

מעמדה של הכנסת בעתירות לפסילת חוקים בעקבות בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון

מיכאל איתן*

א. מבוא

ב. תיקון מספר 7 לחוק אחריות המדינה בנוזקין – החקיקה ופסילתה

1. הרקע ליוזמת החקיקה
2. עבודת החקיקה בכנסת
3. פסילת ליבת החוק בעניין עדאלה

ג. הרקע לאי ההכרה בזכות העמידה של הכנסת

1. ייצוג הכנסת על ידי היועץ המשפטי לממשלה והתמורות בשני העשורים האחרונים
2. עמדת בית המשפט

ד. ביקורת על עמדת בית המשפט בנוגע לזכות העמידה של הכנסת

1. היעדר הבחנה בין ייצוג הכנסת בשאלת פרשנות חוק לייצוג הכנסת בעתירה לביטול חוק
2. פגיעה בכללי הצדק הטבעיים
3. היועץ המשפטי לממשלה אינו הכתובת הנכונה לייצג את הכנסת
4. טענת הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות
5. הרציונלים של ייצוג הכנסת העולים מהחלטת בג"ץ בפרשת עדאלה
א. בעיה פרשנית של הבהרת מושגים: "עימות" ו"אזור עימות"
ב. האומנם נחסמו שערי בית המשפט בפני פלסטינים?
ג. תכליתו של תיקון מספר 7: עמדת הכנסת
ד. ייחוס משמעות שגויה לסעיפי ההחרגה בחוק
ה. בקשה לסעד חלופי
6. משפט משווה – זכות העמידה של פרלמנטים בעתירות לביטול חוק

ה. פינג-פונג-פינג

1. התגובה על החלטות בית המשפט
2. הדיאלוג הרצוי בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת

א. מבוא

המטרה שעמדה לנגד עיני בבואי לכתוב את הרשימה הזו צפתה פני עתיד. ביקשתי לשכנע את קהילת המשפטנים בישראל לתמוך ככלל ביוזמות חקיקה שתשפרנה את הדיאלוג הדמוקרטי בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת. בייחוד ביקשתי לגייס תמיכה בזכות העמידה¹ של הכנסת, בבואה לבית המשפט, כשהיא מבקשת להגן על תקפותן של הוראות חוק שחוקקה כשבית המשפט דן בעתירות לפסילתן. בד בבד עם הכנת הרשימה יזמתי גם מהלך חקיקה. בימים אלו, שבהם אני משלים בעזרתה המלומדת והאדיבה של מערכת "הארץ דין" את התהליך המייגע של כתיבת

* הכותב הינו חבר כנסת מטעם הליכוד וחבר בוועדת חוק, חוקה ומשפט של הכנסת, כיהן כיושב ראש ועדת החוקה בעת חקיקת חוק הנוזקים האזרחיים (תיקון מספר 7).

¹ רשימה זו תשתמש במונח "זכות עמידה" לתאר את זכות הטיעון של הכנסת בבואה להגן על חקיקה שחוקקה. ראו: בג"ץ 5368/96 פנחסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (4) 364, 370-372 (1996). השאלה אם לא ראוי לאפשר לכנסת, אם היא חפצה בכך, להצטרף כמשיבה לכל דבר ועניין, אינה פשוטה. ראו בג"ץ 1795/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 380 (1997) (להלן: פרשת לשכת מנהלי ההשקעות).

הרשימה, הכנסת כבר קבלה בשלוש קריאות את הצעת החוק שיזמתי.² מסתבר כי לעתים קל יותר לחוקק את החוק מאשר לכתוב ב"הארץ דין" את דברי ההסבר שלו...

המניע לכתיבה היה פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ עדאלה נ' שר הביטחון (להלן: עניין **עדאלה**).³ בפסק הדין בפרשה זו ביטל בית המשפט את תוקפו של סעיף 5ג לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מספר 7) (להלן "החוק" או "חוק הנזיקים האזרחיים").⁴ התוצאה שאליה הגיע בית המשפט והנימוקים שבהם השתמש להסביר את החלטתו התעלמו מעמדת המחוקק ומההיסטוריה של החקיקה ומשום כך הגיע בית המשפט לעניות דעתי לידי החלטה שגויה.

בתקופת חקיקת החוק בכנסת כיהנתי כיושב ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט וניהלתי את דיוני הוועדה. השקעתי מאמצים רבים עם חברי הכנסת, חברי הצוות המקצועי של הוועדה ומומחים שהשתתפו וסייעו בהתנדבות כדי שנוציא יחדיו מתחת ידינו חוק שיהלום את ערכיה של מדינת ישראל ויעניק פתרון לבעיה משפטית-חברתית אקוטית שהוצבה לפתחנו. נדרשנו למצוא איזון ראוי בין זכות האדם לפיצוי בגין נזקים שהמדינה גרמה לו בפעילות רשלנית או זדונית של שליחיה לבין האינטרס הציבורי להגן על המדינה מפני תביעות נזיקין שנגרמו בפעילות מלחמתית להגנת המדינה ותושביה.

כשקראתי את פסק הדין נדהמתי, שכן לא מצאתי בו כל התייחסות, לטוב או לרע, לעמדת המחוקק. יתר על כן, מקריאת פסק הדין עלה בבירור שבית המשפט לא העמיק בקריאת הטקסט ולא בחן את ההיסטוריה החקיקתית כפי שזו משתקפת בדברי הכנסת ובדיוני הוועדה.⁵

כשפניתי ליועצת המשפטית של הכנסת וביקשתי לברר מדוע נציגי הכנסת בדיון לא הסבו את תשומת לבו של בית המשפט לנקודות חשובות בלשון החוק ולפרשנות הראויה להגדרות המופיעות בו, קיבלתי תשובה שהדהימה אותי עוד יותר: בית המשפט ככלל אינו מאפשר לכנסת לטעון בעתירות לביטול חוקים.⁶

"בית המשפט העליון הרחיב את זכות העמידה עד מאד".⁷ זכות העמידה הוענקה לא רק לצדדים לסכסוך אלא גם לכל ארגון ציבורי – גדול כקטן, זה או אחר – כמעט בלא הגבלה. רק בהקשר של הכנסת, בית המשפט הצר מאוד את זכות העמידה עד כדי שלילתה. לאחר שקבע כי בסמכותו לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת,⁸ הורה בית המשפט כי בעתירות לביטול חוק יש למחוק את הכנסת כמשיבה אף שמטבע העניינים בעתירה כזו, הכנסת היא המשיבה העיקרית

² ביום 12.1.2008 אישרה הכנסת בקריאה שלישית את הצעת חוק הכנסת (תיקון מס' 25) (התייצבות בהליך בעניין תוקפו של חוק), התשס"ח-2008, המתקן את סעיף 17 לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994, ס"ח 140, ולפיו "ראה בית משפט בהליך שלפניו, כי נדרש לברר את שאלת תוקפו של חוק, יזמין את הכנסת להתייצב בהליך, והיא תהיה רשאית להשמיע את טענותיה להוכחת תוקפו של החוק".

³ בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון** (לא פורסם) (12.12.2006).

⁴ חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מספר 7), התשס"א-2005, ס"ח 953, להלן: תיקון מספר 7 לחוק הנזיקים האזרחיים.

⁵ על התעמקות בית המשפט בעבודת המחוקק ככלי פרשני ראו למשל ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 254 (1995) (להלן: פרשת **מזרחי**), שבו ציטט השופט ברק בהרחבה רבה את דברי הכנסת.

⁶ פרשת **לשכת מנהלי ההשקעות**, לעיל הערה 1.

⁷ בג"ץ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(2) 62, 68 (2003).

⁸ פרשת **המזרחי**, לעיל הערה 5.

והבקיאה ביותר במעשה ידיו של המחוקק. את מסקנתו זו תמך בית המשפט בכך שהעתירה היא נגד החוק ולא נגד המחוקק.⁹ אם בזאת כיוון בית המשפט לכך שיש לשמור על הפרדת רשויות מוחלטת בין הרשות המחוקקת לרשות המפרשת את החוק, לטעמי אין לקבל את עמדתו, וזאת משתי סיבות: ראשית, משום שבדמוקרטיה אין הפרדת רשויות מוחלטת אלא, כפי שבית המשפט עצמו ציין, קיימים איזונים ובלמים בין הרשויות;¹⁰ ושנית, משום שבית המשפט עצמו לא התנזר מהתייצבות לדיונים שהתקיימו בכנסת כאשר אלו נגעו בענייניו, כפי שעוד אראה בהמשך.¹¹

יתרה מזו, בעשורים האחרונים, ובייחוד מאז 1992, נוקט בית המשפט מדיניות המכונה "אקטיביזם שיפוטי", שמשמעותה המעשית היא מעורבות שיפוטית רבה בניהול ענייני המדינה בדרך של פיקוח רחב היקף הכולל מתן הוראות לשתי הרשויות האחרות מה לא לעשות, מה כן לעשות, מתי לעשות וכיצד. מדיניות זו נשענת על משנתו של הנשיא ברק, כפי שפותחה בכתביתו האקדמית,¹² וכפי שנקלטה בפסיקה.¹³ לפי דעתי, מדיניות זו מחייבת רוויזיה בהגדרת הפונקציה של הרשות השופטת: לא עוד רשות המפרשת את החוק בתוקף תפקידה ליישב סכסוכים בין אדם לחברו, ובין המדינה לאזרח, אלא רשות שלטונית הרואה עצמה כחלק בלתי נפרד מכלי הניהול השוטפים של המדינה, שותפה בכירה בעיצוב אופייה ודרכה. רצונם של השופטים במעורבות עמוקה יותר במערכת הממשל מחייב אותם לשמור ביתר קפדנות על ריסון עצמי ועל הקפדה על יחס של כבוד כלפי הרשויות האחרות. הדרת הכנסת מהליכים המתנהלים בבית המשפט באשר להחלטותיה אינה עולה בקנה אחד עם יחס ראוי כזה ופוגעת ביכולת השופטים לראות את מלוא התמונה בטרם יקבלו החלטה.

מדיניות האקטיביזם השיפוטי הביאה מטבע הדברים לידי עימות בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.¹⁴ את תוצאות העימות הזה ניתן לראות חדשות לבקרים למשל בסכסוך בעניין הקמת בית המשפט לחוקה,¹⁵ בעימות בעניין מספר שופטי בית

⁹ פרשת **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל**, לעיל הערה 1.

¹⁰ בענין זה ראו, למשל, בג"ץ 164/97 **קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289, 338 (1998).

¹¹ הדיון בהפרדת רשויות וביחסי הכבוד ביניהן, בפרק ד. 4. בהמשך.

¹² אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" **משפט וממשל** א 9 (1992), אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 436 (2003), אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 77 (2004).

¹³ ראו, למשל, את עמדתו של השופט ד. לויין בבג"ץ 726/94 **כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר**, פ"ד מח(5) 441 (1994).

¹⁴ שיא העימות בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת ניכר בכמה פרשיות שבהן התערב בג"ץ בנושאים הנחשבים לב ליבת סמכות הרשות המבצעת, כמו התערבותו בהחלטה למגן את שדרות, ראו: בג"ץ 8397/06 **ווסר אדוארדו נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, 29.5.2007) או נושאים הקשורים באישור תקציבי הממשלה, ראו: בג"ץ 7443/03 **ית"ד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך** (טרם פורסם, 2.6.2004), בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר** (טרם פורסם, 5.1.2004). פסיקות אלו עוררו תרעומת בקרב הרשות המחוקקת. בדיון שהתקיים במליאה בנושא "פסיקותיו האחרונות של בג"ץ בעניין תקציב המדינה" נמתחה על בג"ץ ביקורת חריפה, ראו: ד"כ, 13, 8864-8821 (התשס"ד). ביקורת על התערבות זו גם התקבלה מכיוון העיתונות. ראו: **הארץ** (מאמר מאת המערכת) 12.1.2004 www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=381949&contrassID=2&subContrassID=3&sbSubContrassID=0

¹⁵ יובל יועז, "פרופ' פרידמן בעד הגבלת סמכויות בג"ץ" **וואלה חדשות** 6.2.2007 www.news.walla.co.il/?w=/1053277

המשפט העליון¹⁶ ובעימות המתקשר בין שר המשפטים דניאל פרידמן לבין נשיאת בית המשפט העליון דורית בייניש.¹⁷

העימותים האלו אינם בהכרח שליליים אבל הם צריכים להיות מוסדרים לפי כללי משחק מוסכמים כשזכות המילה האחרונה צריכה להיות מילתו של הריבון, הוא ציבור האזרחים. זכות הטיעון, החובה להקשיב והנכונות להשתכנע הם חלק בלתי נפרד מכל התגוששות דמוקרטית בין אדם לאדם, בין אדם לרשות ובין הרשויות לבין עצמן; הסדרת זכות הטיעון של הכנסת בעת הדיון בעתירה לפסילת חוק נגזרת מהכלל הדמוקרטי הבסיסי הזה ונחוצה עוד יותר במציאות החדשה של יחסי הרשויות בישראל, והיא כאמור מושא הארתנו.

חשוב להדגיש כי נוכחות הכנסת בדיון בשאלת תוקפו של דבר חקיקה חשובה לא רק בגלל הצורך לקיים שיח דמוקרטי ענייני בין הרשויות, אלא גם כדי לשפר את ההליך השיפוטי עצמו. אילו היה נציג הכנסת משתתף בדיון בפרשת **עדאלה**, ומעלה טענותיו, היה בית המשפט בפסק דינו דן במושגים בסיסיים בחוק כגון 'עימות' ו'איזור עימות' ולא מתעלם מהם כעולה מפסק הדין. בנוסף, הוא היה בוחן (ואולי מקבל) את טענת המחוקק, שהפרשנות הנכונה של החוק אינה נועלת ככלל את שערי בית המשפט, וביחוד לא על בסיס מפלה (רק מפלסטינים), כפי שסבר בטעות בית המשפט. כן היה בית המשפט מקבל הסבר מדוע סעיפי החוק אינם מייצרים מצב של שלילה גורפת של זכויות, כפי שהוא קבע בפסק הדין, אלא מאפשרים בדיקה פרטנית של כל מקרה ומקרה. בית המשפט היה יכול להבחין בכך שהפרשנות שנתנה הכנסת לחוק שונה מעמדת היועץ המשפטי לממשלה, והיה למד עד כמה היה חמור מצב ניגודי העניינים שבו היה נתון היועץ המשפטי לממשלה כשנדרש לייצג את עמדת המחוקק.

בפרק ב אציג את הרקע לחקיקתו של תיקון מספר 7, את עבודת הוועדה בהכנת החוק לאישור מליאת הכנסת ואת ביטולה של ליבת החוק בבית הדין הגבוה לצדק. בפרק ג אדון בהיבטים השונים של התביעה לזכות עמידה עצמאית של הכנסת בבית המשפט. הפרק יפתח ברקע ההיסטורי, יציג את הפסיקה הרלוונטית ויבקר את הדרתה של הכנסת מבית המשפט בדיונים לפסילת חוק. בפרק זה אעסוק בטיעונים כאמור, הן במישור העקרוני-כללי המצדיקים מתן זכות עמידה לכנסת והן במישור הייחודי של פרשת **עדאלה**, שממנה ניתן ללמוד לעניות דעתי כי אילו הייתה הכנסת נוכחת בדיון ומשמיעה עמדתה, פסק הדין היה איכותי יותר וייתכן אפילו שביית המשפט היה מגיע לידי החלטה שונה באשר לתוקפו של החוק ...

בפרק ד אציג את המשך הפינג פונג לאחר החקיקה וביטולה, תגובת הכנסת והממשלה על החלטת הפסילה של החוק בפרשת **עדאלה** ותגובת הכנסת והממשלה על תביעת הכנסת לזכות עמידה עצמאית בבית המשפט. אסיים פרק זה ואת הרשימה כולה בקריאה לרב שיח מכובד וסובלני יותר בין שלוש רשויות השלטון.

¹⁶ אברם זינו "בייניש לפרידמן: קודם מינויים אחר כך שינויים" **Y-net חדשות** 5.3.2007 www.ynet.co.il/articles/0.7340.L-3372778.00.html

¹⁷ יועז, לעיל הערה 15.

ב. תיקון מספר 7 לחוק אחריות המדינה בנוזיקין – החקיקה ופסילתה

1. הרקע ליוזמת החקיקה

בפרק זה אביא את הרקע לתיקון מספר 7 והשתלשלותו עד לפסילתו בפסק הדין בפרשת **עדאלה**. מדינת ישראל, כמדינות דמוקרטיות אחרות, רואה בפעילות מלחמתית של כוחות הביטחון שלה "מעשה מדינה", המקנה לה חסינות מפני תביעות בנוזיקין, וברוח זו קיבלה הכנסת בשנת 1952 את חוק הנוזיקים האזרחיים (להלן: החוק).¹⁸ חסינות כזו המצויה בחוק הישראלי ובחוקי מדינות אחרות עלולה לגרום מידה לא מבוטלת של עוול לאדם שלא נטל חלק בלוחמה ושנפגע, כאמור, על לא עוול בכפו, ולכן מקובל שכל מדינה אחראית לשקם את נזקי המלחמה שנגרמו לאזרחיה שלה. גם כאשר קיימים הסדרי פיצויים בין מדינות בסיום המלחמה, לא קמה בדרך כלל לאזרח הבודד עילה לתבוע בנוזיקין את המדינה שכוחות הביטחון שלה גרמו לו נזקי גוף או רכוש במהלך הפעילות המלחמתית. חרף החסינות המוענקת להן מפני תביעות נזיקין, יש מדינות נאורות המפעילות במקרים מיוחדים, כשהן מוצאות לכך טעם הומניטרי, ועדות מיוחדות באחריות הרשות המבצעת. תפקידן של ועדות אלה הוא לקבוע תשלום פיצויים למי שנפגעו מפעילות מלחמתית של כוחות הביטחון שלהן, לפני משורת הדין, כפי שקורה לדוגמה בארצות הברית.¹⁹

סעיף 5 לחוק מגדיר את היקף חסינות המדינה מפני תביעות נזיקיות.²⁰ בישראל שלפני מלחמת ששת הימים פירשו בתי המשפט את הסעיף הזה בצמצום רב המגביל את היקף החסינות. לדוגמה, בפסק הדין המנחה בסוגיה זו, פרשת **תחנות הטורקטורים**, קבע השופט חיים כהן כי פעולת שמירה אינה נחשבת ל"פעולה מלחמתית".²¹ נימוקו היה שלא די בכך שהפעולה הייתה צבאית, אלא עליה להיות **מלחמתית**. ישנן פעולות צבאיות נוספות כגון פעולת אפסנאות או עזרה רפואית ובכל זאת הן אינן נחשבות לפעולות מלחמתיות – כך גם שמירה. לדבריו, יש לפרש את הסייגים לאחריות המדינה בצמצום כדי שלא יישלל מן האזרח סעד אלא אם כן ביטא המחוקק את רצונו המפורש שכך יהיה.²² יותר משני עשורים חלפו ובפרשת **לוי**²³ דחה השופט שמגר את טענת המדינה כי פעולת כינוס של יחידה צבאית בעורף היא פעולה מלחמתית בהסתמכו על פסק דינו של השופט כהן בפרשת **תחנות הטורקטורים**. גם כאן בלטה הגישה שיש לפרש בצמצום את המונח "פעולה מלחמתית".²⁴

¹⁸ סעיף 5 לחוק הנוזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, ס"ח 109, להלן: חוק הנוזיקים האזרחיים.

¹⁹ ראו בעניין זה Federal Torts Claims Act of 1946, H.R 9285, 80th Cong. §2680 (1946). בארצות הברית העקרון הוא שהריבון חסין מפני תביעות נזיקיות, אולם הוא יכול לוותר על החסינות בשתי דרכים חלופיות. הראשונה, ניתן להגיש בקונגרס הצעת חוק פרטית לפיצוי, העוסקת באירוע הנוזיקי הספציפי, והניזוק יפוצה מכוח חוק זה. השנייה, ניתן להפנות את התביעה לבית משפט לתביעות פדרליות כדי שיקבע אם לניזוק יש זכות שבושר לפני משורת הדין. הקונגרס יכול להחליט בהתבסס על חוות דעתו של בית המשפט.

²⁰ סעיף 5 לחוק הנוזיקים האזרחיים, לעיל הערה 18, קובע ש"אין המדינה אחראית בנוזיקים על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא ההגנה לישראל".

²¹ ע"א 311/59 **תחנות הטורקטורים נ' חייט**, פ"ד יד(2) 1609 (1960).

²² שם.

²³ ע"א 623/83 **לוי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(1) 477 (1986).

²⁴ שם.

בעקבות מלחמת ששת הימים פעלו כוחות הביטחון הישראליים בשטחי יהודה ושומרון במגוון רחב של משימות שיטור, כגון שמירת הביטחון השוטף, וכן עסקו בפעולות מלחמתיות נגד קבוצות של מחבלים או נגד מליציות חצי צבאיות. במהלך החודשים שחלפו לאחר מלחמת ששת הימים לא הייתה לפלסטינים שנפגעו במהלך הפעילות של כוחות הביטחון הישראליים, זכות לתבוע את המדינה בבתי משפט בישראל²⁵ בגין נזקים שנגרמו להם על ידי כוחות הביטחון ביהודה, שומרון וחבל עזה. המסלול שהוצע לניזוקים פלסטינים אלה, היה ברור תביעתם בוועדות משפטיות שפעלו מכוחו של המושל הצבאי, ושמתפקידן היה לפצות בגין נזקים שגרמו כוחות הביטחון במעשי זדון או מתוך רשלנות. בנסיבות מיוחדות, כשלא הוכחו רשלנות או זדון, היו מי שזכו לסעד על בסיס הומניטרי. בד בבד פעלה במשרד הביטחון ועדת "לפנים משורת הדין" שפיצתה פלסטינים על בסיס הומניטרי בגין נזקים שגרמו להם כוחות ביטחון ישראליים.²⁶

היועץ המשפטי לממשלה אז, מאיר שמגר, הנחה את נציגי המדינה שלא להתנגד לברור תביעות של פלסטינים בבתי המשפט בישראל בטענת חוסר סמכות;²⁷ וכך במרוצת השנים התגבש הנוהג שלפיו התבררו תביעות נזיקין של פלסטינים נגד המדינה בבתי משפט בישראל. לשאלה מהיכן שואבים הפלסטינים את זכות התביעה בבתי משפט בישראל יש חשיבות לנוכח החקיקה שביטלה או שצמצמה זכות זו. אם לא מדובר בזכות חוקתית אלא בזכות שבאה מכוחו של נוהג שגובש בתיקון מספר 4 לחוק, מדוע חוק אחר אינו יכול לצמצם את הזכות הזו או לבטלה כליל?²⁸

ייתכן שאופי הנוכחות הישראלית ביישובי יהודה, שומרון ועזה, לרבות הקמת יישובי קבע של אזרחים ישראלים באזור, הזמן שחלף מסיום הקרבות בין כוחות סדירים באזור, האופק המרוחק של הסדרי קבע והעובדה שלתושבי האזור לא הייתה חלופה ריאלית למימוש הליכים שיפוטיים – כל אלה השפיעו על החלטת היועץ שמגר. התוצאה הייתה שבעקבות פריצת האינתיפאדה הראשונה בשנת 1987 ופעילות כוחות הביטחון להשלטת הסדר, הגישו תובעים פלסטינים מאות תביעות נגד המדינה.²⁹ על פי ההלכה שרווחה בישראל, בתי המשפט פירשו את הביטוי 'פעילות מלחמתית' על דרך הצמצום, פירוש שלא היה יכול לתת מענה למצבים המיוחדים שנוצרו בשטח בעת הפעולות להשבת הסדר במקרי מהומות, שאותן היה קשה לסווג לקטגוריות המוכרות של פעילות אזרחית – השבת הסדר על כנו – או מלחמתית, כגון התמודדות עם מידי אבנים, מידי בקבוקי מולוטוב ומפעילי נשק חם שסיכנו חיים.³⁰

²⁵ פרוטוקול ישיבה מספר 502 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (15.6.2005), בעמ' 2. ניתן לצפייה באתר הכנסת www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-06-15.rtf.

²⁶ המידע מבוסס על שיחה בעל פה שערך המחבר עם יעל מאור ראש חטיבת תביעות וביטוח במשרד הביטחון ועם עו"ד דינה פוליאק ראש תחום תובענות.

²⁷ המחבר למד על כך משיחה אישית שקיים ביוזמתו בעניין זה עם השופט שמגר שכיהן בשנים 1968-1975 כיועץ משפטי לממשלה.

²⁸ עניין **עדאלה**, לעיל הערה 3, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט גרוניס.

²⁹ עורכת הדין תמר קלהורה ממשרד המשפטים, פרוטוקול 511 לוועדת חוקה חוק ומשפט מתאריך 23.6.2005, בעמ' 48. ניתן לצפייה באתר הכנסת www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-06-23.rtf.

³⁰ ראו, למשל, ע"א 5964/92 **עודה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 1, 8-9 (2002) (להלן: פרשת **בני עודה**).

נוצר צורך להתאים את הגדרת המושג "פעילות מלחמתית" לתנאי המאבק בטרור, ואכן משרד המשפטים יזם חקיקה – תיקון מספר 4 לחוק הנזיקים האזרחיים אחריות המדינה.³¹ גם בית המשפט היה ער לצורך להבחין בין פעילות אזרחית לפעילות מלחמתית של כוחות הביטחון במהלך האינתיפאדה הראשונה. בפסק הדין בפרשת **בני עודה**³² התייחס השופט ברק לסוגיה זו. מעצר חשודים, קבע השופט ברק בנסיבות של אותו מקרה, לא נחשב ל"פעולה מלחמתית" היות שיש להבחין בין פעולה מלחמתית, שבה נשקפת סכנה לחיי חיילים המבקשים להגן על עצמם, לבין פעולה שבה הם פועלים כמשטרה ונתונים לסיכונים המשטרתיים. השופט ברק הדגיש כי מה שקובע את אופייה של הפעולה הם התנאים בשטח. יכול שפעולה תתחיל כפעולה משטרתית ובמהלכה תידרדר לפעולה מלחמתית. נגרם נזק על ידי כוחות בטחון מפעולה משטרתית, יחולו דיני הנזיקין הרגילים, אולם במקרה שבו נשקפת לחיילים סכנת חיים, לא מדובר בסיכון רגיל אלא בסיכון מיוחד וראוי שהטיפול יהיה מחוץ לגדריה של האחריות הנזיקית הרגילה.

ב-24 ביולי 2004, כמה חודשים לאחר פרסום אותו פסק דין, השלימה הכנסת את חקיקת תיקון מספר 4 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), אשר הגדיר מחדש את המושג "פעולה מלחמתית":

"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.³³

תיקון מספר 4 גם קבע הסדרים מיוחדים להגשת תביעות נזיקין נגד המדינה בגין פעילותם של כוחות הצבא, קיצר את תקופת ההתיישנות וביטל את תחולתם של סעיפים 38 ו-41 לפקודת הנזיקין.³⁴

היוזמה הממשלתית לתיקון מספר 4 באה עקב החשש שתביעות פלסטיניות, שנאמדו בסכומים של מאות מיליוני שקלים, תתקבלנה בבתי המשפט בישראל בגלל הפרשנות הצרה של המונח "פעולה מלחמתית", כפי שראינו לעיל. על פניו נראָה שהיקף החסינות, שהעניק תיקון מספר 4, רחב ביותר והוא עורר ביקורת חריפה,³⁵ אולם במובן מסוים הוא הועיל לתובעים

³¹ חוק הנזיקים האזרחיים (תיקון מספר 4) (אחריות המדינה), התשס"ב-2002, ס"ח 1862 (להלן: תיקון מספר 4 לחוק הנזיקים האזרחיים).

³² פרשת **בני עודה**, לעיל הערה 30.

³³ תיקון מספר 4 לחוק הנזיקים האזרחיים, לעיל הערה 31.

³⁴ סעיפים 38, 41 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), התשכ"ח-1968. נטל ההוכחה בתביעות מוטל בדרך כלל על התובע, אולם בהתקיים תנאים מסוימים מכוח סעיפים אלו, יעבור נטל ההוכחה אל כתפי הנתבע. מטרת הסעיפים להתמודד עם פערי מידע בין המזיק לבין הניזוק. במצבים שבהם המזיק יודע הרבה יותר מן הניזוק על נסיבות הפגיעה, נראה זה ראוי בעיני המחוקק שהנטל יעבור אליו משום שלא ראוי שאי ידיעתו של הניזוק תיזקף לחובתו. בסעיפים אלו ניתן לעשות שימוש, למשל, במקרים של רשלנות רפואית בעת ניתוח, שבהם המנותח אינו יודע מהן נסיבות ההתרשלות היות שהיה מורדם. נוסח הסעיפים מאפשר גם לתובעים באירועי ביטחון להעביר את הנטל, בטענה שהמידע בדבר אופן הירי מצוי בידי הצבא, ולא בידיהם.

³⁵ ראו, למשל, פרוטוקול 502, לעיל הערה 25, בעמ' 9.

הפלסטינים משום שזכותם להגיש תביעות נגד המדינה בבתי משפט בישראל הוכרה בחוק הישראלי.

בינתיים פרצה אינתיפאדה שנייה. האינתיפאדה הראשונה דמתה יותר להתקוממות עממית, שבה פעלו בעיקר אזרחים לא חמושים, שחיו תחת שליטתו האפקטיבית (אם גם הזמנית) של המפקד הישראלי, ואילו האינתיפאדה השנייה דמתה הרבה יותר למלחמת גרילה יזומה, שבה נטלו חלק כוחות צבאיים וצבאיים למחצה של הרשות הפלסטינית וארגוני הטרור, ששלטו אפקטיבית בשטחים מוגדרים (שטחי A) ביהודה, שומרון ועזה. במהלכה של האינתיפאדה השנייה התרחשו הרבה יותר אירועי ירי משני הכיוונים, שלא כתנאים ששררו בתקופת האינתיפאדה הראשונה; בשטחים רבים ביהודה, שומרון ועזה עצם הנוכחות של אזרח ישראלי, ובייחוד של חייל ישראלי, סיכנה ממש את חייו ולא רק כשהיה מדובר בפעולה משטרתית "אזרחית", כגון שיטור או מעצרים, אלא גם בפעילות כגון תיקון קווי טלפון או חשמל. מספר הנפגעים במהלך האינתיפאדה השנייה היה גבוה ממספר הנפגעים שנהרגו ונפצעו באינתיפאדה הראשונה, יותר מאלף ישראלים – אזרחים וחיילים – נהרגו ואלפים רבים נפצעו, וגם בקרב הפלסטינים מספר הנפגעים נאמד באלפים והיקף הנזקים לרכוש גם הוא עלה לאין שיעור בימי מלחמת האינתיפאדה השנייה.³⁶

הפעילות הצבאית רחבת היקף לדיכוי האינתיפאדה השנייה בשנים 2000-2005 הניבה גל נוסף של תביעות של פלסטינים שביקשו פיצויים מהמדינה בגין נזקים שנגרמו להם על ידי כוחות הביטחון. פרקליטי המדינה, אשר נאלצו להתמודד בבתי המשפט עם התביעות, חשו שגם תיקון מספר 4 לא היווה מענה נאות.³⁷ זאת משום שהוא לא מנע מאוכלוסייה פלסטינית, שחלקה שיתף פעולה עם הטרור ברמות שונות של מעורבות או תמך בה באופן פסיבי,³⁸ לתבוע כספים ממדינת ישראל בגין נזקים שנגרמו עקב צעדי הגנה עצמית ופעולות מנע לגיטימיות שביצעו כוחות הביטחון הישראליים במאבקם לחיסול הטרור ותשתיותיו. פרקליטי המדינה טענו כי מדינת ישראל נתונה במצב פרדוקסלי משום שהיא סופגת את נזקי המלחמה שגרמו הפלסטינים לישראל וגם מפצה את הפלסטינים על נזקי המלחמה שנגרמו להם.³⁹ לעניות דעתי, ניתן היה גם להצביע על הרשות הפלסטינית כאחראית לפצות את מי שנפגעו במהלך פעילות מלחמתית שהיא עצמה יזמה ו/או הייתה צד פעיל בה. הרשות מצדה לא קיבלה עליה, כמובן, כל אחריות לשיקום תושביה והסתפקה בתשלום תגמולים רק למשפחות מחבלים מתאבדים ולפעילי טרור אחרים.⁴⁰

³⁶ על נזקי האינתיפאדה ראו, למשל, ב"ויקיפדיה".

www.he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%99%D7%A0%D7%AA%D7%99%D7%A4%D7%90%D7%93%D7%94

³⁷ ראו, למשל, דברי הפרקליט אהרון גל, פרוטוקול 502, לעיל הערה 25, בעמ' 19.

³⁸ לפי סקרים שפורסמו על ידי P.S.R, עולה שרבים מהאוכלוסייה הפלסטינית מביעים תמיכה באלימות נגד מטרות ישראליות. לדוגמה, בחודש מאי 2002 פורסם סקר שלפיו 92% מן הפלסטינים תומכים בהתקפות מזוינות נגד חיילים, 89% – נגד מתנחלים ו-67% מאמינים שעיוותים צבאיים משיגים טוב יותר את מטרות הפלסטינים מהידברות. בחודש אוגוסט 2002 פורסם סקר שלפיו 90% מהפלסטינים תומכים בהתקפות מזוינות נגד אזרחים וחיילים ו-52% תומכים בהתקפות נגד אזרחים בתוך תחומי מדינת ישראל. בחודש אוקטובר 2003 פורסם סקר, שלפיו 75% מהפלסטינים תומכים בפיגוע ההתאבדות במסעדת מקסים שהביא לידי הירצחם של 20 אזרחים ישראלים. לצפייה בסקרים אלו, ראו: www.pcpsr.org/survey.

³⁹ ראו, למשל, פרוטוקול 489, לעיל הערה 19, בעמ' 4 ו-6, וכן דברי הסבר להצעת חוק הניזקים האזרחיים (תיקון מספר 5) (אחריות המדינה), התשס"ה-2005, ה"ח 3173.

⁴⁰ פרוטוקול 511, לעיל הערה 29, בעמ' 20, 56, פרוטוקול 489, לעיל הערה 39, בעמ' 3, 6.

כמו שאירועי האינתיפאדה הראשונה הניבו את תיקון מספר 4, גל הטרור של האינתיפאדה השנייה הניע את משרד המשפטים לזוּם את תיקון מספר 5 שנהפך מאוחר יותר לתיקון מספר 7. בחודש יולי של שנת 2002 אישרה הכנסת בקריאה ראשונה את הצעת החוק והעבירה אותו לוועדת החוקה, חוק ומשפט להכנת החוק לקריאה שנייה ושלישית. חודשים מספר לאחר מכן התפזרה הכנסת ה-15. רק כעבור כשלוש שנים, במרץ 2005, החלה ועדת החוקה, חוק ומשפט לדון בהכנת הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית ורק בחודש מאי 2005 החלה ועדת החוקה לדון בהצעת החוק במטרה להכניח לקריאה שנייה ושלישית במליאה.⁴¹

ההיגיון שעמד לנגד עיניהם של מנסחי הצעת החוק הממשלתית⁴² היה שמאחר שמדובר במלחמה, יש לראות בפלסטינים אוכלוסיית אויב לפחות באזורים שבהם התנהלה לוחמה אינטנסיבית, כגון בג'נין. הקונסטרוקציה המשפטית שבה השתמשו יוזמי החקיקה לא התייחסה לחסינות המדינה אלא לשלילת זכות התביעה מסוג מסוים של נפגעים.

התוצאה הייתה עלולה להתבטא במה שנתפס בוועדת הכנסת כשלילת זכויות גורפת וכהפליה קשה. לדוגמה, אם יחידה מסוימת ביצעה אימון באזור מסוים, שנבחר ברשלנות על ידי המפקד, וחיילים ירו למטרות אימון כדורים שפגעו בשני עוברי אורח שנסעו בכביש, האחד ישראלי והשני פלסטיני; לישראלי תושב האזור קמה עילת תביעה לפיצויים ואילו תביעת שכנו הערבי הייתה אמורה להידחות על הסף אם היה תושב אזור שהוכרז כ"אזור עימות" בלא כל קשר לאופי המעשה שממנו נפגע (למעט חריגים מסוימים שנקבעו בחוק).

יוזמת החקיקה הממשלתית עוררה ביקורת קשה באקדמיה ובחוגים מסוימים בציבור והדיה הגיעו עד לחדר ועדת החוקה, חוק ומשפט, שהכניח את הצעת החוק לאישור מליאת הכנסת.

2. עבודת החקיקה בכנסת

במהלך דיוני הוועדה התקיימו שבע ישיבות מלבד ישיבות ההכנה של הגורמים המקצועיים. בדיונים השתתפו (לסירוגין) כ-15 חברי כנסת והופיעו בפניה כ-50 עדים, ביניהם אקדמאים, משפטנים, נציגי הפרקליטות האזרחית והצבאית, נציגי ארגונים רבים ובהם האגודה לזכויות האזרח, "בצלם", "עדאלה", המוקד להגנת הפרט, "אמנסטי", הוועד הציבורי נגד עינויים, לשכת עורכי הדין בישראל ונציגי "פורום מג"דים, מח"טים וטייסים במיל". הכנסת השקיעה בחקיקה הזו עבודה רבה. דברי ימיה של העבודה הזו מסופרים בין השאר בכ-600 עמודים של "דברי הכנסת" ובפרוטוקולים של הוועדה.

מבחינה משפטית, עמדת המדינה להוסיף ולתקן את חוק הנזיקים האזרחיים, ולא להסתפק בתיקון מספר 4, נשענה לא רק על טענה מוסרית, כי לא ראוי להעניק לאוכלוסייה הפלסטינית פיצוי על נזקים שגרמו כוחות הביטחון כחלק מהמאבק בטרור הפלסטיני, טרור שזכה

⁴¹ הצעת החוק הממשלתית הרחיבה את ההגנה של המדינה מפני תביעות נזיקין של פלסטינים ויצרה מנגנון של הכרזה על אזור עימות. שר הביטחון הוסמך בהצעת החוק להכריז על אזורים מסוימים ביהודה, שומרון ועזה כאזורי עימות. משהוכרז אזור מסוים כאזור עימות, על פי הצעת החוק הממשלתית נשללה מתושב אזור העימות מאליה זכות התביעה לפיצויים בגין נזקים שנגרמו לו מכל פעולה שהיא, למעט חריגים צרים שנקבעו בהצעה (למשל, תאונות דרכים). בדברי ההסבר שצורפו להצעת החוק הובהר כי שר הביטחון התחייב לפני חברי הממשלה שלא יכלול את אזורי ההתיישבות היהודית ביהודה, שומרון ועזה בהכרזות על אזורי עימות.

⁴² הצעת חוק הנזיקים האזרחיים (תיקון מספר 5), לעיל הערה 39.

לגיבוי נרחב ברחוב הפלסטיני,⁴³ אלא גם על בעיה משפטית-ראייתית: חוסר היכולת להזים את ראיות התביעה. זאת משום שלתובע הפלסטיני, שטען כי נפגע מירי רשלני של הצבא בעת שישב בחדרו וסעד את ארוחתו, לא היה קושי לגייס עדים שיתמכו בגרסתו ויציגו את העובדות בצורה נוחה לתביעה. לעומת זאת, לפרקליט שהגן על המדינה היה קשה מאוד לאסוף את ראיות ההגנה. בתנאי המלחמה ששררו בשטח באותה תקופה, למדינה היה קושי לברר מי ירה את הכדור ובאילו נסיבות. לדוגמה, במהלך שבוע ימים בגזרה שבה הוצבה יחידת מילואים אחת אירעו מקרים רבים – עשרות ואולי מאות מקרים של חילופי אש. כאשר הירי יכול להגיע מכמה כיוונים, היכולת המעשית לברר ברמה מספקת את נסיבותיה המדויקות של כל לחיצה על ההדק ואת מסלולו של כל כדור אינה בנמצא. זאת ועוד, תחקור עשרות או מאות אנשי מילואים כדי לקבוע אם הירי נעשה במסגרת פעולה מלחמתית אם לאו מחייב מאמצים רבים, לעתים בלתי אפשריים.

הוועדה שמעה עדויות של קציני צה"ל בדבר הקשיים לאתר את חיילי המילואים שהיו בטווחי זמן ומקום המתאימים לדיון בתביעה. הם תיארו את התגובות השליליות של פקודיהם כאשר נדרשו להתייצב לבירורים האלה בבתי המשפט ולאבד ימי עבודה או לימודים בנוסף לשירות המילואים. מבחינתם הם עזבו משפחות ומקומות עבודה והתייצבו לקריאת הצבא להילחם בטרור. הם חוו את שירותם המבצעי באזור כפעילות מלחמתית שנועדה לחסל מוקדי טרור ולא כפעולה של שמירה על הסדר;⁴⁴ וכשהתבקשו לבוא להעיד, מחו רבים מהם על עצם קיום המשפט ברמת העיקרון, ואחרים על הנטל הנוסף שהוטל עליהם להתייצב בבתי המשפט ולאבד ימי עבודה או לימודים. הוועדה גם שמעה עדויות על חיילים וקצינים אחדים שחששו שאם יופיעו בבתי משפט, ופרטיהם האישיים ייחשפו, הם עלולים להיתבע לדיון מחוץ לישראל.⁴⁵

נציג הפרקליטות, עורך הדין אהרון גל, העיד כי תיקון מספר 4 לא השיג את מטרתו ועמד על דעתו גם לנוכח ההסתייגויות של מוזמנים אחרים שהשתתפו בדיון.⁴⁶ לדברי גל, דיני הנזיקין ודיני הראיות אינם מתאימים כלל לדיון בנזקים שאירעו באירועי מלחמה. עוד הוסיף נציג הפרקליטות כי למרות תיקון מספר 4, המונע מהתובע את השימוש בסעיפים 38 ו-41 לפקודת הנזיקין,⁴⁷ הרי בתי המשפט עדיין מאפשרים בפועל את העברת נטל ההוכחה אל המדינה בתביעות נזיקין של נפגעים מפעולות הצבא.

בהתחשב בכל אלו, מצאה הוועדה כי יש להוסיף על הצעדים שננקטו בתיקון מספר 4 אבל לא בדרך של הרחבת ההגנות וסגירת בתי המשפט באופן גורף, כפי שהיה אפשר להבין מהצעת החוק המקורית, אלא בחקיקה נקודתית שתטפל בסוגיית הראיות בדרך שתאפשר למדינה להתגונן בלי שידיה תהיינה קשורות. דיוני הוועדה היו רצופים עימותים בין נציגי משרד המשפטים, שביקשו לשמור על הנוסח המקורי של הצעת החוק, לבין חברי הוועדה ויועציה

⁴³ לעיל הערה 38.

⁴⁴ ראו, למשל, את דבריו של ילון פרחי בפרוטוקול 511, לעיל הערה 29, בעמ' 3 וכן את דברי רון שכנר, מח"ט 408 בפרוטוקול 489, לעיל הערה 39, בעמ' 45, 46-47.

⁴⁵ פרוטוקול 489, לעיל הערה 39, בעמ' 28 וכן דברי אל"מ שרביט-ברוך, שם, בעמ' 28.

⁴⁶ פרוטוקול 502, לעיל הערה 25, בעמ' 19.

⁴⁷ לעיל הערה 34.

המשפטיים שפעם אחר פעם ביקשו למתן את הצעת החוק תוך אזהרה כי אם הצעת החוק לא תעבור שינויים, אין לה כל סכוי לשרוד את הדיון הצפוי בבג"ץ.⁴⁸

הוועדה לא ביצעה שינויים מפליגים בנוסח של הצעת החוק, אבל בעזרת אותם שינויים מעטים שהכניסה, היא אפשרה פרשנות שונה לחלוטין מזו שמחברי ההצעה המקורית ביקשו לתת לחוק.

ראשית, הוועדה ביצעה שינוי בסיסי בקונסטרוקציה המשפטית של החוק; לא עוד מנגנון של שלילת זכות התביעה מסוג מסוים של תושבים אלא חסינות מפני תביעות בגין מעשים שבוצעו במהלך העימות הצבאי בלא כל קשר לשאלה מי הוא התובע. ההבחנה הזו בין הנפגעים, שהכתימה את החוק בהפליה על רקע לאומי, נמחקה. בנוסח הסופי של החוק נקבע כי חסינות המדינה עומדת או נופלת בלי כל קשר לזהות התובע, אם הוא יהודי או ערבי, תושב פלסטיני או מתנחל יהודי.

שנית, הוועדה שינתה את משמעות הכרות שר הביטחון. ההכרזה כשלעצמה אינה חוסמת תביעות אלא יש לה ערך ראייתי בלבד; היא מביאה לבית המשפט את עדותו של שר הביטחון על כך שבאיזור מסוים בזמן מסוים התקיים עימות בעל אופי צבאי בין כוחות הביטחון לאויב. התעודה מייצרת חזקה הניתנת לסתירה כי מי שנפגע באזור העימות, נפגע מפעולה בעלת אופי צבאי במסגרת העימות. ההכרזה של שר הביטחון מעבירה את הנטל לתובע. לתובע ניתנת על פי החוק אפשרות לשכנע את בית המשפט שאחד מהמרכיבים של הגדרת האזור כ"אזור עימות" אינו מתקיים במקרה הפרטי שלו, ובכך הוא סולל את דרכו להצלחת תביעתו אף ששר הביטחון הוציא תעודת אזור עימות.

החוק מאפשר ביקורת על אופן השימוש בסמכות ההכרזה. מובן שהכרזות סיטונאיות של שר הביטחון אינן עולות בקנה אחד עם לשון החוק ורוחו. הכרזות שכאלה ניתנות לתקיפה (ולביטול) בדיון בבית הדין הגבוה לצדק, אולם גם אם לא בוטלו ההכרזות הגורפות של שר הביטחון בבג"ץ, לשונו של החוק מאפשרת לתובע לתקוף את ההכרזה בתקיפה עקיפה בעת בירור תביעת הנזיקין בבית המשפט המוסמך.

שלישית, המושג "אזור עימות" שונה; על פי החוק אין אזור עימות בלא עימות עם אויב, ואין עימות בלא פעולה בעלת אופי צבאי לנוכח הגדרת העימות בחוק כ"מצב דברים שבו מתרחש אירוע או מתרחשים אירועים בעלי אופי צבאי בין כוחות הביטחון לבין גורמים סדירים או בלתי סדירים העוינים לישראל או מצב דברים שבו מתבצעות פעולות איבה של ארגון עוין לישראל"; חסינות המדינה לא הורחבה אפוא מעבר למה שכבר נקבע בתיקון מספר 4.

⁴⁸ כמה עימותים התעוררו בהקשר זה. לדוגמה, במעמד דיוני הוועדה, ראו פרוטוקול 555 של ועדת חוקה, חוק ומשפט מתאריך 25.7.2005 בעמ' 33-42. ניתן לצפייה באתר הכנסת – www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-07-25-02.rtf, או העימות שניטש במליאת הכנסת במעמד ההצבעה על החוק. בעת ההיא תמכו כמה חברי ועדה בנוסח של משרד המשפטים. מצאתי את עצמי בעמדת מיעוט, ולכן ביקשתי הפסקה ובמהלכה שכנעתי את חברי מהליכוד שלא ללכת בעקבות הנוסח המוצע על ידי משרד המשפטים ולהצטרף לעמדתו. ראו: ד"כ, 39, 24934-24942 (התשס"ה). או דברי פרופ' מרדכי קרמניצר בפרוטוקול 511, לעיל הערה 29, בעמ' 9, את דברי ד"ר אביעד הכהן, שם, בעמ' 39-41. וראו את דברי חבר הכנסת יצחק לוי בפרוטוקול ישיבה מספר 535 של ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, (14.7.2005), בעמ' 92 וכן את דברי יו"ר הוועדה; שם, בעמ' 96.

רביעית, במהלך דיוני הוועדה הובהר והוסכם גם עם נציגי משרד המשפטים כי לתועדת שר הביטחון המכריזה על אזור עימות ערך ראייתי מוגבל, וכי היא ניתנת לתקיפה ישירה בבג"ץ ולתקיפה עקיפה בכל דיון משפטי שבו הפרקליטות מציגה תועדה כזו.⁴⁹

חמישית, ועדת החוקה תמכה ברעיון של פיצויים על בסיס הומניטרי באמצעות ועדה. בנוסח הסופי של החוק נקבע (בניגוד למה שהוצע בהצעת החוק) כי הרכב הוועדה ייקבע **בחקיקה ראשית**. עוד צוין כי בהרכב הוועדה יכהנו שני חברים בעלי רקע משפטי, כאשר ההנחה היא שמשפטנים רגישים יותר לזכויות האדם. ועדת החוקה גם שמרה לעצמה זכות לפקח על כללי העבודה של הוועדה שכן קבעה בנוסח הסופי כי הכללים ששר הביטחון יקבע, ייקבעו בתקנות באישור ועדת חוקה, חוק ומשפט.

שישית, סעיף 5(גד) לנוסח שהתקבל,⁵⁰ ולא הופיע בנוסח המוצע, קובע פרוצדורה המטילה חובה על מערכת הביטחון להודיע בתוך שלושים ימים לאדם שנפגע על ידי המדינה (והודיע על פגיעתו זו לפי סעיף 5א[2]) על החלטת השר שמדובר באזור עימות. פרוצדורה זו מאפשרת לנפגע לשקול את צעדיו: לרדת ממסלול התביעה לנוכח טענת ההגנה של המדינה כי מדובר באירוע שהתרחש באזור עימות ולעבור למסלול החריגים, או להתעמת בבית המשפט עם הכרזת שר הביטחון.

שביעית, הוועדה הוסיפה לנוסח הצעת החוק את סעיף 5(א) ובכך אפשרה לתבוע את המדינה גם במקרים שכוחות הביטחון גרמו נזק במהלך פעולה מלחמתית, במקרים שבהם נגרם הנזק תוך ביצוע **עבירה** לרבות **עבירת משמעת** או **מעשה רשלני** שביצע אדם שנמנה עם כוחות הביטחון, והורשע על כך בפסק דין חלוט.

לסיכום, תיקון מספר 7 נועד להשיג את תכליתו באמצעות פרשנות דווקנית של המושגים "עימות", "אזור עימות" ו"מסגרת העימות". על פי נוסח הוועדה, והפרשנות שהתקבלה במהלך דיוניה, הכרזה על אזור עימות, אשר מפני פעולות המתבצעות בו קמה למדינה חסינות, אינה סוף פסוק, אלא רק כלי עזר בדרכו של השופט להכריע בדיון. באמצעות התיקון לפקודת הניזקין לא ביקש המחוקק לחולל שינוי מהפכני, אלא להפך. באמצעות התיקון ביקש המחוקק לשמר את המדיניות החקיקתית והמשפטית המאזנת בין ההגנה על זכויות האדם לבין ההגנה על המדינה ותושביה, ולכן לא קיבל את ההצעה להרחיב את חסינות המדינה מעבר למה שנקבע בתיקון מספר 4. המחוקק ריסן במידה משמעותית את הצעת הממשלה והסתפק בשינויים קלים בבחינת מסר לשופטים: בנסיבות המיוחדות שנוצרו עקב העימות המתמשך עם הפלסטינים והצורך בפעילות צבאית נרחבת, יש צורך בהתאמת דיני הניזקין בישראל למציאות זו. יש למנוע הצפה של בתי המשפט במאות תביעות כאילו לא לחמו כוחות הביטחון בשטח, יש למנוע הטלת נטל כבד ובלתי הוגן על המדינה כמתגוננת ויש להותיר לוועדה "לפנים משורת הדין" לטפל במי שראויים מטעמים הומניטריים לסעד גם אם החוק אינו לצדם. מצד אחר לא הביעה ועדת חוקה, חוק ומשפט אמון עיוור בשר הביטחון, ונתנה בלשון החוק מרווח מספיק לפסול תעודות "אזור עימות" שהוציא השר בניגוד לחוק. הוועדה גם העניקה לשופטים בבתי המשפט את סמכות הבדיקה בכל מקרה

⁴⁹ לדוגמה, ראו את חילופי הדברים בין עו"ד תמר קלהורה לבין יו"ר הוועדה מיכאל איתן בפרוטוקול ישיבה מספר 521 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, (30.6.2005), בעמ' 36-38.

⁵⁰ סעיף 5(גד) לחוק דיני הניזקים האזרחיים.

לגופו, אם יש לקבל את טענות התובע כי חרף האמור בתעודה הוא נפגע מפעולה שאינה פעולה שבוצעה במסגרת העימות, ולכן הוא זכאי לפיצוי. זהו המסר שביקשה הכנסת להעביר בחקיקה הזו, מתוך אמונה שהשופטים הם שיחליטו בתבונתם וברגישותם כיצד ליישם אותו בכל פעם שיתבקשו לפסוק על פי האמור בתיקון הזה.

3. פסילת ליבת החוק בעניין עדאלה

ב-27 ביולי 2005 אישרה המליאה בקריאה שנייה ושלישית את ההצעה. החקיקה הושלמה. עוד בטרם יבשה הדיו על החוק החדש, עוד בטרם נתקבלה החלטה כלשהי בתיק קונקרטי, הזדרזו עותרים לפנות לבג"ץ בשלוש עתירות⁵¹ לביטול החוק.

בחודש פברואר 2006, ערב הבחירות לכנסת ה-17, בעוד העתירות נמצאות על שולחנו של בית המשפט, הכריז שר הביטחון בתיאום עם יועציו המשפטיים על שטחי יהודה שומרון ועזה כעל אזורים עימות מכוח החוק החדש. ההכרזות כיסו מבחינה גיאוגרפית את מרבית השטחים האלו ואולי אף את כולם.⁵² גם טווחי הזמן נראו על פניהם כגורפים ומוגזמים. ההכרזות האלו אמנם נגדו את כוונת המחוקק, אך עלו בקנה אחד עם הפרשנות שנתנו לחוק נציגי הממשלה. ככל הידוע לי, הכרזות אלו לא הותקפו במישרין בבג"ץ ואף אחת מהן גם לא הותקפה בערכאה נמוכה יותר, בתביעת פיצויים. אילו היה מתקיים דיון כזה, ייתכן שהתעודות האלו לא היו עומדות במבחן המעשה, ובתי המשפט היו מתעלמים מהן.

ב-12 בדצמבר 2006, ערב סיום כהונת נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) השופט ברק, פרסם בית המשפט את פסק הדין, שביטל את הוראות סעיף 5 לתיקון מספר 7, בשל היותן נוגדות את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הנשיא ברק קבע בפסק דינו כי סעיף 5 פוגע בזכויות של פלסטינים תושבי האזור לתבוע בישראל ועל פי דיני הנזיקין הישראליים, על נזקים שנגרמו להם על ידי כוחות הביטחון באזור עימות.⁵³ כן נקבע שמדובר בזכויות חוקתיות המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁵⁴ כגון: הזכות לקניין (שנפגעת משלילת הזכאות לפיצויים)⁵⁵ וכן הזכויות לחיים, לחירות, לכבוד ולפרטיות.⁵⁶ השופט ברק סבר כי הפגיעה שפוגע סעיף 5 בזכויות האמורות אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁵⁷ ולכן הכריז על ביטולו של הסעיף. לעמדת השופט ברק הצטרפו שמונה שופטים, שבעה מהם, ובכללם נשיאת בית המשפט העליון, לא הוסיפו מילה על נימוקיו של השופט ברק. השופט גרוניס הסתייג מהקביעה שנשללה מהתובעים הפלסטינים זכות מוגנת.⁵⁸

51 עניין **עדאלה**, לעיל הערה 3.

52 י"פ 5493 הודעה על הכרזה על אזורים עימות לפי חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (10.2.2006).

53 עניין **עדאלה**, לעיל הערה 3, בפסקה 23 לפסק דינו של השופט ברק.

54 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

55 עניין **עדאלה**, לעיל הערה 3, בפסקה 24 לפסק דינו של השופט ברק.

56 שם, בפסקה 25 לפסק דינו של השופט ברק.

57 שם, בפסקה 41 לפסק דינו של השופט ברק.

58 שם, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט גרוניס.

ג הרקע לאי ההכרה בזכות העמידה של הכנסת

בית המשפט לא מצא לנכון להזמין את הכנסת להביע את עמדתה בעניין העתירות לפסילת החוק שחוקקה הכנסת. הוא גם התעלם לחלוטין מההיסטוריה החקיקתית כפי שהיא משתקפת בפרוטוקולים של דיוני הכנסת. באי הזמנת הכנסת לדיון המשיך בית המשפט לקיים נוהג היסטורי ולפיו היועץ המשפטי לממשלה מייצג את הכנסת בעתירות נגד הכנסת. למרות השינויים במשטר הקונסטיטוציוני (חקיקת חוקי היסוד והפרשנות שבית המשפט נתן להם) בתחילת שנות ה-90, ולמרות חקיקה מפורשת שהכנסת חוקקה בדבר עצמאות הייצוג שלה בבתי המשפט בתחילת שנות האלפיים, העדיף בית המשפט למנוע מהכנסת זכות עמידה לפניו. בפרק זה אביא את הרקע לנוהג שהשתרש במסורת המשפטית בישראל, ולפיה היועץ המשפטי לממשלה מייצג את הכנסת.

1. ייצוג הכנסת על ידי היועץ המשפטי לממשלה והתמורות בשני העשורים האחרונים

האבות המייסדים של המדינה לא האדירו את מעמדה של הכנסת מלבד תשלום מס שפתיים בדבר היותה הריבון. הם שמרו באמצעות משטר קואליציוני נוקשה על צייתנותה וכניעותה להחלטות הממשלה ולעומד בראשה.

על יכולתה של הכנסת להתמודד עם הרשות המבצעת לרבות בכל הקשור לליבת תפקידה כרשות מחוקקת ניתן ללמוד מהעובדה שבמחלקה המשפטית של הכנסת עבדו במשך עשרות שנים לא יותר מחמישה עד שישה משפטנים לעומת מחלקת החקיקה במשרד המשפטים שבה עבדו עשרות משפטנים, שהיו מסוגלים להיעזר (בעזרת תקציבים שהועמדו לרשותם) גם במומחים מחוץ למשרד ובמנגנון עזר גדול.⁵⁹ חברי הכנסת פעלו בכנסת ובוועדותיה במשרה חלקית בלבד ואם נוסף לכך את העובדה שמספר חברי הכנסת (בניכוי מספר השרים וסגני השרים) הוא נמוך יחסית למקובל בגופים מחוקקים בעולם, נקבל את התוצאה הבלתי נמנעת שהכנסת לא הייתה יכולה לבצע כראוי אפילו את עבודת הפיקוח על החקיקה ולא הייתה מסוגלת לעסוק בדרך ראויה במיוחד בחקיקה מקצועית שדרשה התעמקות וירידה לפרטים.

הכנסת לא הייתה מסוגלת להתמודד בעצמה גם עם כל הקשור לייצוגה בערכאות. במשך כל אותן שנים היה מקובל שהיועץ המשפטי לממשלה בעצמו או באמצעות הפרקליטות מייצג את הכנסת בבתי המשפט. אולם צריך לזכור כי באותן שנים בית המשפט לא דן בעתירות לפסילת חוק.⁶⁰ משהכריז בית המשפט על סמכותו לבטל חקיקה, הוא היה אמור לשנות גם את עמדתו באשר לסוגיית הייצוג של הכנסת בעתירות כאלו.

במרוצת השנים כחלק מהתמורות שעברו על הדמוקרטיה הישראלית, גם סגנון העבודה של הכנסת וחבריה השתנה; על חברי הכנסת נאסר לעסוק בעיסוק נוסף ושעות עבודתם בכנסת ובוועדותיה הורחבו במידה משמעותית, המשמעת הקואליציונית הנוקשה התרופפה וחבריה נהפכו לבעלי השפעה בלתי מבוטלת על הממשלה ותפקודה. שינוי זה בא לידי ביטוי גם בכל

⁵⁹ כיום עובדים במחלקה המשפטית של הכנסת כ-50 עורכי דין ומתמחים.

⁶⁰ המקרה הראשון שבו בג"ץ ביטל חוק אירע בשנת 1969 בבג"ץ 98/69 ברגמן נגד שר האוצר ומבקר המדינה, פ"ד כג (1) 693 (1969).

הקשור לפונקציית החקיקה של בית המחוקקים. המחלקה המשפטית בכנסת גדלה והתרחבה עד מאוד. פונקציית הניסוח הסופי של החקיקה הועברה משרד המשפטים לכנסת. יותר מאי פעם שונו עוד ועוד הצעות חוק ממשלתיות במידה ניכרת כשבכנסת מתגבשת מסורת של התנגדות מקצועית וערכית להצעות חקיקה שנטו להיות "פרו ממשלתיות" יתר על המידה על חשבון זכויות אדם ואזרח.⁶¹ מספרן של הצעות החוק הפרטיות גדל, ויותר הצעות חוק ממשלתיות עברו שינויים משמעותיים בתהליך אישור החקיקה בכנסת. בשנת 2001 חוקקה הכנסת פרק בחוק הכנסת שדן בתפקיד היועץ המשפטי לכנסת.⁶² החוק מסדיר את תפקידיו של היועץ המשפטי לכנסת לרבות ייצוג הכנסת בערכאות;⁶³ מכוח החוק הזה יכול היה בית המשפט לאפשר לכנסת להתייצב כצד בהליכים הנוגעים לה.⁶⁴ אולם כפי שנראה בהמשך, החקיקה הזו לא הביאה את בית המשפט לידי הכרה בזכות העמידה של הכנסת, אף שמתוקף המהפכה החוקתית שעליה הכריז בית המשפט, הכנסת נהפכה, מבחינה עניינית, למשיבה עיקרית בכל הקשור לעתירות לביטול חוקים.

2. עמדת בית המשפט

שאלת ייצוג הכנסת בעתירות, שבהן נידונה תקפותו של חוק, עלתה בבית המשפט העליון בראשונה בשנת 1997 בפרשת **לשכת מנהלי ההשקעות**.⁶⁵ בית המשפט העליון החליט למחוק מהעתירה את הכנסת ואת ועדת הכספים (שהכינה את החקיקה לקריאה שנייה ושלישית) כמשיבות, בלי שהתקיים דיון בעניין זה ובלי שניתנה לכנסת הזדמנות להביע את עמדתה בנושא. הנשיא ברק הסביר בפסק דינו מה טעם מצא בית המשפט למחוק את השתיים:

"ההרכב החליט על מחיקתן של הכנסת וועדת הכספים כמשיבות בעתירה. הטענות החוקתיות מכוונות כנגד החוק, ולא כנגד הכנסת. המחוקק אינו צד לסכסוך, בו מתבררת שאלת חוקתיותו של חוק. על כן, אין לצרף הכנסת כצד בהליכים בהם נדונה חוקתיותו של חוק שחוקק על ידי הכנסת. כמובן, לכל דיון שכזה יש להזמין את היועץ המשפטי לממשלה."

⁶¹ דוגמה מצוינת להתנגדות כזו היא השינוי שעברה הצעת החוק מטעם הממשלה בעניין חוק הניזקים (אחריות המדינה), לעיל הערה 93. כאמור, בנוסח שהוצע על ידי הממשלה, קיבלה המדינה פטור מאחריות בנוזקין כלפי תושב אזור עימות שנפגע מפעולות הקשורות לעימות או מפעולות שבוצעו על ידי כוחות הביטחון. במהלך הדיונים בוועדת חוקה, חוק ומשפט רוכך הנוסח כדי להפחית את הפגיעה בזכויות אדם הגלומה בפטור גורף מאחריות.

⁶² חוק הכנסת, התשנ"ד-1994, ס"ח 140.

⁶³ סעיף 17(ב)(4) לחוק הכנסת (שם) קובע כי היועץ המשפטי לכנסת: "ייצג את הכנסת בערכאות, ואולם רשאי הוא, בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, לבקש כי הכנסת תיוצג על ידי פרקליטות המדינה, או לייפות את כוחו של עורך דין אחר לייצג את הכנסת".

⁶⁴ סעיף 17(ג) לחוק הכנסת (שם) קובע כך: "ראה היועץ המשפטי לכנסת, כי הליך שלפני בית משפט כרוך בשאלה משפטית הנוגעת לכנסת או משפיעה עליה, רשאי הוא, באישור בית המשפט, להתייצב באותו הליך ולהשמיע את דברו".

⁶⁵ פרשת **לשכת מנהלי ההשקעות**, לעיל הערה 1. בעתירתה ביקשה לשכת מנהלי ההשקעות להכריז על בטלותן של הוראות שונות בחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות התשנ"ה-1995. העתירה הייתה מכוונת נגד שר האוצר, הרשות לניירות ערך, הכנסת וועדת הכספים של הכנסת.

זאת ועוד, בעתירה לביטול תיקון מספר 28 לפקודת בתי הסוהר⁶⁶ לא צירפו העותרים את הכנסת כמשיבה. לאחר דיון בעתירה, ניתן צו על תנאי שחיב את המשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יוחלט כי החוק אינו חוקתי. במהלך הדיון טענה עורכת הדין גנסיין בשם היועץ המשפטי לממשלה ועל דעתו כי אם תתקבל העתירה, ובייחוד הטענה שהחוק סותר את חוק יסוד הממשלה, תהיה זו הגבלה משמעותית מאוד של כוח החקיקה של הכנסת, ולכן על הכנסת להיות נוכחת בדיון. לצערנו בג"ץ לא ניהל באותה עת רישום פרוטוקולים, ועל כן על מה שנאמר בדיון למדתי משיחה שקיימתי עם עורכת הדין גנסיין ועם היועצת המשפטית לכנסת עורכת הדין אלשטיין. מדבריהן עולה, כי הסתמנו חילוקי דעות בהרכב באשר למעמדה של הכנסת בעתירה זו. מהערוותיה של השופטת (כתוארה אז) בייניש, נראָה כי לכנסת אין מעמד בדיון בעתירות לביטול חוקים, עם זה, בסופו של דבר קיבל בית המשפט בראשות הנשיא אז, השופט ברק, החלטת פשרה משונה ולפיה הוא ביקש להפנות את תשומת לבו של יושבת ראש הכנסת לעתירה. בתגובה הגישה היועצת המשפטית של הכנסת בקשה להיות צד להליך. בית המשפט לא קיבל החלטה פורמלית, אך אפשר לנציגת הכנסת להופיע בדיון ולטעון. עם זה הורה רק לנציגת המדינה, ולא לנציגת הכנסת, להגיש תשובה בכתב. בישיבה שהתקיימה בעניין זה לאחר מכן, כך סיפרה לי עורכת הדין אלשטיין, שב ועלה מעמדה של הכנסת בדיון. השופטת בייניש העירה הערה שממנה עולה כי השופטת סבורה שנוכחות הכנסת היא "בחסד" ולא "בזכות".

רק באחרונה קבע השופט פוגלמן בשלוש עתירות שהוגשו לבג"ץ (בפרשת ביטול חוק טל) – העתירה הראשונה נגד הכנסת, השנייה נגד הכנסת ושר הביטחון והשלישית נגד הכנסת, ממשלת ישראל, שר הביטחון, והיועץ המשפטי לממשלה – כי העתירות תידונה בהרכב של שלושה שופטים וכי תינתן תגובת היועץ המשפטי לממשלה לפני הדיון.

השופט פוגלמן נהג באופן שונה מכפי שנהג בית המשפט בהחלטה בפרשת **לשכת מנהלי ההשקעות**.⁶⁷ הוא לא מחק את הכנסת כמשיבה בעתירה, אלא החליט להתעלם ממנה, ובלי להתייחס לאמור בחוק הכנסת בדבר זהותו של מי שרשאי לייצג את הכנסת, הורה כי היועץ המשפטי לממשלה, ולא היועץ המשפטי לכנסת, הוא שישב לעתירות. לדברי היועצת המשפטית לכנסת, עמדתה בעניין ההגנה על החוק שונה מעמדת הממשלה, והתוצאה היא שעמדת הכנסת כפי שקרה בפרשת **עדאלה**, אינה מיוצגת בדיון.

מכל האמור לעיל עולה כי זכותה של הכנסת להגן בבית המשפט על תקפותם של חוקים אינה מוכרת על ידי בית המשפט. במקרים מסוימים ניאות בית המשפט לאפשר לכנסת הזדמנות לומר את דברה כשמעמדה לא ברור ולא פורמלי, כ"מעשה חסד" כפי שאמרה השופטת (כתוארה אז) בייניש.

⁶⁶ בג"ץ 2605/05 **חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר** (טרם פורסם, ניתן ביום 18.6.2006).

⁶⁷ פרשת **לשכת מנהלי ההשקעות**, לעיל הערה 1.

ד. ביקורת על עמדת בית המשפט בנוגע לזכות העמידה של הכנסת

1. היעדר הבחנה בין ייצוג הכנסת בשאלת פרשנות חוק לייצוג הכנסת בעתירה לביטול חוק בהחלטתו למחוק את הכנסת ואת וועדת הכספים כמשיבות בעתירה בפרשת לשכת מנהלי **ההשקעות** ציטט הנשיא ברק את השופט חשין בפרשת **ארז נ' יושב ראש הכנסת**:⁶⁸ "בצאתו של חוק מביתו של מחוקק, ניתק טבורו מיוצרו, חוק שיוולד אין הוא עוד ברשותו של מולידו". אולם בפרשת **ארז** שאלת עצם תוקפו של החוק לא הייתה שנויה במחלוקת לפי כל אחת מן הפרשנויות המתחרות. אכן, כאשר מדובר במחלוקת פרשנית מעין זו, החוק אינו עוד ברשות מולידו, זאת להבדיל מפרשנות המהווה שלב מקדים בהליך של **ביקורת שיפוטית** על עצם חוקיות החוק. במקרה הראשון החוק יתקיים על פי הפרשנות שיאמץ בית המשפט, ואילו במקרה השני ראוי כי בית המשפט, בטרם יבטל חוק, יחפש מסלול פרשני שיאפשר את קיומו. לשם כך יש לתת לכנסת להשמיע את דברה; תמוה בעיני שבית המשפט לא התייחס להבחנה מהותית זו.⁶⁹

2. פגיעה בכללי הצדק הטבעיים

בית המשפט, שהרחיב מאוד את זכות העמידה כפי שהערנו לעיל, ומאפשר כמעט לכל ארגון ואדם לטעון לפניו, שולל מהכנסת את הזכות הבסיסית להגן על מעשיה בלי שיספק הסבר כלשהו להבחנה זו. אינני יכול לקבל את האמירה של ברק בפרשת **לשכת מנהלי ההשקעות**⁷⁰ שלפיה: "הטענות החוקתיות מכוונות כנגד החוק, ולא כנגד הכנסת. המחוקק אינו צד לסכסוך, בו מתבררת שאלת חוקתיותו של חוק".

החוק אינו יכול להגן על עצמו. מי שהביאו לאוויר העולם הוא המחוקק, ואם יש טענות באשר לדמותו או משמעותו של החוק הרי יוצרו הוא שמסוגל יותר מכל גורם אחר להשיב על טענות אלה. הכיצד ניתן לומר שהמחוקק אינו צד לסכסוך? המחוקק הוא שיצר את החוק; הוא שהשקיע מאמצים רבים בקריאה, בשמיעת עדויות, בליבון, בניסוח, בגיבוש פשרות שייצרו רוב ובהכרעה, לעתים הכרעה קשה ומייסרת. המחוקק אינו מושג ערטילאי. מאחורי המושג "מחוקק" עומדים נבחרי הציבור, הציבור עצמו וכן האינטרס הציבורי כפי שהמחוקק מבין אותו.

את זכות העמידה של הכנסת ניתן להצדיק כחלק מכללי הצדק הטבעי. כללי הצדק הטבעי הם קובץ של כללים אשר אינם שואבים את כוחם מהחוק אלא מעקרונות יסוד אשר הוכרו בפסיקה.⁷¹ עקרונית, כללי הצדק הטבעי בכלל, וזכות הטיעון בכללם, אינם עומדים לכל אדם, אלא לאנשים או לגופים העומדים להיפגע במישרין מהחלטה של הרשות, לא כל שכן מהחלטה שיפוטית או מעין שיפוטית.⁷²

כאשר בית המשפט מבטל דבר חקיקה של הכנסת, הוא מבסס את החלטתו על עובדות. העובדות שבית המשפט נזקק להן בבואו לבטל חוק מתייחסות לשתי קטגוריות: הראשונה

68 ש.ם.

69 בעניין זה ראו פרשת **מזרחי**, לעיל הערה 5.

70 פרשת **לשכת מנהלי ההשקעות**, לעיל הערה 1.

71 בג"ץ 3/58 **ברמן נ' שר הפנים**, פ"ד יב(2) 1493, 1508 (1958). בג"ץ 185/64 **פלוני נ' שר הבריאות**, פ"ד יט(1) 122, 126 (1965). בג"ץ **זקס נ' שר התעשייה והמסחר**, פ"ד ו(2) 696, 703 (1952).

72 בג"ץ 3495/06 **הרב הראשי לישראל, הרב מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה** (טרם פורסם 30.7.2007).

פרוצדורלית והשנייה מהותית. בית המשפט יכול לבטל דבר חקיקה של הכנסת לאחר שקבע כי החקיקה נעשתה בדרך פסולה או בלתי חוקית.⁷³ כן הוא יכול לפסול הוראות חוק לאחר שקבע כי הוראות החוק פוגעות בזכויות מוגנות (או סותרות חוק-יסוד בדרך אחרת).⁷⁴ בשני המקרים התוצאה מעידה על ליקוי בדרכי עבודתה של הכנסת. פסילת הוראת חוק כוללת בחובה קביעות מסוג "הכנסת פעלה בניגוד לחוק ולכן יש לבטל את תוצאות מעשיה" או "הכנסת פגעה שלא כדין בזכויות אזרחי המדינה". קביעות אלו פוגעות באמון הציבור בכנסת. האומנם ראוי שכך יוצג בית המחוקקים בעיני הציבור בלי שניתנה לו זכות להבהיר את עמדתו ולהסביר את מעשיו? האומנם אין אינטרס ציבורי שבית המשפט ישמע את עמדת המחוקק בטרם תהדהד בתקשורת ובאקדמיה (בארץ ובעולם) הקביעה השיפוטית שהמחוקק הישראלי רומס באמצעות חוקיו זכויות אדם בסיסיות של פלסטינים? לדעתי, התשובה ברורה: יש להעניק לכנסת את האפשרות הטבעית המסורה לכל צד בהליך שיפוטי לומר את דברו.

3. היועץ המשפטי לממשלה אינו הכתובת הנכונה לייצג את הכנסת

את דברי ההסבר למחיקת הכנסת וועדותיה מרשימת המשיבים בפרשת **לשכת מנהלי ההשקעות** סיים השופט ברק בקביעה שאין לצרף את הכנסת כצד אלא יש להזמין את היועץ המשפטי לממשלה.⁷⁵

כפי שהראיתי בפרק 1.ג, היועץ המשפטי לממשלה ייצג במשך עשורים את הכנסת; האומנם יכול היועץ המשפטי לממשלה לייצג את הכנסת בפני בית המשפט? לטעמי, אין טעות גדולה מזו! ליועץ המשפטי לממשלה, למחלקת החקיקה במשרד המשפטים וליועצים המשפטיים של משרדי הממשלה השונים יש השפעה לא מבוטלת על הליכי החקיקה, אבל בדרך כלל הם חלוקים על עמדת הכנסת בדרגות שונות של מחלוקת או עימות. מדובר במתח מובנה בשיטה הדמוקרטית בין ההתייחסות של הרשות המבצעת לחקיקה לבין התייחסות של הרשות המחוקקת (מה שלא רואים משם רואים מכאן ולהפך, מה שלא רואים מכאן רואים משם). הראשונה מייצגת את האינטרסים של המדינה והשנייה אמורה להגביל את הראשונה בהגנתה על זכויות הפרט.

האינטרס הציבורי יכול לעתים לדרוש דבר והיפוכו. כך, למשל, הצמצום של זכות התביעה בנזיקין מגן על אינטרס ציבורי אחד (אוצר המדינה) אבל אותה פעולה יכולה להיחשב לפוגעת באינטרס ציבורי של שמירה על זכויות אדם או לפוגעת בתדמיתה הבין לאומית של מדינת ישראל. המאבק על פרשנות החוק בזירת בית המשפט הוא מאבק בין אינטרסים ציבוריים שונים, שמייצגים גופים שונים (במקרה שלנו הכנסת והממשלה), וככל שבית המשפט יוכל לשמוע טיעונים מגוונים מזוויות ראייה שונות, עבודתו תהיה טובה יותר והציבור יצא נשכר.

במהלך הדיון בפרשת **עדאללה** העלה הנשיא ברק תהיות בפני נציגת היועץ המשפטי לממשלה בדבר התועלת הציבורית שאותה מגשים החוק, ואשר לא הייתה מוגשמת על פי המשטר

⁷³ לסקירה מרחיבה על פסילת חקיקה של הכנסת בשל פגם בהליך ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(6) 117 (2002).

⁷⁴ כפי שאכן קרה בעניין **עדאלה**, לעיל הערה 3.

⁷⁵ "על כן, אין לצרף הכנסת כצד בהליכים בהם נדונה חוקתיותו של חוק שחוקק על ידי הכנסת. כמובן, לכל דיון שכזה יש להזמין את היועץ המשפטי לממשלה" – פרשת **לשכת מנהלי ההשקעות**, לעיל הערה 1.

הנזיקי הקודם (לרבות תיקון מספר 4).⁷⁶ השאלות שהעלה השופט ברק היו מצוינות, אך הן לא הופנו לכתובת הנכונה. בית המשפט, בהנחה שרצה לקבל מענה הולם, לא היה צריך להפנות שאלות אלה לנציגי היועץ המשפטי לממשלה אלא למחוקק; אמנם הממשלה היא שיזמה את הצעת החוק, אולם המחוקק עיצב את החוק מחדש ואף הכניס בו שינויים משמעותיים, ועל כן הוא הכתובת הנכונה להבהיר מה הוציא מתחת לידו. מסתבר כי בבואו להשיב לשאלות בית המשפט נקלע נציג היועץ המשפטי לממשלה לניגוד עניינים חריף.

בעת שהכנסת חוקקה את תיקון מספר 7 התגלעו פערים משמעותיים בין גישת הממשלה, שביקשה לשמר את העקרונות שעל פיהם בנתה את הצעת החוק, לבין גישת המחוקק שפעם אחר פעם עקר מהצעת החוק הרחבות לא רצויות, וצמצם את הוראות החוק הפוגעות בזכויות האדם. כפי שעולה מהפרוטוקולים של הוועדה, הנחת המוצא של המחוקק הייתה שמכיוון שמדובר בפגיעה בזכויות, יש לתת ללשון החוק פרשנות מצמצמת, היינו פרשנות הממזערת את הפגיעה האפשרית בזכויות. כל השותפים לחקיקה היו מודעים לגישה זו, גם אם נציגי משרד המשפטים לא קיבלו אותה וניסו כמיטב יכולתם להיאבק בה במהלך דיוני הכנסת בחוק.

משהושלמה עבודת החקיקה, פרקליטי הממשלה מיהרו להסיר מעליהם את כבלי הפרשנות של המחוקק, ובחרו לתת לחוק פרשנות מרחיבה שלא עלתה בקנה אחד עם רוח החוק ולשונו. כך, למשל, הם אישרו הכרזות גורפות של שר הביטחון על אזורי יהודה שומרון ועזה כאזורי עימות. לכן, כשנדרשו נציגי הממשלה לענות על שאלות שהוצגו להם בבית המשפט, הם היו מנועים, בשל התנהגותם ופרשנותם שלהם, מלתת מענה הולם שיאפשר לבית המשפט לקיים את החוק. כיצד היו יכולים לטעון בבית המשפט שניתן לקיים את החוק, שכן הפרשנות הנכונה שלו שוללת הכרזות סיטונאיות על אזורי עימות, כשהם עצמם אישרו לשר הביטחון הכרזות גורפות המנוגדות לפרשנות הנכונה של החוק? זוהי דוגמה קלאסית למצב של ניגוד עניינים שבו עלול למצוא עצמו יועץ משפטי לממשלה כשמוטלת עליו, ולא על היועץ המשפטי של הכנסת, החובה להגן על חקיקה, שחוקקה הכנסת.

ייתכן גם מצב אחר של ניגוד עניינים קשה. היועץ המשפטי לממשלה יכול לסבור כי חוק מסוים, שהכנסת מבקשת לחוקק, יגרום לפגיעה קשה באינטרס של המדינה. באמצעות תקנון הכנסת הוא יכול להתנגד למהלך החקיקה. למרות מאבקיו בחוק, רוב בכנסת יכול לאשר את החוק, והינה מוגשת עתירה לבטל את תוקפו של החוק, המצטטת את כל טיעונו של היועץ המשפטי לממשלה נגד חוקיות החוק. כיצד יתגבר על ניגוד העניינים? האם הצדק יראה במקרה כזה?

4. טענת הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות

אין בהופעה פומבית של היועץ המשפטי של הכנסת בבית המשפט כדי לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות, שכן אין בכך כדי לפגוע בסמכות בית המשפט לפרש את החוק בדרך הנראית לו. נהפוך הוא, זהו כלי עזר נוסף לעבודת בית המשפט, שכן לבית המשפט עדיין יש שיקול דעת מלא. ייתכן שבית המשפט ימצא לנכון להשתמש בעמדתו ובהסבריו של נציג המחוקק, ויתכן שלא. רשות

⁷⁶ עניין עדאלה, לעיל הערה 3, בפסקה 40 לפסק דינו של השופט ברק.

שופטת החוששת לשמוע את דבר המחוקק, מטבע הדברים גם תחשוש לפסול את חוקיו. לעומת זאת רשות שופטת הסוגרת בפניו את אולמות הדיונים, ושוללת את זכותו להסביר את דבריו, עלולה ביתר קלות לחטוא ביהירות ולפסול חוקים אשר ראוי היה לקיימם.

חשוב גם להזכיר בקשר לטענה בדבר פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות כי נשיאי בית המשפט העליון לא חששו מפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות כשנידונו ענייני הרשות השופטת בכנסת. במקרים אלו התייצבו השופטים בכנסת, השמיעו את דברם, והכנסת, מצדה, האזינה להם בכבוד ושקלה את דבריהם בכובד ראש.⁷⁷

לבסוף, היה אפשר לשאול את כל מי שדוגל בשם עקרון הפרדת הרשויות בהרחקת הכנסת מבית המשפט, כיצד נשמר עקרון הפרדת הרשות המבצעת מהרשות המחוקקת כשהיעץ המשפטי לממשלה, נציג הרשות המבצעת, אמור לייצג את הרשות המחוקקת?

5. הרציונלים של ייצוג הכנסת העולים מהחלטת בג"ץ בפרשת עדאלה

פרשת עדאלה מהווה דוגמה מצוינת לצורך לתת זכות עמידה לכנסת בהליכים שיפוטיים שבהם פסילת חוק של הכנסת נשקלת על רקע אי חוקיותו. ייצוג הכנסת בפרשת עדאלה היה יכול להאיר סוגיות חשובות ורלוונטיות שלא זכו להתייחסות ראויה בהחלטת בית המשפט. ייצוג עצמאי של הכנסת היה משפר את איכות הדיון וייתכן שההחלטה, שבית המשפט היה מגיע אליה, הייתה שונה.

א. בעיה פרשנית של הבהרת מושגים: "עימות" ו"אזור עימות"

קריאה דקדקנית של פסק הדין מלמדת כי המושג "אזור עימות" מוזכר לא פחות מ-35 פעמים, אך פסק הדין לא ניתח את משמעותו של המושג המרכזי הזה. חשיבותה של הגדרת המונח "אזור עימות" נובעת מכך שלפי סעיף 5(ג) לחוק, ב"אזורי עימות" המדינה אינה אחראית בנזיקין לנזקים שנגרמו בהם. לפי סעיף 5(ג) גם בידי שר הביטחון הסמכות להכריז על אזור עימות ועל התקופה שבה תחול ההכרזה. אילו נעשה בפסק הדין ניתוח דקדקני של המושג "אזור עימות", בית המשפט היה עשוי לגלות כי החסינות שניתנת למדינה מכוח הסעיף אינה רחבה כי אם מצומצמת למדי, כפי שאבהיר להלן.

השילוב של שלושת המרכיבים: "עימות",⁷⁸ "אזור עימות"⁷⁹ ו"מסגרת העימות" תוחם את היקף ההגנה הניתנת למדינה מכוח סעיף 5ג אך ורק למעשים שעונים על כל המרכיבים הבאים במצטבר: המעשה נעשה מחוץ לשטח ישראל, בזמן מוגדר, בשטח מוגדר שקבע שר הביטחון, שבו שהו או פעלו כוחות הביטחון, כשבשטח ובזמן המוגדרים מתקיים מצב דברים שבו מתרחש אירוע

⁷⁷ ראו, למשל, את פרוטוקול 110 של ועדת חוקה, חוק ומשפט מתאריך 9.12.2003. לדיון זה שערכה הוועדה בעניין קביעת מספר השופטים שיכהנו בבית המשפט העליון, הוזמנו נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז) אהרן ברק, סגן הנשיא תיאודור אור ורשם בית המשפט העליון עודד שחם. הפרוטוקול ניתן לצפייה באתר הכנסת: www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2003-12-09-01.html

⁷⁸ "עימות" מוגדר בחוק הנוזקים האזרחיים כ"מצב דברים שבו מתרחש אירוע או מתרחשים אירועים בעלי אופי צבאי בין כוחות הביטחון לבין גורמים סדירים או בלתי סדירים העוינים לישראל או מצב דברים שבו מתבצעות פעולות איבה של ארגון עויין לישראלי". ראו סעיף 5(ג) לחוק הנוזקים האזרחיים.

⁷⁹ "אזור עימות" מוגדר בחוק כ"אזור מחוץ לשטח מדינת ישראל ששר הביטחון הכריז לגביו כאמור בסעיף קטן (ג), שכוחות הביטחון פעלו או שהו באזור במסגרת העימות", שם.

בעל אופי צבאי בין כוחות הביטחון לבין ה"אויב". כן נדרש שהודעה על הכרזת השר פורסמה ברשומות.

ברור שאין "אזור עימות" בלא שיתקיים "עימות", ו"עימות" מתקיים כלשון החוק אך ורק בעת שמתרחשים בשטח אירועים בעלי אופי צבאי מול "אויב" או מתבצעות פעולות איבה. מכאן אנו למדים, שכדי שאירוע מסוים יאפשר לשר הביטחון להכריז על האזור שבו התרחש האירוע כעל "אזור עימות", נדרשת זיקה של ממש בין האירוע (התחום, כאמור, בזמן ובמקום) ובין פעילות בעלת אופי צבאי או פעולות איבה, מול אויב, שאם לא כן, לא מתקיימים הקריטריונים של "אזור עימות", ולמדינה אין חסינות מכוח ההגדרה הזו מפני תביעות נזיקין שהוגשו בעטיו של האירוע. לא בכדי בחר המחוקק להשתמש בהגדרת "אזור עימות" כאזור שבו פעלו או שהו כוחות הביטחון "**במסגרת העימות**". אם לא קיים "עימות" (בזמן או במקום נתונים), הכוחות אינם פועלים שם "במסגרת עימות". ביטוי זה – "עימות" – תוחם במסגרת קשיחה את היקף הפעילות החסינה, וכולל בה רק פעילות בעלת אופי צבאי מול "אויב" כמוגדר במושג "עימות".

מכל האמור לעיל אנו למדים שההגנה שהמדינה זוכה לה מכוח החוק היא מוגבלת ומצומצמת ונתונה בתוך מסגרת נוקשה של מצב דברים, שבו מתרחשים אירועים בעלי אופי צבאי מול "אויב", מחוץ לשטחה של מדינת ישראל, בגבולות זמן ומקום מוגדרים ומתוחמים.

ייתכן שוועדת החוקה, חוק ומשפט, שהכינה את הצעת החוק לאישור המליאה, שגתה כשקיבלה את הצעת משרד המשפטים, והשתמשה בהגדרת המושג "עימות". היה עדיף להשתמש בהגדרה של "פעולה מלחמתית" הקבועה בחוק העיקרי בסעיף 1.80 אולם השגיאה הזו אינה מרחיבה את הגנת המדינה, שכן ההגדרה של "עימות", כמצב דברים שבו מתרחשת **פעולה מלחמתית**, אינה שונה בהכרח מהגדרת "עימות" כמצב דברים שבו מתרחש **אירוע בעל אופי צבאי בין כוחות הביטחון ל"אויב"**. תיתכן גם פרשנות מנוגדת מצמצמת יותר, בייחוד כשההגדרה הקבועה בחוק לפעולה מלחמתית היא רחבה דיה.

ליוזמי הצעת החוק במשרד המשפטים היה אולי הסבר, שכן קשה להאמין שהיו מייצרים מושג חדש, כאשר יש להם מושג דומה, מוכן ומזומן, בהישג יד באותו החוק. את דעתו של המחוקק בעניין זה כנראה לא נדע לעולם, כיוון שהוא פשוט לא שם לב ל"חידוש" ולא הבחין בין שני הביטויים. לו התקיים הדיון בוועדה בסוגיה הזו היום, הייתי ממליץ לנציגי משרד המשפטים לוותר על ההגדרה החדשה, אשר למיטב הבנתי דווקא מצמצמת ואינה מרחיבה, את המושג "עימות". כך גם נהגתי בהצעת החוק "המתגברת" שהגשתי.⁸¹

בפיסקאות 32-36 לפסק הדין הנשיא לשעבר ברק קובע כי קיים הבדל מהותי בין פעולה מלחמתית ובין פעולה אשר אינה נופלת להגדרה של פעולה מלחמתית. לפיכך, הנשיא ברק קובע, ההגדרה המרחיבה איננה מידתית בין השאר משום שהיא משחררת את המדינה מכל אחריות

⁸⁰ ראו סעיף 1 לחוק הנזיקים האזרחיים: "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".

⁸¹ הצעת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון – איזורי עימות), התשס"ז-2007, ה"ח 1974.

באזורי עימות⁸², אולם כפי שהראיתי לעיל, הקביעות האלו אינן משקפות את עמדת המחוקק אלא מנוגדות לה.

הדיון בוועדה בסוגיה זו היה סוער במיוחד. הוועדה הגיעה לשלב ההצבעות, וחברי הוועדה נדרשו להכריע בין שתי חלופות.⁸³ אם נבחן את חילופי הדברים בכנסת, נמצא כי הייתה כוונה ליתן הגנה אך ורק לפעילות בעלת זיקה ישירה לפעילות מלחמתית המתבצעת באזור ובזמן שבו מתבצעת לחימה,⁸⁴ ולא הייתה כוונה להפוך את כל אזורי יהודה, שומרון ועזה לאזורים מוגנים. ניכר כי הכנסת הבינה שלו הייתה מאמצת את החלופה המרחיבה, היה מדובר באקט לא מידתי. יתרה מזו, ניתן ללמוד כי הכנסת **רצתה** להגיע להסדר שבו הפטור מאחריות נזיקתית יינתן בשל מצב המוגדר "כעימות", הואיל וישראל איננה נתונה במצב של מלחמה סדירה עם הפלסטינים.⁸⁵ הנוסח שנבחר הינו מתן פטור עקב פעילות במסגרת העימות, וכן הודגש כי מדובר במצב דברים ספציפי, שבו התרחשה פעילות צבאית בין כוחות צה"ל לאויב.⁸⁶

יש להצטער על כך שבית המשפט לא התמודד עם דרך הפרשנות זו בין שהיה מקבל אותה ובין שלא.

ב. האומנם נחסמו שערי בית המשפט בפני פלסטינים?

השופט ברק דן במשמעות העולה, לדעתו, מהכרזת שר הביטחון בדבר "אזור עימות" וקבע בפסק דינו כי לא יוכלו להתברר תביעות נזיקין שהוגשו בשנים 2005-2000, ואשר לגביהן הכריז שר הביטחון כי אירעו באזור עימות.⁸⁷

האומנם לא יוכלו להתברר תביעות נזיקין שהוגשו בשנים 2005-2000 ואשר לגביהן הכריז שר הביטחון כי אירעו באזור עימות כפי שקבע השופט ברק? כל המשתתפים בדיון שהתקיים בוועדה בעניין זה היו תמימי דעים כי הכרזת "אזור עימות" אינה נועלת את שערי בית המשפט

⁸² עניין **עדאלה**, לעיל הערה 3, בעמ' 27-31.

⁸³ פרוטוקול ישיבה מספר 555 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (25.7.2005). ניתן לצפייה באתר הכנסת: www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-07-25-02.rtf.

⁸⁴ "אנחנו מדברים על הגנה בשל פעילות מלחמתית. הגרסה שאומרת שלא צריך להיות תנאי שהיתה במקום פעילות מלחמתית, הופכת אוטומטית את כל אזורי יש"ע לאזורים מוגנים, ואני חושב שזה דבר לא מידתי, לא הגיוני, והוא פוגע במטרות המוצהרות של אלה שמביאים את החוק. פשוט לא נראה לי כל העניין הזה". שם, בעמ' 33.

⁸⁵ "רבותי, אני רוצה לחזור ולהבהיר את הדברים. אחד הדברים שעמדו בבסיס ההצעה שלי היה **שעל מנת שהמדינה תשתחרר מאחריות בנזיקין, אנחנו נהיה במצב שיש בו עימות**. משתמשים במושג עימות מאחר שאנחנו לא נמצאים במצב מלחמה סדירה, אלא באירועים שונים שמוגדרים כאן כאירועים בעלי אופי צבאי בין כוחות הביטחון לבין גורמים סדירים או בלתי סדירים שעוינים לישראל, או מצב דברים שבו מתבצעות פעולות איבה של ארגון עוין לישראל. מצב של עימות יכול להיות גם במשך שעות ספורות, והוא יכול להיות מצב יותר ממושך. לאף אחד כאן לא הייתה כוונה, לדוגמה, שבמחסום א-ראם, שעוברים בו אלפי אנשים, אנחנו נשתחרר מאחריות למעשי נזיקין. אבל המחסום הזה הוא מאויש על-ידי חיילים, ולכן רצינו ליצור מצב של גמישות, שגם במחסום הזה יכולים להיות מצבים שתהיה אחריות ומצבים שלא תהיה אחריות. אני אתן דוגמה: אם היה מצב של התקפת מחבלים על אותו מחסום, ותוך כדי הפעילות מישהו נפגע שם כתוצאה מפעילות של חיילי צה"ל, אז אין אחריות". שם, בעמ' 40-41.

⁸⁶ "הוויכוח ביני לבין חבר הכנסת לוי היה שברגע שנאמר שכוחות צה"ל פעלו או שהו באזור מחמת העימות, אז זה תופס את כל הפעילויות בעולם. אני ביקשתי כל הזמן שזה יוגבל למצבים שבהם יש עימות, ולכן אני הוספתי את הדרישה ששר הביטחון יכול להוציא תעודה, כשאחד התנאים, שהתקיים שם עימות. הפשרה שאליה הגענו, מבחינתי מספקת במאה אחוזים. אני מוחק את הביטוי: 'התקיים בו עימות', אבל תמורת זה יהיה כתוב: כוחות הביטחון שהו, או פעלו, באזור במסגרת העימות. אני חוזר ואומר, בביטוי 'פעלו במסגרת העימות', מדובר על כך שנמצא מצב דברים ספציפי באותו מקום שבו היו אירועים בעלי אופי צבאי, וכוחות צה"ל נכחו בו. במסגרת האירוע הזה אין אחריות למדינה בנזיקין". שם, בעמ' 41.

⁸⁷ ראו עניין **עדאלה**, לעיל הערה 3, פסקה 8 לפסק דינו של השופט ברק.

משום שהיא נתונה לתקיפה ישירה בבג"ץ ולתקיפה עקיפה בדיון בתביעה בבית המשפט.⁸⁸ התובע רשאי לתקוף את התעודה בין השאר בטענה כי הנזק שנגרם לו הוא תוצאה של אירוע שאינו קשור לפעולה בעלת אופי צבאי של כוחות הביטחון נגד האויב. אם ישכנע את בית המשפט בכך, התעודה לא תהווה מכשול בפני בירור התביעה וקבלתה על ידי בית המשפט.

הבחינה של תקפות התעודה מורכבת בגלל שלושת הממדים שיש לשלבם – **הזמן, השטח ומהותו של מצב הדברים**. בהחלט ייתכן שבתוך אזור עימות מוגדר מבחינה גיאוגרפית יתקיימו בזמן נתון איים שעליהם לא תחול ההכרזה של אזור עימות משום שהנזק נגרם בגלל פעולות כוחות הביטחון שלא נשאו אופי של פעולה צבאית נגד ה"אויב". ולהפך, בתוך אזור שאינו מוגדר כאזור עימות יכול להתקיים אי שמתקיימים בו התנאים הנדרשים להחלת המושג "אזור עימות". מכל מקום לא מדובר במחסום סף בלתי עביר. בנוסף, נראה גם כי השוואתו של חוק הניזקים האזרחיים לחוק האזרחות⁸⁹ היא בעייתית: השופט ברק תקף את תיקון מספר 7, בטענה בלתי מבוססת כאילו התיקון שולל בדיקה פרטנית של כל מקרה ומקרה. כך השופט ברק משווה את גישת המחוקק בתיקון מספר 7 לגישת המחוקק בתיקון לחוק האזרחות.⁹⁰ לדידו, בשני המקרים בחרה המדינה להשתמש בשלילה גורפת של זכויות והעדיפה אותה על פני בדיקה אינדיבידואלית של כל מקרה לגופו.

להשוואה הזו אין בסיס. חוק האזרחות אכן מניח כי כניסה של קבוצות גדולות של פלסטינים לישראל מהווה סכנה ביטחונית, ולכן הוא אוסר את כניסתם אך ורק בגלל השתייכותם לקבוצה. זאת, בלי שתתאפשר בדיקה פרטנית של מידת הסיכון הבטחוני בכל מקרה ומקרה. לא כך הם פני הדברים ככל שמדובר בהכרזת "אזור עימות". הכרזת "אזור עימות" ניתנת לבחינה פרטנית בנסיבות המיוחדות של כל תביעה ותביעה וזאת בנוסף לאפשרות לתקוף את ההכרזה בבג"ץ כפי שהוסבר לעיל. כמו כן נראה כי אין בסיס מפלה ביסוד החקיקה: השופט ברק קובע שהזכויות בנוזקין נשללו על פי תיקון מספר 7 על בסיס מפלה רק מתושבי האזור.⁹¹

"צמצום זה באחריות המדינה פגע בזכותו החוקתית של הפלסטיני (או יורשו או עזבונו) שבוצע כלפיו מעשה נזיקין."⁹²

האומנם פגיעה מפלה בזכותו של פלסטיני או שמא נורמה כללית של חסינות מדינה מפני תביעה של כל אדם? אכן, בהצעת החוק התבססה חסינות המדינה על שלילת זכות התביעה מתושבי אזור העימות,⁹³ אולם הוועדה שינתה את הנוסח ובחוק הוסט הדגש משלילת זכות התביעה

⁸⁸ ראו פרוטוקול מספר 574 של ועדת חוקה, חוק ומשפט מתאריך 20.7.2005, בעמ' 22. ניתן לצפייה באתר הכנסת: www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2005-07-20-01.html.

⁸⁹ חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, ס"ח 544.

⁹⁰ ראו עניין **עדאלה**, לעיל הערה 3, פסקה 37 לפסק דינו של השופט ברק.

⁹¹ שם, בפסקה 23 לפסק דינו של השופט ברק.

⁹² שם, בפסקה 32 לפסק דינו של השופט ברק.

⁹³ הנוסח המקורי של הצעת החוק היה: "על אף האמור בכל דין, אין המדינה אחראית בנוזקין לנזק שנגרם לתושב אזור עימות...". הצעת חוק הניזקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מספר 5) (הגשת תביעות נגד המדינה על ידי נתיני מדינת אויב או תושב אזור עימות), התשס"ב-2002, ה"ח 892.

הפרוצדורלית לחסינות המדינה מבחינה מהותית, בלא קשר לשאלה מי הוא התובע.⁹⁴ עם זה, בהיבט המעשי יש להסכים שההבדל אינו גדול משום שמכל מקום כמעט כל הניזוקים הפוטנציאליים הם פלסטינים.

ג. תכליתו של תיקון מספר 7: עמדת הכנסת

נראה אפוא כי עמדת המחוקק שוללת את הרחבת חסינות המדינה מעבר למה שכבר נקבע בתיקון מספר 4. יכול בצדק לשאול הקורא "מה הועילו חכמינו בתקנתם?" השופט ברק עצמו העלה שאלה זו בדיון בבית המשפט.⁹⁵ מה הייתה אפוא תכלית התיקון?

בפרשת **בני עודה** קבע השופט ברק כי בבירור תביעות פיצויים בגין נזקים שנגרמו על ידי כוחות הביטחון בעת שפעלו מול אויב בתנאי סכנת חיים לא ראוי להחיל את דיני הנזיקין הרגילים.⁹⁶ הממשלה סברה כי בתנאי האינתיפאדה השנייה נמצאו כוחות הביטחון באזורים מסוימים בסכנת חיים בכל רגע ששהו בהם ולכן הציעה למנוע בצורה גורפת, תביעות של תושבי אזורים אלו אם נפגעו במהלך פעילות של כוחות הביטחון. המחוקק ביקש למצוא דרך אחרת שתאפשר מצד אחד לקבל את הקביעה של בית המשפט, שלפיה אין מקום להחיל את דיני הנזיקין האזרחיים, ומצד אחר להימנע מפסילה גורפת וכוללת של תביעות. המחוקק הגשים את כוונתו בכך שיצר מנגנון של העברת נטל הראיה בדרך של הכרזה על אזור עימות. הדרך הזו נראתה למחוקק מידתית וראויה לצורך סיכול תביעות בלתי מוצדקות של פלסטינים שנפגעו במהלך פעילות בעלת אופי צבאי מול האויב.⁹⁷

המשמעות של ההכרזה על "אזור עימות" היא העברת הנטל. משהוגשה תביעת פיצויים בגין פעולה של כוחות הביטחון באזור שהוכרז כאזור עימות, ההנחה הראשונית היא שאם כוחות הביטחון פעלו שם מול אויב, כפי שאמורה להעיד תעודת שר הביטחון, מדובר בפעולה חסינה מפני תביעות נזיקין. אולם אם התובע יוכיח שהפגיעה שנגרמה לו לא הייתה קשורה לפעילות המלחמתית, הוא יתגבר על ההכרזה וייכנס לתחום שבו למדינה אין חסינות מפני תביעות. זו תכליתו העיקרית של תיקון מספר 7 לצד הרצון להרחיב את הפיצויים באמצעות ועדת "לפנים משורת הדין" שתפעל על בסיס הומניטרי במקרים שראוי לעשות כן כלפי תובעים שהדין אינו לצדם. כאמור, התיקון הושפע רבות מעדויות של פרקליטים וחיילים שהביאו בפני הוועדה את המציאות הקשה של מלחמה בטרור בשטחים, שעלולה לפגוע ביכולת להתגונן מפני תביעות לא צודקות.

נראה אפוא שבית המשפט העליון לא הבין את תכלית החוק לשיטתו של המחוקק – ואילו היה שומע את דבר המחוקק, הייתה תכלית החוק מוצגת לפני בית המשפט העליון ערב הכרעתו.

⁹⁴ הנוסח הסופי של סעיף 7 היה: "על אף האמור בכל דין, אין המדינה אחראית בנזקים לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון". ראו חוק הנזיקים האזרחיים, לעיל הערה 4.

⁹⁵ ראו עניין **עדאלה**, לעיל הערה 3, בפסקה 40 לפסק דינו של השופט ברק.

⁹⁶ פרשת **בני עודה**, לעיל הערה 30, בעמ' 6-7.

⁹⁷ שם, בעמ' 34 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ד. ייחוס משמעות שגויה לסעיפי ההחרגה בחוק

סעיף 5ג (א) לחוק מעניק למדינה חסינות מתביעות בנוזיקין בזו הלשון:

"על אף האמור בכל דין, אין המדינה אחראית בנוזיקים לנוק שנגרם באיזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון, למעט נזק שנגרם בסוגי תביעות או לסוגי תובעים כאמור בתוספת השנייה."

בתוספת השנייה קבע המחוקק הסדר מיוחד לתאונות דרכים.⁹⁸ הנשיא ברק מבקש שנלמד מההחרגה של תאונות הדרכים בתוספת השנייה כי בתאונות אחרות, שאינן תאונות דרכים, אחריות המדינה נשללת בצורה גורפת.⁹⁹ בטיעונו של הנשיא ברק יש היגיון; אם חסינות המדינה קמה רק כשמדובר בפעילות בעלת אופי צבאי, הרי במקרה של תאונת דרכים "אזרחית" ממילא למדינה אין הגנה, ואין צורך בסעיף 4 לתוספת השנייה (להלן: סעיף 4) ואם מדובר בפעולה בעלת אופי צבאי, גם סעיף 4 אינו מצמצם את חסינות המדינה מפני תביעה. התוצאה היא שלחוק עם סעיף 4 או בלעדיו יש בדיוק אותה משמעות; במקרים כאלו מניח בית המשפט שהמחוקק אינו משחית מילותיו לריק והוא מחפש הסבר כמו שעשה הנשיא ברק במקרה זה.

ניתן להסביר החרגה זו באופן הבא: המחוקק ביקש לשנות את הצעת החוק תוך פגיעה מינימלית בנוסחה המקורית. בהצעה נקבעה למדינה חסינות רחבה ב"אזור עימות", לרבות חסינות מפני תביעות בגין פעילות שאינה בעלת אופי צבאי. על פי ההיגיון הזה היה מקום להחריג תאונות דרכים, אולם לאחר שהצעת החוק שונתה וההגדרה של אזור עימות צומצמה למקרים שבהם הייתה התרחשות בעלת אופי צבאי, כבר לא היה כל צורך בהחרגה של תאונות הדרכים.

חברי הכנסת היו ערים לבלבול שההחרגה המיותרת הזו עלולה ליצור.¹⁰⁰ הם ניסו לשכנע את נציגי הממשלה לסגת מהחרגה זו. לבסוף גבר הנימוק שלפיו ההחרגה עולה בקנה אחד עם מגמת הוועדה לצמצם את חסינות המדינה: הרי הסעיף קובע מצב דברים שבו לא נשללת אחריות המדינה. הרציונל של הוועדה לעניין סעיף ההחרגה היה שהסעיף, גם אם לא יוסיף, ודאי לא יגרע. מתברר כי גם במקרה הזה חל הכלל "כל המוסיף גורע", והתוספת המיותרת הזו תרמה לקשיים בפרשנות החוק.

בית המשפט היה אמור להתגבר על הקושי הזה מתוך הסתמכות על דברי הוועדה, שלפיהם לא התכוונו חברי הכנסת במקרה זה שמכלל הלאו יילמד ההן, כלומר שמההחרגה של תאונות הדרכים יהיה ניתן לקבוע כי בתאונות אחרות המדינה פטורה מאחריות. בעניין זה לא היה צריך להרחיק לכת עד לפרוטוקול; גם בכללי פרשנות נכונים של לשון החוק ניתן להגיע

⁹⁸ "תאונת דרכים כמשמעותה בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה 1975, שבה מעורב רכב של כוחות הביטחון אשר מספר הרשוי או זהותו של מי שנהג בו בעת התאונה ידועים, זולת אם התאונה אירעה אגב פעילות מבצעית של הרכב או פעילות עוינת של הנפגע נגד המדינה או נגד אוכלוסייה אזרחית" – חוק הנוזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מספר 7), התשס"ה-2005, ס"ח 953.

⁹⁹ עניין **עדאלה**, לעיל הערה 3, פסקה 39 לפסק דינו של השופט ברק.

¹⁰⁰ ראו פרוטוקול 555, לעיל הערה 83, בעמ' 53.

לאותה מסקנה.¹⁰¹ אם סעיף ההגדרה של "אזור עימות", שהוא "ליבת החוק", קובע פוזיטיבית כי הכרזה על אזור עימות מחייבת כתנאי לקיומה התרחשות בעלת אופי צבאי מול אויב,¹⁰² אי אפשר לסתור קביעה זו באמצעות היקש מסעיף ההחרגה של תאונות הדרכים בתוספת השנייה לחוק.

ה. בקשה לסעד חלופי

אילו לכנסת הייתה ניתנת זכות עמידה בעניין עדאלה, הרי הכנסת הייתה טוענת לא לביטול החוק אלא לביטול ההכרזות הגורפות, שנעשו לכאורה מכוח החוק.

בפסקה 31 לפסק הדין קובע השופט ברק באשר לסעיף 5 שבתיקון מספר 7 כדלקמן:

"שאלת חוקיותו של סעיף 5 לתיקון מספר 7 עלתה בפנינו באופן שולי בלבד. הצדדים מיקדו עיקר טענותיהם בהוראותיו של סעיף 5. ... לא הובאו בפנינו מקרים בהם התעוררה שאלת תחולתו, ... בנסיבות אלה וכל עוד לא התלבנו השאלות האלה די צרכן טרם בשלה העת להכריע בחוקיותו של סעיף 5. הרבה תלוי באופן יישומו ובפירוש שיוענק להוראות הסעיף ... בתי המשפט האזרחיים מוסמכים, במסגרתן של תביעות נזיקין ספציפיות לבחון טענות כנגד חוקיות הסעיף. בנסיבות העניין לא ראינו מקום להכריע בשאלת חוקיותו של סעיף 5 לתיקון מס 7."

הטיעונים האלה טובים גם בקשר לעתירה נגד סעיף 5. לבית המשפט לא הובאו מקרים ספציפיים, ולכן בית המשפט לא היה יכול להתרשם מאופן יישומו ומהפירוש שניתן להוראותיו של הסעיף הזה. אילו היו מובאות התביעות לפני בתי המשפט האזרחיים, היה ניתן לברר את הטענות נגד החוקיות, וייתכן שבתי המשפט האזרחיים היו מוצאים פתרונות שבית המשפט העליון לא הצליח למצוא. ומכאן שאין ספק שמלאכת בית המשפט העליון, לו היה דן בנושא בעקבות ערעור על החלטת בתי המשפט הנמוכים, הייתה קלה יותר ופסק דינו מדויק יותר. העובדה שהמדינה הציגה לפני בתי המשפט הכרזות גורפות של שר הביטחון על אזורי עימות היא שהניעה חלק מהעותרים לעתור נגד החוק, אבל היה ניתן להפנות אותם לבתי המשפט שידונו בתוקפה של ההכרזה ובמשמעות שלה בנסיבות כל מקרה ומקרה. לחלופין היה בית המשפט בסמכויותיו כבג"ץ יכול לבטל את ההכרזות של שר הביטחון מטעמים של אי סבירות קיצונית בלי לבטל את החוק כולו. כדי להשיג את המטרה הזו, בית המשפט לא היה חייב לבחור בדרך של ביטול הוראות החוק.

ניתן להניח, שאילו הכנסת הייתה מיוצגת בדיון בבית המשפט, כמעט מובן מאליו שנציג הכנסת היה מציע לבית המשפט לבטל את ההכרזות הגורפות של שר הביטחון על אזורי עימות ולשלוח את הצדדים לדיונים פרטניים בכל מקרה ומקרה בערכאות הנמוכות כדי שיוכל להתרשם מאופן יישום החוק.

¹⁰¹ השופט ברק התייחס לצורך להתאים את הפרשנות הסובייקטיבית של הפרשן לאופקיו המקוריים של הטקסט שאותו הוא מפרש. ראו אהרון ברק **פרשנות במשפט** כרך א 223 (1992).

¹⁰² סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים.

מדוע לא עלה בדעתה של נציגת היועץ המשפטי לממשלה להציע הצעה ברוח זו? סביר להניח, שהיועץ המשפטי לממשלה סמך את ידיו על ההכרזות הגורפות של שר הביטחון. כיצד יטען עכשיו טענה שממנה עולה כי הן ראויות לפסילה?!

אי העלת טענה בדבר סעד חלופי לעותרים הינה דוגמה מאלפת לניגוד העניינים שבו נתון היועץ המשפטי לממשלה, ועולה מדוגמה זו קיומו של רציונל ברור התומך בזכות עמידתה העצמאית של הכנסת בבית המשפט.

6. משפט משווה – זכות העמידה של פרלמנטים בעתירות לביטול חוק

אם נבחן את המשפט המשווה נמצא כי הן במדינות המשפט המקובל והן במדינות המשפט הקונטיננטלי, מדינות הדוגלות אף הן בהפרדת רשויות, יש לפרלמנט מקום של כבוד בסוגיות חוקתיות. ניכר כי כמה מדינות קיבלו עליהן יצירת מנגנון של שיתוף פעולה הדדי בין הפרלמנט ובין בית המשפט החוקתי.

ראשית, נבחן את ההסדר בדרום אפריקה, מדינה בעלת שיטת משפט מעורבת בדומה לשיטתנו שלנו. בדרום אפריקה, החוקה מקנה כוח לחברים בבית המחוקקים לעתור לצו הצהרתי כדי לקבל סעד בדבר אי חוקיותו של חוק.¹⁰³ פעולה כזו דורשת שליש מחברי הפרלמנט.¹⁰⁴ כן נקבע כי כל אדם או אורגן של מדינה בעל אינטרס מספיק, רשאי לבקש או לפנות אל בית המשפט החוקתי, כדי לוודא חוקיות של הוראה מסוימת או לבקש את שינויה של הוראה חסרת תוקף מבחינה חוקתית.¹⁰⁵ יש לציין, כי פסיקתו של בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה הינה סופית.¹⁰⁶ בחינה של מדינות המשפט הקונטיננטלי מלמדת אף היא כי ניתן ביטוי לעמדתו של הפרלמנט בעת הביקורת השיפוטית. בצרפת, לדוגמה, הביקורת השיפוטית נעשית לפני ההכרזה הרשמית על החוק. ב-1971, ה-*Constitutional Council* קיבל עליו את הסמכות לבקר חוקים טרם כניסתם לתוקף, כדי לברר אם הם עומדים בדרישות החוקה. עניין זה כולל את החוקה המטריאלית המסורתית של צרפת.¹⁰⁷ עם זה, סעיף 61 לחוקת צרפת¹⁰⁸ קובע כי נשיא הרפובליקה, ראש הממשלה, יושב הראש של אחד מבתי הפרלמנט ו-60 מחברי הפרלמנט רשאים להפנות חקיקה ולשאול שאלות בדבר חוקתיותם של חוקים. בפולין, סעיף 191 לחוקה¹⁰⁹ מעניק זכות עמידה בבית המשפט החוקתי בפולין (*Constitutional Tribunal*) לגופים הבאים: נשיא הרפובליקה, דובר בית הפרלמנט התחתון (*Marshal of the Sejm*), דובר הסנאט, ראש הממשלה, 50 חברי פרלמנט, 30 חברי סנאט וכן גופים שלטוניים נוספים. סעיף 188(1)¹¹⁰ קובע כי בית

¹⁰³ ראו: S. AFR. CONST. 1996. s. 80. החוקה ניתנת לצפייה גם באתר האינטרנט הרשמי של ממשלת דרום אפריקה: www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm.

¹⁰⁴ שם, בסעיף 80(2).

¹⁰⁵ סעיף 172(2)(d).

¹⁰⁶ סעיף 167(5).

¹⁰⁷ MARY ANN GLENDON, MICHAEL WALLACE GORDON AND CHRISTOPHER OSAKWE, COMPARATIVE LEGAL TRADITIONS 77-78 (1994).

¹⁰⁸ GEORGE A. BERMAN, HENRY P. DE VRIES AND NINA M. GALSTON, FRENCH LAW 2-25 (1998).

¹⁰⁹ ראו חוקת פולין. ניתנת לצפייה ב- www.senat.gov.pl/k5eng/dok/konstytu/6.htm.

¹¹⁰ שם.

המשפט החוקתי בפולין יפסוק בין השאר כדי לוודא את התאמת החקיקה והסכמים בין לאומיים נוספים לחוקה הפולנית. כך ניתנת זכות עמידה לגופים פרלמנטריים רבים בעת תקיפה חוקתית של חקיקה.

יתרה מזו, גם בגרמניה, מדינה אשר אחד מעקרונות היסוד החוקתיים שלה הינו עקרון הפרדת הרשויות,¹¹¹ ניתן מקום לאורגנים שונים להביע את עמדתם בפני הפרלמנט. בעת מחלוקת או ספק באשר להתאמתו של חוק מדינתי או פדרלי אל חוק היסוד (היינו החוקה הגרמנית), הממשלה הפדרלית, הממשלה המדינתית או שלישי מחברי בית הפרלמנט הפדרלי התחתון בגרמניה רשאים לעתור לבית המשפט לחוקה, כאשר האחרון נותן להם הזדמנות להביע את דעתם.¹¹²

אם כן, נראה בבירור כי ההסדר הישראלי אינו מעניק מקום של כבוד לפרלמנט בעת הביקורת השיפוטית. את התובנה כי ניתן להקנות מקום של כבוד לפרלמנט, יישמו מדינות בעלות הסדר חוקתי מתקדם משלנו.

יתרה מזו, אי מתן זכות עמידה עלול להביא לידי תופעת "הורדת ידיים" בין הרשויות, אשר היא מצדה פוגעת באמון הציבור בכל אחת מן הרשויות, כפי שאכן קרה אצלנו; על טיבה של אינטרקציה זו שבין הרשויות, אעמוד בפרק הבא.

ה. פינג-פונג-פינג

1. התגובה על החלטות בית המשפט

כאשר חוקקה הכנסת את התיקונים לחוק הנוזקים האזרחיים, היא החלה ליצור "דו שיח" עם הרשות השופטת. לאמור, המהלך הראשון אשר ננקט על ידי הכנסת ("פינג") לוה בתגובה של בית המשפט ביושבו כבג"ץ ("פונג"). בית המשפט בחר כאמור לפסול את התיקונים שהציעה הכנסת. אם כן, עלינו לבחון אם הכנסת יכולה להגיב על פסילת החוק כאשר היא בוחרת בנוסח אשר יעמוד בביקורת השיפוטית העתידה לבוא ("פינג").

בעקבות פסק הדין שפסל את החוק, יזמתי הצעת חוק "מתגברת"¹¹³ והיא הועברה להתייחסות הממשלה. ראו זה פלא, אותם גורמים מקצועיים במשרד המשפטים שבעבר תמכו בקידום החוק במתכונתו המקורית הבלתי מידתית לכאורה, ונאבקו למענה, נאבקו עכשיו, בוועדת השרים לענייני חקיקה, בתמיכת הממשלה בחוק המתוקן. טענתם הייתה שהצעת החוק המתוקנת לא תעבור אף היא את מבחן בג"ץ ועלולה להביא לידי פסילה מביכה של החוק בפעם השנייה.

מבחינתי העמדה הזו הייתה פגומה משני טעמים: ראשית, משום שקשה ליישב בין עמדה זו ללהט הקרב שאותו הפגינו הגורמים המקצועיים בוועדה כשביקשו לאשר את הצעת החוק

¹¹¹ למעשה, בגרמניה קיימים שני סוגים של הפרדת רשויות. האחת, הינה הפרדת רשויות אופקית קלאסית בין הרשות המבצעת, המחוקקת והשופטת. השנייה, הפרדת רשויות אנכית בין המדינה הפדרלית למדינות ה-Lander (פרובינציות בתוך המדינה הגרמנית). ראו: NIGEL FOSTER AND SATISH SULE, GERMAN LEGAL SYSTEM AND LAWS 164-165 (2002).

¹¹² ראו סעיף 93(2) לחוקת גרמניה (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – GG). שם, בעמ' 549-562.

¹¹³ ראו לעיל הערה 81.

בנוסח הקיצוני שהם עצמם יזמו. שנית, משום שאנשי משרד המשפטים קיבלו בכך את העיקרון שהמילה האחרונה נתונה לבית המשפט ולא למחוקק. מבחינתם הפינג-פונג הסתיים בפונג, ומבחינתי לאחר הפונג הכנסת יכולה להשיב בפונג נוסף. עמדה זו של משרד המשפטים חושפת את הקושי הטמון בהפקדת הייצוג המשפטי של הכנסת בידי של היועץ המשפטי לממשלה. במצב שבו הכנסת מחליטה בכל זאת להמשיך בהליכי החקיקה, שוב יימצא היועץ במצב לא קל אם וכאשר תוגשנה עתירות נגד התיקון החדש. בפועל החליטה ועדת השרים להתנגד להצעת החוק שיזמתי, עד אשר משרד המשפטים, על פי יוזמת השר, יכין הצעה משלו לתיקון המצב המשפטי שנוצר.¹¹⁴

כדי שלא לקשור את המקרה הפרטי של תיקון מספר 7 לשאלה הכללית של ייצוג הכנסת בבג"ץ, יזמתי מהלך נוסף: הצעת החוק שעייגנה את זכות העמידה של הכנסת בחקיקה, שעברה קריאה שלישית ב-12 בפברואר 2008.¹¹⁵

2. הדיאלוג הרצוי בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת

תהיה זו שגיאה לאמוד את מידת השפעתה של המהפכה החוקתית על החקיקה בישראל רק על פי מספר פסקי הדין שבהם הצהיר בית המשפט על בטלותו של חוק. עיקר השפעתה בא לידי ביטוי דווקא בעבודה האפורה היומיומית בוועדות הכנסת, שם עשרות יועצים משפטיים מקפידים שחברי הכנסת המחוקקים לא יוציאו מתחת ידם הוראות חוק שבית המשפט יפרשן כפוגעות שלא כדין בזכויות מוגנות. מאחר שאיש אינו יכול להעלות בדמיונו עד היכן ירחיק לכת בית המשפט בכוח הפרשנות שלו, עורכי הדין של הכנסת מגבילים לא פעם את החקיקה בשלבי הכנתה הרבה מעל לנדרש אך ורק מחשש שמא הוראות החוק תיפסלנה על ידי בית הדין הגבוה לצדק.

כיושב ראש ועדת חוקה מטעם הליכוד, מתנגד חריף למדיניות האקטיביזם השיפוטי ומוחה סדרתי על הדרך שבה התחוללה ה"מהפכה החוקתית", מצאתי את עצמי אחראי לכך שמתחת יד הכנסת לא יצא דבר חקיקה שבית המשפט עלול לבטל. הפרדוקס היה שלשם כך הייתי צריך להיאבק בנוסח של הצעת חוק שזכתה לברכתם ולתמיכתם של שני יועצים משפטיים לממשלה ושני פרקליטי המדינה (שניים מתוך הארבעה הם שופטי בית המשפט העליון כיום). חלק מחבריי לסיעה הביעו תמיהה מדוע אני "עוקף משמאל" את נציגי משרד המשפטים. למרות זאת, הם נאלצו בסופו של דבר להתקפל רק בגלל נשק יום הדין שבו השתמשתי – הטענה שלי כי בית המשפט יבטל את החוק אם לא נמתן את הצעת משרד המשפטים. יזמתי את שינוי הקונספציה של הצעת החוק בשינויים לשוניים מינוריים שבעזרתם יהיה ניתן לפרש את החוק בצורה שונה לחלוטין מהפרשנות שאליה התכוונו מנסחי הצעת החוק. לאחר סדרת התנגשויות בדיוני הוועדה בין חברי כנסת לנציגי משרד המשפטים ובין חברי כנסת לעמיתיהם הוציאה הכנסת מתחת ידה חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, משרת מטרה ציבורית ראויה ואינו פוגע בזכויות אדם יותר מן הנדרש. אלא שלפי כללי השיח בין הרשויות הקיימים כיום, לפני בית המשפט בפרשת **עדאלה** לא הייתה עמדתה של הכנסת, עמדה שאינה עולה בקנה אחד עם אופן פרשנות החוק על ידי היועצים המשפטיים של הרשות המבצעת. עמדתה של הכנסת בדבר תכליתו של החוק הייתה

¹¹⁴ בענין זה ראו הדיון בהצעת חוק הניקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון – אזורי עימות), התשס"ז-2007, שנדונה במליאת הכנסת ב-18 ביולי 2007.

¹¹⁵ הצעת חוק הכנסת (תיקון – ייצוג הכנסת בערכאות משפטיות), התשס"ז-2007, ה"ח 2937 וראו לעיל הערה **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.**

יכולה להביא לידי פרשנות ראויה, אשר היה בה כדי למזער, ואולי אף לבטל, את החיכוך בין התיקון לחוק ובין חוקי היסוד.

בראייה צופה פני עתיד, אביא מדבריו של נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק, שתיאר את הדיאלוג הרצוי בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת:

"...העניין הראשון הוא כיבודן של הרשויות האחרות. אני חושב שזה חיוני שכל אחת משלוש הרשויות תכבד את רעותה, את זולתה. בכל מה שנוגע לנו, אני חושב שזה חיוני שאנחנו השופטים נכבד את מעמדה, את כוחה ואת סמכויותיה של הכנסת. הכנסת אינה הריבון, הריבון הוא העם. אבל הכנסת נבחרת על ידי הריבון, על ידי העם, ולכן חשוב מאד לכבד את הכנסת שלנו כמי שנבחרת על ידי הריבון, ורצוי וצריך שיהיה דיאלוג בין הכנסת לבין מערכת בתי המשפט. כשאני אומר דיאלוג אינני מתכוון לשיח ביני לבין יושב ראש הכנסת. כשאני מדבר על דיאלוג, אני מתכוון לזה שהכנסת מחוקקת חוק ובית המשפט מפרש את החוק. ואם הפירוש של בית המשפט לא נראה לכנסת, היא משנה את החוק באופן שהחוק ייתן ביטוי למה שהכנסת רוצה לבטא. וגם החוק החדש מתפרש על ידי בית המשפט. הכל במסגרת כללי המשחק, זהו הדיאלוג."¹¹⁶

דברים כדברנות. יש לקוות שבכל הקשור לדיאלוג בין הרשויות, בית המשפט יהיה לא רק נאה דורש אלא גם נאה מקיים. בינתיים בכל הקשור לזכות העמידה של הכנסת, בית המשפט החמיץ הזדמנות לשנות ביוזמתו את מדיניותו השוללת זכות עמידה מהכנסת, ולכנסת לא נותרה ברירה אלא להיזקק לחקיקה חד צדדית שהבשילה בימים אלה.

¹¹⁶ הדברים נאמרו על ידי נשיא בית המשפט העליון כתוארו אז, אהרן ברק, בכנס "הדמוקרטיה הישראלית במבחן השעה" של המכון הישראלי לדמוקרטיה (22.5.2003) בבית הנשיא בירושלים. ניתן לצפייה בכתובת: www.idi.org.il/hebrew/article.asp?id=1478