבת לפעילות מלחמתית. כך, למשל, ספינה צבאית החוזרת לנמל לעגון בו כפופה לחובת זהירות, ואם תפגע באנייה אזרחית החשבון יוטל לפתחה של המדינה. במקרה כזה התביעה תהיה תביעה נזיקית "רגילה", ונראה שהמדינה לא תהיה חסינה. בחלק מהמקרים נעשתה הבחנה בין נפגעים שהם אזרחים ותושבים לבין נפגעים שהם זרים, והנכונות לאפשר לראשונים לתבוע הייתה גדולה יותר מזו שהתגלתה כלפי האחרונים.

מהו הרציונל שבבסיס פרשנות רחבה זו של החסינות, המשתרעת הן על החייל והן על המדינה? נראה כי מרבית המדינות השכילו להבין שבמלחמה כללי המשחק משתנים ו"במלחמה כמו במלחמה". על כן, לא ניתן להחיל בתקופת מלחמה את נורמות הזהירות הנדרשות בימי שלום. תפיסות היסוד של דיני הנוזקין מבוססות על כמה עקרונות המתעוררים בעת מלחמה, ולא ברור עד כמה ניתן לתת להם תוקף, אם בכלל. דברים אלו יפים לגבי פגיעה באויב שכנגדו נלחמים, אך הם נכונים במידה רבה גם לגבי פגיעות הנגרמות אגב פעולה מבצעית לכוחות הלוחמים או לאזרחי המדינה הלוחמת ולתושביה. מכיוון שברוב המקרים המדינה מחויבת באחריות שילווחית בגין מעשי החייל, אחיחוס הן לאחריותו של החייל והן לאחריות המדינה. תחילה אראה כי שיקולי המדיניות מובילים למסקנה כי למעט מקרים מיוחדים יש להעניק חסינות לחייל. אמנם, אותם שיקולים עצמם מובילים לכאורה למסקנה כי אין זה רצוי שגם למדינה תעמוד חסינות, אולם בפרק 11 אסביר מדוע ראוי בכל זאת שהחסינות תעמוד גם למדינה.

### 1. שיקולי הרתעה והכוונת התנהגות

אחת ההצדקות המקובלות לדיני הנוזקין היא ההרתעה. באמצעות דיני הנוזקין החברה מעוניינת לכוון את אופני ההתנהגות של החברים בה, כך שיפעלו בצורה זהירה יותר. המטרה היא למזער את ההשקעה בעלויות הכרוכות במניעת תאונות ואת אלו הכרוכות בהתרחשותן. אמנם, החוקרים העוסקים בתחום חלוקים בדעתם על האופן שבו ניתן להשיג מטרה זו של מזעור העלויות. יש הסוברים כי צריך להטיל האחריות על מונע הנזק הטוב יותר והזול יותר, כאשר ההתייחסות צריכה להיות לקבוצות של מזיקים ולא למזיק הספציפי.<sup>52</sup> לעומתם, יש הסוברים שיש לבחון את התנהגותו של כל פרט בנסיבות המקרה הספציפי, ולהשוותה להתנהגותו של האדם הסביר באותו מקרה:<sup>53</sup> משהפר

52. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents* (1970)

53. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (5th ed., 1998)

הפרט את סטנדרט הזהירות של האדם הסביר יהיה עליו לשאת בנוזקים שגרם.<sup>54</sup> עם זאת, נראה שהמשותף לכל הגישות – לפחות ככל שהרברים נוגעים לפן האזרחי של הפיצוי – הוא שיש לפרט יכולת בחירה אם להשתתף בפעילות אם לאו, ואם להשקיע באמצעי זהירות ובכך להפוך את הפעילות הספציפית לבטוחה יותר. הפרט אינו חייב לנקוט אמצעי זהירות, אך אם לא ינקוט אותם הוא חושף את עצמו לסיכון של תשלום הנוזק.<sup>55</sup> גישה זו מכונה "הרתעת שוק", שכן ברומה לשוק "רגיל" כל אדם זכאי לצרוך טובין – אך עליו גם לשלם את המחיר עבורם. ההנחה במקרים אלו היא כי בחירה בפעולה, על אף הסיכון לשאת בתשלום הנוזק, מעידה על כך שהתועלת שהפרט מפיק ממנה גדולה מן הנוזק.

כיצד משתנה תפיסה זו בעת פעולה מלחמתית או בשדה הקרב, ומדוע כושלת אז פרדיגמת ההרתעה הנוזקית?

#### (א) קריסת הנחת היסוד

הטענה היא שבעת מלחמה אין מדובר עוד במצב של בחירה אמיתית, ולפרט אין אפשרות לשנות את התנהגותו כרצונו. מסוכן לרוץ במקום שבו זורקים אבנים ויתדות, שלא לדבר על ירי ממש. מרבית האנשים היו מוותרים על השתתפות בפעילות המלחמתית, שכן התועלת האישית שהם מפיקים ממנה, אם בכלל, קטנה באופן משמעותי מהנוזק שעלול להיגרם – להם או לאחרים. אולם, המדינה או החברה כופות עליהם פעילות זו. על כן, ההנחה הבסיסית של דיני הנוזקין – שאנשים משתתפים בפעילות מתוך בחירה, ורק אם הם מפיקים מן הפעילות יותר תועלת מנוזק – אינה תקפה עוד וכללי השוק החופשי אינם מתאימים.<sup>56</sup>

54 שם, בעמ' 179.

55 גישה זו של הרתעה כללית מנוגדת לגישה של הרתעה ספציפית, המושגת באמצעות המשפט הפלילי ומהווה במידה רבה כפייה של נורמות, ללא אפשרות אמיתית לבחור ביניהן. ראו Calabresi, הערה 52 לעיל. לפרשנות אחרת של ההרתעה במסגרת המשפט הפלילי השווה Alon Harel, "Efficiency and Fairness in Criminal Law: The Case for a Criminal Law Principle of Comparative Fault," 82 Cal L. Rev. 1181 (1994).

56 באשר לנקודה האחרונה ניתן לטעון כי יש להבחין בין עצם ההשתתפות בפעילות, שאינה נתונה לבחירתו של הפרט, לבין הדרך שבה פועל החייל משעה שהוא משתתף בפעילות. החייל יכול לבחור בין קווי פעולה שונים ועל כן יכול לצמצם את הנוזקים הנגרמים. על טענה זו ניתן להשיב בכמה אופנים: ראשית, טענה זו נכונה בעיקר במקרים שהחייל אינו נתון בסכנת חיים. במקרה של סכנת חיים בחירתו לא תושפע, לפחות לא באופן משמעותי, מהחירוב הנוזקי שאליו ייחשף. שנית, גם במצבי שגרה נוטים דיני הנוזקין לצמצם בהטלת

**(ב) החצנות**

זאת ועוד: אחד הקשיים העומדים בפני מזעור עלויות התאונות, שאליו שואפים דיני הנזיקין, הוא תופעת ההחצנה. הסכנה היא שאם אנשים לא יישאו בעלות המלאה של פעילותם, הם יצרכו אותה ביתר, שכן התועלת שהם יפיקו ממנה תהא גדולה מעלותה עבורם. מערך תמריצים זה יוביל אותם לנהוג בצורה שאינה די זהירה. כפועל יוצא מכך, במקרים רבים אנשים אחרים – שאינם מפיקים תועלת מן הפעילות – "ישלמו את החשבון". הפתרון שמציעים דיני הנזיקין הוא הפנמה: באמצעות החיוב הנזיקי גורמים הכללים המשפטיים למזיק לשאת בעלויות האמיתיות הנובעות מאי-זהירותו. הוא ישתתף בפעילות אך ורק אם התועלת שיפיק ממנה גדולה מהנזק האמיתי שהיא גורמת. נקל לראות כי גם טיעון זה – הפנמת נזקים – אינו משכנע בשדה הקרב, ולכל היותר הוא עלול שלא להועיל; לפעמים אף יזיק בהביאו להרתעת יתר. אם הפעילות תוגדר באופן רחב (השתתפות בעצם האקט המהווה פעולה מלחמתית), כבר ראינו שרוב האנשים יעדיפו שלא להשתתף בה ולכן אין צורך לתמרץ אותם להימנע ממנה. גם אם נגדיר את הפעילות בצורה מצומצמת – למשל: ירי אגרסיבי כדי לא להיחשף לסכנת פגיעה (במקרים כאלה התועלת שהפיק המזיק נובעת מכך שלא נהג על פי הכללים אך ייתכן שהקטין את הסיכון לחייו) – נראה שהטלת אחריות נזיקית על החייל לא תשרת את המטרה, מכמה סיבות: ראשית, ספק אם אדם הנמצא – וליתר דיוק: חושב שהוא נמצא – בסכנת חיים, ישקול את החיוב הנזיקי שאליו ייחשף אם יפגע באדם אחר.<sup>57</sup>

אחריות במצבים של פעולה אגב סיכון חיים ולהעניק הגנות, אם כי מצומצמות מאלו הנהוגות במשפט הפלילי. ושלישית, שיקול הדעת של החייל ביחס לאופן פעולתו מוגבל. אכן, מרחב התמרון גדל ככל שעולים בדרגי הפיקוד, אולם לגבי החייל הזוטר, יכולתו שלא לבצע פקודות שניתנו לו קמה רק במקרים של פקודה בלתי-חוקית בעליל. רביעית ואחרונה: אל שלוש התשובות הקודמות מצטרפת הטענה שלפיה גם אם ניתן לכוון את התנהגותו של החייל, מנגנון השוק החופשי (הרתעה כללית) אינו מתאים לתקופת מלחמה, שכן החייל ממילא אינו מפיק תועלת מפעילותו – ועל כן יש לעבור להרתעה ספציפית. זו אכן ננקטת במסגרת המשפט הפלילי והדין המשמעתי.

57 לכאורה, ניתן היה לטעון כי במקרים של סכנת חיים אין צורך בחסינות בשל פעולה מלחמתית שכן לחייל תעמוד הטענה של הגנה עצמית. אכן, לחייל יכולה לעמוד הגנה עצמית במסגרת הדין הפלילי, אולם לצורך כניסה למסגרת ההגנה הוא יצטרך להוכיח כי עמד במספר רב של תנאים מגבילים. חשובה מכך לעניינו היא העובדה שבמסגרת דיני הנזיקין, ובשונה מהמשפט הפלילי, לא קיימת הגנה כללית המכונה הגנה עצמית. אכן, קיימות בדיני הנזיקין הגנות מצומצמות יותר החלות במקרים ספציפיים, אך תחולתן מוגבלת. כך, למשל, קיימת ההגנה הניתנת מפני עוולת התקיפה, שכנראה תהיה רלבנטית למקרים של שדה קרב. במקרה זה ניתן לפנות לסעיף 24(1) או לסעיף 24(6) לפקודת

שנית, גם כשהחייב הנזיקי ישפיע – למשל: במקרים שבהם סכנת החיים אינה מיידית או אינה נתפסת ככזו – הדבר עלול להביא לתוצאות שאינן רצויות. כך, לדוגמא, טייס שקיבל פקודה להפציץ מטרה מסוימת עלול להסס לפני שיטיל את הפצצה. כמוהו יהסס גם מפקד טנק שנצטווה לירות פגזים במהלך הקרב. יש שיטענו, ולעתים בצדק, שלהססנות מסוג זה יש השפעות חיוביות; אולם השפעות אלו עלולות להיות "חיוביות מדי". אם חייל ידע שכל פעולה מצידו עלולה לחשוף אותו לאחריות נזיקית, בעוד שהימנעות מפעולה תותיר אותו ללא חיוב, הוא יבחר בדרך הקלה. פעולה הססנית של חיילים בעת מלחמה, מחשש שהם חושפים עצמם לתביעות כספיות, עלולה להביא לכך שהם יעדיפו להשאיר את המלאכה לאחרים – ואם כולם יעשו זאת איש לא יפעל גם כשראו לפעול.<sup>58</sup>

### ג) החצנות חיוביות – פעילות החיילים כטובין ציבוריים

הצבא מספק סוג של טובין ציבוריים.<sup>59</sup> הפועלים במסגרתו חשופים לנזק אך אינם

הנזיקין. סעיף 24(6) חל על מצבים שבהם הן הנתבע והן התובע הם חיילים בצה"ל והנתבע פעל מכוח דין החל על הצבא ולפי אותו דין. הסעיף אינו רלבנטי למקרים שבהם הנפגע אינו חייל. הסעיף השני הוא סעיף 24(1): סעיף זה מעניק לתוקף הגנה אם עשה את שעשה בסבירות כדי להגן על עצמו או על זולתו מפני פגיעה בחיים, בגוף, בחירות או ברכוש. אולם, הסעיף אף מכתוב – כדרישה מקדמית לתחולתו – יחס סביר בין הנזק שסביר היה שייגרם מהמעשה לבין הנזק שסביר היה שיימנע על ידיו. יחס זה מכתוב מגבלות שבהן החייל לא תמיד יעמוד, ועל כן יהיה חשוף לאחריות. זאת ועוד: סעיף ההגנה הוא מפני עוולת התקיפה. לא קיים סעיף כללי דומה המגן בפני עוולת הרשלנות, וספק אם ניתן להחילו באופן גורף לגביה (אם כי השוו פרשת גורדון, הערה 8 לעיל; ע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 757). לא זו אף זאת: נטל ההוכחה במקרה של ההגנות נופל על התוקף. נקל לשער מה רבים יהיו הדיונים ומה תהינה ההשפעות על פעילות החייל, אם בכל מקרה של פגיעה מידי חייל בקרב – ללא קשר לשאלה מי נפגע – יצטרך החייל התוקף להראות כי עמד בסכנת חיים, שכן אחרת יימצא חייב בנזיקין. אכן, ניתן לטעון כי לגבי עוולת הרשלנות אין צורך בהגנה שכן היא עצמה נבחנת במונחים של סבירות; אולם גם אם נקבל את הגישה כי הסבירות הנבחנת לעניין ביצוע העוולה היא אותה סבירות הנבחנת לשם תחולת ההגנה, עדיין קיימת בעניין זה משמעות לשאלת נטל ההוכחה.

58 השוו Douglas W. Allen, "Compatible Incentives and the Purchase of Military Commissions," 27 *J. Legal Stud Stud.* 45

59 ראו P.A. Samuelson, "The Pure Theory of Public Expenditure," 36 *Rev. of Econ. Statistics* 387-389 (1954); P.A. Samuelson, "Pitfalls in the Analysis of Public

מפיקים באופן אישי את מלוא התועלת מפעולתם.<sup>60</sup> הנהנים מהפעילות הם כל אזרחי המדינה ותושביה. יתר על כן: התמריץ של החיילים להתחמק מסיכון הוא גדול, שכן התחמקותו של האחד לא תשפיע על הטובין עצמם. עדיין ישארו מספיק חיילים שיישאו בנטל. הבעיה היא שאם כולם יבחרו באסטרטגיה של התחמקות הטובין לא ייווצרו.<sup>61</sup> מכאן שהמצב הבסיסי הוא של הרתעת יתר. בהנחה שהפעילות רצויה מבחינה חברתית, הרי שבמקרה הרגיל שיקולים של שוק חופשי תומכים בסבסוד הפעילות כדי להגדיל את התמריץ למשתתפים. אולם, כשמדובר בסיכון חיים, גם בתוספת תמריצים לא תמיד יהיה די. זאת ועוד: גם אם סבסוד הפעילות היה מדרבן אנשים להצטרף אליה, ייתכן שהוא היה מדרבן סוג מסוים של אנשים, שלא דווקא בו אנו מעוניינים כחיילים.<sup>62</sup> על כן, במקרים רבים מעדיפה המדינה לנטוש את המנגנון של שוק חופשי ולעבור לחיוב בכפייה. במצב דברים זה, הטלת תשלום הפיצוי על החיילים יעמוד בניגוד להיגיון. אם במצב של שוק חופשי היינו מעוניינים לספק לחיילים תמריצים חזקים יותר להשתתף בפעילות, ועל כן פוטרים אותם מאחריות נזיקת – על אחת כמה וכמה כשהפעילות נכפית עליהם על ידי המדינה. הטלת אחריות נוסף על הכפייה רק תחרף את התופעה הבסיסית של הרתעת יתר.<sup>63</sup>

Goods." 10 *J. of L. & Econ.* 199-204 (1967); Patrick McNutt, "Public Goods and Club Goods," in I *Encyclopedia of Law and Economics* 927 (2000, Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds.)

60 החיילים מפיקים מהלחימה תועלת מסוימת, שכן הם מגינים בעקפין גם על מקורביהם; אולם לא קיימת זיקה ישירה בין מעשי החייל לבין התוצאה הסופית, מה גם שתועלת זו אינה ממצה את כלל התועלת מהפעילות.

61 יש המבחינים בין טובין קולקטיביים, שיצירתם מחייבת פעולה משותפת של קבוצת אנשים, לבין טובין ציבוריים, שמרגע שנוצרו לא ניתן למנוע מאחרים את השימוש בהם, אך יצירתם אינה מחייבת פעולה משותפת. על פי הפיסה זו, הפעילות בצבא היא גם טובין ציבוריים וגם טובין קולקטיביים. ראו, למשל, Andrei. Marmor, "Do We Have A Right To Common Goods?," 14 *Canadian J. of L. & Jurisprudence* 213, 214 (2001)

62 Susan Rose-Ackerman, "Inalienability and the Theory of Property Rights," 85 *Colum. L. Rev.* 931 (1985)

63 ניתן לכאורה להעלות טענה הפוכה, שלפיה מהרגע שהפעילות נכפית הנימוק של פטור מאחריות נזיקת כתמריץ אינו רלבנטי עוד, ולכן אין חוסר היגיון הרתעתי בהטלת אחריות נזיקת. במצבים אלו מטרת האחריות הנזיקת תהיה למנוע מהמשתתפים בפעילות לבחור בדרך הפעולה ה"פחות נכונה" מבין החלופות האפשריות. טענה זו היא בעייתית. נראה שחיוק התמריצים שלא להשתתף יחייב רמת כפייה ואכיפה גבוהות יותר, שכן יגדלו תמריצי החייל שלא לבחור באף אחת משתי האופציות הנתונות. מכיוון שיכולת הפיקוח מוגבלת, נראה שהגדלת התמריצים ל"ערוק" תפגע בבסיס הפעילות.



**(ד) החשש מקריסת תמריצים כוללת ובעיית ה- Moral Hazard**

כנגד הטיעונים שהועלו לעיל קיים החשש שמתן חסינות לחיילים יגרום להם שלא לנקוט אמצעי זהירות כלשהם. ביודעם כי נטל הפיצוי לא יפול על כתפיהם, הם לא יזהרו אף במקומות שראוי להיזהר בהם, ואולי אף יגרמו נזק בזדון. על כך ניתן להשיב בשתיים. האחת – כי סיטואציות אלו, שבהן ניתנת חסינות, הן מוגבלות. גם אם נגדיר פעולה מלחמתית בצורה רחבה, עדיין מדובר בסיטואציה מוגבלת. פעולה החורגת מגבולות אלו תחשוף את החייל לאחריות נזיקית אישית. כך, למשל, אם בזמן חופשה יחליט חייל לתקוף במכוון אזרחים הפים מפשע כדי לגרום נזק באמצעות נשק של צה"ל, ודאי שלא יהיה פטור מאחריות נזיקית.<sup>64</sup> התשובה האחרת היא כי בפועל במסגרת הצבא כפוף החייל לחקיקה ספציפית, הן במישור הפלילי והן במישור הצבאי.<sup>65</sup> חקיקה זו היא ברמת פרטנות גבוהה מזו הנהוגה מחוץ לצבא, ועל כן לרוב יהיה בה די כדי להשיג את התמריצים הראויים לחייל לנהוג כראוי. בעניין זה יפים דבריו של השופט שמגר בעניין ראונדנאף, שהסביר כי ההרתעה הנזיקית במקרים כגון אלו היא לרוב מיותרת, הן מכיוון שקיימים חוקים פליליים המסדירים את התנהגותו של החייל בצורה מפורטת והן מכיוון שהחייל בן ה-18 ממילא לא יוכל לשאת בתשלום באופן אישי.<sup>66</sup>

64 ניתן להרחיב נקודה זו ולהגיע למסקנה שגם במקרים שבהם החייל פועל ברשלנות חמורה לא תעמוד לו חסינות זו.

65 ראו, למשל, סעיפים 13 ו-17 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ס"ח 189 (להלן: "חש"ן") וכן הפרק השלישי לחוק זה.

66 אמר השופט שמגר בעניין ראונדנאף, הערה 7 לעיל, בעמ' 779-780: "יש כמובן אינטרס ציבורי בקביעת סייגים על התנהגותו של החייל ובכפיית עליה של דרך-פעולה מוגדרת שאיננה רשלנית, אולם דוקא לגבי חייל אין כל צורך בהרתעה הטמונה בדניי הנזיקין, כי לגבי מי שנתון למרותו של חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 הונהגה מערכת כללים מפורטת ומסודרת, פלילית ומשמעתית, בחוק ובפקודות הצבא וזו מגדירה את המותר והאסור וקובעת סנקציות להפרות. לא האיום בפיצוי נזיקין הוא המכשיר האפקטיבי לכפיית התנהגות מוגדרת, אלא הסנקציה הפלילית או המשמעתית, הפוגעת כמי שמתחייב במעשה האסור ואשר היא גם מיידית יותר וממילא גם יעילה יותר. אין להניח שהמחוקק היה מתעלם מן המציאות בה נקראים לשירות צבאי צעירים בני 18, אשר ברוב המכריע של המקרים כלל אינם מסוגלים לשאת בתשלום של פיצוי נזיקין כלשהם... מי שאין בידיו לשלם פיצוי נזיקין, ואשר נזק ממילא לסעד המוגש על ידי המדינה, איננו יכול לראות בתביעת הנזיקין מכשיר כלשהו המדרבן אותו לבחירה בין חלופות פתוחות כאשר הוא מבצע את תפקידו הצבאי." הניחו את הדוגמא הבאה: שני חיילים נמצאים במחנה פליטים, במהלך קרב, ומכל עבר נורים עליהם כדורים. במחנה נמצאים גם אזרחים. הפעולה הסבירה באותן נסיבות היא לתפוס מחסה ולחכות עד יעבור זעם או לירות ידי ממוקד. אחד החיילים מייצג את האדם הסביר ופועל בהתאם. האחר, נלחץ, מאבד את

זאת ועוד: גם ללא חקיקה ספציפית, במצבים שבהם רשלנותו של המזיק נובעת כתוצאה מאיזון לא נאות בין אינטרס הניזוק לבין אינטרס חברתי – ולא, למשל, כתוצאה מהעדפה של אינטרסים עצמיים כלשהם – הטלת האחריות הנויקית נחוצה בפהות מקרים.<sup>67</sup>

## 2. שיקולי משמעת בצבא

הצבא הוא אירגון היררכי ויש בו חשיבות רבה למשמעת. דברים אלו נכונים תמיד, אך הם נכונים ביתר שאת במצבי מלחמה. ללא משמעת נוקשה ייפגע תפקודו של הצבא. כיצד תשפיע הטלת אחריות נזיקית על פעילותו של החייל? אם חייל הנמצא בתחתית הסולם עלול למצוא את עצמו חייב בנוזיקין בשל פעולה מלחמתית, הוא עלול לסרב לבצע פקודה מחשש שייחשף לאחריות נזיקית. נניח כי חייל מקבל ממפקדו פקודה שאינה בלתי-חוקית בעליל אך גם איננה סבירה. כיצד עליו לפעול? אם יסרב לבצע את הפקודה הוא יהיה חשוף לדין משמעתי ואולי אף פלילי,<sup>68</sup> ואם יבצע אותה הוא עלול למצוא את עצמו אחראי בדיני נזיקין. במצב דברים זה לא ברור כיצד יפעל החייל, והמשמעת בצבא תיפגע.<sup>69</sup>

ניתן לומר כי ביצוע פעולה בלתי-סבירה על ידי החייל, הנובעת מביצוע דקדקני של פקודה שניתנה על ידי המפקד, תחייב את המפקד בלבד ולא את החייל, משום שלו יש שיקול דעת נרחב יותר ועל כן ראוי שהוא זה שיישא בתוצאות.<sup>70</sup> פתרון זה מתבסס על שינוי אופן הבדיקה – במקום לבחון, כפי שבדרך כלל כוחנים, את סבירות הפעילות

עשתונותיו ומתחיל לירות לכל עבר. אגב כך הוא פוגע בחיילי האויב, אך גם בחברו ובאזרחים אחרים חפים מפשע. האם נכון יהיה לשפוט את מעשיו בקריטריונים של סבירות?

67 ראו אריאל פורת, "רשלנות ואינטרסים", עיוני משפט כד 275, 284 (תשס"א). במקרים שבהם נבחנים שיקולי הרתעת המזיק, רק לעתים חיוני להטיל עליו אחריות. במקרים אחרים, הטלת אחריות לא תהיה חיונית ואולי אף תזיק. שיקולי צדק אף הם אינם חד-משמעיים: ככל שהדברים קשורים בעשיית צדק עם המזיק, הם נוטים לפטור אותו במקרים שהוא הנושא בנטל. לעומת זאת, עשיית צדק עם הניזוק תוביל למסקנה שיש לחייב. שם, בעמ' 300.

68 ראו סעיפים 122 ו-123 לחש"ן.

69 ייתכן שניתן למצוא למצב זה פתרון נקודתי באמצעות אחת ההגנות כגון הגנת הצידוק, אולם לא ברור אם הגנות אלו חלות על המשפט הנוזיקי בכלל ועל עולת הרשלנות בפרט.

70 אפשרות נוספת היא לחייב הן את המפקד והן את החייל, אולם גישה כזו לא תפטור את בעיית חוסר הוודאות שכן עצם הסיכוי לחיוב החייל הזוטר עלולה לגרום לו לשנות את התנהגותו. עם זאת, מכיוון שהנטל הסופי שאליו נחשף החייל יהיה קטן יותר, ממדי התופעה עשויים להצטמצם.

עצמה, יבחנו את סבירות פעילותו של החייל. הטענה תהיה כי גם אם הפעולה עצמה אינה סבירה הרי שהחייל הסביר ממלא אחר כל פקודה שאינה בלתי-חוקית בעליל, ועל כן לא הייתה רשלנות מצידו.<sup>71</sup> גם פתרון זה אינו נקי מקשיים.<sup>72</sup> בין השאר הוא מתעלם במידה מסוימת מהתפיסה הגזיקית הרווחת, שלפיה האחריות הגזיקית היא אישית ולא ניתנת להעברה.<sup>73</sup>

### 3. "כיס עמוק" ושיקולי ביטוח פרטי

מתן חסינות לחייל קשור לשיקול חשוב נוסף בתפיסה הגזיקית הוא שיקול הכיס העמוק. היותו של המזיק בעל כיס עמוק אינה משמשת שיקול בלעדי להטלת אחריות, אלא כזה המצטרף לשיקולים אחרים. הטלת האחריות על בעל הכיס העמוק מצמצמת את הפגיעה היחסית במזיק ומגדילה את סיכויי הניזוק לקבל פיצוי.<sup>74</sup> כפי שראינו, הטלת האחריות הגזיקית על החייל לא תקדם מטרות אלו. ראשית, ספק אם יהיה בידיו לשאת בתשלום פיצוי בגין הפגיעה.<sup>75</sup> שנית, מאחר שלא קיימת לחייל אפשרות לכטח את עצמו באופן פרטי כנגד הסיכונים הנובעים מהלחימה, הרי שגם אם ירצה להתגונן כיאות מפני החבות

71 טענה נוספת שניתן להעלות היא שככל שעולים בסולם הדרגות עולה גם מידת שיקול הדעת של המפקדים. על כן, אפשרויות הבחירה הנתונות למפקד רחבות מאלו העומדות לחייל הזוטר, והסיכון שלא ימלא את ההוראות קטן יותר – שכן יעמדו לרשותו קורי פעולה אלטרנטיביים לקיום המשימה שלא יסטו מסטנדרט הסבירות אך גם יעמדו בקריטריונים של מילוי המשימה. עם זאת, וגם ברמת הפיקוד הגבוהה יותר, ניתן לחשוב על מצבים רבים שבהם בשיקול הדעת של המפקד לא יהיה די כדי להתחמק מפעולות בלתי-סבירות, שאז הוא יעמוד בפני אותה דילמה.

72 ראו פרשת לדנר, הערה 139 להלן.

73 כדברי השופט ברק בע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113, הסבור כי לא ניתן להעביר את חובת הזהירות לגורם אחר.

74 Jhon G. Fleming, *The Law of Torts* (8th ed., 1992).

75 ואם יעלה הדבר בידיו, סביר להניח שיירד מכל נכסיו וממילא יזדקק לחמיכה כספית מהמדינה. בעניין זה ראו דברי השופט שמגר בעניין ראונדנאף, הערה 7 לעיל, בעמ' 769: "כאשר מדובר בתביעת-ניזקין נגד חייל בשל עוולה אותה ביצע בזמן השירות ועקב השירות מתגבשת המסקנה בדבר המקור ממנו יישאבו הפיצויים – אם ייפסקו – לא רק כפועל יוצא מן הראייה המשקית הכוללת אלא בראש ובראשונה מן הבחינה המעשית כפשוטה. איש אינו מניח כי חייל בשירות סדיר או איש מילואים שביצע עוולה בשירות פעיל, יכול לשאת בעצמו וממקורותיו, בהוצאה הברוכה בתשלום פיצויי-ניזקין על מעשה או מחדל שאירעו בזמן השירות ועקב השירות. המדינה היא שעומדת, למעשה, בנעליו, בין אם מדובר על עוולה שנתבצעה בזמן רגיעה ובין אם מדובר על עוולה שבוצעה בזמן לחימה."

לא יוכל לעשות כן.<sup>76</sup> ולבסוף, מבחינת הנפגע – הלה לא יפיק תועלת משמעותית מתביעה נזיקית נגד החייל, ולכן יעדיף, כמעט בכל המקרים, לתבוע את הגוף שממנו יוכל לקבל את הפיצוי במלואו.<sup>77</sup>

#### 4. שיקולי מוסר וצדק

חיוב חייל בגזיקין בגין פעולה קרבית עלול להיות כרוך גם בבעיות במישור המוסרי, לפחות בחלק מהמקרים. כידוע, עוללת הרשלנות נבחנת בקריטריונים אובייקטיביים. אין זה משנה אם ראובן אינו יכול לעמוד בקריטריונים של האדם הסביר – גם אם הוא נחות ממנו עליו לשאת בתוצאות מעשיו. לגישה זו כמה הצדקות: העלויות הגבוהות הכרוכות בבדיקה ובמניעה של ההתנהגות האינדיבידואלית; זכותה של החברה לרמה מסוימת של ביטחון וודאות, ללא קשר לרמת זהירותם של הפרטים הפועלים בה ועוד. מה שהופך בחינה אובייקטיבית זו של עוללת הרשלנות לנסבלת בעיני רבים היא – שוב – העובדה שגם לפרט שאינו סביר יש יכולת בחירה כיצד והאם לבצע את הפעילות (גם אם יכולת הבחירה של פרט זה מצומצמת יותר). לעומת זאת, המדינה היא זו שמחייבת את החיילים לפעול בשדה הקרב – הן את החייל הסביר והן את זה שאינו סביר. בהעדר חופש פעולה, אין זה מוסרי לשפוט את פעולת החייל הבלתי-סביר בקריטריונים אובייקטיביים.<sup>78</sup>

לנימוק זה נוסף גם שיקול של צדק חלוקתי. כבר ראינו לעיל, שהפעילות המלחמתית מספקת שירות לחברה כולה ועל כן היא בבחינת טובין ציבוריים. התועלת שצומחת מהפעילות מזכה את החברה כולה. משיקולי צדק חלוקתי, אך צודק הוא שגם בעלות הפעילות תישא החברה כולה. לכן, אם יוחלט שיש להעניק פיצוי בגין מקרה נתון, אך סביר הוא שהפיצוי יבוא מכיסה של המדינה המייצגת את כלל הנהנים, ולא מכיסו של החייל. בעוד שדיני הנזיקין הקלאסיים עוסקים במניעת קידום אינטרסים אישיים על חשבון אינטרסים של האחר (בין אם מדובר בפגיעה ובין אם מדובר בהתנהגות שאינה זהירה), במלחמה הסיכון הטיפוסי שיוצד החייל אינו נובע מהרצון לקדם אינטרס אישי

- 76 "החייל... אינו יכול לבטח עצמו נגד סיכוני השירות כי איה חברת הביטוח שתבטחו נגד פליטת-כדור בשעת פעולה מלחמתית או בעת אימוני השדה בשעת רגיעה או אשר תבטח את המפקד העורך תרגיל, נגד ליקויים בביצועו הנובעים מחוסר זהירות שהוא אחראי לה". שם, בעמ' 782.
- 77 אם מצבו של הנתבע לא ישופר וייפגעו מטרות אחרות אזי אין טעם בהטלת אחריות על חייב נוסף.
- 78 המשפט הפלילי מתאים הרבה יותר לבחינה זו, שכן הוא בנוי מטבעו להביא בחשבון שיקולים סובייקטיביים של הנאשם.

כלשהו. הוא נוצר כדי לקדם אינטרסים של הכלל (גם אם החייל אינו מסכים להם באופן אישי). מאחר שהחייל מבצע את פעולתו שלא מתוך בחירה אלא מתוך חובה,<sup>79</sup> יהיה זה אך צודק לפטור אותו מחיוב בגין הנזקים הנגרמים אגב פעולתו. משיקולים אלו גם ברור מדוע פעולה זדונית של גרימת נזק או זריעת הרס, רק לשם הרס, אינן נכנסות לגדר ההגדרה של פעולה מלחמתית ועל כן יחייבו את החייל באופן אישי. פעולות כאלו חורגות באופן קיצוני מהשליחות הציבורית. הן אינן מביאות לכלל ביטוי אינטרסים של כלל הציבור אלא אינטרסים של החייל הבודד, ועל כן הציבור אינו צריך לשאת בהם.<sup>80</sup> מן האמור לעיל יוצא כי הטלת אחריות נזיקית על חייל בשל פעולה שביצע אגב פעילות מלחמתית היא אינה רצויה ואינה ראויה. הדין הפלילי והדין המשמעתי יוצרים במקרים אלו תמריצים ראויים לגביו. דברים אלו אף עולים בקנה אחד עם החקיקה שנסקרה לעיל. לעומת זאת, המדינה, בניגוד לחייל, דווקא מתאימה לשאת באחריות;<sup>81</sup> מסקנה זו אף מתחזקת אם בוחנים את שיקול פיזור הנזק.

79 כל עוד זו אינה עולה כדי פקודה בלתי-חוקית בעליל, שאז החייל מחויב שלא לקיימה. ראו בעניין זה סעיף 125 לחש"פ, הפוטר את החייל מאחריות פלילית בשל סירוב למלא פקודה או בגין מילויה ברשלנות אם הייתה זו פקודה בלתי-חוקית בעליל.

80 נראה שכאשר חייל פועל בזדון יחולו הכללים הרגילים של אחריות שילוחית. מצב זה יאופיין כחטיפה, ועל פי סעיף 23 לפקודת הנזיקין החייל יחויב באופן אישי. במקרים שבהם החייל לא יוכל לשאת בעלות, או במקרים שבהם המדינה תחפוץ בכך, גם היא תוכל לקחת על עצמה אחריות מכוח סעיף 24 לפקודה, באמצעות אשרור בדיעבד. הקושי שמעוררת אפשרות זו הוא שהאשרור נותן לגיטימציה למעשי התוקף. אפשרות אחרת, שתתאים במקרים מסוימים, היא לחייב את המדינה ברשלנות בגין פעילותו של החייל. בעניין זה השווה ע"א 350/77 כיתן נ' וייס, פ"ד לג(2) 785.

81 ניתן לטעון כי הטלת אחריות על המדינה תחשוף אותה להרתעת יתר. "חריב" נזיקית מעל ראשה של המדינה עלולה לתמרץ אותה לפעול בדרך לא רצויה מבחינה צבאית/ביטחונית. עם זאת, נראה כי השיקולים המנחים את המדינה כיצד לפעול מושפעים מפרמטרים רבים, והעלות היא שיקול אחד בלבד (ואף לא העיקרי) – ומעבר לו קיימים שיקולים מרסנים רבים. כך, לדוגמא, השאלה האם להפציץ בית מהאוויר ולהרוג את כל יושביו אינה נגזרת רק משאלות של עלות כלכלית. גם אם המדינה לא תהיה חייבת דבר בגין פעילות זו, שיקולים מרסנים אחרים ימנעו ממנה לפעול באופן זה. זאת ועוד: ככל שהמדינה תתחשב בשיקולים אלו יש בהם משום הפנמה של הנזקים שגורמת המדינה.

### ה. חיוב המדינה ופיזור הנזק – על מהותו של ההסדר הראוי

יש הרואים בפיזור הנזק מטרה חשובה בדיני הנזיקין,<sup>82</sup> שכן הוא מפחית את הפגיעה היחסית בכל אחד מהנושאים בנזק,<sup>83</sup> וכך בכך מגביר את סיכוייו של הנזוק לזכות בפיצוי. הטענה היא כי הטלת אחריות על המדינה בגין נזקים שנגרמו במהלך המלחמה תביא לפיזור בצורה טובה. כך, אם חייל גרם נזק ברשלנות הנזק לא יפול על כתפיו אלא על כלל משלמי המסים, והנזיקים תמיד יזכו לפיצוי. הסכנה הטמונה בפיזור הנזק היא בכך שהוא מפחית את התמריצים לנקוט אמצעי זהירות ועל כן עומד בניגוד לתכלית ההרתעה. המרחק מפיזור נזק להחצנה הוא קצר, ואף קיימת ביניהם חפיפה.<sup>84</sup> העובדה שהמזיק אינו נושא בעלות הכוללת של הנזק שגרם עלולה להביאו לפעול ביתר, שכן הוא אינו מפנים את מלוא העלויות של פעילותו.

דיני הנזיקין "הרגילים" נדרשים לאזן בין שיקולים אלו. בתחומים מסוימים ניתנת עדיפות לעיקרון ההרתעה, שלפיו על המזיק (הישיר) לשאת במלוא הנזק שגרם. זהו המצב המשפטי בעולות המסורתיות שבפקודת הנזיקין. לעומת זאת, במקרים אחרים העדיף המחוקק את השיקול של פיזור הנזק והשתתו על פני כלל המשתתפים בפעילות. בתחומים אלו, תמורת הרצון למנוע נזקים שניוניים, דיני הנזיקין מקריבים, במידה מסוימת, את ההרתעה.<sup>85</sup> זהו, למשל, הדין בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975.<sup>86</sup> באמצעות מנגנון של אחריות מוחלטת המשולב בביטוח חובה השיג המחוקק את התוצאה שהנפגע תמיד יזכה לפיצוי, ואילו הנטל נופל על כלל אוכלוסיית הנהגים. מדובר בביטוח משולב, בעל אלמנטים של צד א' וצד ג'. הנהג מחויב בעריכת ביטוח ואחראי בנזיקין לאלו שנפגעו ברכבו (כך שבמקרה של תאונה מעורבת כל נהג אחראי לנוסעים ברכבו-הוא), אך הוא גם אחראי כלפי הולך-רגל שבו פגע. לשאלת האשם אין תפקיד במסגרת החוק. מנגנון זה פוגע אומנם בהרתעת הנהגים, אולם הבחירה בו נעשתה, בין היתר, בשל כך שעסקינן בסיכונים בסיסיים לנזק רב מאוד,

- 82 ראו למשל Fleming, הערה 74 לעיל, בעמ' 8-9.  
 83 זו נגזרת מהעיקרון הכלכלי הירוע של התועלת השולית הפוחתת של המשאבים.  
 84 למעשה, פיזור הנזק כרוך תמיד בהחצנתו מעבר למזיק עצמו. השאלה עד כמה התופעה חמורה תלויה בהומוגניות ובקטגוריוזיה של הקבוצה שאליה מוחצנים הסיכונים.  
 85 ראו, למשל, ישראל גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנזיקין", משפטים כב 431-434 (תשנ"ד).  
 86 ס"ח 780, 234.

הנוגעים לכלל הציבור – הן לנהגים והן להולכי-רגל.<sup>87</sup> המגמה הייתה, על כן, העדפת פיצוי הנפגע בכל מקרה על פני ניהול תביעה נזיקית ארוכת שנים, שתעמיד את קבלת הפיצוי בסיכון.<sup>88</sup> להלן נראה כי שיקולים דומים חלים ביחס לפגיעות הנגרמות כתוצאה מפעילות מלחמתית.

יתרה מכך: בתחום תאונות הדרכים השכיל המחוקק להתמודד עם הפחתת ההרתעה הנובעת מפיזור הנזק באמצעות כללים פליליים, המטילים מגבלות על הפעילות ותוחמים אותה באמצעות קנסות, שלילת רישיון ואף עונשי מאסר. עם תופעת ההחצנות התמודד המחוקק באמצעות הגבלת המקרים שעליהם חל החוק וכן באמצעות הגבלת תקרת הפיצוי. כך, למשל, חוק הפיצויים אינו חל כשהמזיק גרם לתאונה במתכוון והנזק נגרם על ידי המעשה עצמו ולא עקב השפעתו על השימוש ברכב מנועי.<sup>89</sup> הוא גם אינו חל במקרים שאינם נכנסים בהגדרת תאונת דרכים.<sup>90</sup> באשר להגבלת תקרת הפיצוי נהגו באופן הבא: מכיוון שביטוח החובה לא שיקף את פרמיית הסיכון האמיתית בגין פגיעה בתאונת דרכים (ואף לא יכול היה לשקפה במדויק כשעסקין בביטוח צד ג'), הגבילו, למשל, את הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות לשילוש השכר הממוצע במשק.<sup>91</sup> כך, צומצמו השפעות השיטה שלפיה אנשים משלמים סכום ביטוח דומה אך מקבלים פיצויים שונים לחלוטין כשהנזק מתרחש בפועל.<sup>92</sup>

הרחבתי קצת בעניין ההסדר הביטוחי הקיים בנושא תאונות הדרכים, שכן יש בו כדי להאיר את ההסדר הקבוע בחקיקה הישראלית בנוגע לנזקי מלחמה או לנזקים שנגרמו אגב השירות הצבאי באור קצת שונה ולהעניק כלים חדשים לפרשנותו. לכאורה, במקרים אלו ניתן היה להשיג את המטרה של פיזור הנזק באמצעות הגשת תביעה נזיקית נגד המדינה, שממילא תפזר את העלויות על פני כלל משלמי המסים. כשישקול זה מצטרף לשיקולים האחרים שנמנו לעיל, שלפיהם יש לפטור את החייל ולחייב את המדינה, אך

87 ראו, לדוגמא, דברי שר המשפטים י' ש' שפירא בקריאה הראשונה להצעת החוק (ה"ח 1079, 407), ד"כ 68 (תשל"ג) 4000. נוסף על כך ראו ישראל גלעד, "על ההתאמה בין ההיבט הנזיקי להיבט החוזי של הסדר הפיצוי לנפגעי תאונות-דרכים", משפטים כ"ג 389 (תשנ"ד).

88 בין משום שעובדתית המזיק לא נהג ברשלנות ובין משום שאין בידי די משאבים לפצות על הנזק שגרם.

89 ראו סעיף 1 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, הסיפא להגדרת "תאונת דרכים".

90 כפי שזו מוגדרת בסעיף 1 לחוק.

91 ראו סעיף 4 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים; ראו גם את הגבלת הפיצוי בגין נזקים שאינם מהורים נזק ממון, שם.

92 שאז קבוצת נהגים אחת, המשתכרת שכר נמוך, מסבסדת קבוצת נהגים אחרת – זו המשתכרת שכר גבוה – זו האחרונה פועלת ביתר.

מפליא הוא כי המדינה חסינה מפני תביעות נזיקיות בגין נזקים שנגרמו כתוצאה מפעילות מלחמתית או אגב השירות בצה"ל. אולם, החסינות שעומדת למדינה בגין פעולה מלחמתית של צה"ל ובגין פגיעות שנגרמו במסגרת הצבא אינה כה מפליאה כאשר מתחשבים בשיקולי ביטוח.

### 1. פיזור הנזק והביטוח הממלכתי – פתרון מקיף לבעיה כוללת

בנתונים המיוחדים המאפיינים פעולות מלחמתיות, מנגנון הביטוח הממלכתי – כמנגנון לפיזור נזק – ישיג תוצאות טובות הרבה יותר משישיג חיוב המדינה בנוזקין תחת עולת הרשלנות וזאת מכמה סיבות.

הטענה היא כי בקרב, או בעת ביצוע פעולה מלחמתית, קיימים סיכונים רבים וגדולים שאינם קיימים בעת שלום. החיילים מבצעים מעשים שאין להם מקבילה בשגרה האזרחית. עצם השימוש בנשק יוצר פוטנציאל סיכון גבוה, על אחת כמה וכמה כשמצטרפים אליו תנאי הלחץ וחוסר-הוודאות שבהם פועלים הלוחמים. תנאים אלו אינם מאפשרים ללוחמים לכוון את התנהגותם כפי שהיו עושים בעת שלום.<sup>93</sup> על כן, פעולות שהיו נתפסות כתקיפה או כרשלנות מצד אחד וכהסתכנות מרצון או כאשם תורם מצד שני, אינן נתפסות ככאלה בעת מלחמה. נהפוך הוא: החברה מעודדת פעילות שכזו ופעמים אף מעניקה בגינה ציון לשבח. כדי לסבר את האוזן די לחשוב על חיילים הרצים אל קו האש תוך הסתערות על חוליית אויב, שבמהלכה יש נפגעים לשני הצדדים. ברי שכאשר הירי כלפי החייל הוא מכוון וכדי לפגוע, השאלה האם החייל נפגע כתוצאה מרשלנות אינה רלבנטית. בדומה, מנגנוני העברת נטלי הראיה הרגילים, המתאימים לסיכונים של חיי היומיום, אינם מתאימים ליישום במקרה של מלחמה. אין חולק כי בשדה הקרב נעשה שימוש תדיר בחפצים מסוכנים, ועל כן פנייה לסעיף 38 לפקודת הנזיקין, למשל, העוסק בפגיעה מדבר מסוכן, נתפסת במקרים אלו לכל היותר כאבסורד. בזמן מלחמה, שימוש בדבר מסוכן הוא הכלל ולא החריג.<sup>94</sup>

זאת ועוד: דיני הנזיקין משליכים את יהבם על בית המשפט שיכריע בסכסוך בין שני פרטים. אכן, החבות הנזיקית הורחבה גם ביחס למדינה כצד, אך בית המשפט נזהר מלהתערב במקרים שבהם הכרעתו קשורה בשיקולי מדיניות של המדינה ואף בשיקולים

93 בעוד שירי בעת שלום, לדוגמא, ייחשב לעולם לתקיפה (אם כי לתוקף יכולה לקום הגנה), במלחמה ירי הוא עניין שגורתי. דברים אלו, היפים לעניין ה"תקיפה", יפים גם לעניין עולת הרשלנות.

94 זאת ועוד: כפי שנראה מיד, מכיוון שעולת הרשלנות אינה רלבנטית, אין רלבנטיות גם לכללים בדבר העברת נטל הראיה.



שיחייבו אותה לשינויים תקציביים מרחיקי-לכת.<sup>95</sup> בניגוד למקרה הנזיקי הפרדיגמטי, שבו ההכרעה היא בגין נזק נתון, ביחס לקבוצה של פרטים (גדולה יותר או פחות), המצב הטיפוסי בעת פעולות מלחמתיות הוא שמספר הנפגעים רב ושהנזקים גדולים ומרובים אף הם. נוסף על כך, להבדיל מ"הסיכון המיוחד" שמאפיין את דיני הנזיקין, הסיכון לפגיעה בעת פעילות מלחמתית נתפס כסיכון המשותף לחברה כולה או לחלק גדול ממנה, ומתפזר על פני כלל תושבי המדינות השותפות למערכה.<sup>96</sup> יתרה מכך: הנזקים שנגרמים כתוצאה מפעולות מלחמתיות הם לרוב "נזקים תלויים" במובן זה שנוזקים רבים מסוגים דומים מתרחשים בתקופת זמן קצרה. במקרים אלו יש חשש אמיתי מהצפת בתי המשפט בתביעות תוך זמן קצר. משמעות החיוב הנזיקי היא שהמדינה תהיה צד לכל ההליכים המשפטיים שיתנהלו בגין נזקים שנגרמו כתוצאה מהפעולות המלחמתיות. הכרה בנזקי מלחמה כנוזקים בני פיצוי בנזיקין, והכרעה בכל המקרים האלו אחד לאחד, עלולה להביא את המדינה לחיובים בסכומים שיאלצו אותה לשינוי תקציבי כולל ואולי יביאו אותה, במקרים קיצוניים, לכדי "פשיטת רגל".<sup>97</sup> החלטה במקרה הפרטי, על ידי בית המשפט, אינה יכולה להתחשב בשיקולים תקציביים אלו. לבית המשפט אין כלים לערוך מאזן כזה.<sup>98</sup> על כן, ובהתחשב בגודל הפיצויים הפוטנציאליים המעורבים במקרים אלו, ההחלטה באיזה אופן יינתן הפיצוי, מה יהיה שיעורו ומי זכאי לו צריכה להיעשות ברמת המחוקק, ולהיגזר במידה רבה מאילוצים תקציביים, תוך התייחסות מערכתית לפרמטרים שונים. על כן, מול תותחים אין מקום להחלה של דיני הנזיקין – לא על הצד הפוגע וגם לא על הצד הנפגע. הדברים נכונים הן באשר לפגיעה שנגרמה

95 ראו ע"א 623/83 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 477.

96 השווה G. P. Fletcher, "Fairness and Utility in Tort Theory," 85 *Harv. L. Rev* 537 (1972). גישתו היא כי סיכויי רקע אינם נכנסים במסגרת הסיכונים המזכים בפיצוי. גישה אחרת, שתוצג להלן, יכולה להיות כי בגין סיכונים אלו יינתן פיצוי אך לא במסגרת דיני הנזיקין.

97 ניתן להעלות טענה שלפיה ככל שיגבר זרם התביעות ייטה בית המשפט להכיר ביתר קלות בפעולות הנדונות לפניו כ"פעולות מלחמתיות", ובכך "לחסוך" למדינה את תשלום הפיצויים. זוהי גישה בעייתית. ראשית, האופן שבו בית המשפט יפעל בעתיד אינו נהיר, ודעות שונות של שופטים עלולות להוביל למגמות שונות ללא קו מנחה ברור. שנית, בהעדר קווים מנחים ברורים, המדיניות של בתי המשפט לא תהיה עקבית ועלולה לגרום לאי-צדק לצדדים המעורבים. לעומת זאת, מערכת ביטוחית כללית שתקבע באופן מרכזי ותשקול שיקולים תקציביים, יכולה לווסת את סכומי הפיצוי ואת מקרי הזכאות בהתאם להתפתחויות ולאילוצים התקציביים ולהקטין בכך את אי-השוויון בין המקרים השונים.

98 ראו עניין לוי, הערה 95 לעיל, כמו גם ע"א 653/97 חברת מרכז ברוך וצפורה נ' עיריית תל אביב-יפו (לא פורסם, 28.11.1999).

לתובע מהאויב והן באשר לפגיעה שנגרמה מכוח אוהב.<sup>99</sup> לא לטעון אימצו מדינות העולם כללים מיוחדים המקפאים את תחולתם של דיני הנזיקין בעת קרב. בעתות מלחמה, אם כן, מאמצת המדינה "שיטת עבודה" שונה. אולם, שלילת תחולת דיני הנזיקין הקלאסיים אינה שקולה לשלילת הפיצוי. אכן, מצד אחד המדינה שומרת לעצמה חסינות מכוח דיני הנזיקין, אך מנגד היא מספקת לתושביה ולאזרחיה הסדר ביטוחי שיכסה את הנזקים שנגרמים להם אגב אותה פעילות. בדומה לתחום תאונות הדרכים, גם במלחמה מדובר בסיכונים המשותפים לכלל החברה ובפעילות שהחברה ככלל מפיקה ממנה "תועלת". בשני המקרים פונטציאל הנזק גדול מאוד. על כן, המטרה הראשונית היא לפזר את הנזק על פני כלל השותפים לסיכון ולתועלת שבפעילות, ולפצות את הנפגעים ואף את התלויים בהם, שהפגיעה בהם היא אינצידנטאלית לפעילות. כל זאת ללא כל קשר לשאלת האשם.<sup>100</sup> הסדר ביטוחי זה גם מבטא לרוב רצון לראות בו מעין סוף פסוק להתדיינות.<sup>101</sup> את אפקט פיזור הנזק ניתן להשיג בצורה הטובה ביותר באמצעות חוקי התגמולים, שיתחשבו בכל האינטרסים שנמנו לעיל.

99 סיכוני המלחמה חלים על מחנות הלוחמים השונים, כמו גם על הלוחמים והאזרחים מאותו צד. הנזקים שנגרמים אגב הפעילות המלחמתית יכולים להיגרם לכוחות האויב אך גם יכולים להיגרם לכוחותינו. זהו, למשל, המצב כאשר מטוס מזהה בטעות שיירה של צה"ל כשיירת אויב, או מפצץ בטעות בית מצידו האחר של הגבול.

100 כך אמר השופט שמגר בעניין ראונדנאף, הערה 7 לעיל, בעמ' 770, כי: "בחברה מתוקנת יש תהליך של הינתקות מקביעת זיקת-חובה בין הזכות לפיצויים לבין האשם, מאחר וחברת-רונתה דואגת לנפגעים בשל היפגעותם, ללא קשר לשאלה מה סיבת הפגיעה. גישה זו ברורה וחד-משמעית במיוחד כאשר מדובר על אלו הנקראים לשרת את הציבור במערכת הצבאית". יחד עם זאת, רואה שמגר בגישה זו חלק מתהליך רחב יותר של שחיקת עקרון האשם. בעניין זה הוא אומר כי: "העברתו למעשה של העומס לשאת בתשלום הפיצויים מן הפרט הנושא באשם אל ציבור הצרכנים המכסה את תשלומי הביטוח במישרין או בעקיפין מבטאת כמובן דה-פקטו תהליך-שחיקה של עקרון האשם".

101 גם אם חוקי התגמולים מאפשרים בחירה במסלול עוקף תגמול, הרי שהמדינה והחייל הפוגע, הנתבעים הפוטנציאליים העיקריים, הם חסינים מכוח החוק. ראו דברי השופט שמגר, שם, בעמ' 769: "ההסדר הממלכתי הכולל והמקיף של הזכויות המוקנות לסוגים מוגדרים של נפגעים שיסודו בחוק החרות, מבטא גם את הרצון לראות בהסדר-הרווחה המקיף האמור מעין סוף-פסוק להתדיינות. אין צריך להוסיף ולפרט כי מהותה וערכה של מערכת תגמולים ממלכתית המעוגנת בחוק, מאבדת חלק נכבד מתוקפה המוסרי ומחשיבותה הלאומית והחברתית, אם אינה מביאה להכרעה ברורה, בלעדית ואחידה בזכויותיו של החייל-הנפגע".

## 2. חוקי התגמולים כפוליסת ביטוח ממלכתית: עולם חלופי לעולם האחריות הנזיקית

מאז קום המדינה ראו מעצבי המדיניות לנכון לחוקק חוקי תגמולים שיחולו במצבים של פעולות מלחמתיות, פעולות איבה ועוד. זאת, מעבר להסדרים הקבועים בחוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1959 [נוסח משולב]<sup>102</sup> וחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תשי"ז-1950,<sup>103</sup> הפונים בעיקר לאוכלוסיית החיילים ומסדירים את מתן הפיצוי להם ולבני משפחותיהם. חוקי התגמולים "האזרחיים" נועדו ליצור רשת ביטוחית שתעניק פיצוי במקרים שבהם נפגעו אזרחים כתוצאה מפעילות עוינת או – ולא פחות חשוב בהקשרנו – מפגיעת כוחותנו המתמודדים עם הפעילות העוינת. המגמה שהנחתה את המחוקקים הייתה שבנוקים כגון אלו כל הציבור צריך לשאת ואין להשיתם על הפרט הנפגע או הפוגע. חקיקת הרווחה בתחומים אלו התפתחה בשני אפיקים מקבילים: הראשון הוא אפיק התגמולים בגין נזק גוף והשני הוא אפיק הפיצויים בגין נזקי רכוש.

מעניין לציין כי מגמה זו של הרחבת חוקי התגמולים הייתה עקבית, וכי בעוד שמרבית תוכניות הביטוח הסוציאלי בישראל עברו במהלך הזמן, ובמיוחד בשנים האחרונות, תהליכים של כרסום וקיצוצים, בקרב חקיקת התגמולים לנפגעי פעולות איבה ומלחמה ניכרה מגמה הפוכה. מגמת הרחבה זו באה לכלל ביטוי בהרחבת הזכויות, הן בהרחבת קבוצת האוכלוסייה הזכאית והן בתחום הגמשת התנאים לזכאות. מחקרים סוציולוגיים שנערכו בתחום משערים שכלל שגדלה הרגישות הציבורית לאזרחים שנפגעו באירועי ביטחון כך התרחבה גם ההתייחסות לצורכיהם. קרוב לוודאי שמגמה מרחיבה זו באה הן כדי לפצות והן כדי לשמור על סולידריות חברתית.<sup>104</sup> זאת ועוד: את החקיקה בתחום אפיינה גם תחולה רטרואקטיבית שהרחיבה את זכויותיהם של אלו שנפגעו טרם חקיקת החוקים המרחיבים, כך שחוק מאוחר שיפר גם את מצבם של אלו שלא בהכרח נכנסו בגדרה של החקיקה בנוסחה הקודם.<sup>105</sup>

החקיקה המשמעותית הראשונה בתחום נזקי הגוף החלה עם חקיקתו של חוק הגימלאות לנפגעי ספר, תשי"ז-1956.<sup>106</sup> החלת החוק על יישובי-ספר נבעה מכך שביישובים אלו אירעו מרבית החיכוכים והפגיעות בתקופת הפדאיון. מטרת החוק, כפי

102 ס"ח 295, עמ' 276.

103 ס"ח 52, עמ' 162.

104 לדוגמא, ראו א' ינאי, "הסיוע לאזרחים נפגעי פעולות איבה", בטחון סוציאלי 40, 35-53 (1993).

105 שם, בעמ' 41.

106 ס"ח 213, עמ' 22.

שנוסחה בהצעה, הייתה לצמצם את החשיפה של הגרים או עובדים באזורי-קפ"ר לסיכון הכלכלי שבפגיעה, ולהשוות את הגמלאות שעל פי החוק המוצע לגמלאות המוענקות לנפגעים בתאונות עבודה.<sup>107</sup> ההגדרה של יישוב-קפ"ר הייתה גמישה ונתונה לקביעת שר הביטחון, בין מראש ובין בדיעבד. פגיעת-קפ"ר הוגדרה בסעיף קטן (1) כ"פגיעה בפעולות איבה שבוצעו אחרי יום 24 בפברואר 1949 בספר או מעבר לגבול המדינה על ידי כוחות צבאיים או צבאיים למחצה או כוחות בלתי סדירים של מדינה שכנה, או על ידי מסתנן..."; אולם ההגדרה כללה גם "פגיעה תוך פעולה כאמור בפסקה (1) או בנסיבות שהיה בהן מקום לחשש סביר כי תבוצע פעולה כאמור, אף אם הפגיעה היתה מידי תושב ישראל ובשגגה".<sup>108</sup> הוראות המעבר של החוק אפשרו את תחולתו באופן רטרואקטיבי.<sup>109</sup> אוצר המדינה מימן את התשלומים במלואם, והם לא הותנו בתשלום קודם של דמי ביטוח.<sup>110</sup>

לחוק זה היו מגבלות, שכן הוא חל רק על יישובי-קפ"ר, למרות שאלו הוגדרו באופן יחסית גמיש. גם הקצבאות שניתנו מכוחו היו מוגבלות בהשוואה לקצבאות שניתנו לנפגעי צבא ההגנה לישראל מכוח חוקי התגמולים ה"צה"ליים". על כן, ומשהתחילו פיגועים לפשות גם מחוץ ליישובי-קפ"ר ולחדור אל תוך הארץ פנימה, הועלתה הצעת חוק חדשה בשם "חוק הגמלאות לנפגעי פעולות איבה, תש"ל-1969".<sup>111</sup> הצעת חוק זו באה לשפר את מצב התגמולים ביחס לחקיקה הקודמת, והיא הרחיבה את קבוצת הזכאים ואת האירועים הנופלים במסגרתה.<sup>112</sup> היא נועדה לחול על כל חלקי הארץ ואף מחוצה לה. שיפור נוסף במעמד הזכאים התקבל בין הצעת החוק לחוק הסופי: בעוד שהצעת החוק המקורית הצמידה את זכויות הנפגעים לזכויות העובדים,<sup>113</sup> החקיקה

107 ובכלל זה הוצאות ריפוי, החלמה, שיקום רפואי ומקצועי, דמי פגיעה, מענק נכות או קצבת נכות וכן מענק או קצבת שארים.

108 בהצעת החוק – ה"ח 274, עמ' 168 – ביקשו להגביל את תחולתו כך שלא יחול בעת מלחמה, וזאת כנראה בגין הנוקים הרבים הצפויים. אולם, בניגוד להצעת החוק, החוק המגובש לא כלל סייג זה אך אפשר לשר הביטחון, לאחר התייעצות בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת, להתלות את תחולת החוק מראש או בדיעבד ולפרסם על כך הודעה ברשומות.

109 אם כי במגבלות מסוימות.

110 לעניין זה יפים דבריו של פנחס רוזן, שר המשפטים דאז, בקריאה הראשונה לחוק (ישיבת הכנסת מתאריך ה-9.10.1956 – יו"ר ח. אריאב). רוזן ציין בישיבה זו כי הזכאות אינה נובעת או מותנית בתשלום הביטוח הלאומי: "... הזכאים בתשלומים אלה אינם זכאים משום ששילמו דמי ביטוח, אלא מפני ששילמו בדמם". ד"כ 21 (תשי"ז) 40.

111 ה"ח 860, 7.

112 ינאי, הערה 104 לעיל, בעמ' 43-46.

113 ראו דברי ההסבר לסעיף 3 להצעת החוק.

שהתקבלה ובאה לידי ביטוי בחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תש"ל-1970<sup>114</sup> הרחיבה את זכויות הנהנים כך שידמו ככל האפשר לאלו של הנפגעים אגב השירות הצבאי – ובכך שיפרה עד מאוד את מצבם.<sup>115</sup> תיקונים נוספים בחוקי התגמולים, מאוחרים יותר, צמצמו פערים נוספים שעוד היו בין חוקי התגמולים השונים והפכו את התגמולים מכוח החוקים השונים לדומים עוד יותר.<sup>116</sup>

חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה אף הגדיר את המונח "פגיעת איבה" באופן שהרחיב עוד יותר את המקרים שבהם יחול. כבר מרגע חקיקתו העניק החוק תגמולים בשל נזק שנגרם כתוצאה מפעולות איבה של כוחות צבא או כוחות אחרים של מדינות או של ארגונים עוינים לישראל.<sup>117</sup> אולם – ובכך החשיבות העיקרית לענייננו – במסגרת הזכאים לתגמולים על פי החוק כלולים גם אלה שסבלו נזק כתוצאה מפגיעה בשגגה על ידי אדם, עקב פעולת איבה או כדי למנוע אותה כשהיה חשש סביר שתתקיים, ואף כאלו שנפגעו מנשק שהיה מיועד לאותה פעילות או נגר אותה פעילות, אף אם לא הופעל.<sup>118</sup> הגדרת החוק רחבה ואף ניכרת מגמה לפרשה בצורה רחבה.<sup>119</sup> על כן סביר להניח, שלפחות מרבית הפגיעות שייגרמו או נגרמו כתוצאה מפעולות שיוגדרו או הוגדרו כפעולות מלחמתיות ייכנסו בגדרו של החוק ויזכו את הנפגעים בתגמולים מכוחו. החוק אף קובע חזקת פגיעת איבה,<sup>120</sup> המעבירה את נטל הראיה לעניין הוכחת הפגיעה. כך, כאשר אדם נפגע בנסיבות שיש בהן יסוד סביר להניח שנפגע פגיעת איבה, ידאו את

- 114 ס"ח 126,600.
- 115 ראו דבריה של חברת הכנסת שושנה ארבל-אלמוזלינו בקריאה השנייה והשלישית לחוק (ישיבת הכנסת מתאריך 22.7.1970 – יו"ר ש. רוזן) כי "הצמדת התגמולים לאלה הקיימים לגבי נפגעי צה"ל יש בה אספקט מוסרי וצדק חברתי סוציאלי: היא מונעת קיפוח של מעוטי יכולת ומשתיחה את התגמולים על בסיס של זכות שווה לכל נפגע, ללא התחשבות בהכנסות בעת שנפגע". ד"כ 58 (תש"ל) 2613.
- 116 קחו לדוגמא את חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה (תיקון מס' 7), התשמ"ב-1982. ס"ח 268,1062.
- 117 גם חוק זה הוחל באופן רטרואקטיבי, סעיף 19(א) לחוק.
- 118 לשם הנרחות במאמר אתייחס לזכאים מכוחו של החוק כתושבים ואזרחים; אולם קבוצת הזכאים האמיתית גדולה הרבה יותר וכוללת גם מי שנכנס לישראל על פי אשרה או רישיון, כמו גם נוסע יוצא או נוסע נכנס. ראו ההגדרות בסעיף 1 לחוק.
- 119 ראו, לדוגמא, את הדין ברע"א 6672/99 סלאח נ' מגדל חברה לביטוח, פ"ד נו(2) 833, 841. אולם, החוק אינו חל על פגיעה שנפגע אדם המשתייך לכוחות האויב, מסייע להם, או פועל בשליחותם או מטעמם כדי לקדם את מטרותיהם. הדבר קבוע בסעיף 19(ב) לחוק.
- 120 סעיף 2 לחוק.

הפגיעה כפגיעת איבה אלא אם הוכח אחרת. החוק אינו מוגבל למצבים של שלום והוא חל גם בתקופת מלחמה.<sup>121</sup>

כפי שצוין לעיל, האפיק של נזקי גוף לא היה האפיק היחיד שבו עסקו חוקי התגמולים, ובצדו התקיים אפיק מקביל של נזקי רכוש. גם כאן הסתמנה מהר מאוד מגמה שלפיה יש לתפוס את הנזקים שנגרמים כתוצאה מפעולות מלחמתיות – בין שנגרמו על ידי כוחות אויב ובין שנגרמו על ידי כוחות אוהב – כנזקים שכלל הציבור צריך לשאת בהם.<sup>122</sup> הצעדים המשמעותיים הראשונים שנעשו בעניין הפיצויים היו במסגרת חוק הארנונה לפיצוי נזקי מלחמה, תשי"א-1951.<sup>123</sup> סעיף 3(א) לחוק זה קבע כי תוקם קרן לפיצוי בגין נזק מלחמה, וסעיף 3(ג) קבע כי נזקי המלחמה שהקרן תשמש לפיצוי בגינם יהיו נזקים בגופם של נכסים כמשמעותם בסעיף 1 לחוק – ושביניהם, כמובן, נגבה תשלום הארנונה כמס. נכסים אלו כללו בניינים, מטעים, ציוד ומלאי סחורות. חוק זה תוקן בחוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א-1961.<sup>124</sup> כיום מעניק חוק מס רכוש פיצויים בגין נזקים לרכוש שנגרמו אגב פעילות מלחמתית. כך, למשל, נקבע בסעיף 36 כי ישולמו פיצויים בעד "נזק", וכי שיעור הפיצוי ותנאיו ייקבעו על פי התקנות. המונח "נזק" כהגדרתו בחוק<sup>125</sup> כולל גם את המונח "נזק מלחמה": נזק שנגרם לגופו של נכס<sup>126</sup>. עקב פעולות מלחמה על ידי הצבאות הסדירים של האויב או עקב

- 121 זאת, בניגוד להגבלות שאפשרו את התלית חוק הגימלאות לנפגעי ספר, תשי"ז-1956, הערה 106 לעיל, בעמ' 22.
- 122 ראו, למשל, דבריו של חבר הכנסת דוד פנקס שנאמרו בקריאה השנייה והשלישית (מיום 5.2.1951 – יו"ר נ. ניר-רפאלקס) לחוק הארנונה לפיצוי נזקי מלחמה, תשי"א 1951: "...לא יתכן שבמלחמה זו שהיה עלינו לעמוד בה יסבלו ממנה יחידים ולא כל הציבור ישא יחד בנזק שנגרם להם". ד"כ 8 (תשי"א), 984.
- 123 ס"ח 68, 44.
- 124 ס"ח 337, עמ' 100.
- 125 בסעיף 35 לחוק.
- 126 הגדרת נכס בחוק מס רכוש כוללת "קרקע, קרקע חקלאית לרבות היבול שעליה, בנין, מבנה כההליך בניה, מטעים, מלאי וציוד הנמצאים כשטח המדינה וכן כלי שיט וכלי טיס הרשומים בישראל או החייבים ברישום בישראל אף אם אינם מצויים בה". החוק מגדיר את המונח "ציוד" כ"מכונות, מיתקנים, רהיטים ורכוש אחר המשמשים או מיועדים לשמש ציוד לעסק, רכב רשום או חייב ברישום על פי פקודת התעבורה, כלי שיט וכלי טיס, בריכות מים המיועדות בעיקרן לשחיה ומבנים ארעיים". על פניה, הגדרה זו מצמצמת ואינה כוללת נזקי רכוש העלולים להיגרם לרכוש רב שאינו מיועד לשמש ציוד לעסק, ובכלל זה מיטלטלין לשימוש אישי. אולם, כאן נכנס לפעולה סעיף 38(א) לחוק, המאפשר לשר האוצר, באישור ועדת הכספים של הכנסת, לקבוע בתקנות כי פיצויים בעד נזק מלחמה ישולמו בגין נזקים לחפצים שאינם "נכס" ומצויים בבית מגוריו של אדם. אלו

פעולות איבה אחרות נגד ישראל או עקב פעולות מלחמה על ידי צבא ההגנה לישראל. במדינה דוגמת ישראל, שבה חשוף גם העורף לפעולות איבה כעניין שבשגרה, גם סיכוני פעולות האיבה הם סיכונים המשותפים לכולם, ובגינם המדינה מעוניינת לקיים הסדר "ביטוח". זאת ועוד: באמצעות מנגנון המוסדר בחוק יכול המחוקק להרחיב ביטוח זה גם על נכסים שנמצאים מחוץ לתחומה של ישראל, ואף עשה כן הלכה למעשה.<sup>127</sup> הגדרת המקרים שבהם יחולו חוקי התגמולים נוסחה בהם על דרך של הרחבה. הפיצויים ניתנים פעמים רבות לא רק בגין נזקים ישירים<sup>128</sup> אלא גם בגין נזקים

מכונים בחוק "חפצים ביתיים". אכן, מכוח חוק מס רכוש הותקנו תקנות מס רכוש וקרן פיצויים (תשלום פיצויים) (חפצים ביתיים), תשל"ג-1973, ק"ת 3045, 1757. התקנות מגדירות "חפצים ביתיים" כ-"רהיטים, ביגוד, כלים, מכשירים לשימוש ביתי, ספרים ותקליטים, המצויים בבית מגוריו של אדם ואינם נכס כהגדרתו בחוק, למעט תכשיטים חפצי אמנות ועתיקות". על פי סעיף 2 לתקנות, "בעלים של חפצים ביתיים שהם לשימוש האישי, זכאי, ללא תשלום, לפיצויים בעד נזק שאירע לחפצים אלה בגובה הוצאות שיקום הנזק... הוצאות "שיקום הנזק", כהגדרתן בתקנות, הן ההוצאות הדרושות להחזרת מצבו של החפץ הביתי לקדמותו, טרם התרחשות הנזק, ואם אינו ניתן לשיקום – ההוצאות הכרוכות ברכישתו של חפץ ביתי דומה חדש. המונח "נזק" מוגדר גם מפורשות בתקנות, וכולל נזק שנגרם עקב פעולות מלחמה על ידי צבאות סדירים של האויב או עקב פעולות איבה, אך גם עקב פעולות מלחמה של צבא ההגנה לישראל. יודגש, כי התקנות קובעות מגבלה לשיעור הפיצוי. המגבלה קבועה בתוספת הראשונה לתקנות, המעורכנת מדי שנה. בעדכון האחרון שבא לכלל ביטוי בהודעת מס רכוש וקרן פיצויים (תשלום פיצויים) (חפצים ביתיים), התשס"ב-2002 עורכן הסכום לשנת 2002. הפיצוי בגין החפצים הביתיים מחולק בתוספת לכמה רכיבים. רק כדי לסבר את האוזן: סכום הפיצוי המקסימלי בגין רכיב "רהיטים" לזוג נשוי או הורה יחיד עומד על 28,508 ש"ח, בגין "בגדים" – 10,126 ש"ח, "מכשירי חשמל ואלקטרוניקה" – 40,954 ש"ח, ו"חפצים ביתיים אחרים" – 16,165 ש"ח. הסכומים לאדם יחיד נמוכים במקצת, אך מנגד יש בגינם תוספת בגין כל ילד נוסף. היה ובסכומים אלו אין די מאפשרות התקנות לערוך ביטוח בשיעור גבוה יותר, ובלבד ששיעור זה לא יהיה גבוה מהסכום של 673,536 ש"ח (נכון ליום 1 בינואר 2002). בעוד שלביטוח החינם זכאי רק הבעלים של החפצים הביתיים, את תוספת הביטוח יכול לערוך הבעלים או המחזיק שיהנו אף מפירותיה. התקנות מגדירות "בעל" כאזרח או תושב ישראל שהוכיח להנהגת דעתו של המנהל כי הוא בעלם של החפצים הביתיים, וכל אדם אחר שהוכיח כי הוא בעלים של חפצים ביתיים המצויים בישראל, ולעניין אותם חפצים.

127 תקנות מס רכוש וקרן פיצויים (תשלום פיצויים בשל נזק) (נכס חוץ ישראלי), התשמ"ב-1982, ק"ת 4338, 882.

128 נזקים ישירים מוגדרים בסעיף 35 כנזקי מלחמה, כלומר: נזק שנגרם לגופו של נכס עקב פעולות מלחמה על ידי הצבאות הסדירים של האויב, או עקב פעולות איבה אחרות נגד ישראל או עקב פעולות מלחמה על ידי צה"ל.

עקיפים<sup>129</sup> שנבעו מהפעילות הפוגעת.<sup>130</sup> זאת ועוד: כאשר הרשות המבצעת ניסתה לצמצם את תחולתן של התקנות, ובכך את תחולתה של "הפוליסה", מנעו ממנה בתי המשפט לעשות כן. בתי המשפט פירשו את ההוראות השונות בחוקי התגמולים באופן שמונע את עקיפת המטרה שלה נועדו על ידי שימוש בדיני הנויקין המסורתיים. דוגמא טובה לכך היא פסק הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים בע"ש (י-ם) 71/91 הסעות פרח המדבר נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים.<sup>131</sup> באותו מקרה נדונו תקנות מס רכוש וקרן פיצויים (תשלום פיצויים) (נזק מלחמה ונזק עקיף), תשל"ג-1973, המעניקות פיצוי בשל "נזקי מלחמה", ובמיוחד האמור בסעיף 7(א) בהן. סעיף זה קבע כי:

לא יראו נזק כ'נזק מלחמה' אם נגרם כתוצאה מכך שהניזוק נהג ברשלנות או שלא בהתאם להוראות שבדין, או שלא לפי הוראות המנהל, ואולם המנהל יהיה רשאי בנסיבות המצדיקות זאת לקבוע פיצויים מופחתים במקרים כאמור.

באותו מקרה נשרף אוטובוס כתוצאה מפעולת איבה. תביעתו של הניזוק נדחתה בוועדת הערר בשל העובדה שהנזק נגרם עקב רשלנות הנהג.<sup>132</sup> על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי, שהפך את החלטת הוועדה. בפסק דינו קבע בית המשפט כי תקנה 7(א) לתקנות הותקנה בחוסר סמכות ובחוסר סבירות:

אין זה סביר ולא מתקבל על הדעת שתהא הגבלת הזכאות לקבלת הפיצוי בהעדר רשלנות כהגדרתה בפקודת הנויקין הואיל ומגמת חוק מס רכוש וקרן פיצויים לפצות אדם על נזקים שנגרמו לו כתוצאה מפעולות איבה. ככל שהדבר מתקשר לעניינו בפעולות מסוג כזה המגמה היא ליתן כיסוי ביטוחי על נזק שאיננו בשליטת הניזוק ואין כל אפשרות ברוב המקרים לדרוש חובת זהירות כאשר תוצאות מעשה איבה הם פועל יוצא של מצב מלחמה או מצב פוליטי שעצם קיומו

129 נזקים עקיפים מוגדרים בסעיף 35 כהפסד או מניעת ריווח כתוצאה מנזק מלחמה בתחום יישוב-ספר, או מחמת אי-אפשרות לנצל נכסים המצויים בתחום יישוב-ספר, עקב פעולות מלחמה על ידי צבאות סדירים של האויב, או עקב פעולות אחרות נגד ישראל או עקב פעולות מלחמה על ידי צה"ל.

130 ראו סעיף 36 לחוק מס רכוש. אולם, סעיף 38 לחוק מסייג את הזכות לקבלת פיצויים עבור נזק עקיף בקובעו כי "לא ישולמו פיצויים בעד נזק עקיף, אלא לתקופת הזמן הדרושה באופן סביר לסילוק גורמיו".

131 פ"מ נג(2) 492.

132 זאת משום שנכנס למקום שהיה מועד להתנכלות ממשית מצד פורעים מקומיים, ואת זאת היה עליו לצפות.



היום יומי מאפשר צפיה מראש של נזק, דרישת העדר רשלנות כהגדרתה בפקודת הנזיקין במקומותינו כמוה כדרישה לעצירת מהלך החיים הרגיל במדינה. הגבלת תשלום הפיצוי בהעדר רשלנות כמוה כשלילה הביטוח בשל נזקים שנגרמו כתוצאה מפעולות איבה יום יומיות ובכל מקום בארץ וכמוה כהורקת חוק מס רכוש וקרן פיצויים, ככל שהדבר מתייחס לפעולות איבה, מתוכנו וממטרתו... באם תקנה 7(א) לתקנות הנ"ל תשאר בתוקפה (כפי שפורשה על ידי הועדה) יוצר מצב אבסורדי שלא אליו התכוון המחוקק וזו לא היתה מטרת חקיקתו.<sup>133</sup>

במלים אחרות: בית המשפט המחוזי אומר, שכעניין של מדיניות אין הוא רוצה שאנשים יתמודדו עם נזקים כאלו וישקיעו באמצעי זהירות כנגדם, או אפילו בביטוח פרטי מיוחד. אורח חיים רגיל הוא טובין שהמדינה חפצה בו כסוג של טובין ציבורי, ועל כן היא מעניקה לאזרחיה ולתושביה ביטוח שיאפשר להם קיומו של אורח חיים נורמלי,<sup>134</sup> ללא צורך בהתחשבות מצידם באותם סיכונים המשותפים לכלל האוכלוסייה.<sup>135</sup>

### 3. מאפייני הביטוח הממלכתי

ניתן לתפוס את ההסדר הביטוחי שבחוקי התגמולים כסוג של ביטוח צד א', כאשר המדינות הן המבטחות את תושביהן ללא קשר לשאלת האשם. תפיסה זו מבהירה מדוע אין עילת חביעה נזיקית – לא לחייל הנפגע בפעילות מבצעית, וגם לא לאויב הנפגע מפעילות מלחמתית של כוחות צה"ל. ההנחה היא שכל מדינה מסדירה את זכויותיהם של אזרחיה ותושביה, שכן סיכוני המלחמה משותפים לכולם, ומכאן שגם הנוקים צריכים ליפול על הכלל באמצעות מערכת המיסוי. הציבור, באמצעות מנהיגיו, מחליט

133 פסק-דין הסעות פרח המדבר, הערה 131 לעיל, בעמ' 495. בעניין זה אף נתן בית המשפט את הדוגמה הבאה: "אביא כדוגמא את עבודתו של בית-משפט זה בעיר המזרחית בירושלים. אם תקבל פסיקתה של ועדת הערר, הרי שכל באי בית המשפט, שופטים עורכי-דין ומתדיינים, פועלים ברשלנות בבואם לבית המשפט. הלכך התכוון מחוקק המשנה, אשר גם הוא ממוקם בעיר המזרחית, והאם גם הוא נוהג ברשלנות בבואו לאזור זה?"

134 בעניין זה ראו גם סעיף 2 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, לפיו "נפגע אדם בנסיבות שיש בהן יסוד סביר להניח שנפגע פגיעת איבה, יראו את הפגיעה כפגיעת איבה אם לא הוכח אחרת".

135 השווו וסייגו דברים אלו לאור העולה מסעיף 9 לחוק הנכים ומסעיף 16 לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה.

על יציאה למלחמה (או נכשל במניעתה אם היוזמה אינה שלו), והציבור כמכלול, באמצעות המדינה, הוא גם זה שנושא בעלותה. לאחר מכן יכולה המדינה לבוא חשבון עם המדינות האחרות באמצעות הסדרי שיפוי. מטרתם של אלו היא "לפצות" את המדינה בגין הנזקים שנגרמו לה שלא בצדק (ודוק: את המדינה ולא את הפרט). פיצויים אלו מוסדרים באמצעות אמנות בינלאומיות ובאמצעות כללי המשפט הבינלאומי המנהגי.<sup>136</sup>

המדינה כריבון אינה חפצה שפיצויו של חייל שנפגע בשדה הקרב יהא מותנה בקיומה של עוולה, או שכדי לזכות בפיצוי יאלץ החייל להגיש תביעה אישית נגד החייל הזר שפגע בו או נגד מדינת האויב ששלחה אותו. בדרך כלל, הסיכוי שהחייל יזכה לפיצוי בעקבות תביעה שכזו הוא קטן, ודרכי האכיפה יהיו מסובכות. התניית הפיצוי לחייל גם עומדת בניגוד לאינטואיציות של צדק ואף תפחית את התמריצים להשתתף בפעילות.<sup>137</sup> במדינת ישראל הורחבו ההסדרים החלים על חיילים<sup>138</sup> גם לגבי אזרחים, שלמעשה משמשים פעמים רבות כחיילים במערכה. זאת, הן ביחס לנזקי מלחמה והן ביחס לנזקי פעולות איבה. אזרח שביתו קרס אגב פגיעת טיל זכאי גם הוא לקבלת תגמולים מהמדינה, כמו גם אזרח שנפגע בעת פיגוע התאבדות.

גישה זו, לז הייתה מיושמת ביותר מקרים, היתה מביאה לבהירות משפטית וחוסכת מבית המשפט הכרעות קשות. פסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 3889/00 לרנר נ'

- 136 השוו לדברים האמורים בדו"ח הוועדה להסדר תביעות זרות במשרד המשפטים האמריקני: U.S. Department of justice - Foreign Claims Settlement Commission (31.12.02) [http://www.usdoj.gov/fcsc/]; ראו גם The Iran Brief - Policy, Trade & Strategic Affairs [http://www.iran.org/tib/claims.htm] (31.12.02). חובת התשלום מוטלת על המדינה, אולם המוטבים הסופיים יכולים כמובן להיות האזרחים של המדינה הנפגעת. דוגמא טובה יכול לשמש הסדר הפיצויים שלאחר מלחמת המפרץ. על עירק הוטלה חובת פיצויים, באמצעות מועצת הביטחון של האו"ם, לשלם בשל "Any direct loss, damage, including environmental damage and the depletion of natural resources, or injury to foreign Governments, nationals and corporations, as a result of Iraq's unlawful and illegal occupation of Kuwait" (SC Res. 687(1991)). ביצוע המשימה הוקמו קרן של האום וועדת פיצוי שדנה בזכויות ובשיעור הפיצויים. בעניין זה ראו גם Ingrid Deter De Lupis, *The Law of War* 416-417 (2nd ed., 2000).
- 137 דוגמא אחרת הממחישה את נושא התמריצים היא השביתה שבה אימו טייסי המילואים של חיל האוויר כאשר ביטוח החיים הפרטי שלהם הורשה במהלך השירות ועל כן הורעו תנאיהם. ראו באתר האינטרנט של ביטאון חיל האוויר הישראלי [http://www.iaf.org.il/iaf/doa\_iis.dll/Serve/item/Hebrew/1.1.1.1.2.1.7.html](31.12.02)
- 138 באמצעות חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה וחוק מס רכוש וקרן פיצויים.

מדינת ישראל<sup>139</sup> יכול לשמש דוגמא טובה לכך. באותו מקרה נפצע אזרח (ישראלי) שהיה בדרך לביתו שבשבי שומרון. בתגובה לאבן שנזרקה לעברו הוא ירה באוויר. חיילי סיוור שהיו בקרבת מקום חשבו שהיריות נורו לעברם ודיווחו על כך לכוח כוננות של צה"ל. החיילים בכוח, שסברו שמדובר במשאית עוינת, ניסו לעצרה, ומשלא נעצרה ירו לעברה 34 כדורים שפגעו בתובע ובנוסע נוסף. בית המשפט העליון, בדחותו את הערעור, אישר את קביעתו של בית המשפט המחוזי כי במקרים כאלה קמה חובה מושגית, ואף קבע, בניגוד לפסיקת המחוזי, כי קמה באותו מקרה גם חובת זהירות קונקרטיית. עם זאת נפסק, כי למרות שהופרו הוראות הפתיחה באש, שלפיהן יש לירות לעבר גלגלי הרכב בלבד, לא הייתה התרשלות מצד החיילים. בית המשפט הצדיק את החלטתו בכך שמדובר במצבים קיצוניים וכי:

במצבים אלה כל שהיה מוטל על החיילים – מנקודת המבט הנוזיקית – הוא לפעול בסבירות גם אם הדבר כרוך בסטייה מסוימת מהוראות הפתיחה באש. אכן, ההבחנה בין המצבים השונים עלולה להיות קשה ושנויה במחלוקת. ...[נ]ככלל, ניתן להניח, כי גם במצבים חריגים ידבק החייל בהוראות הפתיחה באש כלשונו. אך אם בכל זאת פעל החייל אחרת, ובדיעבד התברר כי פעולתו היתה סבירה, פשיטא שלא תוטל בגינה אחריות בעולת הרשלנות.<sup>140</sup>

קביעה זו – כי פעולת החיילים בניגוד להוראות הפתיחה באש היוותה מעשה סביר בנסיבות העניין – היא בעייתית, מאחר שהיא נותנת לגיטימציה לעצם המעשה.<sup>141</sup> דומני כי נכון יותר להתמודד עם מקרים כגון אלו באמצעות הצהרה כי הם נכנסים למסגרת התריג של "פעולה מלחמתית". קביעה כזו הייתה חוסכת מבית המשפט את ה"הכשר" שניתן לפעולה שבוצעה בסטייה מהוראות הפתיחה באש, שכן נוכח חסינות המדינה שאלת הרשלנות כלל לא היתה מתעוררת; מנגד, ההכרזה על המעשה כפעולה מלחמתית

139 פ"ד נו(4) 304.

140 שם, בעמ' 320 מול האות ג.

141 זאת במיוחד כשהחיילים לא היו נתונים בסכנת חיים מיידית. הדבר צורם במיוחד על רקע פסיקתו של בית המשפט העליון בע"א 3684/98 מדינת ישראל נ' אחלייל, (לא פורסם, 7.3.1999). באותו מקרה נפגע אדם אגב בריחה. הטענה הייתה כי החיילים התרשלו בירי עודף. אומנם הם פעלו "על פי הספר" (הוראות הפתיחה באש) במובן של ירי ב"בודדת" לכיוון חלק הגוף התחתון וביצעו נוהל מעצר חשוד, אך הם ירו בו-זמנית. על כך אמר המשנה לנשיא, השופט ש' לוי: "מוכן אני להניח... כי בנסיבות שנוצרו מותר היה גם לחיילים ולא רק למפקד לירות לעבר המשיב שנמלט; עם זאת לא היה כל צידוק לירי 'בו זמני' על ידי יותר מחייל אחד במשיב". שם, בפסקה 5.

לא הייתה שוללת מהנפגע את הזכות לפיצוי שכן הוא היה זכאי לו מכוח חוקי התגמולים.<sup>142</sup> יתרון נוסף לשימוש בחוקי התגמולים הוא שהם מאפשרים לגוף המבצע לשקול שיקולי מדיניות גלובליים כגון היקף הנזקים שנגרמו, תדירות הנזקים שפקדו את הניזוקים, תדירות הנזקים שפקדו את האזור ועוד.<sup>143</sup>

נקודה זו מובילה אותנו לעניין חשוב נוסף: כל מדינה מסדירה את סוג הביטוח שהיא מספקת לאזרחיה ולתושביה בצורה שונה. הגישה, כמובן, היא שגורמים חיצוניים למדינה אינם מתערבים בהסדרי הביטוח הפנימיים. ביטוח זה מוסדר בהתאם לתקציבים העומדים לרשותה של המדינה ולמדיניות הסוציאלית הנהוגה בה. כפי שכללי המשפט שונים בין מדינה אחת לרעותה, וכפי ששיטת המיסוי והתשלומים הסוציאליים שונה ביניהן – כך גם הביטוח בגין נזקי מלחמה ופעילויות במסגרת הצבא. המדינה אף יכולה לבחור, כפי שעשו בחוקי התגמולים בארץ, באופציה של "קו הגנה" נוסף לנפגע שבא לכלל ביטוי בקיומן של עילות תביעה נוספות, אם כי חלופיות, למנגנון הביטוח.<sup>144</sup>

מעבר לשיטה של "מעין ביטוח" מצריך שינויים באופן שבו ניתנים הפיצויים. פעמים מדובר בשינויים מינוריים ופעמים מדובר בשינויים יותר משמעותיים. שינויים אלו נגזרים משינוי התפיסה – אין מדובר עוד בתביעות נזיקיות של פרטים, בין שהן מוגשות כנגד המדינה ובין שהן מוגשות כנגד פרטים אחרים – אלא בביטוח המונים המצריך התייחסות פרטנית לדרך ולפשטות שבה ניתנים הפיצויים, כמו גם לבעיות הנגזרות מעצם היותו ביטוח כזה.<sup>145</sup> ביטוח כזה מעורר בעיות בתחומים שונים.<sup>146</sup> קשיים נוספים

142 מקרה דוגמת זה שנדון בעניין לרנר, הערה 139 לעיל, נכנס בגדרו של חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, שכן מדובר בפגיעה בשגנה מידי אדם בנסיבות שהיה בהן מקום לחשש סביר כי תבוצע פעולת איבה.

143 הגוף המבצע יכול לווסת את שיעור התגמולים, לקבוע תקרות פיצוי בהתחשב במכלול הנזקים באמצעות שינוי התקנות או עדכון לוחות הפיצוי. דוגמא לכך מצויה בסעיף 36 (א)(2) לחוק מס רכוש, הקובע כי "רשאי הוא לקבוע שיעורים שונים לכל סוג של נכסים, לכל סוג של ניזוקים ולכל סוג של נזקים, והכל בהתחשב עם היקף הנזק, תדירות הנזקים שפקדו את הניזוק ותדירות הנזקים שפקדו את האזור וגורמים אחרים".

144 ראו, למשל, לעניין זה סעיף 17(ב) לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה וכן סעיפים 36 לחוק הנכים ו-21 לחוק משפחות החיילים. במבט-על, לא ברור שעילות התביעה החלופיות הן בהכרח רצויות. כאלטרנטיבה ניתן להביא חוקים שבהם קיים מנגנון ייחודי עילה, המביא לחיסכון בהוצאות עסקה ולהסדרה כוללת של המקרה במסגרתו של הסדר אחד. כך, למשל, נהג המחוקק בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים; מובן שהדבר בא על חשבון הגמישות השמורה לתובע בשיטה שבה הוא יכול לבחור באיזה אופן לממש את זכותו לפיצויים.

145 ראו את דברי השופט שמגר בעניין ראנדנאף, הערה 7 לעיל, בעמ' 782: "הסדרי התגמולים לנפגעים לפי חוק הנכים או לפי חוק משפחות החיילים, [מהווים] הסדר חילופי

שעמם יש להתמודד הם ניסיונות לקבל פיצויים במרמה, קטגוריוזיה נאותה של נפגעים, החצנות ונשיאה לא שווה בנטל הביטוח. היטיב לבטא זאת השופט שמגר בעניין ראונדנאף, בדברים הבאים:

[חוקי התגמולים הינם] מערכת כוללת ורחבה, שאינה מותנית בקיומו של אשם, המוצאת ביטויה בחוק הנכים ובחוק משפחות החיילים, אליהם מופנה כל מי שנפגע בזמן השירות ועקב השירות והיוצרת אחריות דווקנית של המדינה; מערכת פיצויים זו מקנה זכויות רחבות ורב-גווניות. לימוד מגמתו של המחוקק לצורך חריצת הדין לגבי המהות והאופי של ההגבלה של החייל-הנפגע לדרך פלונית, אינם יכולים להיות מעוגנים בבדיקתו של מקרה ספציפי של חייל זה או אחר, אלא חייב להישען על הבדיקה של המשמעות הכללית הנובעת מכינונה של מערכת פיצויים הפועלת אוטומטית וכלפי כל הנפגעים מאותו סוג. הווה אומר, אין לחבר להסדר הקיים תווית של הסדר מצמצם או של הסדר הפוגע בזכויות, עקב ההתייחסות אל מקרה קיצוני זה או אחר, כגון הדוגמה הנדרשה של החייל, שהוא גם כנר רב-כשרון שאצבעו נפגעה, אלא מן הדין שייבדק מה הזכויות אותן היקנה המתוקק לכל הציבור של הנפגעים-בכוח. על פי אמת המידה השניה אין להסיק כי המדובר בהסדר המגביל זכויותיו של הפרט ואשר מחייב על כן, כאחת מן התוצאות הנגזרות, גם פירוש דווקני וצר של החוק התרות.<sup>147</sup>

סביר ומניח את הדעת, הבא במקום תשלום הפיצויים לפי דיני הנזיקין ואף רחב יותר הימנו כי אינו מותנה בהוכחת אשם. כפועל יוצא מן האמור לעיל אין כל טעם בחיפוש אחר השוויון בין מי שיכול לבטח עצמו כרצונו, לבין מי שהמדינה מבטחת אותו, למעשה, נגד הסיכונים העולים מן השירות". [ההדגשות הוספו א.י.]

146 בעיות אלו – ובכללן שמאות הנזק, אופן הטיפול בו, הנהגת קווים מנחים ועוד – קשורות לניהול מערכת ביטוח גלובאלית. סעיפים רבים בחוקי התגמולים מהווים למעשה התאמות מתחייבות ממעבר משיטה של פיצוי בגין אשם לשיטת ביטוח. כך, למשל, חובת ההודעה המוקדמת: סעיף 36 (א) לחוק מס רכוש קובע כי (א) הודעה על נזק תוגש למנהל בתוך שבועיים מיום קרות הנזק, וכי (ב) תביעה לפיצויים תוגש למנהל בתוך שלושה חודשים מיום קרות הנזק. כך גם לגבי המגבלות המוטלות על שיעור הפיצוי: סעיף 38 לחוק מס רכוש קובע כי לא ישולמו פיצויים בעד נזק עקיף אלא לתקופת הזמן הדרושה באופן סביר לסילוק גורמיו. מגבלות מוטלות גם מכוח חוק הנכים: כך, למשל, קובע סעיף 32 (א) לחוק כי בעיקרון מתיישנת הזכות להגיש בקשה לתגמולים בתום שלוש שנים מיום שחרורו של הנכה משירותו הצבאי שבזמנו אירע המקרה שגרם לנכותו. עניין ראונדנאף, הערה 7 לעיל, בעמ' 776.

יודגש, כי אין בהסדרי ביטוח זה כדי להקנות למדינה חסינות במישור הבינלאומי מפני תביעה בגין פשעי מלחמה בטריבונלים בינלאומיים. אין בהם אף כדי להקנות חסינות לחייל בגין פשעים כאלו. לגישתי, ראוי שפעילות זדונית – למשל: התעללות או גרימת נזק רק כדי לגרום נזק – לא תזכה את הפועל מכוח המדינה בחסינות, והוא אף יועמד לדין פלילי. גם בעניין זה ניתן לערוך אנלוגיה לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים.<sup>148</sup> נראה שבמקרים שבהם פעילות החייל נתפסת כ"פשע מלחמה", קמה עילת תביעה נגד ה"מזיק" שחרג מ"כללי המשחק" המקובלים, וניתן לתבוע אותו באופן אישי.<sup>149</sup>

לאחר שבחנתי את היחס בין החסינות הנוזיקית מפני פעולה מלחמתית לבין חוקי התגמולים, ולאחר שהוצבה התשתית התיאורטית העומדת בבסיסם של חוקים אלו, אעבור לבחון באופן ביקורתי את הפרשנות שנתנה הפסיקה בישראל לחסינות המדינה ולהגדרה של "פעולה מלחמתית". ראשית אעשה זאת בהקשר הכללי של הגדרת המונח, ולאחר מכן אתמקד בהגדרתו ככל שזו קשורה לפעולות צבא ההגנה לישראל בשטחים. פעולות אלו מעוררות שאלות ושיקולים ייחודיים, שיש מקום לתת עליהם את הדעת. עיקר הדיון ייעשה אגב עניין עודה, שבנסיבותיו נקבע, כזכור, כי פעולת הצבא אינה זוכה לחסינות.

## ו. פרשנות סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה)

### והמונח "פעולה מלחמתית"

כזכור, סעיף 5, הקובע את חסינות המדינה בגין פעולה מלחמתית, חל על נזקים שנגרמים אגב פעולת צבא ההגנה לישראל. הסעיף אינו מבחין בין נזק גוף לנזק רכוש, או בין ניוזקים שהם אזרחים לבין תושבים ואנשים אחרים, אם כי הבחנה כזו קיימת

148 שאינו חל על תאונה שנגרמת במתכוון כשהנזק נגרם באופן ישיר כתוצאה מהמעשה המכוון ולא כתוצאה מהשפעתו על השימוש ברכב מנועי. מקרים כאלו חושפים את הפוגע לתביעה נזיקית אישית, אם כי התביעה בגין פעולה מלחמתית, בניגוד לאמור בחוק הפיצויים, לא תשלול את "פוליטת הביטוח" הממשלתית.

149 במקרים שבהם המדינה לא פקדה על השלוח לפעול בצורה זו היא תהיה פטורה לכאורה מאחריות, שכן ניתן יהיה לומר שהשלוח פעל מחוץ למתחם השליחות. אולם, נראה כי מפאת שיקולים חוץ-משפטיים – כגון הפגיעה בתדמיתה של המדינה או לחץ בינלאומי – נוטה המדינה לפצות את הנפגעים גם במקרים אלו. ראו מקרי ראס בורקה, ירי החייל הירדני, ומנגד פרשת ברוך גולדשטיין.

לעניין חוקי התגמולים.<sup>150</sup> על כן, ובהתחשב בהיותו של הסעיף גורף מבחינת הנזק בגינו המדינה יכולה לחסות בצל החסינות, ראו בתי המשפט מלכתחילה לפרשו על דרך של צמצום. אולם, כבר מהדיונים הראשונים הושמו גבולות לאותה גישה מצמצמת, והוברר שפעולה מלחמתית אינה מונח נרדף למצב משפטי של מלחמה.

נראה שהנטייה שהנחתה את בית המשפט מראשית דרכו – לפרש את הסעיף בצמצום – נבעה ממסגור (framing) מוטעה של סוגיית הפיצויים המגיעים לנפגעים. מכיוון שהחסינות מכוחו של סעיף 5 שוללת אפשרות של תביעת המדינה בנוזיקין, התפיסה הייתה שאם המדינה חסינה מבחינה נזיקית יישאר הנפגע ללא סעד כלשהו ויאלץ לשאת בעצמו בנזקים שנגרמו לו. אולם, הרחבת המסגרת הייתה מגלה כי בצד החסינות מפני תביעת נזיקין קיים עולם מקביל, המכיל חוקי תגמולים. כפי שראינו, אלו טווים רשת ביטוחית המגינה על האזרחים והתושבים מפני הנזקים הנגרמים להם. אכן, הרחבת החסינות שוללת מהנפגעים עילת תביעה נזיקית, אך הם עדיין זכאים לתגמולים המזכים אותם בהטבות דומות ואף טובות יותר. למרות הנאמר, משהוצבה ועוצבה המגמה בתחילת הדרך, נטה בית המשפט ללכת בתלם ולפרש את החסינות בהתאם, מבלי לסטות מתקדימו.

### 1. פסיקת בית המשפט העליון והביקורת שנמתחה עליה

אחד מפסקי הדין הראשונים, פסק דין ששימש אבן דרך בהגדרת החסינות, הוא פסק דינו של השופט חיים כהן בע"א 311/59 מפעל תחנות הטרקטורים נ' חייט.<sup>151</sup> במקרה זה נפסק כי לשם הכרעה בשאלה אם פעולה פלוגית היא מלחמתית יש לבחון את הפעולה ולא את המלחמה. הכרעתו זו של בית המשפט, שלפיה פעולות הנושאות סימני היכר של לחימה ושנוהגים לבצען תוך כדי מלחמה ייחשבו כפעולה מלחמתית גם אם לא מתנהלת או מוכרזת מלחמה, פתחה את הפתח להרחבת ההגדרה של פעולה מלחמתית, שכן היא הכירה גם במקרים שבהם לא מנוהלת מלחמה כוללת.

עם זאת, בית המשפט נזהר מלהרחיב את החסינות יתר על המידה, ועל כן הוסיף שכדי להסיר אחריות מעל המדינה חייבת הפעולה להיות פעולה מלחמתית של צבא-ההגנה לישראל, כלומר: פעולה צבאית שבדרך כלל אין צבא מבצע אותה אלא בשעת לחימה בלבד. לדבריו, אפילו במדינה דוגמת ישראל, המוקפת אויבים ומתנכלים בכוח (חרתי משמע), ואפילו במקום ובזמן המועדים לפורענויות – אין לראות בפעולה דוגמת שמירה פעולה מלחמתית. זאת, לא רק מפני שהיא פעולה של כל ימות השנה, וימי שלום

150 ראו הדיון להלן בפרק ה-2.

151 פ"ד יר 1609.

בכלל זה, אלא מפני שמטיבה ומטבעה אין בה אלמנט של לחימה. אמנם לא תיתכן מלחמה בלעדית, אך היא בגדר פעולת-עזר או פעולת-לוואי בלבד.<sup>152</sup> בית המשפט נימק את החלק המצמצם שבפרשנותו בכך שתכליתו של חוק הנזיקים האזרחיים היא הענקת סעד ותרופה מאת המדינה לאזרח שנפגע בידי שלוחי המדינה. על כן יש לפרש את הסייגים הבאים להגביל את אחריות המדינה פירוש קפדני, שלא יישלל מהאזרח סעדו אלא במידה שהמחוקק גילה רצונו בכך בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים:

פירוש קפדני של הסייג שהמדינה לא תשא באחריות בשל פעולה מלחמתית של צבא-הגנה לישראל מביאנו לידי הגבלת הסייג לאותן פעולות אשר הן מלחמתיות מטבע ברייתן ואשר מקומן ורישומן לא ניכר אלא תוך כרי לחימה בלבד.

בנסיבות אלו נקבע בפסק הדין כי פעולת שמירה על מושב שהיה ממוקם כשמונה קילומטרים מגבול רצועת עזה, והסתיימה בירי רשלני באזרח ישראלי, אינה בגדר פעולה מלחמתית על אף סמיכות הזמנים של אותו מקרה למבצע עזה. דומה שהחשש שעמד לנגד עיני בית המשפט היה מוגזם. אכן, בראשית הדרך רשת התגמולים לא הייתה ארוגה במלואה ועל כן מערכות נסיבות מסוימות לא נתפסו בה. חורים אלו יצרו מצבים שבהם נחבעים היו עלולים ליפול בין הכיסאות, הן מבחינת עצם קבלת הסעד והן מבחינת שיעורו. אולם לא זה היה המקרה שבו דן בית המשפט. בית המשפט הבהיר כי דובר בנתבע שהיה אחד המתיישבים במושב-קפר והתנדב לשמור ביישוב, ובתובע שעבד בתחנת טרקטורים שנמצאה במושב. על כן סביר להניח שהפגיעה בו נכנסה למסגרתו של חוק הגמלאות לנפגעי ספר.<sup>153</sup> אולם, משנדרש בית המשפט להתייחס לחוק זה הוא העדיף שלא לעשות כן. השופט כהן ציין אמנם בפסק הדין כי במסגרת פעולות איבה נכנסות אף פעולות של צבא הגנה לישראל להגנה מפני אויבי ישראל, אולם:

נוכל להשאיר פירושם של אותם המונחים כחיקוקים אחרים לעת מצוא; לגבי המונח 'פעולה מלחמתית' אשר בו עסקינן, אין באותם המונחים

152 בית המשפט השווה באותו מקרה את פעולת השמירה לפעולות אפסנאות או עזרה רפואית, שלא תיתכן מלחמה בלעדית, ובכל זאת אינן בהכרח פעולות מלחמתיות.

153 הגם שהמקרה אירע לפני כניסתו לתוקף של חוק הגמלאות לנפגעי ספר, החוק הוחל באופן רטרואקטיבי. על פי ההגדרות נפגע ספר הוא "מי שמקום מגוריו בספר, או שהוא מועבד או מועסק בספר...".



באחרים השגורים בפי המחוקק כדי להניא אותנו מלפרשו פשוטו  
כמשמעו...".

גם אם בית המשפט חשש ממקרים אחרים שיפלו אל מחוץ להגדרה, ועל כן הנפגע ייפול בין הכסאות (או מאופי הסעדים שבאותה תקופה היה יחסית מצומצם), הרי כפי שראינו הגדרות חוקי התגמולים תוקנו באופן שיטתי ותחולתם הלכה והתרחבה. זאת ועוד: החלת התיקונים נעשתה בצורה רטרואקטיבית כך שהתיקונים הוחלו ברוב המקרים על נפגעים שלא היו זכאים לפיצוי קודם לקבלת החוק.<sup>154</sup> על כן, גם אם בתחילת הדרך ניתן היה להצדיק את התפיסה המצמצמת בפרשנות המונח פעולה מלחמתית, נראה שמאוחר יותר כבר לא היה בה צורך. אולם, עמדה פרשנית מצמצמת זו של בית המשפט העליון קיבלה חיזוק בפסיקה מאוחרת יותר. כך, למשל, נפסק על ידי הנשיא שמגר בע"א 623/83 לוי נ' מדינת ישראל,<sup>155</sup> כי לעניין פרשנותו של סעיף 5 מהתורה של התקופה שבה מבוצעת העולה אינה קובעת, ואף לא די בכך שהפעולה מבוצעת על ידי הצבא. גם בזמן מלחמה יש פעולות רבות של הצבא שאינן גוררות אחריהן פטור מכוח סעיף 5:

רק פעולת מלחמה ממש במובנו הצר והפשוט של מונח זה כגון כנוס  
כוחות לקרב, תקיפה לוחמת, חילופי אש, פיצוצים וכדו', בהם בא לידי  
ביטוי האופי המיוחד של הלחימה על סיכוניה ובעיקר על השלכותיה  
ותוצאותיה, הם אלו אליהם כווננו מילותיו של סעיף 5.<sup>156</sup>

על כן, כך נפסק, נזקים שנגרמים בגין ריכוזי רכב או מתנועת רכב בעורף הרחוק, שאין בהם דבר ללחימה, פרט לכך שתקופת המלחמה והגיוס גרמה להן, אינם נכנסים במסגרת החסינות.<sup>157</sup>  
על פרשנות מצורה זו של בית המשפט נמתחה ביקורת בכמה מאמרים.<sup>158</sup> כך, בהערת פסיקה שנכתבה אגב החלטת בית המשפט בעניין מפעל תחנות הטורקטורים הנ"ל –

154 ינאי, הערה 104 לעיל.

155 פ"ד מ(1) 477.

156 שם, בעמ' 479. שמגר גם הוסיף בעניין זה כי "אין ספק, כי פרשנות זו לסעיף 5 היא פרשנות מצמצמת, אך זו גם היתה, בצדק, הגישה שבאה לידי ביטוי בפסיקה של בית משפט זה מאז ע"א 317/59... והפרשנות האמורה סבירה ואף רצויה כאשר מדובר על חסינות מפני אחריות למעשה שהוא, לפי טבעו ובנסיבות רגילות, בגדר מעשה עוולה". שם, בעמ' 480.

157 פסק דינו זה של הנשיא שמגר התייחס לנזקי רכוש שנגרמו על ידי פלוגת דלק של פיקוד צפון, שפרצה לגן ילדים ושהתה שם כשלושה חודשים וחצי. הנזקים שנגרמו היו לעבודות מתוכננות של פיתוח וסלילה ולחומרים שהובאו לשטח ושנערמו בו לצורך כך.

הובעה הדעה כי יש לפרש את המונח פעולה מלחמתית כפעולה צבאית בתקופת לחימה.<sup>159</sup> בהערת פסיקה נוספת<sup>160</sup> שנכתבה אגב ע"א (ב"ש) 18/74 עטאללה נ' מדינת ישראל,<sup>161</sup> נמתחה ביקורת נוספת על פסיקת בית המשפט ועל ההבחנה שערך בין "פעולת לחימה" לבין "פעולת עזר או פעולת לוואי". זאת, מהטעם שקיימות פעולות רבות שייקשה לסווגן לכאן או לכאן.<sup>162</sup> המבחן שהוצע באותה הערת פסיקה היה כפול:

מבחן סובייקטיבי של 'אופי הפעולה' אשר... צריכה להיות מטבע בריאתה פעולה מלחמתית ואשר מקומה ורישומה לא ניכר אלא תוך כדי לחימה בלבד, ומבחן אובייקטיבי של נסיבות ביצוע הפעולה –

- 158 אם כי יודגש כי ביקורת זו כלל לא הדגישה את הפן של חוקי התגמולים.
- 159 ראו מאיר זור, "פעולה מלחמתית" – מהי? הפרקליט יז 118 (תשכ"א). ד"ר מאיר זור חולק "על הדעה שיש חשיבות לדבר באם אותה פעולה צבאית בדרך כלל מבוצעת בשעת לחימה בלבד, או גם בזמן אחר". לדבריו, "יהיה זה רק הגיוני ונכון לראות בכל פעולה צבאית בתקופת לחימה פעולה מלחמתית", כי חומרתה וחשיבותה של הפעולה בתקופה זו היא הקובעת, ולא העובדה האם פעולה מסוג זה או דומה נעשתה או לא נעשתה במסיבות או בזמנים אחרים, והמקרה הנדון יכול לשמש הדגמה נאותה: שמירה הנעשית בתקופה שאיננה תקופת לחימה, כשהתושבים רגועים, אינה דומה לשמירה בשעת לחימה. הסדרים הנהוגים בזו האחרונה, הוראות המתירות שימוש בנשק ביתר קלות, דריכות ועצבנות בה נמצאים השומרים הם הקובעים שהשמירה בשעת לחימה שונה בטבעה משמירה שלא בשעת לחימה, אם כי זו גם זו 'שמירה' נקראת". כותב המאמר אף הסתייג מהדעה לפיה יש לחלק פעולות צבאיות ל"פעולות לחימה" ול"פעולות עזר או פעולות לוואי". לדעתו, הבחנה כזו קשה לביצוע מנקודת השקפה טכנית-צבאית, ואף נראית כבלתי-אפשרית ליישום מנקודת השקפה משפטית. רוב המקרים יפלו בגדר מקרי הביניים שבהם יתקשה בית המשפט, אם בכלל יוכל, לקבוע לאיזה סוג הם משתייכים. לגישתו, גם אם ירצו להגביל באופן מרחיק לכת את שחרור המדינה מאחריות בנויקין, לא ניתן לתת למושג "פעולה מלחמתית" מובן צר יותר מ"פעולה צבאית בתקופת לחימה".
- 160 יואל ארנון צור, "הגדרת פעולה מלחמתית" לצורך סעיף 5 לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, הפרקליט לא 21 (תשל"ז).
- 161 פ"מ תשל"ה (2) 412.
- 162 הדוגמא המובאת במאמר היא של תחמושת המובלת לקרב, מתפוצצת וגורמת נזק לאזרחים. ניתן לסווג את המקרה לכל אחת משתי הקטגוריות. באותו מאמר אף נמתחה ביקורת על מאמרו של זור (הערה 159 לעיל). הכותב הסביר כי נפקות ההבחנה אינה יכולה להיגזר מההבדל שבין תקופת לחימה לתקופה שאיננה תקופת לחימה, שכן גם בתקופת לחימה תיתכנה פעולות שאינן בעלות אופי של "פעולות לחימה" וגם בתקופות שאינן תקופת לחימה תיתכנה, לדעת הכותב, פעולות שניתן לסווגן כ"פעולות לחימה". ביניהן אימונים באש חיה.

האם הנסיבות שהיו בעת אירוע הנזק מצביעות על אופיה הקרבי של הפעולה או לאו.

לדעת מחבר אותה הערה, יש לפרש את המלים "פעולה מלחמתית" כפעולה קרבית.<sup>163</sup> יישום מבחן זה על עובדות מפעל תחנות הטרקטורים מראה, לדעתו, כי פסיקת בית המשפט העליון באותו מקרה הייתה מוטעית וכי פעולת השמירה צריכה הייתה להיחשב כ"פעולת מלחמה" ולא כפעולת לוואי. הפעולה שהייתה צריכה להיבחן היא הפעלת הנשק ולא השמירה. מבחינה סובייקטיבית, הפעלת נשק היא פעולה קרבית שמטיבה ומטבעה מופעלת בשעת מלחמה, כשנסיבות האירוע היו חשד למסתננים.<sup>164</sup> במקרה נושא הערת הפסיקה<sup>165</sup> פסק בית המשפט המחוזי כי המדינה פטורה מאחריות בנוזיקין שכן מדובר בפעולת מלחמה. הכותב הצדיק פסיקה זו שכן הפעלת נשק תוך כדי מארב עונה הן על המבחן האובייקטיבי והן על המבחן הסובייקטיבי.<sup>166</sup> על החלטה זו של בית המשפט המחוזי הוגש ערעור.

ייתכן שנוכח הביקורת שנמתחה נגדו התיר במקצת בית המשפט העליון את הרסן ביחס לפסיקות קודמות, קיבל את עמדת בית המשפט המחוזי, והכיר בפגיעה כתוצאה

163 במלים אחרות: "אם ארע נזק כתוצאה מפעולה קרבית של צה"ל, קרי: פעולה שמטבע בריאתה היא פעולה מלחמתית ואשר התבצעה כנסיבות המצביעות על אופייה הקרבי של הפעולה, כי אז ניתן לראות בה פעולה מלחמתית אשר תשחרר את המדינה מפיצויי נזיקין לפי סעיף 5...". צור, הערה 160 לעיל, בעמ' 24.

164 נראה כי הביקורת לקחה באותן בעיות שבהן לקו פסקי הדין – ההתמקדות הייתה בהגדרת מבחן להגדרת פעולה מלחמתית, בלי להתייחס לשיקולי המדיניות שצריכים להגדיר את תוכנו של מבחן זה.

165 עובדות המקרה יפורטו להלן, ראו הערה 168.

166 צור יוצא גם נגד דעתו של בית המשפט המחוזי, המובעת בפסק הדין בשני מקומות שונים (עטאללה, הערה 161 לעיל, בעמ' 415, 422-423), לפיה מן הראוי שמדינת ישראל תיקח על עצמה לפצות את התובע, ולו גם לפני משורת הדין. בעניין זה אמר בית המשפט כי "מוטב היה למדינה לשמור ולהגביל את השימוש בהוראה זאת [סעיף 5], על אף שהדבר לא מצויין בלשון החוק, למקרים שכתוצאה מפעולות צה"ל נגרמים נזקים מרובים וחמורים מאוד, שאז ניתן לחשוב שכוונת המחוקק היתה שלא להטיל על המדינה אחריות כה גדולה בנוזיקין ולא להיזקק לכך, כשהמדובר במקרה בודד כמו המקרה הנדון, כאשר הרגשת הצדק מחייבת ולו גם לפני משורת הדין, תשלום פיצויי כפי זה שנעשה בתאונות רגילות". לדעת המחבר אין לגישה בית המשפט אחיזה בחוק וספק אם המחוקק התכוון לה. בין מתן פירוש מצמצם לסייג שהמדינה לא תישא באחריות בשל פעולה מלחמתית של צה"ל, לבין הגבלת השימוש בסעיף 5 למקרים שבהם כתוצאה מפעולות צה"ל נגרמים נזקים מרובים וחמורים מאוד, המרחק גדול. צור, הערה 160 לעיל, בעמ' 27.

מהפעילות, במקרה זה, כפגיעה שנגרמה כתוצאה מפעולה מלחמתית.<sup>167</sup> היה זה בתחילת שנות ה-70, תקופה של פעילות חבלנית מוגברת של ארגוני טרור ברצועה. תפקידן של יחידות משמר הגבול היה לרכא פעילות אלימה זו, והמארב הספציפי נועד להפחית מחבלים. אדם (ערבי) שהלך לתומו לעבודתו כפועל במפעל בלוקים נורה על ידי איש משמר הגבול שהיה מפקד המארב. הירי היה רשלני שכן העובד נורה ללא התרעה מוקדמת ובלא שניסה להימלט, ולמרות זאת קבע בית המשפט כי האירוע נופל בגדרו של המונח "פעולה מלחמתית".<sup>168</sup> בית המשפט הסביר שבניגוד לפסיקה הקודמת, במקרה דנן דובר במארב של כוחות צבאיים שתפקידם היה תפקיד פעיל של פגיעה בעת הצורך באויב שעלול היה להופיע, והתקופה היתה תקופת לחימה מוגברת באויב לשם הדברת פעילותו העוינת והאלימה. בעובדה שהכוח נדרש לתת אזהרה טרם פתיחה באש לא היה כדי לשנות מאופייה המלחמתי של הפעולה.<sup>169</sup>

## 2. פסיקת בתי המשפט המחוזיים ובתי משפט השלום ופרשנות המונח "פעולה מלחמתית" בהקשר לאינתיפאדה

מסת הפסיקה העוקבת לפסקי דין אלו התייחסה לנזקים שנגרמו ברובם אגב פעולות חיילי צבא ההגנה לישראל בשטחים מאמצע שנות ה-80 ועד אמצע שנות ה-90. הדיונים בנושא התקיימו בעיקר במסגרת בתי המשפט המחוזיים. המקרים הטיפוסיים שבאו לדיון בפני בית המשפט המחוזי שונים מהמקרים הטיפוסיים שהובאו בפני בית המשפט העליון עד אותה תקופה (למעט עניין עטאללה), שכן משמעות ההכרה בפעולת הצבא כפעולה מלחמתית במקרים אלו הייתה הענקת חסינות למדינה – שבצידה לא קמה לנפגעים זכות מכוח חוקי התגמולים הישראליים. כאז כן היום לא היו נפגעים אלו זכאים מכוח הגדרות מערכת חוקי התגמולים. על כן, ובהעדר ריבון זר שיפצה את הנפגעים, נותרו אלו ללא פיצוי כלשהו.

בפסקי הדין שיתוארו נראה שקיימת מחלוקת באשר לתחולת חסינות המדינה ולהיקפה. השופטים שדנו במקרים השונים נחלקו בדעתם בכל הקשור להגדרת "פעולה

167 פסק דינו של השופט לנדוי בע"א 542/75 עטאללה נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 552. היה זה בערעור על פסק הדין נושא הערת הפסיקה שפורטה.

168 שם, בעמ' 554-555.

169 הטענה הייתה כי פקודות הקבע שחייבו מתן אזהרה לפני פתיחה באש שלא בשעות העוצר נוגדות את הגרסה שפעולת המארב הייתה פעולה מלחמתית. בית המשפט דחה גישה זו. לדבריו, "לא הוכח שבמקרים מיוחדים אף אנשי מארב התקפי, שיש לו אופי של פעולה מלחמתית, אינם יכולים לקבל פקודה להזהיר תחילה לפני הפתיחה באש, למשל כדי לשכוח את אנשי האויב... הוראה זו שלמרבח הצער לא נשמרה... אינה גורעת מאופיו המלחמתי של המארב". שם.

מלחמתית", והמאפיין את הפסיקה שעסקה בנושא זה הוא התבססות על "תחושות בטן", "שכל ישר" ומבחנים פורמליים במקום על שיקולי המדיניות שעומדים בבסיס החסינות. נראה שמרבית השופטים ביכרו שיקולים טכניים-נסיבתיים, המשתנים ממקרה אחד למשנהו, על פני הכתבת מבחנים כלליים יותר שישקלו את שיקולי המדיניות הרלבנטיים. התוצאה היא כי בפסיקה מיושמים מבחנים שונים מבלי שתובא הנמקה מספקת מדוע עדיף מבחן אחד על משנהו ומבלי להסביר את הרציונל שבבסיס המבחן המוצע. כתוצאה מכך גם רמת חוסר הוודאות היא גבוהה.

אף על פי כן נראה שניתן למצוא בין פסקי הדין שתי מגמות עיקריות: מגמה מצמצמת ומגמה מרחיבה. מכיוון שאין מבחנים ברורים לשאלה מתי תחול החסינות, השאלה כיצד יסווג פסק דין – מרחיב או מצמצם – קשה למענה. אפיון המגמה כמצמצמת או כמרחיבה אינו בהכרח תלוי-שופט, שכן בחלק מהמקרים ניתן לאתר מגמות נוגדות בפסיקות שונות של אותו שופט, שניתנו בתקופות שונות. מגמת פסק הדין יכולה להילמד מתוצאותיו של פסק דין המבוסס על מערכת נסיבות מסוימת ומהשוואתו לתוצאות פסק דין שמערכת העובדות בו דומה.<sup>170</sup>

מבחינה כמותית דומה שרוב בתי המשפט של ערכאות המחוזי והשלום נטו בדרך כלל לכיוון הגישה המצמצמת. במרבית המקרים נפסק על ידם כי יש לראות בפעולות צה"ל בשטחים פעולות שיטור בלבד, ולכן לא עמדה למדינה כל חסינות.<sup>171</sup> בפסקי דין

170 אחת הדרכים להתרשם ממגמות אלו היא באמצעות תיאורם של כמה מקרים, ועל כן אפרט את המערכת העובדתית של כמה מהם בהערות השוליים הבאות.

171 כך, למשל, נקבע על ידי השופט פינקלמן בת"א (ח"י) 1144/94 אל האדי נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון, (לא פורסם, 29.3.1999), כי ילד כבן 11 שחזר מבית הספר ונפגע בעינו מכדור גומי שירו חיילי צה"ל, זכאי לפיצויים. בעשותו כן דחה בית המשפט טענה כי מדובר בפעולה מלחמתית של חיילי צה"ל, וקיבל את הטענה שמדובר בפעולת שיטור. דעה דומה הביע השופט חנוך אריאל בת"א (ח"י) 789/90 חסונה (קטינה) נ' המפקד הצבאי איו"ש (לא פורסם, 26.12.94). באותו מקרה ירו חיילי צה"ל כדורי גומי לעבר קבוצת ילדים, וילדה בת שנתיים ששהתה במקום נפגעה בעינה. גם כאן קבע בית המשפט כי החסינות אינה עומדת למדינה וכי אין מדובר בפעולה מלחמתית. בדומה קבעה השופטת הכת בת"א (י-ם) 470/93 קוואסמה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.8.1995), כי אדם שנפגע מכדור תועה עת צפה בפעילות כוחות צה"ל מחלון ביתו זכאי לפיצוי, וכי המדינה אינה חסינה מכוחו של סעיף 5. הכדור התועה נורה על ידי חייל במטרה לעצור רכב שנכנס בדרך צדדית לרחוב שנחסם לתנועה על ידי הצבא. שוב נקבע כי מעשי הצבא היו בבחינת פעולת שיטור, שאינה פוטרת מחובת זהירות כלפי האזרחים. בית המשפט ציין כי אמנם לא נמצא דופי בשיקולי החייל לפתוח באש, אך הוא התרשל בכך שירה בזווית של 60-70 מעלות ולא בזווית של 90 מעלות. כמו כן, התברר כי החייל לא השתתף בתדריכים שקיבלה פלוגתו באותו יום. גם בת"א (ת"א) 1247/96 רמחי נ' מדינת ישראל

אלו הדגישו בין היתר את הנסיבות "האזרחיות של המקרה"<sup>172</sup>. זאת ועוד: בין פסקי הדין שנטו לכיוון הפרשנות המצמצמת ניתן לאתר גישה צרה ומצמצמת עוד יותר. גישה זו נלמדת באותם פסקי דין מהעובדה שעל אף מיעוטם של האלמנטים ה"אזרחיים" – שלא לומר: היעדרם – נפסק בכל זאת שפעולות הצבא היו בגדר פעולות שיטור.<sup>173</sup> כנגד

(לא פורסם, 2.8.2001) ננקטה גישה דומה. באותו מקרה דנה השופטת אילה פרוקצ'יה בתביעה של תושב מחנה הפליטים ג'ילוזן שנראה כותב סימאוח ושכרוע כלפיו "נוהל מעצר חשוד". משלא ענה, הסתיים הנוהל בירי שפגע ברגלו ובעטיו הוגשה התביעה. גם בפסק דין זה חויבה המדינה כדין, ונדחתה טענה בדבר תחולתו של סעיף 5. ראו גם פסק דינו של השופט עזרא קמא בתיקים ת"א (י-ם) 130/94 כתאנה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2.8.1998); ת"א (י-ם) 118/94 רביעה נ' מדינת ישראל, (לא פורסם, 24.8.1996); ות"א (י-ם) 170/94 אבו לחיה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 21.10.1997). כמו כן ראו פסק דינה של השופטת יהודית צור בת"א (י-ם) 371/94 ריאחי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 24.9.1996); פסק דינו של השופט צבן בת"א (י-ם) 1608/98 סאמר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 27.2.2000).

172 דוגמא לכך יכול לשמש פסק הדין בעניין דאוד, הערה 171 לעיל, בו אמרה השופטת פרוקצ'יה את הדברים הבאים (בפסקה 7 לפסק הדין): "עשויה להתעורר שאלה מהן הנסיבות שבהן עימות בין כוחות הצבא לאוכלוסייה המקומית או לארגוני טרור בשטחים עשוי לחרוג מגדר פעולה משטרתית ולהפוך לפעולה שניתן להגדירה מלחמתית באופן שמוקנית למדינה הגנה מפני אחריות בנויקין. הדבר תלוי באופי הפעילות, בהיקפה ובטיבה, והמבחן המכריע לכך הוא האם, בנסיבות הענין, מוצדק להקנות חסינות למדינה מפני תביעה אזרחית של נפגעים מפעילות כוחותיה בהתייחס למכלול השיקולים והאינטרסים הפועלים בענין. מכל מקום, ענייננו כאן בודאי אינו נכנס לגדר פעולה מלחמתית, אשר מוצדק בגינו לפטור את המדינה מאחריות. המדובר בארוע נקודתי אשר עיקרו תגובה מקומית של כח צה"ל לפעולת איבה של שלושה בחורים רעולי פנים, אשר התבטאה בציוור ססמאות על קירות בנין. אופי זה שולל מהארוע את טיבו כארוע מלחמתי. לאור זאת, טענה זו של המדינה נדחית".

173 דוגמא לפסיקה כזו יש בדברי השופטת דנון בת"א (שלום חי) 104/94 מחמוד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.2.1997). באותו מקרה דובר בשישה חיילים שקיבלו ממפקדם הוראה לצאת למארב לעצירת מבוקשים חמושים. בית המשפט ציין בתחילת פסק הדין כי באותה תקופה היה אוור ג'יני, שבו בוצע המארב, מלא בחוליות רבות של אנשים שהתעסקו בפעילות חבלנית עוינת – ביצעו ותכננו פיגועים. עוד ציינה השופטת כי דווח על עשרות רבות של פעילים שהסתובבו בשטח והושקעו מאמצים רבים כדי לתפוס אותם. היה זה גם מקום אימוץ של מבוקשים מתנועת החמאס, שהתאמנו בו בירי. במקרה נושא הדיון זיהתה החוליה שבמארב כמה דמויות. משצעק אחד מאנשי המארב לדמויות לעצור, הניפה אחת הדמויות את ידה כשבתוכה "משהו ארוך" בתנועת הנחתה עליו, ולכן ירה בה. כהטילו אחריות על המדינה קבע בית המשפט כי החייל התרשל ואף תקף את הנפגע, שכן הוא לא היה נתון בסכנת חיים "אמיתית". לגרסת בית המשפט, האירוע אינו יכול

להיחשב לפעולה מלחמתית שכן מדובר במארב להפיסת חשודים באזור עוין, שלא קדמה לו שום פעולה צבאית, התפרעות או פעולה כלשהי. בכך אימצה השופטת דגון פסיקה מחוזית קודמת (ע"א 32/93 טבנג'ה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 10.1.94)). באותו מקרה רדפו חיילים אחרי רעולי פנים שיידו בהם אבנים בכדי לעוצרם, ומהירי נפגע אחד מבעלי החנויות באזור שיצא לסגור את חנותו. גם שם קבע בית המשפט כי מדובר בפעולה משטרתית, תוך שציין כי אינו מתעלם מהנסיבות הידועות לכל שבהן פועלים כוחות הביטחון באזור השומרון. לדבריו, כוחות הביטחון אמנם "מבצעים המטלות נוכח אוכלוסיה עוינת, כאשר סכנה מתמדת אורבת לכל הבאים במגע עם תושבי האזור. עם זאת, אינני יכול לקבוע כי כל ניסיון של אנשי כוחות הביטחון לעצור חשודים באזור הוא בגדר פעולה מלחמתית". גישה דומה אומצה בת"א (י-ם) 317/93 אבו ג'יבר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 30.11.1995). טענת התובע במקרה זה הייתה כי הוא נפגע כתוצאה מכדור שנורה ע"י חיילי צה"ל, תוך הפרה של הוראות הפתיחה באש בעת מרדף אחר מידיי אבנים, למרות שבזמן האירוע הוא רעה לתומו בקרבת מקום את עדר הכבשים של משפחתו, ולא היה בין מידיי האבנים. הכוח, לדברי בית המשפט, יצא לפעילות יוזמה בכפרים שכגורת ג'נין, כשמטרת הפעילות היתה "נקיונות" (כגון מחיקת סיסמאות והורדת דגלים), הפגנת נוכחות ובריכת אנשים. כמו כן, מצוין בפסק הדין כי מדובר בכפרים עוינים, הנחשבים בעייתיים משום בידודם היחסי, וכן משום שבעבר נתפסו בהם מבוקשים חמושים ואמל"ח ונפגעו בהם חיילי צה"ל. משהגיע הכוח לכפר ג'רקמוס, מקום מגוריו של התובע, נתקל הכוח במארב מתוכנן, במהלכו יודו לעברו אבנים, בקבוקים ומטילי ברזל מחודדים. מפקד הכוח, שחש שחייליו מצויים בסכנת חיים, הורה להם לרדת מכלי הרכב. הוא וארבעה מחייליו החלו במרדף אחר 15-20 מידיי אבנים שהחלו לברוח לכיוון הגבעות הסמוכות. במהלך המרדף, תוך כדי המשך ידוי האבנים לעבר הכוח, הורה המפקד לאחד החיילים לבצע נוהל מעצר חשוד נגד אחד הבורחים שנראה כמנהיג החבורה. מיד לאחר מכן חשש המפקד שהאירוע עלול להתפתח בצורה מסוכנת, עקב יתרון טופוגרפי ויתרון מספרי שהיה למידיי האבנים הבורחים על פני חיילי הכוח, והורה להפסיק את המרדף ולחזור לכלי הרכב. בית המשפט קבע כי החיילים שביצעו את נוהל מעצר החשוד בזמן המרדף לא הבחינו בתובע בגלל תנאי השטח, ואחד הכדורים שנורו – בין אם היה זה כדור שנורה באוויר ובין אם כדור שנורה לכיוון מנהיג מידיי האבנים – עבר את החבורה הנמלטת ופגע בתובע שנמצא במקום כלשהו מאחוריהם. לדעת בית המשפט, התרשל מפקד הכוח בכך שסטה מההוראות המדויקות של נוהל מעצר חשוד, בין היתר משום שלא ביצע הנוהל כעצמו אלא הורה לחייל הזוטר לבצעו. בית המשפט הוסיף כי בעת המרדף לא יכלו עוד מידיי האבנים לסכן את החיילים סכנה "מוחשית ומיידית", ועל כן לא היה מקום להורות על ביצוע נוהל מעצר חשוד לעבר הנמלט. המפקד, שחייליו לא היו מצוידים "בנשק אינתיפאדה", היה צריך, על פי ההוראות, להסתפק בהרחקת הסכנה ולא לנסות ולעצור את הנמלטים באש חיה. באשר לטענת החסינות שהעלתה המדינה אמרה השופטת שידלובסקי-אור: "אחד המאפיינים החשובים של "פעולה מלחמתית" הינו... חריגותה – היותה בגדר מצב יוצא דופן. למצב חריג זה, שבו אנשים פועלים תחת לחץ כבד, לעולם לא ניתן להערך באופן מושלם, ולא ניתן לצפות את כל

המגמה המצמצמת עמדה המגמה המרחיבה. במסגרת מגמה זו ניתן למצוא כמה פסקי דין, מעטים יותר, שהכירו בחסינות החיילים והמדינה.<sup>174</sup> באופן כללי ניתן לומר שבתי

קשת הארועים שעלולים להתפתח בעקבותיו ואת התגובות להם מנקודת ראותו של המשפט, זוהי הצדקה להעניק חסינות אף במקרים שהוכחה בהם התרשלות (שהרי אם לא הוכחה התרשלות ממילא אין נזקקים לחסינות). אולם, למרות זאת, הגיעה השופטת שידלובסקי-אור למסקנה שהאירוע אינו עונה לקריטריון החריגות, שכן "המלחמה במידי האבנים הנפכה, לצערנו, בעת הארוע, לשגרת יום עבור הכוחות ששרתו בשטחים ובמיוחד עבור כוחות משמר הגבול, שזהו רוב עיסוקם".

174

אחד מפסקי הדין הללו ניתן על ידי השופט ריבלין בת"א (ב"ש) 636/87 אבו שמיסה נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון (לא פורסם, 7.1.1994). היה זה בשנת 1985, עת נרצח יהודי באזור הקסבה בחברון ועל העיר הוטל עוצר. קיומו של העוצר נאכף על ידי חיילי צה"ל. קבוצת חיילים שהייתה בין האוכפים זיהתה שני אנשים מסתובבים. הם קראו להם לעצור אך האחרונים פתחו במנוסה. התפתח מרדף שבו הוזהרו הנסים כי אם לא יעצרו תיפתח עליהם אש. בוצע נוהל פתיחה באש, שבו נורו שתי יריות באוויר תוך צעקות נוספות לבורחים לעצור. משלא עצרו נורו לעברם 4 יריות בורדות. התובע, אחד הבורחים, נפצע באורח קל בעכוזו ובמפרק יד ימין. הוא טען שלא ידע על העוצר ולא שמע את קריאות החיילים. בית המשפט, ביישמו את המבחנים שנקבעו בפסיקה ותוך התייחסות לביקורות שנמתחו על פסיקה זו, הגיע למסקנה כי על פי כל המבחנים תיחשב פעילותם של החיילים – דהיינו: הצבת מארב לצורך מעצר החשודים בפעילות התבלנית שהתבצעה באותו יום – בגדר פעולה מלחמתית שאין המדינה נושאת בגינה באחריות נזיקית. לתוצאה דומה הגיעה השופטת שחף בת"א (שלום ב"ש) 7743/91 חמדאן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 18.6.1995). באותו מקרה התובע טען כי נפגע מכדור שנורה על ידי כוחות צה"ל, בזמן שחזר הביתה מעבודתו בתחנת דלק ברפיח. בית המשפט הדגיש כי דובר ב"יום מיוחד", שכן בבוקר נרצחו שבעה ערבים על ידי עמי פופר בצומת ראשון לציון. אשר על כן העיר רפיח תססה והמוני אנשים יצאו לרחובות כשהם מתפרעים בצורה קשה. בית המשפט ציטט מדברי אחד העדים, כי "אלפי אנשים החלו לרוץ לעבר הכח במגמת הסתערות בידיהם ברזלים, גרזנים, אבנים". לדברי העד, גם כוחות הצבא ביצעו ירי של "גומי ותחמושת", אם כי לא לעבר המתפרעים, וזאת כדי לעצור אותם, אך "שום דבר לא עזר, המקומיים היו באקסטזה". בית המשפט, בהבחינו בין המקרה נושא הדיון – שבו הפכה העיר פניה וכוחות צה"ל נמצאו מותקפים על ידי המוני בני אדם משתוללים הזורקים מכל הבא לידיהם (אבנים, מיטות ומכוונות כביסה) – לבין מקרים קודמים, קיבל את הטענה שמדובר בפעולה מלחמתית שבגינה אין המדינה נושאת באחריות נזיקית. לבסוף, פסק דין נוסף שקובע כי המדינה חסינה הוא ת"א (י-ם) 0209/93 התהת נ' מדינת ישראל, (לא פורסם, 1.7.97). מעניין, כי פסק הדין ניתן על ידי השופטת שידלובסקי-אור, שפסקה גם בפרשת אבו ג'אבר, הערה 173 לעיל, כי חסינות המדינה אינה עומדת. במקרה זה נורה בבתנו התובע, שחזר לביתו מתפילת ערב שנערכה במסגד. היה זה בעקבות פעולה שגרתית של מסתערבים ממג"ב שנועדה ללכוד רעולי פנים ומבוקשים שהוגדרו כגרעין הקשה של האינתיפאדה. הפעולה "הסתבכה": לאחר שהמסתערבים חשפו את



המשפט הבחינו בין מקרים אלו למקרים אחרים, שבהם נפסק שעסקינן בפעולות שיטור, בכך שהכוח הפועל היה נתון בסיכון גדול יותר מהסיכונים השגרתיים. מגמות סותרות אלו של בתי המשפט המחוזיים הביאו לבסוף את ההכרעה בנושא לפתחו של בית המשפט העליון בעניין עודה.

### 3. עניין עודה

התביעה שהוגשה לבית המשפט המחוזי בעניין עודה<sup>175</sup> היא איחוד של שתי תביעות נזיקיות שהוגשו בעקבות פעולה שהסתיימה בירי של חיילי צה"ל באזור. אחד הנפגעים, ג'מאל, נפצע ברגלו והאחר, סעוד, נהרג. ג'מאל ועובדו של סעוד הגישו תביעה נגד המדינה.<sup>176</sup>

זהותם ותפסו רעול פנים הבינו המקומיים את שהתרחש והחלו ביודי אבנים וברזלים לעבר הכוח. כוח החילוץ של המסתערבים, שהיה מורכב מארבעה או מחמישה ג'יפים ואמור היה על פי הנהלים לפנות אותם, חבר לכוח המסתערבים ויחד התארגנו ליציאה. במהלך הפינוי נכנס כלי הרכב שהוביל את המסתערבים למגרש חולי והחל להתחפר. הג'יפים סבבו סביבו כדי למנוע פגיעה בו, ואחד מהם ניסה לחלצו. התוקפים, שהבינו שלא צפויה להם סכנה, החלו להתקרב לכלי הרכב בצורה מסוכנת כשהם מנסים לחדור אליהם. באותה עת התקבלו במפקדה דיווחים כי נפצעו כמה אנשי מג"ב וכי מלאי האמצעים לפיזור ההמון אזל. מהמפקדה נתקבלה פקודה לנטוש את הרכב שהתחפר, כמו גם הוראות שכל מפקד כוח רשאי לבצע נוהל פתיחה באש חיה. בשלב זה הגיע כוח תגבורת של צה"ל והחילוץ התאפשר. בית המשפט הניח שהתובע נפגע כתוצאה מירי שהיה חלק מפעולת החילוץ. אחת מטענות ההגנה של המדינה הייתה כי דובר ב"פעולה מלחמתית". הטענה נתקבלה. בית המשפט ציין כי אכן נקבע בעבר שניסיון לעצור מבוקשים אינו עולה כשלעצמו לכלל פעולה מלחמתית וכי יש לראות בו פעולה משטרתית, אולם פסיקה זו יש לקרוא על רקע הנסיבות הספציפיות של כל מקרה. במקרה הנוכחי המעצר היה רק "פתיחה להשתלשלות עניינים קיצונית בהרבה שבמהלכה אנשי מג"ב היו נתונים בסכנת חיים ממשית". לדברי בית המשפט, הגנת הפעילות המלחמתית צריכה להיבחן בשלב שבו צמחה עילת התביעה. במקרה זה היה זה אגב פעולת החילוץ שהגיעה לדרגה של פעילות מלחמתית. הצורך בחילוץ מסיבי הקשה עד מאוד לקבל את הפעולה כולה כפעולת שיטור סמויה. לסיום הוסיף בית המשפט כי העובדה שדובר בהמון אורחי ולא בחיילים במדים אינה מונעת את החלת ההגנה, מכיוון שההמון הזועם הכניס את שוטרי הכוח למצב מגננה דמוי מלחמה, וההיגיון שבבסיס החסינות תופס גם לגבי פעולת המון אורחי המכצע פעולות אלימות.

175 ת"א (נצ') 273/89 עודה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 30.10.92). פסק הדין ניתן על ידי השופט גדעון גינת.

176 התביעה הוגשה בעוולות של רשלנות, הפרת חובה חקוקה ותקיפה. בית המשפט דן אך ורק בשאלת הרשלנות.

בפסק דינו ציין בית המשפט המחוזי בנצרת את עובדות המקרה: האירוע התרחש בכפר טמון בתקופת שיא האינתיפאדה בשטחים; מאז האינתיפאדה סגרו התושבים בכפר כבישים וזרקו אבנים על הצבא ועל תושבים יהודיים; ביום 18.08.88 הגיע למסגרייה שבטמון כוח של צה"ל. חלקו של הכוח היה לבוש מדים וחלקו היה בלבוש אזרחי. הכוח הגיע למקום כשבידיו הוראות לעצור שני מבוקשים ולבצע נוהל עצירת חשוד ביחס לכל אדם שהוא "כגיל 'שבאב' ושיברח מן המבנה". החיילים הבינו שכל הנמצאים במבנה הם בחזקת מבוקשים חשודים, וכי יש לבצע ביחס אליהם נוהל מעצר חשוד. משהבחינו הנוכחים במסגרייה בכוח, החלו לברוח. מתוך שבעה הצליחו שלושה לברוח. חיילי צה"ל דלקו אחר הבורחים, ירו לעברם ופגעו בשניים מהם. מיד בעקבות הירי התגורדו עשרות מתושבי הכפר טמון סביב כוח צה"ל האמור, זרקו לעברו אבנים, שפכו שמן על הכביש והבעירו צמיגים. רק אחרי שהגיעה תגבורת – כוח חילוץ בסדר גודל של 30 "כלים" בפיקוד מפקד הגיזרה ובסיוע מסוק שהיה באוויר – חולץ הכוח מהמקום.

בית המשפט המחוזי קבע כי בשים לב לזמן הקצר שחלף מרגע הגעת החיילים ועד לתחילת הרדיפה אחרי הנמלטים, הרי אין ספק כי לא היתה אפשרות לזיהוי של מי מהבורחים. כמו כן ציין בית המשפט כי "רק שניות חלפו בין קריאות החיילים לעבר הנמלטים, יריית האזהרה באוויר והירי לכונן הרגלים", ועל כן פסק כי הכוח התרשל.<sup>177</sup>

177 בבוחנו את מעשי החיילים נדרש גם בית המשפט לשאלה האם פעלו בהתאם לנוהל מעצר חשוד. זאת, משום שהמדינה טענה, בין היתר, כי החיילים פעלו בהתאם להוראות הפתיחה באש ועל כן לא התרשלו. בית המשפט ציין כי נוהל המעצר כולל הגדרה של "חשוד" שרק לגביו ניתן לפעול בהתאם לאמור בנוהל. הנוהל אף דורש קיומו של חשד מבוסס על עובדות, וכן כי קיים לגבי החשוד יסוד סביר לחשד שביצע או ניסה לבצע פיגוע חבלני או פשע חמור אחר. במלים אחרות: ניתן לפתוח באש לצורך מעצר בתנאי שמדובר במעצר של מי שמקיים את הגדרת החשוד. עקב כך עלתה השאלה מה היה היסוד העובדתי להגדרתם של השניים כמבוקשים. המדינה העידה בעניין זה איש שב"כ שסיפר כי השניים שנפגעו השתתפו בביצוע פיגועים באמצעות בקבוקי תבערה, עסקו באיסוף פצצות ואמל"ח בשטחי אש של צה"ל, ואף היה חשד שהם חלק מקבוצה שברשותה רובה M16 שבאמצעותו תנסה הקבוצה לבצע פיגוע. בית המשפט לא דחה את דברי העד מפורשות, אך התרעם על כך שלא הוצג בפניו כל תיעוד בכתב שיש בו כדי לבסס את דבריו של העד ביחס לתובעים, ועל כך שלא קיבל הסבר להעדרו של תיעוד שכזה. בעניין זה נאמרו על ידו הדברים הבאים: "אין לי ספק שכאשר פועלים כוחות צה"ל לבקשת שירות הביטחון הכללי, הרי נעשה הדבר על סמך מידע בכתב הנמצא בשב"כ. קרוב לוודאי שבמשך השנים הצטבר מידע לגבי מאות אם לא אלפי מבוקשים או חשודים. מידע בע"פ המתקבל ממקורות שונים נאגר בכתב. אינני דן בשאלה אם ראוי היה קודם לתחילת פעולה יזומה של צה"ל לפי בקשה של השב"כ, שהמידע לגבי המבוקשים יועבר כולו או

מעצם קיומן של הוראות הפתיחה באש שניתנו לחיילי צה"ל הסיק בית המשפט צפייה (כעניין פיזי) של נזק העלול להיגרם במקרה של פתיחה באש שלא בהתאם לאותן הוראות. בעניין זה הוא גרס כי אינו רואה הבדל בין הפעלת סמכויות הריבון בשטחים המוחזקים על ידי צה"ל ואכיפת אותן סמכויות על ידי כוחות הביטחון, לבין הפעלה ואכיפה של אותן סמכויות בתוך תחומי הקו הירוק. אלו גם אלו חבים חובת זהירות. בכך השווה בית המשפט בין החיילים לבין אנשי משטרה האוכפים את החוק ומבקשים לעצור חשוד בפשע פלילי הנמלט מפניהם.

בית המשפט רחה את טענת המדינה שלפיה הכרה בנסיבות כגון אלו בקיומה של חובת הזהירות המושגית היא בעייתית, בשל החשש שריבוי תביעות בנוזיקין יביא להימנעות מפעולה מצד חיילי צה"ל הפועלים בשטחים. לדבריו, חיילים הפועלים בניגוד להוראות הפתיחה באש, או שלא בהתאם לקבוע בנוהל, צפויים להליכים פליליים ומשמעתיים וכי אם הכירה הפסיקה באפשרות העמדה לדין פלילי במקרים מעין אלה, הרי שממילא יש להסיק קיום חובת זהירות מושגית וקונקרטית כאחת, בכל הקשור לעולות הרשלנות. נפסק, כי:

מי שמפעיל את נשקו שלא בהתאם להוראות הפתיחה באש או שלא בהתאם לנוהל מעצר חשוד הרלוונטיים לגביו יכול לצפות התרחשותו של נזק כתוצאה מכך.<sup>178</sup>

חלקו לירידת מפקדי כוח צה"ל האמור לפעול. השאלה בפני היא האם הוכח שסעוד וג'מאל מקיימים אחר האלמנטים של הגדרת 'חשוד' בנוהל עליו סומך בא כח המלומד של הנתבעת בטענותיו. בשלב זה, של דיון בדיעבד, מן הראוי כי יוצג בפני בית-המשפט התייעוד הכתוב שהיה בידי מי שהחליט שיש לפעול במטרה להביא למעצרו...אם נמנעת המדינה מהגשת התייעוד הכתוב לבית המשפט, הרי המסקנה היחידה הנלמדת מכך היא שאין בחומר זה כדי לבסס הנטען בעל-פה כנגד התובעים". שם, בפסקה 15. בית המשפט ייחס משמעות גם לכך שלא נעשתה פעולת חקירה לגבי החשודים. בעניין זה הוסיף: "אינני מוכן לסמוך על הדברים הכלליים שאמר לי בע"פ איש שרות הביטחון הכללי. אינני אומר שהעד לא דייק בדבריו, אך לא ייתכן שהחומר הרלוונטי לא יונח בפני בית המשפט כדי שניתן יהיה לבדוק את דברי העד, לברר את טיב המידע שהיה בידי שירות הביטחון הכללי לפני שהופעלו כוחות צה"ל". שם, בפסקה 18.

כאשר לטענת המדינה כי גם לגופו של עניין לא הייתה התרשלות שכן נוהל המעצר בוצע ככתבו וכלשונו ובאופן סביר, קבע בית המשפט: "לא נראה לי כי ניתן להפריד, באופן מלאכותי, בין מבצעי המעצר (החיילים) לבין מי שסיפק להם המידע (השב"כ). השאלה... היא האם כוחות הביטחון בכללותם, ספקי המידע והמבצעים, סטו מרמת ההתנהגות של איש ביטחון סביר". שם, בפסקה 27. ברמה זו, לדבריו, לא עמדו כוחות הביטחון שכן לא המציאו לבית המשפט את המידע שהיה ברשותם בסמוך לפעולה. על כן, קבע השופט,

בית המשפט התייחס גם לטענה שהעלתה המדינה שלפיה מדובר במקרה זה בפעולה מלחמתית. הוא דחה טענה זו בציינו כי לגישתו יש לאפיין את הפעולה כפעולה מעין-משטרית. על כך הוא אומר:

אינני מתעלם, כמובן, מהנסיבות, הידועות לכל, בהם פועלים כוחות הביטחון באזור השומרון. הם מבצעים המטלות נוכח אוכלוסייה עוינת, כאשר סכנה מתמדת אורבת לכל הבאים במגע עם תושבי האזור. עם זאת, אינני יכול לקבוע, כי כל ניסיון של אנשי כוחות הביטחון לעצור חשודים באזור הוא בגדר פעולה מלחמתית.

עוד ציין השופט שמסגרת הזמן הרלבנטית לדיון היא זו שקדמה לירי ולא זו שבאה לאחוריו.<sup>179</sup> על כך הוגש ערעור לבית המשפט העליון.

בהחלטה תקדימית, שניתנה בהרכב מורחב של תשעה שופטים, אישר בית המשפט העליון את פסיקת בית המשפט המחוזי בקובעו כי מדינת ישראל חבה בניזקין בשל פגיעה שנגרמה לתושבי השטחים בעת פעולה מבצעית של חיילי צה"ל, וכי באותו מקרה לא נכנסה הפעולה בגדר ההגדרה של "פעולה מלחמתית".

בפסק דינו ציין בית המשפט העליון כי במהלך המשפט לא הוכח שהבורחים היו חשודים וכי הירי בוצע זמן קצר לאחר הגעת החיילים למקום ולא על פי נוהל עצירת

אין מנוס מהקביעה כי ההתרשלות הוכחה. בית המשפט מוסיף כי גם אם היו שני הנפגעים בגדר חשודים, הייתה התרשלות במעשיהם של החיילים שכן בהתחשב בזמן שעבר מרגע הירידה מן הרכב ועד לירי – שניות מועטות – לא ניתן היה לזהות אם הנמלטים היו בין המבוקשים. גם הקריאה לעבר החשודים לא תאמה את הנוהל, ואף לא נעשה ניסיון של ממש לרדוף אחר הנמלטים לשטח הפתוח. היורים גם לא המתינו בין כל אחד משלבי הנוהל. בית המשפט ציין כי ידועים לו התנאים הקשים שבהם פועלים החיילים באזור, כולל הצורך לפעול במהירות ולהגיע להחלטה על סמך מידע שאינו שלם, אך הוא לא רואה בהם משום הצדקה לסטייה מהותית מנוהל המעצר.

179 לבסוף התייחס בית המשפט גם לבעיה "טכנית" שהתעוררה בתביעה. היורים וספק המידע בדבר המבוקשים (איש כוחות הביטחון) לא צורפו לתביעה כנתבעים והמדינה בלבד היא זו שעמדה לדיון. הדבר לא הפריע לבית המשפט, שציין: "אינני רואה לנכון להכשיל התובענות בשל העובדה שהיורים וספק המידע, לא צורפו כנתבעים. נסח זהיר של כתב התביעה היה עושה כן. בשלב הדיון הנוכחי, כאשר המסכת העובדתית ברורה למדי, נראה לי כי מן הראוי לראות הן את היורים בפועל... והן את מי שהעביר להם המידע שבהסתמך עליו פעלו... כאילו היו נתבעים בתובענות הנדונות, ובהתאם לכך לפסוק" שם. מדברים אלו ניתן ללמוד כי המדינה במקרה זה חויבה מכוח אחריותה השילוחית. את הגנת הצידוק שהעלתה המדינה דחה בית המשפט משום שהיא פועלת במישור הפלילי אך לא במישור הנויקי.

חשוד. כמו כן, הוא ציין כי בעת הפעולה לא נשקפה לכוח כל סכנה.<sup>180</sup> בית המשפט העליון הסכים עם בית המשפט המחוזי שהמקרה היווה פעולה משטרתית של עצירת חשוד שבוצעה בצורה רשלנית ובניגוד לנהלים, ופסק:

"הירי בוצע אך לשם תפישת חשודים ולא לשם לחימה בהם. הסיכון שהירי יצר, בנסיבות העניין, הוא סיכון רגיל שדיני הנוזיקין הרגילים מטפלים בו כראוי" אולם, בו בזמן דחה בית המשפט גם את טענת הנפגעים כי פעולות הצבא כולן באותה תקופה היו פעולות שיטור. בהקשר זה אמר הנשיא ברק כי לו הכוח הפועל היה נתון בסכנה, כפי שאף אירע לאחר הירי ובעקבותיו, מסקנתו היתה משתנה. לדבריו "במצב דברים זה, הפעולה היתה משנה את אפיה, ומפעולת שיטור 'רגילה' היתה הופכת – ולעיתים מעבר זה הוא חד וחריף – לפעולת לחימה".

הנשיא ברק אף הוסיף ואמר כי :

אכן, דיני הנוזיקין עוסקים בסיכונים 'רגילים' שעניינם מעצרים של חשודים. דיני הנוזיקין אינם צריכים לעסוק באירוע מבצעי, בו כוח צבאי נתון לסכנה, והוא מפעיל את כוח האש שבידו כדי להגן על עצמו או על הבטחון באזור. קו הגבול בין שני המצבים הוא לעיתים דק, אך אל לנו להתעלם ממנו.

180 בעוד שהמדינה חזרה בערעור על טענותיה כי פעולתם של החיילים במקרה נושא הערעור נכנסת בגדרה של "פעולה מלחמתית", ועל כן לא ניתן להגיש נגדה תביעה בנוזיקין, טענו התובעים כי אין לראות את טיפולם של כוחות הביטחון לדיכוי של ההתקוממות העממית דאז כפעולות מלחמתיות. לטענתם, יש לראות בהן פעולות שיטור בלבד ואלה אינן מזכות את המדינה בחסינות. לדבריהם, פעולות הצבא באותה תקופה היו פעולות שגרתיות שנמשכו תקופה ממושכת וכוונתן ברובה לפיזור מתקהלים וטיפול בהפרות הסדר הציבורי. גישתם מקבלת חיזוק, לטענתם, משיטת הפעולה של חיילי צה"ל בשטחים ומגיבושם של נהלי פתיחה באש מיוחדים. לעומת אלו, ועל דרך של הנגדה, "פעולה מלחמתית" היא רק פעולת מלחמה של ממש, שכן עסקינן בחסינות המדינה שיש לפרשה בצמצום. כנגד טענות התובעים טענה המדינה כי בסיכון שהיה באותה שעה לתושבי האזור ולחיילי צה"ל היו סממנים מרכזיים של מלחמה, שמידת עוצמתה משתנה מאירוע לאירוע, וכי מהומות בהיקף כזה, במטרה כזו, ותוך שימוש באמצעים כאלו אינן עניין לטיפול משטרת, ולרוב האיום מהם והטיפול בהם הם בגדר "פעולה מלחמתית"; ההחלטה אם פעולה מסוימת היא מלחמתית נבחנת על פי נסיבותיו של כל מקרה ועל רקע מיקום הפעולה (אוכלוסייה עוינת, שדה קרב), היקף הכוח הנגדי וטיבו (כוח מסוים, היקפו, הציוד והנשק שברשותו, הסכנה הנשקפת ממנו), ומידת הארגון של הכוח הנגדי ומטרותיו. לגישת המדינה, נסיבות המקרה הספציפי הובילו למסקנה כי פעולתם של החיילים לא היוותה פעולה משטרתית גרידא כי אם פעולה מלחמתית, וככזו היא מזכה את המדינה בחסינות מכוח החוק.

לגישתו, בחינת מכלול הנסיבות מעידה כי אין מדובר במקרה זה בפעולה מלחמתית. בית המשפט ציין כי פרשנותו זו מוגבלת לנסיבות המקרה שבהן הצבא ביצע פעולות בתקופת האינתיפאדה באזור הנתון לשליטתו מכוח תפיסה לוחמתית. כמו כן, הודגש כי פסק הדין מוגבל למצבים שבהם ההפרעות לסדר הציבורי נעשו במסגרת אותה התקוממות עממית, והתגובה של זרועות הצבא נעשתה אף היא באותה מסגרת. כאמור, לגישה זו שותפים יתר שמונת השופטים שישבו בהרכב.<sup>181</sup>

גישת בית המשפט והזמן שחלף מיום מתן פסק הדין בבית המשפט המחוזי ועד להכרעה בעליון (כעשר שנים) מעידים כי בית המשפט העליון בחר להתחמק מהכרעה אמיתית בפרשה. כך עולה גם מהעובדה שבמהלך הדיונים בבית המשפט הועלתה אפשרות שהנושא כולו יוסדר באמצעות חקיקה ספציפית בכנסת.<sup>182</sup> תכליתה של חקיקה זו הייתה להציע פתרונות להסדר כולל של בעיית הנפגעים, אולם הזמן נקף והצעת החוק לא התקבלה. בפסק דינו ציין בית המשפט מפורשות כי הדרך הראויה והמועדפת לפתור את בעיית הפיצוי בגין הנזקים שגורמת פעולת מלחמה היא יצירת הסדר מיוחד שיוכל להשקיף על התמונה הכוללת ולפזר את הסיכון בהתחשב באופייה המיוחד של הפעילות. בצינו כי הסדר זה צריך להיות מחוץ לגדרם של דיני הנזיקין "הרגילים" עמד בית המשפט על הקושי שבהסדרת פיצויים במקרים כאלו באמצעות דיני הנזיקין. אמר בעניין זה הנשיא ברק:

פעולות מלחמתיות יוצרות סיכונים מיוחדים אשר הטיפול בהם צריך להיות מחוץ לגדריה של האחריות הנזיקית הרגילה. הסיכון הוא מיוחד מבחינת יוצר הסיכון (איש צבא המבצע פעולה מלחמתית, המתכנן אותה והמדינה השולחת אותו למשימותיו); הסיכון הוא מיוחד מבחינת הנזוק (בין אם הוא "אוהב" ובין אם הוא "אויב") והסיכון הוא מיוחד מבחינת היקף הנזק...פעולות מלחמתיות יוצרות, מעצם טיבן וטבען סיכונים, אשר מערכת הדינים, השגרתית, לא נועדה להתמודד עמם.

הנשיא ברק הסביר כי הקושי נובע מעצם מהותם של דיני הנזיקין. אלה עוסקים בחלוקת סיכונים בגין פעולות מזיקות בחיי היומיום של אדם במדינתו, ואין הם מתאימים כאשר הסיכון חריג ויוצא דופן. עוד הוסיף, כי המטרות המונחות ביסוד דיני

181 זאת למרות העובדה שלפחות אחד מהשופטים – השופט ריבלין – פסק באופן הפוך בתיק דומה עת כיהן כשופט בבית המשפט המחוזי; ראו פרשת אבו שמיסה, הערה 174 לעיל.

182 בפסק הדין אף הפנה בית המשפט להצעת החוק שהוצעה בעניין: הצעת חוק לטיפול בתביעות של פעולות כוחות הבטחון ביהודה והשומרון וחבל עזה התשנ"ז-1997, ה"ח 2645, עמ' 497, (להלן: הצעת החוק לטיפול בתביעות של כוחות הביטחון ביהודה, השומרון וחבל עזה).

הנזיקין הרגילים אינן חלות כשהנזק נובע מפעולה מלחמתית שהמדינה מנהלת כנגד אויביה.

#### 4. הבעיות המתעוררות אגב הכרעת בית המשפט העליון בעניין עודה

התחושה המלווה את הקורא בפסק הדין של בית המשפט העליון היא של עמימות. ההבחנה בין פעולה מלחמתית לבין פעולה שאינה כזו אינה ברורה דיה, ובית המשפט עצמו ציין כי קו הגבול בין שני המצבים הוא דק, אך אל לו להתעלם ממנו. הבעיה היא שהמקרים שהגיעו לדיון – ומקרים רבים נוספים שהתעוררו במהלך האינתיפאדה – דווקא הם בדיוק אותם מקרים גבוליים, מה גם שבהתחשב בהחלטת בית המשפט, לעתים מקרה מסוים משנה את אופיו במהלך התרחשותו! אכן, זה היה המקרה שעמד בפני בית המשפט. כפי שציין הנשיא ברק, לו היה הנזק נגרם בשלב מאוחר יותר של אותו אירוע, כשהפעולה שינתה את אופייה והפכה במעבר חד לפעולה מלחמתית, הרי שלמדינה הייתה מוענקת, כנראה, חסינות.

כאשר חוזרים לבחון את פרשנות המונח "פעולה מלחמתית" על רקע השיקולים התיאורטיים, קשה להבין מדוע יש צורך במעברים חדים כאלו. קשה גם לפרש מונח זה במנותק מהמטרות שאותן הוא בא לקדם. זאת ועוד: אם בית המשפט מתקשה בפרשנות בעת הדיון המשפטי, כיצד יעמוד החייל במלאכה זו בעת ביצוע הפעילות? דברים אלו מקבלים משנה תוקף בהתחשב בתוצאות המשפטיות הקשות שעלולות לנבוע מפרשנות המונח ומיישומו במקרה הקונקרטי.

כפי שראינו, מחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) עולה שחסינותו של החייל נגזרת מחסינות המדינה, ומשזו אינה קמה החייל אינו חסין. משמעות הדברים היא כי במצב שבו הפעולה לא תוגדר כמלחמתית, החייל יהא חשוף באופן אישי לאחריות נזיקית, ועלול להיחשב כתוקף או כמתרשל. אכן, במרבית המקרים המדינה תחוב אף היא מכוח אחריותה השילוחית, אך אין בכך כדי להוריד מחבותו האישית והישירה של החייל. השניים יחשבו כמעולים יחד, ויהיה זה התובע שיקבע אם לתבוע את החייל, את המדינה או את שניהם. אמנם, המדינה יכולה לקחת על עצמה את מלוא החבות, ואכן היא עושה כך במרבית המקרים,<sup>183</sup> אך אין זאת חובתה. בתשלום הפיצוי על ידי המדינה אף אין כדי להפחית מחומרת הסטיגמה הדבקה בחייל.<sup>184</sup> כפי שהראיתי קודם לכן,

183 ראו דיון בפרק ב לעיל.

184 ראו הדיון בהערה 79 לעיל, בשאלה אם במילוי אחר פקודה שאינה בלתי-הוקית בעליל יוכל חייל להתגונן בטענה שפעל בסבירות. הבעיה היא שכדי שהמדינה תחוב באחריות שילוחית יש צורך שאחד משלוחיה ימצא חייב, ואם שלוחיה פטורים תהיה גם המדינה פטורה.

חוסר הוודאות של החייל ביחס לתחולת חסינותו וחששו שהוא עלול לשאת בנוקים רבים אינם רצויים ואינם צודקים, והם אף עלולים להביא לשיבוש פעילותו המבצעית. על כן רצוי, כעניין של מדיניות, שהחייל לא יחוב באופן אישי.

יתרה מכך: אינני חושב שנכון הדבר מבחינה מתודית לנתק את ציר הזמן של פעולה מסוימת ולומר – בצורה די שרירותית – כי מנקודת זמן מסוימת ואילך טיבה של הפעילות משתנה והיא הופכת מפעולת שיטור לפעולה מלחמתית, משום שמאותה נקודת זמן נתונים החיילים בסכנת חיים. גם השלב הראשון של הפעולה, שלכאורה מאופיין בהלך רוח "רגוע", מתבצע על רקע פוטנציאל הסיכון שעלול להתממש. טעות קטנה עלולה להוביל להתלקחות גדולה, ורוב המקרים שנדונו בבית המשפט אכן היו מסוג זה. כך, למשל, מרגע הסרת המסוזה, חשופה חוליית המסתערבים לסיכון חיים בתוך זמן קצר, ואם לא תפעל במהירות רבה עלול הדבר לעלות באבדות לכוח; לעתים מדובר בשניות ספורות בלבד.<sup>185</sup> לכך מתלווה גם המתח שבו שרויים הלוחמים לפני הפעולה עקב הידיעה שבמקרה של טעות חייהם בסכנה. לדעתי, בית משפט הבוחן את מהות הפעולה אינו מייחס משמעות מספקת לנסיבות האופפות את פעולת החיילים. ניקח, למשל, פעולת שיטור "רגילה" של מעצר עבריון מסוכן. כאשר השוטרים פועלים בסביבה "אוהרת" נצפה מהם לקו התנהגות אחד, ואילו כאשר אנשי משמר הגבול פועלים בסביבה עוינת נצפה לקו התנהגות אחר. אם נקצין את המקרים, הרי שתפיסת אדם אויב בשטח מדינה זרה ודאי לא תיחשב לפעולת "שיטור".<sup>186</sup>

זאת ועוד: מסקירת המשפט ההשוואתי עולה כי בעוד שהמשפט הישראלי נטה מימים ימימה לצמצם את הגדרת המונח "פעולה מלחמתית", שיטות משפט אחרות נטו לפרשו ביתר הרחבה. נראה שהקו שהנחה את בית המשפט העליון בפסקי הדין – ואחריו החזיקו החרו בתי המשפט המחוזיים – היה כי יש לפרש את המונח בצמצום, שכן אחרת קיימת סכנה שהמדינה תשתמש לרעה בחריג החסינות, ותנצלו כדי לפטור את עצמה מתשלום פיצויים לנפגעים. קבלת חוק הנזיקים האזרחיים והסרת חסינות המדינה הוגדרו כשעתו היפה של המשפט הישראלי,<sup>187</sup> וככזו היה על בית המשפט לשמרה על ידי פירוש המונח פעולה מלחמתית באופן ה"נכון", היינו: צמצום החריגים ואיי החסינות שנשמרו למדינה.

185 ראו עניין התהת, הערה 174 לעיל, שם ציין בית המשפט כי לאחר שהמסתערבים לכדו רעול פנים היה זה עניין של שניות עד שהמקומיים החלו לידות על הכוח אבנים וברזלים, וכוח החילוץ היה אמור לחלץ הכוח תוך כחצי דקה מרגע תחילת הפעולה הגלויה.  
186 או, לחלופין, שהפעולה תוגדר כפעולת שיטור אך בנסיבות אלה יוקנו לה אותן הגנות שניתנות לפעולה מלחמתית.  
187 פרשת גורדון, הערה 8 לעיל, בעמ' 134.



אולם, כפי שהראיתי במאמר זה, את החשש כי המדינה תחמוק מתשלום פיצויים לנפגעים ניתן להפיג בדרך אחרת. החסינות המוענקת למדינה מפני נזק שנגרם כתוצאה מפעילות מלחמתית, ואף מכוח סעיפים 6 ו-7, היא בגין אחריותה הנוזיקית בלבד. אל נוכח פטור זה מונהג משטר של "ביטוח ממלכתי", המזכה את הניזוק בתגמולים ובפיצויים. אלו ניתנים הן לחיילים שנפגעים במהלך השירות והן לאזרחים ולתושבים. אכן, מדובר במשטר ביטוח "צד א'", שבו כל מדינה נושאת בנזקה היא. על כן, פגיעה באזרחים אינה נכנסת במקרה הרגיל במסגרת הפוליסה, והם לא יזכו לפיצוי. אולם, בעניין זה פועל כלל ההדדיות. ברוב המקרים גם נזקים שנגרמים לאזרחי ולתושבי המדינה מידי האויב לא מקימים להם עילת תביעה ישירה כנגד מדינת האויב (וגם כשזו קמה ניתנת לנפגעים האופציה לבחור ב"פוליסה הממלכתית").<sup>188</sup> כאמור, משטר ביטוחי זה, המשקף את העובדה שמדובר בסיכונים שכל החברה חשופה להם, אינו מותנה בתנאי הסף הנוקשים של דיני הנוזיקין ואינו דורש אשם. הוא גם שונה מדיני הנוזיקין בכמה הסדרים הנוגעים לעניין הפיצוי.<sup>189</sup> רובם מתחייבים מהעובדה שמדובר במשטר ביטוחי. ביצירת משטר זה הפנים המחוקק את התוכנה שדיני הנוזיקין הרגילים אינם יכולים להתמודד עם מצבים מלחמתיים. אמנם, באמצעות פרשנות שיפוטית ניתן להתאים את דיני הנוזיקין גם למקרים של מלחמה, אך התאמות אלה יהפכו אותם ליצור היברידי. לא נרצה שליצור זה, למשל, תהיה תחולה ישירה במשפט האזרחי הרגיל. זאת ועוד: סביר להניח שלפחות בחלק מהמקרים משטר כלאיים זה יתקרב, מטבע הדברים, להסדרים הקבועים בחוקי התגמולים, וזאת בהתחשב ברציונל העומד בבסיסו. אשר על כן, נראה כי החשש של בתי המשפט לנקוט פרשנות רחבה יותר של המונח "פעולה מלחמתית" אינו מוצדק ברוב המקרים. זאת, בתנאי שפרשנות כזו תלווה בפרשנות רחבה של חוקי התגמולים, כך שהנזקים בגין "פעולה מלחמתית" יצאו אמנם מגדר דיני הנוזיקין, אך ייכנסו למסגרת פוליסת הביטוח הממלכתית.<sup>190</sup> פרשנות כזו גם תחסוך מהחייל חשיפה לאחריות אישית, על כל המשתמע ממנה.

מעניין לציין כי גם חברי הכנסת שפעלו למען קידום אינטרסים של פלסטינים הגרים באזור סברו שהדרך הנכונה להסדיר את הפיצויים בגין פגיעות של כוחות הביטחון היא במסגרת חוקי התגמולים ולא במסגרת דיני הנוזיקין. כך, בהצעת חוק התגמולים לנפגעים

188 במקרים כאלו המדינה תוכל לחזור אל המדינה האחרת בגין התגמולים ששילמה.

189 ראו, למשל, את ההסדרים בדבר קביעת דרגת נכות מכוח סעיף 5 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, וכן את ההסדרים בדבר קביעת התגמולים לבני משפחה מכוח סעיף 7 לאותו חוק.

190 החשש הוא מכך שנפגעים יפלו בין הכיסאות: מצד אחד המדינה חסינה ומצד שני לא מגיעים להם תגמולים.

מפעולות כוחות הביטחון בשטחים, התשנ"ו-1996,<sup>191</sup> שהוגשה מטעם חה"כ תמר גודינסקי, האשם מחאמיד וסאלח סלים, ביקשו השלושה להחיל על הנפגעים ב"שטחים"<sup>192</sup> את חוקי התגמולים. על פי סעיף 2 להצעת החוק, "נפגע אדם בשטחים בנסיבות שיש בהן יסוד סביר להניח שנפגע מפעולות כוחות הביטחון – יהא זכאי לתגמול מאוצר המדינה". לפי הצעתם, רק כ"ק נסיגה", כשהמדינה לא תכיר באדם כנפגע או כאשר תסרב לשלם לו גמול, יוכלו הנפגע או בן משפחתו לפנות לבית המשפט ולהגיש תביעה נזיקית כנגד המדינה.<sup>193</sup>

פרשנות מצמצמת של המונח "פעולה מלחמתית" וסיווג חלק מפעולות החיילים כפעולות שיטור פותרים אמנם את בעיית הפיצוי בכמה מקרים, אך הם מעוררים שאלות אחרות, שעל חלקן עמדתי במאמר זה. כמו כן, יש קושי אמיתי להתייחס לסיטואציות המתעוררות בשטחים כאל סיטואציות אזרחיות רגילות. הדברים עלולים להתפרש לאו דווקא לטובת תושבי השטחים. האם ניתן להעמיד לדין או לתבוע כל זורק אבנים בשל תקיפה או בשל גרימת נזק ברשלנות? האם ניתן להחיל את כלל ההודיות ולומר שכשם שנפגע בשטחים יכול לתבוע פיצויים מן החייל וממדינת ישראל הרי שגם אלו יוכלו לתבוע פיצויים מתושבי השטחים או מן הרשות בשל פגיעה בכוחות הצבא? שאלות אלו אינן פשוטות, ובית המשפט בוודאי יידרש להן ככל שייטה יותר להחיל את כללי המשפט האזרחי הרגילים על נסיבות שאינן רגילות. יתר על כן, גם אם יצליח בית המשפט להתאים את מערכת הכלים האזרחית הרגילה לנסיבות הקיימות בשטחים, הרי שיווצרו תקדימים שיחייבו את בית המשפט גם במקרים אחרים שבהם חל המשפט האזרחי. לא ברור שזו תוצאה רצויה.

אכן, בעניין עודה ניצב בית המשפט בפני דילמה. קביעה כי דיני הנזיקין אינם חלים במקרים כגון אלו היא המתבקשת, אך היא הייתה מותירה את הנפגע ללא פיצוי. אולם, החלטת בית המשפט, שניתנה מתוך רצון להעניק פיצוי לנפגעים, היא למצער בעייתית. ההכרעות השיפוטיות המתחייבות במקרים כגון אלו הן נקודתיות, לפי טיב הפעולה והנסיבות, ובוודאי לא תוכלנה להתקבל על פי כלל האינטרסים המעורבים.

191 הצעת חוק הנוחה על שולחן הכנסת ה-13 בתאריך 15.1.96, אולם לא עברה קריאה טרומית.  
 192 על פי הצעת החוק, "שטחים" – שטחים שנכבשו על ידי צה"ל מאז ה-4 ביוני 1967.  
 193 ראו סעיף 3 להצעת החוק. על פי דברי ההסבר להצעה, "מבחינת המשפט הבינלאומי, ישראל וכוחות הביטחון שלה, ששלטו בשטחים שנכבשו מאז ה-4 ביוני 1967 ועד למועד מסירתם לרשות אחרת, נשאו באחריות מלאה לשלומה של האוכלוסייה האזרחית שחיה באזורים אלה. לכן מחייבים כללי הצדק הטבעי והעובדה שבתי המשפט דנים בתביעות נזיקין שמגישים תושבי השטחים, לקבוע בחוק שהמדינה תפצה את אלה שנפגעו כתוצאה מפעולת כוחות הביטחון, או את בני משפחותיהם, הכל לפי העניין".

**ז. פיתרון אלטרנטיבי: החלת עקרונות הביטוח הממלכתי על יהודה,  
שומרון וחבל עזה ומעבר מביטוח צד א' לביטוח צד ג' – האם רצוי  
ובאלו נסיבות?**

החלטתו של בית המשפט העליון לא ניתנה שלא מדעת. מהלבטים שעלו בפסק הדין בעניין עודה נראה כי בית המשפט העליון היה מודע לקשיים הנובעים מהחלטתו. מופיעות בו, בכמה מקומות, הנמקות מדוע אין להחיל את דיני הנויקין על פעולות מלחמתיות, כמו גם התייחסות להצעת החוק שעמדה על הפרק בעניין טיפול בנפגעי כוחות הביטחון, שניסתה ליצור הסדר כולל למקרים אלו ביחס לתושבי האזור. זו, כאמור, לא נתקבלה כחוק עד מועד מתן פסק הדין, ועל כן נדרשה החלטת בית המשפט. הבעיה העיקרית שעמדה בפני השופטים במקרה דנן, כמו גם במקרים דומים, הייתה כי במקרה של תושבי האזור הכרה באירוע כ"פעילות מלחמתית" תוציא את המקרה מחוץ לגדר דיני הנויקין ה"רגילים", מצד אחד – ומצד שני לא תחול על הנפגעים "פוליסת הביטוח הממלכתית", שכן זו אינה חלה על תושבי השטחים שאינם אזרחי ישראל, כמו גם במקרים הטיפוסיים שבהם הם נפגעים. יתרה מכך: מאחר שהשטחים אינם בגדר מדינה ריבונית, לא היה בנמצא גוף שניתן היה לצפות ממנו שיחיל על תושבי השטחים הסדר ביטוחי דוגמת זה החל על אזרחי ישראל ותושביה.

במצב דברים זה נוצר ריק. בעוד שזכותו לפיצויים של אזרח או של תושב ישראלי שנפגע אגב פעולה מלחמתית או פעולת איבה מוסדרת על ידי מארג חוקי התגמולים בישראל, ובעוד שביטוחו של חייל או אזרח מדינת אויב מוטל לפתחה של אותה מדינה, תושבי האזור "נפלו בין הכיסאות" ונותרו ללא אפשרות לקבל פיצוי בגין פגיעות שנגרמו להם. אולם, העובדה שקיים ריק אינה מצדיקה את הכנסתם של דיני הנויקין לתמונה בדלת האחורית. מרבית השיקולים שאליהם התייחסתי, השוללים את תחולתם של דיני הנויקין הן על החייל והן על המדינה במקרה של פעולה מלחמתית "רגילה", חלים גם על פעולתו של צה"ל בשטחים, גם כשזו מתייחסת לאינתיפאדה בשנותיה הראשונות. התיוג של פעולה מסוימת כ"פעולת שיטור" או כ"פעולה מלחמתית" הוא רק כלי, בבחינת טכניקה שיפוטית להתחמקות מהרחבת גבולות החסינות. דקדקנות וירידה לפרטי פרטים של הבחנות בין פעולה מלחמתית לפעולת שיטור בשטחים לא יקדמו את בתי המשפט, שכן בסופו של יום הם יישארו ללא כלים מנחים כיצד להכריע. תמיד ניתן יהיה למצוא גורם מבחין נוסף ולטעון שהוא-הוא שהופך את הפעולה מ"פעולת שיטור"

ל"פעולה מלחמתית" ולהפך.<sup>194</sup> החשש הגדול במקרים כגון אלו הוא כי תוצאות הפסיקה יהיו נתונות, יותר מבמקרים אחרים, להלך רוחו של השופט ולרוח התקופה, וכי הן יהיו חשופות להשפעות פוליטיות הן של השופט והן של אלו שיבקרו אותו. למרות האמור לעיל, בשלילת תחולתם של דיני הנויקין אין כדי למנוע הצגתו של הסדר אלטרנטיבי כולל שיענה על הצורך לפצות את תושבי השטחים, תוך התייחסות לשיקולים המיוחדים המתעוררים בעקבות ההחזקה בשטחים.

בעניין עודה ציין בית המשפט, בצדק, כי התפיסה באזור היא תפיסה לוחמתית, וכי בד בבד עם תפקידו של המפקד הצבאי באזור להבטיח את האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של ישראל, עליו גם לדאוג לצרכים ולביטחון של האוכלוסייה המקומית. בפסקי דין אחרים גזר בית המשפט חובה זו בין היתר מסעיף 43 לתקנות האג בדבר דינה ומנהגיה של המלחמה ביבשה,<sup>195</sup> שלפיו:

בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ, אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך.<sup>196</sup>

הפרשנות שניתנה לתקנה זו בפסיקה<sup>197</sup> היא שהתקנה אינה מוגבלת להיבט מיוחד של הסדר והחיים הציבוריים וכי היא חלה על כל היבטיהם. על כן סמכות זו חלה, בצד ענייני בטחון וצבא, גם על נסיבות "אזרחיות" מגוונות: כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיו"ב. ניתן לומר שכחלק מהפעלת סמכותו, על הממשל הצבאי להסדיר במקרים הראויים את הפיצויים המגיעים לנפגעים כתוצאה מנזקים שנגרמים על ידו. זאת, במיוחד כשמדובר בממשל צבאי ארוך מועד. כאשר תקופת שלטונו של הממשל הצבאי מתארכת, מקבלים צורכי האוכלוסייה המקומית משנה-תוקף.<sup>198</sup>

194 יהיו שיאמרו כי בית המשפט צריך דווקא לפעול בצורה הפוכה ולהרחיב את החסינות גם על שוטרים, כשהנסיבות ושיקולי המדיניות מצדיקים זאת. זוהי טענה בעייתית, משום שלחסינות לא יהיה עיגון בחוק וכולה תהיה פרי חקיקה שיפוטית.

195 הסעיף מצוי בחלק השלישי לתקנות ה"אמנה בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה לרבות תקנות בקשר לדיני ולמנהגי המלחמה ביבשה (האג 1907)".

196 הסעיף אומץ בבג"ץ 202/81 טביס נ' שר הבטחון, פ"ד לו(2) 622, 689.

197 בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאונה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(4) 785, בפסקה 18.

198 שם, בפסקה 22.

כבר נפסק בעבר שהיקף סמכות הממשל הצבאי, וממילא אופן הפעלתה, מתוחמים – בצד שיקולי ביטחון – על ידי שני פרמטרים המושכים לכוונים מנוגדים:

האחד, עניינו חובתו של הממשל הצבאי לפעול כשלטון מתוקן הדואג לאוכלוסייה המקומית בכל שטחי החיים; השני, עניינו מגבלותיו של הממשל הצבאי שאינו ממשל קבע אלא ממשל זמני, שאינו ריבון אלא שליט מכח דיני המלחמה. הפרמטר הראשון נוטה להרחיב את סמכותו וחובותיו של הממשל הצבאי עד כדי יצירת אנאלוגיה לשלטון הרגיל. הפרמטר השני נוטה לצמצם את סמכותו וחובותיו של הממשל הצבאי תוך יצירת שוני מהותי בין היקף סמכותו של ממשל צבאי לבין היקף סמכותו של שלטון רגיל.<sup>199</sup>

אכן, כאשר הסיכון לחיילים הוא "מביח", לא ניתן להחיל את הרציונל של ביטוח צד א' על הנפגעים כתוצאה מאותה פעילות מלחמתית. המשמעות של ביטוח צד א' בהקשר זה היא כי מדובר בביטוח כנגד סיכונים דומים המשותפים לקבוצת אנשים שהיא פחות או יותר הומוגנית ביחס לאותם סיכונים. זאת, לעומת קבוצה היוצרת ואף נחשפת לסוג שונה של סיכונים. לעומת זאת, יש מקום לשקול במקרים אלו מנגנון של ביטוח צד ג'.

משמעות המונח "ביטוח צד ג'" במקרה דנן תהיה הסדר שבו צד אחד נושא בעלות הביטוח בגין נזקים שנגרמו לצד האחר. הנהגת הסדר ביטוחי מעין זה, שיתבטא בחקיקתם של חוקי תגמולים מיוחדים תביא לידי כך שמדינת ישראל, באמצעות אזרחיה ותושביה, תממן את הנזקים שנגרמים לתושבי האזור.<sup>200</sup> מימון זה יכול להתחייב מעצם החזקת השטחים לאורך זמן ומהפעלתו של ממשל צבאי בהם. דומני כי העובדה שילדה בת שנתיים נפגעה מכדור תועה של חייל מצדיקה מתן פיצוי ואין זה משנה אם הפגיעה נגרמה אגב מעצר חשוד ותוך כדי סיכון לחייו של החייל, שאז על פי חוק הנזיקים האזרחיים יש למדינה חסינות אם לאו.<sup>201</sup> באותה מידה מוצדק גם שהחייל עצמו לא יהיה מעורב כצד להסדרים אלו. תפיסה לוחמתית לאורך זמן מצדיקה התייחסות מיוחדת כזו.

בטוחני כי רבות יהיו המחלוקות באשר לחקיקתו של חוק תגמולים מסוג זה, שיסדיר את תוכן הביטוח, את היקפו, את דרכי מימונו ועוד; חקיקתו לבטח תלווה גם במחלוקות

199 שם, בעמ' 799.

200 זאת ועוד: יש שיטענו כי לפחות חלקו של המימון יהיה ממקורות עצמיים כגון כספי ביטוח לאומי ששולמו בעבר על ידי תושבי האזור ומכספי מסים השייכים לרשות הפלסטינית.

201 השאלה שעשויה להיות בעלת חשיבות מכרעת לעניין הביטוח היא אם הנפגע, בעת שנפגע או בתכוף לכך, היה שותף לביצוע פעולה איבה או חף מכל פעילות עוינת.

פוליטיות סבוכות. חוק התגמולים כזה יצטרך לתת מענה לשיקולים שונים, תוך התחשבות בתקציבים העומדים לרשות המדינה ובסדרי העדיפויות שלה. מכיוון שסביר להניח שבדומה ליחר חוקי התגמולים בארץ הבסיס לפיצוי לא יהיה אשם, יש צורך לכוון מנגנון שיקבע מי יהיו זכאים לפיצוי ומתי הוא יישלל מהם. במלים אחרות: השאלה תהיה מהו היקפה של הפוליסה. בדומה יצטרך המחוקק לקבוע גם מהי תקרת הפיצוי במקרה שהוכחה זכאות וכו'. גם בעניין זה ניתן לפנות, על דרך של אנלוגיה, לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, שגם בו יש מקרים המוציאים את הנפגע מגדר הפוליסה ובהם לא תקום לו זכות "ביטוחית" לפיצוי. במקרה של חוק התגמולים נראה לכאורה כי לעניין "ביטוח" יש להבחין בין אדם שיידה יתדות בחיילי צה"ל, סיכן את חייהם ואגב כך נפגע – שאז כנראה תישלל ממנו הזכות לפיצוי – לבין אדם שחזר ממקום עבודתו ונורה בשוגג מכדור תועה שנורה על ידי חיילי צה"ל אגב פיזור הפגנה. נקודת ההתייחסות איננה רשלנות המזיק, שכן לזו, במשטר שאינו תלוי אשם, אין חשיבות, אלא זכאותו של הניזוק.<sup>202</sup>

נוסף על הקשיים המהותיים יצטרך חוק התגמולים להתמודד גם עם הקשיים הראייתיים. בעניין זה תיתכנה בעיות רבות כגון העדר תיעוד ורישום, בידוי ראיות ועוד. אמנם מדובר בביטוח שאינו תלוי אשם, אולם יש להראות שהנזק נגרם על ידי מזיק מסוים ושהוא נכנס בתחומי הפוליסה. ביטוח צד ג', בדומה לחוקי התגמולים הישראליים, אינו חל בכל מצב אלא רק במקרים מוגדרים מראש. לא כל נזק כתוצאה מפעולה של המדינה ייכנס בגדרו של החוק, אלא רק נזקים שנגרמו כתוצאה מפעולות מלחמתיות.<sup>203</sup> על כן, יש צורך לשלב בחוק מנגנון שיבחן את הנושא הראייתי בצורה הולמת ויקבע אם הפגיעה נגרמה כתוצאה מפעולה מלחמתית של צה"ל. השאלות אמנם יהיו פחות

202 לכאורה, לפי ההסדר המוצע, מצבו של פלסטיני שנפגע אגב פעילות צה"ל בשטחים יהיה טוב יותר ממצבו של אזרח ישראלי שנפגע על ידי המשטרה אגב לכידת פושע או פיזור הפגנה. בעוד שהאזרח שנפגע יצטרך להראות רשלנות של הפוגע, הרי שפיצוי הפלסטיני יהיה ללא קשר לשאלת האשם. מדובר בשתי מערכות נסיבות שונות לחלוטין. מערכת הסיכונים שלה חשוף אזרח פלסטיני אגב פעילות צה"ל בשטחים גדולה היא לאין ערוך מזו שחשוף לה אזרח ישראלי אגב פעילות המשטרה בלכידת פושע. זאת, בין היתר, עקב האמצעים המוגבלים שבהם משתמשת המשטרה והוראות הפעלתם. נתוני היסוד השונים מצדיקים התייחסות שונה. הדבר דומה להבחנה בין תאונת דרכים לבין פגיעה מאופניים: גם כאן מצבו של הנפגע בתאונת דרכים טוב מזה של הנפגע בתאונת אופניים, שיצטרך להוכיח רשלנות לשם קבלת פיצוי. זאת ועוד: יש לזכור כי אם אזרח ישראלי נפגע כתוצאה מפעולה של המשטרה נגר פעולת איבה, יזכה אותו אזרח בפיצויים מכוח חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה מבלי שייאלץ להוכיח את רשלנותה של המשטרה. מכאן, שמצבו של האזרח הישראלי אינו גרוע ממצבו של הפלסטיני.

203 על היתר יחולו דיני הנוזיקין הרגילים.

מסובכות מהמצב המשפטי הנוכחי, שכן הן תתמקדנה אך ורק בסוגיית הקשר הסיבתי מבלי שיהיה צורך לדון ולהוכיח את סוגיית הרשלנות, אך עדיין יצטרכו למצוא להן פתרון הולם.

הצורך במנגנון ביטוחי כאמור ברור בכל הקשור לנזקים שנגרמו במהלך האינתיפאדה הראשונה. באשר לאינתיפאדה השנייה הדבר ברור פחות. יש שיטענו, ולא בלי היגיון מסוים, כי בעקבות הקמת הרשות הפלסטינית והחתימה על "הסכמי אוסלו", הרי שלפחות ככל שהדברים אמורים בתושבי השטחים הנמצאים באחריותה הבלעדית של הרשות, חוזרים למקרה הפרדיגמטי של פעולה מלחמתית בו האחריות לנזקים שנגרמים – הן לאנשי צבא והן לאזרחים – מוטלת לפתחה של כל מדינה על דרך של ביטוח צד א'.<sup>204</sup> טענה זו, ככל שהיא קשורה לתושבים של שטחי הרשות, משמיתה למעשה את הבסיס למתן פיצוי אישי ישיר לנפגעים מכוח המנגנון של ביטוח צד ג'.<sup>205</sup> נטל הפיצוי של תושבים אלו יוטל לפתחה של הרשות, והסדרים של תשלומי פיצויים, כאלו או אחרים, יצטרכו להיעשות בין מדינת ישראל לרשות הפלסטינית. דוגמא ליישום אחד כזה, שבו הרשות נטלה על עצמה עריכת ביטוח, ניתן למצוא בסעיף 11 להסכמי אוסלו, הדין בענייני ביטוח אם כי בתחום נפגעי תאונות דרכים.<sup>206</sup> באשר למימון הפיצויים בגין נזקים שנגרמים לתושבי השטחים שאינם בשליטה בלעדית של הרשות ניתן להציע הסדר כלאיים, תוך מימון הדדי של קרנות הפיצוי הפלסטינית והישראלית ותוך התאמתה של "פוליסת הביטוח".<sup>207</sup>

204 בפועל הרשות אכן סירבה לקבל עזרה בבינוי ובתיקון הריסות שנגרמו כתוצאה מפעילות צה"ל במסגרת מבצע "חומת מגן", בטענה שמלאכת השיקום נמצאת בתחום סמכותה הבלעדית, וקבלת עזרה ישירה פוגעת למעשה בריבונותה.

205 למנגנון זה עדיין תהיה חשיבות רבה בהתחשב בתחולתו הרטרואקטיבית ובתחולתו על שטחים הנתונים לשליטה מעורבת או לשליטה ישראלית בלבד.

206 Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip (Washington, D.C., Sep 28<sup>th</sup>, 1995); על פי ההסכמים, הרשות לוקחת על עצמה להנהיג מנגנון דומה לזה הקיים בחוק הפיצויים הישראלי. המנגנון יורכב ממשטר משפטי של אחריות מוחלטת ומביטוח חובה נגד נזקים שייגרמו כתוצאה מתאונות דרכים שיתרחשו בתחומי הרשות, כמו גם מהסדר הקובע ייחוד עילה. עוד הוסכם כי תוקם קרן פלסטינית שתפצה את הנפגעים הזכאים לפיצוי, אך אין ביכולתם לממש את זכותם. הסכמי אוסלו גם מבהירים מה הם ההסדרים למימון הקרן וכיצד יפעל מנגנון תשלומי ההעברה בינה לבין המקבילה הישראלית – "קרנית"; הם גם יוצרים מנגנון המורכב מוועדות שונות שיעניקו פתרון לבעיות מיוחדות שיווצרו בעת יישום ההסדרים הקבועים בהם.

207 שאלה מעניינת היא מהן חובותיה של מדינת ישראל במקרה שהרשות אינה מתפקדת. האם העובדה שפיצוי כזה לא ניתן על ידי הרשות בפועל מטילה על מדינת ישראל חובת פיצוי? מאלו מקורות? כך, למשל, ניתן לשאול האם ניתן לעשות שימוש בכספים

## ח. התערבות המחוקק ושינוי עניין עודה

1. הצעת חוק לטיפול בתביעות בשל פעולות כוחות הביטחון ביהודה, השומרון וחבל עזה וחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב-2002

עת ישב בית המשפט העליון על המדוכה, ומתוך התחשבות בדבריו כי עדיף שסוגיית הפיצוי של תושבי האזור תוסדר בחקיקה, נוסחה הצעת חוק ממשלתית<sup>208</sup> לטיפול בתביעות הנזיקיות הנובעות מפעילות כוחות הביטחון ביהודה, שומרון וחבל עזה.<sup>209</sup> בהצעה צוין כי עד מועד פרסומה הוגשו יותר מ-4,000 תביעות נזיקין נגד המדינה, ובשנה שלפני הצעת החוק לברדה הוגשו יותר מ-600 תביעות. הערכת מנסחי ההצעה הייתה שמספר התביעות ילך ויגדל שכן אלו החלו זעיר פה זעיר שם, אך עם חלוף השנים הוגשו בקצב הולך וגובר.<sup>210</sup>

המגיעים לרשות מידי ישראל כדי לפצות את הנפגעים? הדיון בשאלות אלו חורג מגדרו של מאמר זה, אולם ניתן לטעון שהכתבת פיצוי באופן ישיר או עקיפת הרשות, גם במקרים שהיא אינה מעניקה פיצוי, מהווה פגיעה בריבונותה.

208 הערה 182 לעיל.

209 סעיף 2(א) להצעה קובע כי "תובענה בנזיקין נגד המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה ממעשה שנעשה באזור על-ידי צבא הגנה לישראל תידון בהתאם להוראות חוק זה". בסעיף 1, שהוא סעיף ההגדרות, מוגדר "אזור" כ"כל אחד מאלה: יהודה והשומרון וחבל עזה".

210 במבוא להצעת החוק ובדברי ההסבר לה פירטה המדינה את הנסיבות המיוחדות המצדיקות, לדעתה, החלת דין מיוחד על הנזקים שנגרמו לתושבי האזור מפעילות צה"ל. על פי הצעת החוק, האינתיפאדה התאפיינה בהפגנות המוניות שכללו הבערת צמיגים בצמתים ובדרכים כדי למנוע גישה לכפרים ולערים, שביחות, יידי אבנים ובקבוקי תבערה לעבר כוחות צה"ל ואזרחים ישראלים, דקירות ושימוש בנשק קר וחם. הצעת החוק גם ציינה כי האינתיפאדה נשאה אופי כפול: פעילות אלימה שהייתה מכוונת לפגוע באזרחים ישראלים, בחיילים ובאנשי כוחות הביטחון האחרים, וכן פעילות חמולתית כגון הפצת כרזים, תליית דגלים, כתיבת סמאות ועוד. מכאן, שהמציאות שמולה עמדה מערכת הביטחון, כמו גם החיילים, הייתה מורכבת. אמנם פעילות התושבים לא עלתה עד כדי פעילות של צבא מאורגן, אולם היא הייתה מאורגנת. לעתים הפעילות הייתה המונית ולעתים בקבוצות קטנות; לעתים נשאה אופי של הפגנות אלימות ולעתים נשאה אופי של פעילות אלימה נקודתית ומכוונת – כגון ירי על חיילים או על כלי רכבם, השלכת בקבוקי תבערה והשלכת בלוקים מגנות כדי לפגוע בחיילים ספציפיים. הקושי, כפי שצוין בהצעת החוק, נובע מכך שלעתים הפעילויות השונות היו משולבות ומעורבות זו בזו ועל כן קשה



התוק המוצע ביקש להרחיב את האופן שבו מתפרש המונח "פעולה מלחמתית" לעניין תובענות שיוגשו מכוחו, היינו: תובענות של תושבי יהודה, שומרון וחבל עזה. הוצע כי יראו כפעולה מלחמתית:

כל פעולה מבצעית של צבא הגנה לישראל שתכליתה לחימה בטרור או מניעתו, וכל פעולה אחרת של שמירה על הביטחון ומניעת פעולת איבה והתקוממות שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף על ידי צבא הגנה לישראל, אלא אם כן הורשע אדם בדין כשל גרימה בזדון של הנזק נושא התובענה.

דברי ההסבר הוסיפו כי ההגדרה כוללת גם את פעולות כוחות הביטחון לדיכוי מהומות, להסדרת סדר ולפיזור הפגנות שכללו ידוי אבנים, זריקת בקבוקי תבערה ולעתים גם ירי מנשק חם, שנעשו בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף. ההצעה הפנתה (בדברי ההסבר לסעיף 3) לאחד מפסקי הדין של בית המשפט המחוזי שעסק בחביעה נזיקית שהוגשה על ידי תושב האזור,<sup>211</sup> והסביר כי אחת התכליות שביסוד החסינות בגין "פעולה מלחמתית" היא מניעת פגיעה בשיקול הדעת של מקבל ההחלטה בשטח. מדובר בהחלטות הצריכות להתקבל בתנאי לחץ כבד האופייניים למלחמה. במקרים כאלה העדיף המחוקק לשחרר את מקבלי ההחלטות מכללי הנויקין הרגילים כדי לאפשר את מילוי מטרות הפעולה הצבאית.<sup>212</sup> על כך הוסיפה ההצעה במבוא:

האיתנות האדה היתה כאמור מאבק אלים, מתוכנן ומאורגן, לפחות בחלקו, על רקע קונפליקט בין עמים. מאבק זה כלל פגיעה מכוונת בחיילים ובאזרחים. כוחות הביטחון אשר נדרשו להשליט סדר ולשמור על הביטחון באזורים, פעלו בתנאים קשים תוך סיכון ממשי לחיים ולגוף במידה המצדיקה לראות בכך 'פעולה מלחמתית', שאין המדינה צריכה לשאת באחריות לנזקה. מלחמה היא מאבק אלים בין עמים. דרכי המאבק רבים ומגוונים הם. למלחמה פנים רבות. יש שהיא לובשת אופי של מלחמה כוללת, ויש שהיא לובשת צורה של פעילות אלימה

היה לסווגן. מכיוון שחלק מהתושבים נטלו חלק במעשים אלימים ואחרים לא נטלו בהם חלק, לא הייתה ערובה לכך שאירוע שהחל כהפגנה לא יסתיים בשימוש באמצעים אלימים יותר. מצב זה, לדעת המנסחים, הצמיח קשיים מיוחדים והעמיד סיכונים רבים בפני החיילים.

211 עניין התהת, הערה 174 לעיל.

212 שם, בפסקאות 17-21.

אחרת. החוק המוצע מיועד להבהיר ולקבוע את תחולת הפטור בשל 'פעולה מלחמתית' גם על פעילות של כוחות הביטחון באזורים אשר נעשתה במסגרת המאבק בטרור ובפעילות איבה והתקוממות נגד כוחות ביטחון ואוכלוסייה אזרחית.<sup>213</sup>

אולם, על אף הרחבת ההגדרה של המונח "פעולה מלחמתית", השאירה הצעת החוק פתח למתן פיצויים גם כשדובר בפעולה כזו. סעיף 5 להצעה קבע כי בית המשפט רשאי (מטעמים שיירשמו) לפסוק לנפגע פיצויים אף בהתקיים חסינות המדינה, וזאת כשיש בנסיבות המקרה טעמים הומניטריים המצדיקים זאת. על פי ההצעה, סמכות זו להענקת פיצוי, שהוקנתה לבית המשפט והייתה נתונה לשיקול דעתו, יועדה למנוע עוול במקרים הראויים.<sup>214</sup> שיעור הפיצוי במקרה כזה יהיה על פי הקבוע בסעיף 10 להצעה, שיצר הסדר מיוחד לעניין הפיצוי. אמנם הפיצוי נקבע בעיקרם של דברים בדומה לכללים הרגילים הנוהגים בתובענות נזיקיות, אולם היו בהצעה כמה מגבלות שנועדו לפשט את ההליכים ולהתאימם לאילוצים הנובעים מהייחוד של תובענות מסוג זה.<sup>215</sup> נושא נוסף שהטריד את מנסחי ההצעה היה עניין סדרי הדין ונטלי הראיה. על פי ההצעה, תקופת ההתיישנות להגשת תביעה מכוח החוק תהא שנה מהיום שבו נולדה עילת התובענה, כשבית המשפט יכול להאריכה לתקופה שלא תעלה על שנה נוספת, אם

213 ה"ח 2645, הערה 182 לעיל, בעמ' 498.

214 גדר הספק הוא האם לצורך מתן פיצוי יש להוכיח את קיומה של עוולת הרשלנות. על פי סעיף 5, "בית המשפט רשאי, מטעמים שיירשמו, לפסוק לנפגע פיצויים, כשיעור שלא יעלה על השיעור הקבוע בסעיף אף בהתקיים הפטור לפי סעיף 3, אם נוכח כי בנסיבות המקרה טעמים הומניטריים מיוחדים מצדיקים זאת". על פי סעיף ההגדרות (סעיף 1), נפגע הוא "מי שנגרם לו נזק כתוצאה ממעשה שנעשה באזור על ידי צבא הגנה לישראל". משילוב השניים בהחלט ייתכן כי הפיצוי אינו מותנה בקיומה של עוולת הרשלנות. הקושי בפרשנות זו נובע מההפניה הקבועה בסעיף 3 להצעה לחוק הנזיקין האזרחיים לעניין ההגדרה של "פעולה מלחמתית". לפיה ניתן לגרוס כי הקבוע בסעיף 5 רק מסייג את הפטור הקבוע בסעיף 3 ואינו מקנה לבית המשפט זכות עצמאית להענקת פיצוי, במובן זה שאם לא הייתה רשלנות בביצוע הפעילות, הזכות לפיצוי בכלל לא קמה ואין צורך להזדקק לפטור או לחריג לו. נראה כי הפרשנות שלפיה יש צורך להוכיח את התקיימותה של עוולת רשלנות סבירה יותר.

215 סעיף 10 מסדיר את זכויות הנפגע ואת זכויות התלויים. על פי ההצעה, הפיצויים יינתנו בתשלום חד-פעמי, והם ייפסקו בהתאם לנכות התפקודית הצמיתה ועד לגיל 65 (לגבי קטין מגיל 18). חישוב הפיצויים נעשה על פי השכר הממוצע באזור. הנפגע גם זכאי לפיצוי חד-פעמי בשל כאב וסבל ולהוצאות ריפוי ושיקום, וחישובו ייעשה בהתחשב בעלותם של שירותי הריפוי והשיקום המצויים באזור.

השתכנע שלא הייתה בידי התובע אפשרות סבירה להגיש את תביעתו קודם לכן.<sup>216</sup> אשר לנטלי הראיה הוצע, בין היתר, כי לא תהיה במסגרת החוק תחולה להוראות סעיפים 38 ו-41 לפקודת הנזיקין. יישום סעיפים אלו, העוסקים בהעברת נטל הראיה בשל "דבר מסוכן" ובדוקטרינת "הדבר מדבר בעד עצמו", עלול להעביר למדינה את הנטל להוכיח כי לא הייתה במעשיה התרשלות שתחוב עליה, ובכך להפחית בצורה משמעותית את הנטל המוטל על התובע ולחרוץ את גורל התביעה. לדעת מנסחי ההצעה אין להחיל את סעיף 38 לפקודה, שכן נקבע בפסיקה שתנאי להחלתו הוא שהדבר המסוכן שגרם את הנזק היה נתון בידי אחר או היה עזוב ולא בעת שהיה נתון בידי המופקד עליו.<sup>217</sup> אשר לסעיף 41 נאמר בהצעה כי הנחת היסוד הקבועה בו – שלפיה למזיק, ובמקרה זה למדינה, כעניין שבשגרה, יש ידיעה טובה יותר אודות נסיבות התרחשות/גורם הנזק – אינה עומדת במבחן המציאות לגבי אירועים בשטחים. המדינה נמצאת בדרך כלל בעמדה של נחיתות ראייתית ודווקא לתובע יש לעתים קרובות ידיעה טובה יותר בדבר נסיבות התרחשות האירוע.

הצעת החוק ביקשה לאפשר את תחולתה באופן רטרואקטיבי, כך שהוראותיה יחולו על כל תובענה שעילתה מעשה שאירע לפני מועד תחילתו של החוק. הצעה זו, שהעלתה אבק במשך כמה שנים, לא קיבלה תוקף של חוק עד הכרעת הדין בבית המשפט העליון, אולם פסק דינו של בית המשפט בעניין עודה עורר את המחוקק מתרדמתו והיא תוקנה והובאה, תוך פרק זמן קצר, להצבעה בקריאה שנייה ושלישית. ביום האחד באוגוסט 2002 היא פורסמה כחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב-2002.<sup>218</sup> מטרתו של החוק, כפי שנקבעו בסעיף 1, הן שתיים: הראשונה – קביעת הוראות דיוניות שיחולו על תביעות נגד המדינה בשל פעילות כוחות הביטחון באזורי יהודה, שומרון וחבל עזה. מטרה שנייה וחשובה לא פחות היא הבהרת המונח "פעולה מלחמתית" שבחוק הנזיקין האזרחיים. הנוסח הסופי של החוק, שהתקבל שנים ספורות לאחר שהועלתה הצעת החוק, שונה בצורה משמעותית מהנוסח שהוצע

216 הסדר זה שונה מההסדר הקבוע בחוקי התגמולים החלים במדינת ישראל. כך, לדוגמה, על פי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) (נוסח משולב) הזכות להגיש תביעה מתיישנת בתום שלוש שנים מיום שחרורו של הנכה משירותו הצבאי שבזמנו אירע המקרה שגרם לנכותו.

217 הצורך בהבהרה מטעם המחוקק התעורר בעקבות מחלוקת בין בתי המשפט המחוזיים באשר ליישום הסעיף. בעוד שחלק סברו שללא יסוד ה"עזיבה" או "המסירה" אין תחולה לסעיף היו גם שסברו אחרת. מחלוקת התעוררה גם באשר לשאלה האם ניתן ליישם את הסעיף כשהנתבעת היא המדינה ולא החייל. ראו בעניין זה ע"א 751/68 רעד נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(1) 197.

218 ס"ח 1862, 514.

מלכתחילה – כתוצאה מהשינויים שהוכנסו בו אגב הדיונים בהצעה ואולי גם אגב שינוי העתים.<sup>219</sup>

## 2. הגדרת המונח "פעולה מלחמתית"

מגמה אחת שבה ניתן להבחין בחוק היא של הרחבת חסינות המדינה וצמצום המקרים שבהם יינתן הפיצוי. מגמה זו ניכרת ביחס לפסיקת כחי המשפט, אך גם ביחס להצעת החוק בנוסחה הראשוני. התיקון החדש מוציא את ההגדרה של "פעולה מלחמתית" משיקול דעתו של בית המשפט ומשלב בחוק הנזיקים האזרחיים את ההגדרה הבאה:

'פעולה מלחמתית' – לרבות כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף.<sup>220</sup>

הגדרת החוק היא רחבה מזו שהוצעה בראשית הדרך, ולמעשה היא מצמצמת מאוד את מספר המקרים שבהם אפשר יהיה לקבל פיצוי נזיקי.

בהצעת החוק כללה ההגדרה הנ"ל סייג שלפיו פעולה שבגינה הורשע אדם בדין בשל גרימה בזדון של הנזק נושא התובענה לא תיחשב לפעולה מלחמתית. בהגדרה הנוכחית הושמט הסייג, ועל כן – לפחות ככל שהדבר נוגע ללשון החוק – גם נזק שנגרם בזדון לא יחייב את המדינה.<sup>221</sup> מעבר לכך, החוק הרחיב את ההגדרה של פעולה מלחמתית ככל שזו קשורה ללחימה במעשי איבה או בהתקוממות. בעוד שבהגדרה, כנוסחה בהצעת החוק, לחימה כנגד אלו נכנסה להגדרת פעולה מלחמתית רק אם לוותה בסכנת חיים, כיום כל לחימה במעשה איבה או בהתקוממות תיחשב לפעולה מלחמתית ותזכה את המדינה בחסינות. זאת ועוד: בעוד שבהצעת החוק היה בית המשפט רשאי לפסוק פיצויים מטעמים הומניטריים, אם נוכח כי נסיבות המקרה מצדיקות זאת, הרי שבחוק נשמט סעיף זה. מכאן ניתן להסיק כי נשמטה אף זכותו של בית המשפט לפסוק פיצויים במקרים כאלו.

219 ראו דברי ההסבר להצעת החוק, כמו גם דברי הכנסת – ישיבה 335 של הכנסת ה-15, מיום ד', ט"ו באב תשס"ב, 24 ביולי 2002 (עמ' 221 בפרוטוקול סטינוגרפי).

220 סעיף 1 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב – 1952, כפי שתוקן על-ידי חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב – 2002, (להלן חוק הנזיקים האזרחיים (המתוקן)), הערה 4 לעיל.

221 אם כי פרשנות כזו אינה מתחייבת, שכן ניתן לגרוס כי פעולה זדונית תצא מגדר ההגדרה גם ללא הסייג מכיוון שאינה באה לשרת את המטרות שעומדות ביסוד הפעולה המלחמתית.

אולם, ההרחבה הבולטת ביותר היא בתחולת הגדרת המונח "פעולה מלחמתית". הצעת החוק נועדה להגדיר את המונח "פעולה מלחמתית" בהתייחס לפעילות צבא ההגנה לישראל באזור בלבד.<sup>222</sup> היא לא נועדה להגדיר באופן כולל מהי פעולה כזו, למשל, בתחומי הקו הירוק.<sup>223</sup> לעומת זאת, החוק החדש אינו מסייג את תחולתו לאזור ומשנה את חוק הנזיקים האזרחיים כך שהוא משלב בו הגדרה כללית של "פעולה מלחמתית". כיום משתרעת ההגדרה על נזקים שנגרמו על ידי פעולה מלחמתית באשר היא, ולעניין זה אין זה משנה למי נגרם הנזק (לאזרח או לתושב ישראל, לפלסטיני או לאדם אחר) או היכן הוא נגרם (בתחומי הקו הירוק או מתוצה להם). התיקון שהוכנס לחוק הנזיקים האזרחיים הינו כללי ואינו מוגבל לתביעת תושבי האזור או מדינת אויב. כך, לדוגמא, תושב ישראל שנפגע בשוגג מירי כדור תועה במהלך לחימה בהתקוממות, גם אם נורה ברשלנות יהיה מנוע מהגשת תביעה נזיקית כנגד המדינה, בין שהירי נעשה בתוך תחומי מדינת ישראל ובין שנעשה מתוצה לה. אין גם צורך להראות שהירי בוצע תוך סיכון חיים: די בכך שהירי בוצע במסגרת לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, כדי שיזכה את המדינה בחסינות. ייתכן כי תחולה רחבה זו של החוק מקורה בטעות שנפלה בהליכי החקיקה, אך בהתחשב בהצעת חוק נוספת -- הצעת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 5) (הגשת תביעות נגד המדינה על ידי נתין מדינת אויב או תושב אזור עימות), התשס"ב-2002,<sup>224</sup> – נראה כי לא כך הדבר. תיקון מס' 5 נועד להרחיב עוד יותר את חסינות המדינה ולמנוע באופן ספציפי תביעות אויב באשר הן. מכך ניתן ללמוד כי כוונת המחוקק בחקיקתו של תיקון מס' 4 הייתה כללית יותר, ולא צומצמה לסוג מסוים של תובעים או למקרים מיוחדים. לכאורה, במדינת ישראל של שנות ה-2000, תוצאותיה של חקיקה זו הן חמורות. פגיעות באנשים חפים מפשע, לא כל שכן ברכוש, במסגרת לחימה בפעילות חבלנית עוינת אינן דבר נדיר, ומניעת אפשרות תביעה מאזרחי המדינה גם במקרים של פעולה

222 סעיף 2 להצעה קבע כי תובענה בנוזיקין נגד המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה ממעשה שנעשה באזור על ידי צה"ל תידון בהתאם להוראות שנקבעו בהצעה. בהמשך קבע סעיף 3, כי "לעניין תחולת סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) התשי"ב-1952 על תובענה לפי חוק זה יראו כ'פעולה מלחמתית'....".

223 ראו, למשל, דבריו של עו"ד מני מזוז בדיון בהצעת החוק בוועדת חוקה, חוק ומשפט: "יש פסיקה של בית המשפט העליון שלא מתייחסת לנציבות בשטחים. אין הגדרה של פעולה מלחמתית בחוק. הצעת החוק הזאת מנסה לתת הגדרה למונח פעולה מלחמתית בהתייחס לפעילות בשטחים בלבד. היא לא נותנת הגדרה מהי פעולה מלחמתית בתל-אביב או בירושלים או בגליל או בנגב" (פרוטוקול מס' 134 משיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט, י"ז כסלו התשנ"ח (16 דצמבר 1997)).

224 ס"ח 3173, 891.

רשלנית ואולי אף מכוונת יכולה להיתפס – וכך בוודאי תיתפס על ידי ציבור גדול – כסותרת את חוקי היסוד ואת ערכי הדמוקרטיה,<sup>225</sup> וכמנוגדת לתפיסה הנאורה של הרחבת אחריות המדינה והפיכתה ל"אחד האדם". הרחבה זו של החרגי העוסק בפעולה מלחמתית אף עומדת בסתירה מוחלטת לניסיונות של בית המשפט לצמצם את תחולת החסינות במשך השנים.

ואולם, בחינה מעמיקה יותר של התיקון, לאור השיקולים התאורטיים שהובאו במאמר זה, יכולה להסביר ולו באופן חלקי את כוונת המחוקק. הטענה היא שבכל המקרים שבהם נפגעים אזרחים או תושבים, כמו גם אזרחי מדינת אויב, כתוצאה מפעולה מלחמתית, המדינה אינה רוצה לכפוף אותם ואת עצמה לכללים הרגילים של דיני הנוזיקין. בעוד שנפגעי מדינת האויב שנפגעו בפעולה מלחמתית אינם זכאים לפיצויים משום שאינם נכללים במסגרת ה"פוליסה",<sup>226</sup> לא כך לגבי אזרחי מדינת ישראל או תושביה. לשם כך יצרה המדינה את חוקי התגמולים – עולם ביטוחי המעניק פיצוי ללא קשר לשאלת האשם. פירוש הולם של החוקים הרלבנטיים יביא לכך שבכל פעם שמקרה יצא מגדר תחולת דיני הנוזיקין הוא ייכנס למסגרתו של החוק לנפגעי פעולות איבה וכך יזכה הנפגע לתגמולים.<sup>227</sup> באופן דומה יחולו הוראות חוקי התגמולים האחרים ובכללם חוק מס רכוש.

הבעיה מתעוררת לגבי תושבי האזור. לכאורה, תיקון מס' 4 הוא שוויוני, שכן אינו מבחין בין דם לדם: החוק המתוקן חל הן על תושב ישראל והן על תושב השטחים, והופך את מדינת ישראל לחסינה כלפי כולי עלמא. הבעיה בתיקון מס' 4 היא שלמרות שוויוניות נחזית זו, שאינה מבחינה בין נפגעים שונים, חוקי התגמולים החלים רק על אזרחי ישראל או תושביה יוצרים בפועל הפליה בוטה. על אזרח או על תושב ישראלי חל המנגנון של ביטוח צד א', בעוד שעל פלסטיני לא הוחל כל מנגנון דומה. השמטת הסעיף שהיה כלול בהצעה, שלפיו יש לבית המשפט סמכות לפסוק פיצויים במקרים הומניטריים, סתמה למעשה את הגולל על כל אפשרות לפיצוי של תושבי האזור.<sup>228</sup>

225 ראו דברי השופט ברק על הסרת חסינות המדינה לאחר קבלת חוק הנוזיקים האזרחיים, הערה 8, בעמ' 134.

226 כאמור, ההנחה היא שהם נכללים במסגרת ה"פוליסה" שמונפקת על ידי מדינת אזרחותם.

227 עם זאת, חופש הבחירה שהיה נתון לנפגע אם לבחור בתביעה נזיקית או בתגמולים הצטמצם בצורה משמעותית.

228 גם בעניין זה יפים דבריו של עו"ד מני מזוז, שנאמר אגב הדיון בהצעת החוק בוועדת חוקה, חוק ומשפט. באותה תקופה כיהן מזוז כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה: "[החוק] קובע חידוש ושיפור שלא קיים היום בדיון, שגם במקרים שבית המשפט קובע שהיתה פעילות מלחמתית, הוא מוסמך [לפסוק פיצוין] לא לפנים משורת הדין. סמכות של בית משפט לא תלויה ברצון הטוב של המדינה. הוא יכול להחליט שאמנם היתה פעילות

ספק רב בעיני אם האיזון שהוצע בהצעת החוק ואפשר מתן פיצוי הומניטרי היה האיזון הראוי. דומני, כי לפחות בנוגע לנזקי האינתיפאדה הראשונה לא היה בו די, ונכון היה להחיל את מערכת "הביטוח הממלכתי" על האזור באמצעות ביטוח צד ג' באופן רטרואקטיבי, ולהעניק לנפגעים מפעולת כוחות הביטחון תגמולים בגין נזקים שנגרמו להם, באופן דומה לביטוח צד א' המוחל על אזרחים ותושבים ישראלים שנפגעים מפעולות איבה, בשינויים המחויבים. הדיון בשינויים הנדרשים – כיצד ישנה אופי הפיצוי, אם בכלל, ומתי צריך למנוע את תחולתו – הוא דיון נוקב, שוודאי ירבו המחלוקות לגביו, אך עליו להתקיים.<sup>229</sup> דיון זה צריך להיערך תוך התייחסות לעלויות הביטוח, למקורות המימון, להתרחשויות בשטחים ולשינוי במעמדם. כפי שצינתי לעיל, ניתן לומר שכיום, לאחר הסכמי אוסלו והקמת הרשות הפלסטינית, על השטחים המצויים בשליטת הרשות הפלסטינית צריך לחול הסדר ביטוח צד א' שאותו תקבע

מלחמתית כמובן זה שאין אשמה על המדינה אבל התוצאה של אין אשמה על המדינה היא מצב לא הוגן מבחינת התוצאה ההומניטרית על הנפגע ולחייב את המדינה לשלם... לצורך הדגמה משפטית של העקרון, ילדה בת 5 יכולה להיפגע גם על גג [בעקבות] אירוע של פעולה מלחמתית מובהקת ואז מדינת ישראל פטורה מתשלום גם על פי החוק הקיים היום. לפי החוק היום זה תלוי ברצון הטוב של משרד הביטחון אם לשלם או לא. למדינת ישראל יש רצון טוב והיא משלמת אבל היא עושה זאת לכאורה כטובה. לפי החוק החדש זה לא יהיה תלוי ברצון הטוב, בית המשפט יחייב אותה וגם יקבע את הסכום" (פרוטוקול מס' 134 משיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט, י"ז כסלו התשנ"ח (16 דצמבר 1997)) (הסוגריים המרובעים הוספו א.י.).

229 כך, למשל, עולה פעמים רבות השאלה כיצד תוכל המדינה להתמודד עם תביעות סרק, כשמערכת הנסיבות העובדתית נעלמת מעיניה. טיעון זה, הבא להצדיק את שלילת הפיצוי באופן מוחלט הוא למצער בעייתי. כמה שזנה מקרה זה ממקרים אחרים שמגיעים בפני חברות הביטוח או המוסד לביטוח לאומי, שבהם נאלצים הללו להתמודד עם מחסור באינפורמציה? על התובע מוטל נטל ראשוני להראות כי הנזק נגרם לו כתוצאה ממקרה שנופל בתחומי ה"פוליסה". לא עמד התובע בנטל זה – לא יזכה לפיצוי. זאת ועוד: העובדה שהחוב הכספי אינו יוצא מכיסו של החייל הבודד יקל עליו להעיד באופן "בלתי משוחד" על שהתרחש, ועל כן רב יותר הסיכוי שהאמת תצא לאור. גרסה מרוככת של טיעון זה תגרוס שיש להתאים את הכללים למציאות בשטחים כדי לצמצם את תופעת תביעות הסרק. כך, לדוגמה, העובדה שבניגוד למברטח ישראל יקשה לעקוב אחר צעדי הנפגע ולראות אם הגיש תביעת סרק, תביא לבדיקה מעמיקה יותר טרם ההכרה במתן הפיצוי. בדומה ניתן לטעון כי חזקות דומות לזו המופיעה בסעיף 2 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, הקובעת חזקה פגיעה איבה, צריכות להיות מרוככות, אם בכלל. עוד ניתן להגביל את היקף הפיצוי ולהחמיר במקרים שבהם החשש לתביעות סרק גדול במיוחד כגון מקרים של פגיעות נפשיות.

הרשות.<sup>230</sup> כך, ניתן גם לטעון כי החרפת פעולות ההתנגדות בשטחים והמעבר מהתקוממות עממית ללוחמה בנשק מזוין משנה אף היא את כללי המשחק, ודורשת התאמה של כללי הפיצוי;<sup>231</sup> אולם שלילת תחולתם של דיני הנזיקין ומתן חסינות למדינה, ללא מתן אפשרות פיצוי כלשהי – גם לאנשים התמימים ביותר, שלא היה להם כל קשר לאירוע, ונפגעו על לא עוול בכפם – היא מעשה שקשה לעבור עליו לסדר היום.

### 3. הוראות דיוניות בדבר נזק שנגרם באזור

גם אם הראה התובע שאין מדובר ב"פעולה מלחמתית" כהגדרתה הרחבה שבחוק, השוללת כל אפשרות לתביעה נזיקית, עליו לעמוד בהוראות הדיוניות המנויות בחוק. הוראות אלו אמנם אינן שוללות את אחריות המדינה אך הן מצמצמות באופן משמעותי את מספר המקרים שבהם היא תחוב. בניגוד להוראה הכללית בדבר הגדרת "פעולה מלחמתית", עוסקות ההוראות הדיוניות בהגשת תביעה בגין נזק שנגרם על ידי פעולות כוחות הביטחון באזור. גם לעניין זה אין בחוק הבחנה בין נפגעים שונים, כך שהוא חל

230 בדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט אמר השר שחל את הדברים הבאים: "היתה הצעה שהועלתה, לשלם סכום כולל על כל נזקי האינתיפאדה לרשות הפלסטינית ושהם יטפלו בבעיה וכל תביעה תופנה אליהם. היתה התנגדות מצד האוצר, לרעתי בראיה קצרת טווח מכיוון שזה הפיתרון הסביר. בוודאי, שהיה מתעורר ויכוח על גובה הסכום שצריך לשלם" (פרוטוקול מס' 134 מתאריך י"ז בכסלו תשנ"ח (16.12.97)). לעמדה נוגדת ראו דברי ח"כ גודינסקי באשר לתיקון מס' 5: "...הצעת החוק שמונחת לפנינו היא פשוט ניסיון לרבע את המעגל. אחת מהשתיים, ארוני השר, או שאנחנו לא רוצים להיות בשטחים, אז בבקשה, שצה"ל ייצא מהשטחים ואז הוא יגיד: כל מה שקורה שם זו רשות אחרת, זה לא נוגע לנו. או שהוא השליט בשטחים, כפי שזה קורה עכשיו, רוצה, מכניס את הצבא. רוצה, מרחיק אותו. רוצה, מטיל עוצר. רוצה, פותח. רוצה, סוגר. רוצה, מונע מאנשים לעבוד. רוצה, לא מונע מאנשים לעבוד. רוצה, מונע מהם לקיים פולחן. רוצה, לא מונע מהם לקיים פולחן. עושה מה שהוא רוצה. רוצה, מחליט שמתיישבים ישראלים ישבו במקום מסוים. הוא מחליט. הוא מחליט על השליטה בקרקע, על השליטה במקורות המים, על כל השליטות האלה אנחנו מחליטים, רק כאשר זה מגיע למקום שבו השליט נדרש לשאת באחריות בשל השליטה שלו, שם הממשלה מתחכמת. אני חושבת שההתחכמות הזאת לא יאה לשום ממשלה דמוקרטית. זה פשוט ניסיון לקחת את המסכנים והאומללים האלה, שחיים תחת כיבוש, וגם לשלול מהם את האפשרות המינימלית לבקש פיצוי. עוד אף אחד לא אומר שמקבלים פיצוי כשמבקשים פיצוי...". ישיבה 331 של הכנסת ה-15 מיום ז' באב תשס"ב, 16 ביולי 2002.

231 בעניין זה, למשל, גורסת הצעת החוק מ-1997 בסעיף 4, כי בית המשפט רשאי, מטעמים שיירשמו, לרחות תובענה, כולה או מקצתה, אם נוכח כי – (1) הפגיעה אירעה אגב פעולה עוינת חמורה של הנפגע נגד צבא הגנה לישראל או נגד אוכלוסייה אזרחית; (2) הנפגע הורשע בשל פעילות טרור חמורה נגד צבא הגנה לישראל או נגד אוכלוסייה אזרחית.



הן לגבי אזרח או תושב ישראל והן לגבי פלסטיני באותו אופן. עם זאת, מכיוון שעיקר הנפגעים באזור הם פלסטינים, הם המושפעים העיקריים מהחוק החדש.

מהלך גיבושן הסופי של ההוראות הדיוניות מהצעת החוק לחוק מלמד על מגמה שונה מזו שבאה לידי ביטוי בשינויים שעברה ההגדרה של "פעולה מלחמתית". בהוראות החוק יש משום הקלה בטיפול בתביעות שניתן להגיש כנגד המדינה או שלוחיה במקרים שבהם הנזק לא נגרם כתוצאה מפעולה מלחמתית.<sup>232</sup> אולם, הקלה זו היא אך ורק ביחס להצעת החוק. הוראות החוק המתוקן מהוות החמרה משמעותית ביחס לדין הקיים ולדיני הנזיקין ה"רגילים".

החוק מחייב את הנפגעים להודיע על מעשה שהביא לפגיעה תוך 60 יום מהתרחשותו.<sup>233</sup> זאת, למעט מקרים שבהם נבצר מהנפגע לתת הודעה שכזו, שאז תינתן ההודעה תוך 30 יום מיום הסרת המניעה.<sup>234</sup> ההוראות בדבר מתן הודעה מחייבות גם אם הנפגע נפטר והתביעה מוגשת על ידי התלויים או העיזבון. במקרה כזה ניתנת להם אפשרות להגיש הודעה תוך 60 יום מיום הפטירה.<sup>235</sup> הכלל הוא שבהעדר הודעה כזו לא ידון בית המשפט בתובענה, אם כי נשמרת לו האפשרות לסטות מכלל זה מטעמים מיוחדים שיירשמו.<sup>236</sup> החוק גם מאפשר לבית המשפט לדחות תובענה אם נשללה מהמדינה הזדמנות הוגנת להתגונן בתובענה בגין העובדה שהמועצה הפלסטינית לא קיימה את ההוראות בדבר עזרה משפטית.<sup>237</sup>

מגמת ההקלה ביחס להצעת החוק מסתמנת בהארכת תקופת התיישנות התביעה. בעוד שעל פי ההצעה הועמדה התקופה על שנה אחת בלבד, עם אפשרות להארכה בשנה נוספת, בחוק הועמדה תקופת התיישנות על שנתיים עם אפשרות הארכה לשנה נוספת.<sup>238</sup> הקלה נוספת ביחס להצעת החוק באה לכלל ביטוי כתחולתם של הסעיפים העוסקים בהעברת נטל הראיה: בעוד שההצעה שללה את תחולתם לחלוטין,<sup>239</sup> החוק

- 232 דברי ח"כ מיכאל איתן בעת הקריאה השנייה והשלישית בישיבה 333 של הכנסת ה-15, מיום י"ג באב תשס"ב (22.7.02).
- 233 סעיף 5א(2)(ב) רישא לחוק הנזיקים האזרחיים (המתוקן).
- 234 שם.
- 235 ובלבד שלפני מותו של הנפגע לא חלף המועד למתן ההודעה. ראו סעיף 5א' (2) (ג) לחוק מס' 4 לחוק הנזיקים האזרחיים (המתוקן).
- 236 סעיף 5א(2)(ד) לחוק הנזיקים האזרחיים (המתוקן).
- 237 סעיף 5א(5) לחוק הנזיקים האזרחיים (המתוקן).
- 238 ראו סעיף 5א(3) לחוק הנזיקים האזרחיים (המתוקן). לגבי קטין ביום המעשה, נקבעה תקופת הארכה מקסימלית של שלוש שנים.
- 239 סעיף 9(א) להצעת החוק לטיפול בתביעות של פעולות כוחות הביטחון ביהודה השומרון וחבל עזה.

שולל את תחולתם אך מאפשר לבית המשפט לעשות בהם שימוש אם מצא כי הדבר מוצדק בנסיבות העניין ומטעמים שיירשמו.<sup>240</sup>

ככל שידיעתי מגעת, הוראות דומות לאלו – החלות במקרים שבהם נפגע אדם על ידי המדינה או נציגה – לא קיימות בשום חוק אחר בספר החוקים הישראלי. מלשון החוק עולה כי תחולתן אינה מוגבלת בצורה כלשהי, והן חלות בשל כל נזק שנגרם כתוצאה ממעשי הצבא לכל אדם, ובלבד שנגרם באזור. זאת ועוד: יש לזכור כי במקרים שבהם חלות הוראות חוק אלו אין מדובר רק בפעולה מלחמתית. משום כך לא חלים תמיד חוקי התגמולים (או לפחות חוקי התגמולים הייעודיים – החוק למניעת פעולות איבה וחוק מס רכוש), ולעתים הדרך היחידה לקבל פיצוי אמיתי היא באמצעות דיני הנוזיקין. דרך זו מוגבלת בצורה משמעותית בחוק, שכן מהתובע נשללת למעשה זכות הגישה לערכאות.<sup>241</sup>

דבר אחד הוא לומר שבעת מלחמה יש להשעות את דיני הנוזיקין הרגילים, על עילות התביעה המהותיות שבהם כמו גם על כללי הפרוצדורה, ככל שהדבר נוגע לפגיעה שנגרמה במהלכה של פעולה מלחמתית; דבר אחר הוא לפגוע בזכותם של נפגעים פוטנציאליים במקרים שבהם לא מדובר בפעולה מלחמתית. במקרים אלו חוזרים דיני הנוזיקין הרגילים לתוקפם – הן המהותיים והן הפרוצדורליים – ואין מקום לסטות מהם, אלא בהינתן טעמים יוצאי דופן ובמקרים חריגים, תוך הצבעה מנומקת על הרציונל שבבסיסה. הנהגת כללים שונים בהתבסס אך ורק על מקום התרחשות הנזק עומדת בסתירה לערכי הדמוקרטיה, וסביר להניח שלא תעמוד בפסקת ההגבלה של חוקי היסוד. חשבו על נזק שנגרם על ידי חייל ברשלנות – או גרוע מכך: במכוון – בעת שהחייל שוהה באזור. נניח, לדוגמא, חייל מילואים שמאס במנות ה"לוף" מבית היוצר של המטבח הצבאי והחליט "לצ'פר" את חבריו לגדוד בכבש טרי שלקח מחצר ביתו של אחד הכפריים באזור, או בתרנגול מחצרו של אחד המתנחלים. לחלופין, הוא מנסה לצוד חוגלות ברובה, מפספס, ופוגע בחלונות הבתים של יישוב סמוך. ברור לכל כי בין פעולה זו לבין פעולה מלחמתית אין ולא כלום. גם ברור לכל, כי אילו היו הדברים מתבצעים בתחומי הקו הירוק היו החייל, כמו גם המדינה, אחראים בנוזיקים והיו חלים עליהם כללי הנוזיקין הרגילים – הן המהותיים והן הפרוצדורליים. מדוע יש לשנות זאת כשהדברים נעשים מצידו השני של הקו הירוק? הכיצד ניתן לכפות את התובע לסדר של כללים פרוצדורליים שונים, שאם לא יעמוד בהם תידחה תביעתו? על כך מנסים להשיב דברי ההסבר להצעת החוק, אולם אלו, למצער, אינם משכנעים. דיון מרחיב בסוגייה זו חורג מגדרו של מאמר זה, אך פטור בלא כלום לא אצא.

240 סעיף 5א(4) לחוק הנוזיקים האזרחיים (המתוקן).

241 סעיף 5 לחוק הנוזיקים האזרחיים (המתוקן). על כל סעיפי המשנה שלו.

ניקת, למשל, את ההנמקה שעומדת ביסוד שלילת ברירת המחדל לגבי תחולתו של סעיף 41. סעיף זה, על פי החוק החדש, לא יחול אלא בהתקיים נסיבות מיוחדות. בעניין זה אומרים דברי ההסבר כי במקרה של נזק באזור:

הנחת היסוד כי למדינה יש ידיעה, כעניין שבשגרה, אודות נסיבות גרם הנזק, אינה עומדת במבחן המציאות. אדרבה, המדינה היא העומדת בדרך כלל בנחיתות ראייתית ודווקא לתובע יש לעיתים קרובות ידיעה דבר נסיבות האירוע. במצב דברים זה העברת נטל הראיה חורצת במקרים רבים את גורל התביעה ועל המדינה מוטלת אחריות לאירוע

אמירה כללית זו יכולה להיות נכונה ביחס לכל נזק שהוא בכל מקום שהוא; אין בה הסבר מדוע נזק שנגרם באזור שונה מיתר המקרים הנוזקיים שבהם הכלל חל. נראה כי היוזמה לתיקון זה באה לאחר שבית המשפט לא קיבל את טענת המדינה כי פעולות מסוימות בשטחים נחשבות כפעולות מלחמה, וקבע כי הן ייחשבו לפעולות שיטור בלבד – ועל כן יחולו עליהן כללי הנוזקין הרגילים ובכללם היפוך הנטל. קביעות אלו הקשו על המדינה להתגונן, שכן דובר באירועים רבים ושונים שבהם השתתפו חיילים בתחלופה גבוהה ותחת לחץ מבצעי, כשלעתים היה קשה לאתרם כדי להעידם ולעיתים הם לא זכרו את האירוע. אולם, תחת ההגדרה הרחבה של המונח "פעולה מלחמתית" בחוק החדש הרי שלהיפוך הנטל אין עוד משמעות במקרים של פעולות "שיטור", שכן הן נחשבות לפעולות מלחמתיות וממילא לא יינתן בגינן פיצוי. היפוך הנטל רלבנטי, על כן, רק במקרים שבהם על אף ההגדרה הרחבה לא מדובר במקרה של פעולה מלחמתית. הגדרה זאת מצמצמת במידה משמעותית את המקרים שבהם המדינה יכולה להיות חייבת. זאת ועוד: באותן נסיבות אחרות, שבהן אין הצבא מצוי בלחץ ולא נשקפת סכנה לחיי אדם, לא ניתן למצוא לכללים המיוחדים הצדקה, בוודאי לא בנוסח הגורף שבו מנוסח הכלל.

כאופן דומה ניתן לבחון את נושא הגשת ההודעה ואת קיצור תקופת ההתיישנות. תכלית דרישות אלו, על פי הצעת החוק, היא:

לאפשר לכוחות הביטחון לברר במועד קרוב לאירוע את נסיבות האירוע והפגיעה הנטענת ולמנוע אפשרות של העלאת טענות על פגיעה על-ידי כוחות הביטחון זמן רב לאחר האירוע כאשר בדרך כלל בשלב זה אין אפשרות לברר את נסיבות האירוע הנטען.

מדוע המצב באזור, ביחס לאירועים שאינם נחשבים כפעולה מלחמתית, שונה מכל מקרה נזיקי אחר? בעניין זה הועלה חשש כי יהיה קושי לעקוב אחרי התובע ולברר מה נזק נגרם לו, וכן כי יש סיכוי רב שיוגשו תביעות שקריות. אולם, כאמור, דברים אלו נכונים ויפים לתביעות נזיקיות גם מעברו השני של הקו הירוק ולשופטים יש כלים

להתמודד עמם. אל לנו לשכוח כי נטל ההוכחה – הן בדבר קיום היסודות בבסיס עילת התביעה והן בדבר שיעור הנזק – מוטל לפתחו של התובע, ואם לא יצליח להרימו תידחה תביעתו.

#### 4. תיקון מס' 4 – סיומו של תהליך או תחילתו? כרוניקה של תוצאה ידועה מראש

נראה כי בהרחבה של חסינות המדינה בגין "פעולה מלחמתית" ובכללים הדינוניים המיוחדים שהוחלו על נזקים שנגרמו באזור לא ראתה המדינה די, שכן בימים אלו עומדת על הפרק הצעת חוק נוספת שבאה להרחיב את חסינות המדינה עוד יותר. מדובר בהצעת חוק הנוזקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 5) (הגשת תביעות נגד המדינה על ידי נתין מדינת אויב או תושב אזור עימות), התשס"ב-2002.<sup>242</sup> בהצעה זו מבקשת המדינה להבחין בין אזרחים ישראלים לבין נתני אויב או תושבי אזור עימות, ולהרחיב את חסינותה ביחס לנזקים הנגרמים לאזרחים.

על פי ההצעה, נזק שנגרם לנתין של מדינת אויב או נזק שנגרם לפעיל בארגון מחבלים<sup>243</sup> וכן נזק שנגרם לאדם שפעל בשליחות אחד מאלה או מטעמו, לא יחייב את המדינה בנוזקין.<sup>244</sup> ההצעה אינה מבחינה בין סוגי נזקים שונים, המקומות שבהם נגרמו או אופן גרימתם: החסינות היא מוחלטת. באשר לתושב אזור עימות מצמצמת ההצעה את חסינות המדינה, אם כי רק במעט. ההצעה מגדירה "עימות" כ"מצב דברים שבו מתרחשים אירועים בעלי אופי צבאי בין כוחות הביטחון לגורמים סדירים או בלתי סדירים העוינים לישראל". "אזור עימות" הוא אזור מחוץ לשטח ישראל ששר הביטחון הכריז לגביו שהוא אזור עימות. למדינה<sup>245</sup> ניתנת חסינות בשל נזק שנגרם לתושב אזור עימות מחוץ לאזור העימות,<sup>246</sup> כשהנזק נגרם בגין מעשה שנעשה במסגרת עימות או

242 הערה 224 לעיל.

243 לצורך הגדרת המונח "אויב" או "ארגון מחבלים" מפנה הצעת החוק בסעיף 5ב(א) להגדרה הקבועה בסעיף 91 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. על פי סעיף זה "אויב" – מי שהוא צד לוחם או מקיים מצב מלחמה נגד ישראל או מכריז על עצמו כאחד מאלה, בין שהוכרזה מלחמה ובין שלא הוכרזה, בין שיש פעולות איבה צבאיות ובין שאינן וכך ארגון מחבלים"; ו"ארגון מחבלים" הוא "ארגון שמטרותיו או פעולותיו מכוונות למיגור המדינה או לפגיעה בבטחונה של המדינה או בבטחון תושביה או ביהודים במדינות אחרות".

244 פרט למקרים שבהם עילת התביעה נובעת מנזק שנגרם בעת שהתובע היה מצוי במשמורת של מדינת ישראל כעצור או כאסיר.

245 לרבות רשות, גוף או אדם הפועלים מטעמה.

246 החוק בא להוסיף ולא לגרוע מכל זכות אחרת של המדינה; ראו סעיף 9א' להצעת החוק.

כתוצאה מעימות או ממעשה שביצעו כוחות הביטחון באזור עימות.<sup>247</sup> כלומר: כל עוד מדובר בנוק שנגרם מחוץ לאזור העימות, יש להראות זיקה סיבתית בין הנוק לעימות (במסגרת עימות או כתוצאה ממנו), אולם לגבי נזקים שנגרמו על ידי הצבא לתושב אזור עימות בתוך אזור העימות, באשר הם – אף אם אינם קשורים לעימות בדרך כלשהי, ובכלל זה נזקים שנגרמו ברשלנות ואולי אף במכוון – המדינה תהיה חסינה. במקרים אלו יוכלו תושבי אזור העימות לקבל פיצוי רק לפנים משורת הדין.<sup>248</sup> הצעת החוק קובעת כי שר הביטחון ימנה ועדה שתוסמך להציע לנפגעים, לפנים משורת הדין, תשלום חריג. הוועדה אף תקבע את שיעור התשלום.

הצעת החוק, על שני התיקונים העיקריים שבה, אמורה לחול באופן רטרואקטיבי. אם התקבל כחוק, מועד תחולתו יהיה מיום 29 לספטמבר 2000 – היום המסמן את תחילת האינתיפאדה השנייה – והיא תשלול כל אפשרות תביעה בגין נזקים שנגרמו במהלך אינתיפאדה זו, פרט למעשים שבגינם הוגשה תובענה והחלו בשמיעת ראיות טרם כניסת החוק לתוקף. תיקון מס' 5 לא יחול על נזקי האינתיפאדה הראשונה; על אלו יוטלו המגבלות מכוחו של תיקון מס' 4 בלבד.

השאלה המתבקשת מהצעת החוק החדשה היא מדוע יש צורך בשינוי נוסף מעבר לזה הקבוע בתיקון מס' 4, שתחולתו, כפי שראינו, רחבה עד מאוד? נראה שאת התשובה לשאלה זו צריך בראש ובראשונה לחפש במקרים שבהם תוסף הצעת החוק, אם תתקבל, על תיקון מס' 4 ותרחיב עוד יותר את חסינות המדינה. להבדיל מתיקון מס' 4, תיקון מס' 5 אינו מתייחס לעילת התביעה כי אם לזהות התובע.<sup>249</sup> ראינו כי תיקון מס' 4 שולל תביעה נזיקית בגין כל מעשה שייחשב לפעולה מלחמתית, תהא זהות הניזוק אשר תהא. על כן, פעולה שתוגדר ככזו תיכנס ממילא לגדרו של תיקון מס' 4 ולא יהיה כלל צורך בתיקון מס' 5. תיקון מס' 5 רלבנטי, אפוא, למצבים שבהם אירוע מסוים לא יוגדר

247 הצעת החוק מוציאה מגדר החסינות מקרים שבהם עילת התביעה נובעת מנוק שנגרם בעת שהתובע היה מצוי במשמורת של מדינת ישראל כעצור או אסיר; מקרים שנופלים לגדר ההגדרה של תאונת דרכים (גוף ורכוש), וכן נזקים שנגרמו על ידי המינהל האזרחי או מינהלת הממשל, התיאום והקישור, שלא במסגרת עימות או כתוצאה מעימות. ראו התוספת השנייה להצעת החוק (סעיף 5(ב)(2)), סעיפים 1-4.

248 זאת כשונה מנתין של מדינת אויב, שלגביו לא נקבעה אפשרות למתן פיצויים לפנים משורת הדין.

249 ראו, לרוגמא, את דברי ההסבר להצעת החוק: "הצעת חוק זו באה להסדיר את הפטור מאחריות המדינה לנוק לנתין של מדינה שהיא אויב, או למי שהוא פעיל בארגון מחבלים, או למי שניזוק בעת שפעל בשליחותו של אחד מהם או מטעמו (להלן – נתין אויב) ולנוק שנגרם לתושב אזור מחוץ לשטח מדינת ישראל, ששר הביטחון הכריז עליו שהוא אזור עימות (להלן – תושב אזור עימות)".

כ"פעולה מלחמתית" והתובע יהיה נתין מדינת אויב או תושב אזור עימות במגבלות הקבועות בהצעת החוק. במקרה כזה תיקון מס' 4 לא היה שולל עילת תביעה ולא היה מעניק חסינות למדינה (אלא רק מטיל מגבלות דיוניות על תביעה כגין נזק שנגרם באזור) – ותיקון מס' 5 עושה זאת, אם כי באופן פרסונלי. עילת התביעה תישלל רק מתובעים בעלי זהות מסוימת.

מטרתו של הניסיון להרחיב את חסינות המדינה, מעבר לקבוע בתיקון מס' 4, היא לקבץ את התפיסה שלפיה במקרה של עימות בין מדינות, כל מדינה אחראית לנזקה היא במסגרת הביטוח שהיא מעניקה לתושביה ולאזרחיה.<sup>250</sup> "התחשבנות" כגין נזקים אלו, אם תיערך, תיעשה בין המדינות בערוצים דיפלומטיים, ולא ברמה של הנפגע הבודד.<sup>251</sup> דברי ההסבר אף מדגישים את הבעייתיות שבהגשת תביעות שכאלו במישור המעשי, ובעיקר בתחום הראייתי.<sup>252</sup> בהצעת החוק מבקש המחוקק להיבנות ממדינות נוספות שפעלו באופן דומה – הגבילו את אחריות המדינה וקבעו את החריג בדבר חסינותה.<sup>253</sup>

250 בעניין זה גורסת הצעת החוק כי "מקובל ככלל כי בעת מאבק מזוין בין עמים, על כל צד לשאת בנזקיו ולטפל בנפגעיו; לאזרחי ישראל שנפגעו מאז פרוץ העימות, אין כידוע אפשרות מעשית לתבוע פיצוי לנזקם, מאלה האחראים לפגיעתם, והם זוכים לתגמולים מהמדינה כנפגעי פעולת איבה, בעוד שתושבי אזור העימות רשאים כיום להגיש תביעות נזיקין נגד המדינה, כך שהמדינה נושאת באחריות הן לנזקים שנגרמו לאזרחיה והן לנזקים שנגרמו לתושבי אזור העימות". שם, בעמ' 892.

251 על פי הצעת החוק, "נראה כי פעולות לחימה הגורמות נזק לפרט, אינן צריכות להיות מוכרעות על ידי דיני הנזיקין הרגילים, והדרך הראויה לפתור את בעיית הפיצוי בשל הנזק שפעולות הלחימה גורמות, היא הסדר מיוחד, מחוץ לגדרם של דיני הנזיקין הרגילים". שם.

252 על פי דברי ההסבר, "במישור המעשי מעוררות התביעות המוגשות נגד המדינה בעייתיות קשה בתחום הראייתי, עד כדי העדר יכולת להתגונן מפניהן בכלים המשפטיים הרגילים המתאימים לסכסוכים נזיקיים רגילים; בשל מספרם הרב של האירועים שהתרחשו במסגרת העימות, ומספרן הרב של הפעולות שבוצעו במסגרתן, נראה כי יקשה מאוד, בלשון המעטה, על המדינה לבדוק, הן במישור האחריות לאירוע והן במישור גובה הנזק, את הטענות בדבר מעורבות כוחות הביטחון באירוע או בפעולה הנטענים, בין השאר נוכח חילופי כוחות תכופים; העדר נגישות ושיתוף פעולה עם הפלסטינים אינו מאפשר אימות ועימות עדויות, לרבות חוות דעת ותיעוד רפואי שיוגשו מצד התובעים". שם.

253 על פי הצעת החוק, "מצב שבו המדינה נושאת בנזקי אזרחיה, וכאשר היא פועלת במסגרת חובתה לבטחונם, למניעת נזקים מצד גורמים עוינים ופגיעה בהם – גם בנזקים הנוצרים עקב כך – אינו ראוי, ויש מן המתקנות שבמדינות שמנעו היווצרות מצב זה". שם. הצעת החוק אינה מפנה למדינות ספציפיות, אם כי, כפי שנראה להלן, נראה שהמודל המנחה היה המודל האנגלי ודוקטרינת ה-Act of State. ראו הערה 45 לעיל.

בהקשר זה נשאלות שתי שאלות: הראשונה – האם העובדה שאדם הוא נתין מדינת אויב או פעיל בארגון מחבלים, כשלעצמה וללא כל סיבה נוספת, מצדיקה שלילת פיצוי נזיקי גם במקרים שבהם הנזק נגרם שלא אגב פעולה מלחמתית וללא כל קשר אליה? השנייה – האם על תושבי אזור העימות צריך לחול דין דומה לזה החל על נתיני מדינת אויב? לגבי תושבי האזור שאלה זו רלבנטית הן לגבי נזקים שנגרמו במסגרת העימות או כתוצאה ממנו, והן לגבי נזקים שנגרמו אגב מעשי כוחות הביטחון באזור העימות גם אם אינם במסגרת העימות.

מכיוון שמדובר כטיטה ראשונית בלבד של הצעת החוק, ומכיוון שסביר שעוד תעבור שינויים רבים טרם הפיכתה לחוק, אם בכלל, לא אכנס לשאלות ניסוחיות של סעיפי ההצעה אלא אתיחס לרוח ההצעה בלבד ולרציונל מאחורי דברי ההסבר.

האופן הרחב שבו מנוסחת החסינות והקביעות הגורפות הכלולות בהצעה מונעות מקבוצה מסוימת של אנשים, הלכה למעשה, את עצם האפשרות להגיש תביעה נזיקית נגד המדינה. גישה זו משתמעת גם מהשם שניתן להצעת החוק. פרט לסייגים המנויים בה, שוללת ההצעה כל אפשרות לפיצוי בגין כל נזק שנגרם על ידי המדינה לתושב אזור עימות או לנתין מדינת אויב ללא קשר לנסיבות גרימתו, לאופן שבו נגרם, לחומרתו, לאפשרות שהייתה למדינה להימנע ממנו ועוד. בכך נפגעות כמעט כל אחת מהזכויות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובמיוחד הזכות לחיים, לשלמות הגוף ולקניין. זכויות אלו נפגעות באשר הן אינן מקבלות ביטוי בעצם מתן פיצוי על הפגיעה.

אכן, במקרים שבהם מדובר בתביעה "עוינת" יש מקום להעניק משקל לאינטרסים לגיטימיים של המדינה להתגונן, ולשיקולים מיוחדים בדבר מתן פיצוי, אם בכלל; אולם תיקון מס' 5 מתיימר לעשות הרבה מעבר לכך. יש בו משום שלילת הזכות לפיצוי בגין כל פגיעה שהיא – גם כזו שנגרמה שלא במסגרת פעולה מלחמתית ובנסיבות הקיצוניות ביותר. פיצוי, אם יינתן, יינתן רק לפני משורת הדין ולא באמצעות ערכאה שיפוטית. וכאילו כדי להוסיף חטא על פשע, הפגיעה בזכויות במסגרת החוק נעשית באופן רטרואקטיבי.<sup>254</sup> החסינות הגורפת שמוצעת מכוחו של תיקון מס' 5 שוללת למעשה את זכות הגישה לערכאות, שלגביה נקבע כי היא מגיעה כדי זכות חוקתית ואף למעלה ממנה.<sup>255</sup> המדינה לא תישא בפיצוי לא בגלל שפעלה באופן סביר אלא בגלל שלא ניתן

254 הצעת החוק קובעת כי הוראת תחילה ותחולה תהיינה על כל מעשה שאירע אחרי כ"ט באלול תש"ס (29.9.00), למעט מעשה שבשלו הוגשה תובענה והחלו בשמיעת הראיות בה לפני מועד פרסום החוק.

255 "המחוקק יועד לחקיקה; המבצע יועד לביצוע; בית-המשפט יועד לשפיטה. מקום שאחד משלושה אלה בוחש בקדירת חברו – שלא על-פי דין מפורש – מתערער שיווי-המישקל שרק על-פיו יהיו סירי מימשל ומינהל תקינים... כך הוא מקום שהרשות המחוקקת אומרת לחסום את הדרך לבית-המשפט; קרא: מקום שהרשות המחוקקת – בין ביוזמתה

לעשות במקרה זה שימוש במערכת בתי המשפט. על פני הדברים ניכר ספק רב אם הצעת חוק זו, אם תתקבל, תעמוד במבחני החוקיות הנגזרים מכוחה של פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

נראה שהמודל שעמד לנגד עיני המחוקק, עת ניסח את הצעת החוק, הוא המודל האנגלי, שלפיו הכתר אינו חייב בגין מעשי אלימות במסגרת יחסי חוץ, אם נגרמו מחוץ לתחומי הממלכה וביחס לזרים. דין דומה יחול על אויב זר שנפגע על אדמת אנגליה. אולם, הדוקטרינה האנגלית אינה רחבה כמו זו שמנסה המחוקק הישראלי להנהיג. מעבר לכך, הדוקטרינה האנגלית גם מאפשרת לבית המשפט גמישות באשר לתחולתה – גמישות שכלל אינה קיימת בתיקון מס' 5. זאת ועוד: הנהגת תיקון מס' 4, ברוח החוק האמריקני, תואמת תפיסות חדשות של אחריות המדינה יותר מאשר תפיסות ששלטו במאה הקודמת, הבאות לכלל ביטוי במסגרת הדוקטרינה האנגלית של ה-Act of State. כיום, גם באנגליה המגמה היא לצמצם את חסינות המדינה ולהגבילה רק למקרים הכרחיים. אגב כך היא נגסת לא אחת. משהונהג תיקון מס' 4 והתקבל כחוק, הצורך בתיקון מס' 5 ובחסינות דוגמת הדוקטרינה האנגלית קטן מאוד, שכן התיקון ישתרע רק על המקרים השיוריים שבהם הנוזק נגרם שלא אגב פעולה מלחמתית.

אם הדברים שנאמרו לעיל נכונים לגבי נתיני מדינת אויב, הרי הם נכונים שבעתיים לגבי נזקים שנגרמים באזור. סמכותה של המדינה באמצעות שר הביטחון להכריז על שטח מחוץ למדינה כעל אזור עימות למעשה אינה מוגבלת, וככזו היא שוללת מתושבי המקום את זכותם לפיצוי בגין נזקים גופניים ורכושיים ללא מגבלות כלשהן, גם כשהנזקים אינם קשורים בדרך כלשהי לעימות וגם כשאין במקום ריבון זר שיפצה בגינם. האפשרות לפגיעה בוטה כזו, ולשלילת זכות משפטית לפיצוי גם במקרים הקיצוניים ביותר, קשה היא. כאמור, דומה שהענקת חסינות בגין אותם מקרים, בצורה גורפת כפי שנעשתה בהצעת החוק, עומדת בסתירה לחוק היסוד.

בין ביוזמת הרשות המבצעת – קובעת כי אלה ואלה עניינים לא יבואו לבית-המשפט להכרעה בהם. על ... נושא זכות הגישה לבית-המשפט... [נאמר כי] ... זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למיסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר... כי נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. ...גדע מכאן, כי חסימת הדרך לבית-משפט – בין כמישרין בין בעקיפין – ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה-*raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה". דברי כבוד השופט חשין בבג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נ"ג (1) 807, 763.



## ט. סיכום

בעניין ראונדנאף אמר השופט דב לוין את הדברים הבאים:

באילווצים בהם פועלים חיילים... קרו וקורות, למרבה הצער, תאונות, המסיבות נזק רב לגוף ולרכוש. כבר היו דברים מעולם שחיילים גרמו ברשלנותם לתאונות, בהן נהרגו ונפצעו חבריהם לשירות... בתאונות אלו נפגעו לעיתים עשרות חיילים. אם חטא החייל – יועמד לדין פלילי ותושת עליו סנקציה עונשית. האומנם חייל כזה, שפעל בתנאי סכנה... תוך כדי מילוי חובה שאין בה בחירה חופשית, יוצב גם בפני הסיכון הנוסף, החמור כלשעצמו, שהוא אישית עלול להיות מחויב לפצות את הניזוקים מחמת מעשהו או מחדלו?<sup>256</sup>

דברים אלו נאמרו בדעת מיעוט, לה היה שותף גם השופט (כתוארו אז) שמגר. הם נאמרו בהתייחס לסעיף 6 לחוק הניזקים האזרחיים, שבנוסחו דאו העניק חסינות למדינה בלא להעניקה במקביל גם לחייל. כך נוצרו מצבים שבהם המדינה הייתה פטורה והחייל – חייב. דעת הרוב באותו מקרה הייתה שגם אם רצוי לפטור את החייל מאחריות אישית, אין אפשרות לעשות זאת בדרך של פרשנות שיפוטית:

אם יש צורך בהרחבת הפטור... יש להשאיר את מלאכת התיקון למחוקק, שיצטרך לשקול את הנושא המורכב הזה על כל היבטיו ותוצאותיו.<sup>257</sup>

בעקבות עניין ראונדנאף תוקן חוק הניזקים האזרחיים, וכיום כאשר עומדת למדינה חסינות היא עומדת גם לחייל מכוח סעיף 7ב. כמעט 20 שנה לאחר מכן, ולאחר שדילמת ראונדנאף הוסדרה זה מכבר בידי המחוקק, מצא את עצמו בית המשפט העליון בעניין עודה דן כדילמה רומה. הפעם נדרש בית המשפט לפרשנותו של סעיף 5 לחוק, הדן בחסינות המדינה בגין "פעולות מלחמתיות". הסעיף עוסק בנזקים שנגרמו לאנשים שלא עקב השירות בצה"ל – בין שמדובר באנשי "אוהב" ובין שמדובר באנשי "אויב". במקרה נושא הדיון דובר בנוקי גוף שנגרמו לתושב השטחים אגב פעילותו של צה"ל בשטחים. ההנחה בפסק הדין הייתה שהחיילים התרשלו ועל כן, אם לא תעמוד להם החסינות, יימצאו מעוולים.

256 עניין ראונדנאף, הערה 7 לעיל, בעמ' 808.

257 ראו דברי השופטת בן-פורת בעניין ראונדנאף, שם, בעמ' 787, וכן דברי השופט ברק, בעמ' 801 לפסק הדין.

ההכרעה אינה פשוטה: אם האירוע יוגדר כ"פעולה מלחמתית" תקום חסינות גם למדינה וגם לחיילים, ועל כן הם לא יישאו בפיצויים מכוח דיני הנזיקין והנפגעים ישארו ללא פיצוי. לעומת זאת, אם יוגדר האירוע כ"פעולת שיטור" החסינות לא תחול, והמדינה, כמו גם החיילים, יהיו חייבים ביחד ולחוד.<sup>258</sup> הנפגעים במקרה זה יקבלו פיצוי. להכרעה זו חשיבות רבה, שכן יש בה כדי להשפיע על מאות מקרים נוספים בעבר ובעתיד. בית המשפט תר אחר דרך שתאפשר לו להשאיר את ההכרעה לכנסת באמצעות חקיקה ספציפית. על כן "עוכבה" הכרעתו זמן רב. מצד אחד היה בית המשפט מודע לכך שדיני הנזיקין הקלאסיים אינם מתאימים לחול על מקרים כגון אלו; מהצד השני הוא לא היה מעוניין להשאיר את הנזיקים ללא פיצוי. זאת, משום שבניגוד למקרה הפרדיגמטי של "פעולה מלחמתית", לצד "האויב" אין "ביטוח ממלכתי צד א'". המדינה לא הרימה את הכפפה בזמן, ועל כן בית המשפט נאלץ להכריע.

בנסיבות כאלו כל החלטה היא בעייתית, שכן היא גוררת אחריה תוצאות משפטיות קשות. הבעיות הפוטנציאליות הטמונות בה עלולות אף להחריף כתוצאה מהעובדה שהמבחנים עמומים, אין תוצאה ברורה וכל מקרה מוכרע לנסיבותיו הוא. בית המשפט בחר לפצות את הנזוקים. בכך אין להאשימו. הבעיה היא שבחירה שכזו אינה מביאה לידי ביטוי את כלל השיקולים הרלבנטיים, ובכלל זה את השפעתה על פעילות הצבא והחייל, קיומם של נפגעים שונים אשר נפגעים בנסיבות שונות, חילוקי הדעות בחברה הישראלית על כל גוניה, שיקולי תקציב וכיוצא באלו.

החלטתו של בית המשפט בדבר מתן פיצוי בנסיבות פסק הדין עוררה את המחוקק מרצון, והצעת חוק ששכבה שנים במגרה הוחייתה תוך חודשים ספורים והפכה לחוק חרות. לירוז התהליך גם תרמה, כנראה, האווירה הפוליטית בחברה הישראלית. לא זו אף זו: המחוקק, מתוך רצון לסתום את כל הפרצות ולשלול לחלוטין מתושבי אזור העימות את האפשרות לקבלת פיצוי, העלה הצעת חוק נוספת שאמורה לחול באופן רטרואקטיבי – מתחילת אינתיפאדת אל-אקצה. כעת תוטל לפתחו של בית המשפט משימה נוספת – בחינת חוקיותו של התיקון לחוק הנזיקין האזרחיים כמו גם של הצעת החוק, אם תתקבל. בעשותו כן יצטרך בית המשפט לבחון את האיזון שערך המחוקק בין יכולתה של מדינה להתגונן כראוי לבין זכותם של תושבי האזור לשמירה על כבוד האדם וחירותו.

258 התוצאה חמורה פחות מבעניין ראונדנאף, שכן הפעם המדינה חייבת גם מבחינה משפטית ולא רק מוסרית.