

הכנסת אורחים? הכנסת אויבים

הקביעות של בית המשפט העליון בפסק דין אשר ניתן לאחרונה בעניין דיראני הן עקרוניות ומקרינות על סוגיות רחבות. אלא שהיקף ההלכה אינו ברור דיו. חסימת הגישה לערכאות ראוי שתיעשה אך ורק במקרים נדירים שבהם מתקיימים במצטבר חמישה תנאים

יורם רבין

לו לכאורה תבע דיראני פיצוי בסך שישה מיליון שקל. בינואר 2004, בעוד התביעה תלויה ועומדת, הוחזר דיראני ללבנון במסגרת עסקת חילופי שבויים בין ישראל לבין ארגון חיזבאללה, אך לאחר שמיעת עדותו המוקדמת, וטרם צאתו מן הארץ, הוא נחקר בחקירה נגדית והתיק נקבע להמשך הוכחות. לאחר שובו ללבנון הכריז דיראני על התמזגות תנועתו עם ארגון החיזבאללה, והחל לפעול במסגרת ארגון זה. בנובמבר 2004 פנתה המדינה לבית המשפט המחוזי בבקשה לסלק את התביעה על הסף. לטענתה קיים בדין הישראלי כלל, שנקלט מהדין האנגלי, של "אין מבררים תביעתו של אויב". בהתאם לכלל זה, כך נטען, אין מקום לדון בתביעת דיראני בהיותו תושב מדינת אויב השותף לפעילות עוינת נגד ישראל.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

בית המשפט המחוזי קבע כי בדין הישראלי, בניגוד למשפט האנגלי, אין הוראת חוק מפורשת – או הלכה פסוקה – השוללת מתושב מדינת אויב את זכות הגישה לערכאות משפטיות; לכן אין מקום לשלול מדי-ראני את זכות הגישה לערכאות. עם זאת יש לשלול את זכותו לקבל סעד של פיצוי כספי, אם זה ייפסק לזכותו, לאור האיסור הקיים בסעיף 3 לפקודת המסחר

שאלת זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב בעת מלחמה העסיקה את מערכות המשפט מאז המשפט הרומי ועד ימינו. המציאות רבת הפנים של סכסוכים מזוינים לאורך ההיסטוריה והפסיקה הענפה שנתגרה בשה יצרו מסורות מיוחדות בשיטות המשפט השוררות. ככלל, הסוגיה מעוררת שלוש שאלות-משנה. ראשית, מיהו "נתיני אויב" ומהו "מצב מלחמה"? שנית, מהי "גישה" לערכאות: האם גישה מתמצה בזכות דיונית לפנות לבית משפט או כוללת גם זכות מהותית להתדיין ולקבל סעד? שלישית, מהן "ערך-כאות שיפוטיות": האם מדובר בערכאות אזרחיות או שניתן להסתפק בערכאות חלופיות דוגמת טרי-בונלים צבאיים? חלק מן השאלות הללו עמדו במוקד פסק הדין התקדימי בעניין **דיראני**, שניתן לאחרונה בבית המשפט העליון.

העובדות

דיראני הוא אזרח לבנוני אשר נלכד בשנת 1994 בלבנון בידי צה"ל והובא לישראל לצורך חקירתו. הוא הוחזק במעצר מינהלי בין השנים 1994 ל-2004. בשנת 2000 הגיש דיראני לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו תביעת נזיקין נגד המדינה בגין עינויים שערב, לכאורה, בעת מעצרו בישראל. בגין הנזקים שנגרמו



פרופ' יורם רבין, דיקן בית הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל



צילום: גטי אימג'ס

מתחמקים מבחינה ישירה של הכלל האוסר גישה לערכאות מול הדין שאחרי אמנת ז'נבה. מוסטפה דיראני

במשפט הישראלי. הוא מעולם לא אומץ באופן מפורש בפסיקה, והוא מנוגד לזכות החוקתית לפי נות לערכאות. עם זאת, פקודת המסחר עם האויב – שאינה אוסרת על המשך ניהול התביעה – קובעת שאם ייפסק פיצוי כספי, פירות הסעד יוקנו לאפוטרופוס הכללי, שיחזיקם עד לסיום מצב המלחמה. משכך יש לברר את התביעה לגופה, אך במידת הצורך להשהות את העברת הסעד. מנגד קבע השופט מלצר, בדעת מיעוט, שיש לדחות על הסף את התביעה, על בסיס הכלל "אין מבררים תביעתו של אויב". לגישתו, הכלל האנגלי נקלט למשפט הישראלי מכוח סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922 בצירוף סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948. לפיכך, אף אם נראה בזכות הגישה לערכאות זכות חוקתית, הבאה תחת כנפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מדובר בפגיעה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק היסוד האמור. לכן יש לצוות על דחיית התובענה על הסף – מכוח הוראת תקנה 101 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984.

עם האויב, 1939, המונע העברת כספים שנפסקו לטובת תושב מדינת אויב כל עוד מתקיים מצב המלחמה.

פסק דינו של בית המשפט העליון

בפסק הדין לא היתה כל מחלוקת על חשיבותה ומעמדה החוקתית של זכות הגישה לערכאות. לא היתה גם מחלוקת על כך שלדיראני – או לכל עצור אחר, תהא מסוכנותו אשר תהא – עומדת זכות גישה לערכאות כשהוא מצוי בשטח ישראל. עוד היה מוסכם כי מבחינה דיונית, לדיראני עומדת עילת תביעה ולבית המשפט יש סמכות עניינית, מקומית ובינלאומית. בעיקר היתה הסכמה בין השופטים על קיומו של הכלל המסורתי במשפט האנגלי, שלפיו "אין מבררים תביעתו של אויב, וכי כלל זה עומד בתוקפו אף כיום". המחלוקת התגלעה בשאלה האם כלל זה נקלט במשפט הישראלי, ואם כן – האם הוא פוגע כדין בזכות החוקתית לגישה לערכאות.

השופטת פרוקצ'יה, בדעת רוב (אליה הצטרף השופט ג'ובראן), קבעה כי הכלל האנגלי לא נקלט

הדין מן המשפט המשווה עוסקות בעניינים רחבים יותר, כגון סכסוכים אזרחיים בין פרטים או תביעה להביאס קורפוס. רביעית, דיראני החל את תביעתו בעת ששהה בישראל. הוא העיד עדות מוקדמת ואף נחקר בחקירה נגדית. לכן זכות הגישה שלו לערכאות מומשה, בראשיתה, בעת שהותו בישראל. מה משקלן של עובדות אלו בהלכה הכללית לגבי זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב?

המשפט המקובל האנגלי

הן דעת הרוב והן דעת המיעוט יוצאות מנקודת הנחה, שעליה מושתת פסק הדין, כי הכלל "אין מבררים תביעת אויב" משקף את ההלכה במשפט המ-קובל אף כיום. יש לנו לכל הפחות ספקות לגבי הנחה מוצא זו.

ראשית, הכלל האנגלי המ-סורתי קבע כי "אין מבררים תביעת אויב בעת מלחמה". היה זה הסופר הרומי קיקרו שציין כי בני אדם נאבקים באמצעות מילים – בבתי משפט, או באמ-צעות כוח – בשדה הקרב; חבר בני אדם הבוחר בדרך של מאבק כוחני בשדה הקרב יהיה מנוע, בזמן זה, מגישה גם לבתי משפט. כלל זה הוא נוקשה ומיושן. הוא אפיין את דיני המלחמה המ-סורתיים שקדמו לאמנת ז'נבה הרביעית ולמהפכת זכויות האדם. ספק רב אם הוא תקף גם בימינו. פסק הדין בעניין דיראני לא מספק ראיות לכך והוא מלא באסמכתות ישנות שנפקו בעת מלחמות העולם באירופה, לרבות אסמכתאות מן המאה ה-15(!).

האסמכתה המודרנית המובאת בפסק דין דיראני היא פסק דין אנגלי משנת 2005 **Amin v. Brown** EWHC 1670 [2005]. פרשה זו עסקה בסכסוך פרטי בין אזרחית עיראקית המחזיקה בדירה בלונדון לבין עורך דין אנגלי שטיפל בענייני הדירה. בתביעתה ביקשה האזרחית העיראקית צו שימנע מעורך הדין לטפל בכל עניין הנוגע לדירה. בכתב ההגנה נטען כי יש לדחות את תביעתה על הסף מחמת היותה נתינת אויב, אשר לפי הכלל המסורתי אינה זכאית לגישה לבתי משפט באנגליה. בית המשפט חזר על הכלל

ועוד תהייה מוסיף השופט מלצר: "אני מתקשה לראות מדוע במדינות העולם הנאור יעמוד בעינו כלל מסוים משך כארבע-מאות שנים... ורק במדי-נתנו נבחר שלא לאמץ אותו לחלוטין".

היקף הלכת דיראני

הדין בזכות הגישה לערכאות של דיראני הוא כיום תיאורטי, שכן במהלך הדיון בתביעה בבית המשפט המחוזי התקבל חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), תשס"ה-2005, שנתן מענה חקיקתי לשאלה שעורר ההליך. עם זאת, הקביעות של בית המשפט בהלכת **דיראני** הן עקרו-ניות ומקרינות על סוגיות רחבות. אלא שהיקף הלכת **דיראני** אינו ברור דיו.

ראשית, לא נדון מעמדו של דיראני עצמו: האם מדובר ב"נתיני אויב", "לוחם אויב", או אולי "לוחם בלתי חוקי"? לק-טגוריות שונות כללים שונים. בית המשפט ציין שדיראני הוא "אויב" והחיל עליו כללים של "נתיני אויב". האם ההל-כה מסויגת לנתיני אויב בלבד? שנית, אם ההלכה מסויגת לנתיני אויב, מהו המבחן המ-שפטי לזיהוי נתיני אויב: האם מבחן טריטוריאלי, שלפיו

הן דעת הרוב והן דעת המיעוט יוצאות מנקודת הנחה, שעליה מושתת פסק הדין, שהכלל במשפט המקובל התקף עד היום הוא "אין מבררים תביעת אויב". קיימים לכל הפחות ספקות לגבי הנחת מוצא זו

גישה לערכאות תוגבל למי ששוהה בשטח אויב בזמן מלחמה (המשפט המקובל); מבחן של לאומיות, לפיו גישה לערכאות תוגבל למי שאזרחותו היא של מדי-נת אויב (המשפט הקונטיננטלי); או מבחן התנהגות, לפיו גישה לערכאות תוגבל למי שבהתנהגותו מגלה אויבות, ללא קשר לאזרחותו או מקום מגוריו (מבחן פונקציונלי)? בדיראני מתקיימים כל שלושת הת-נאים האלו, האם אלו תנאים מצטברים או חלופיים? שליטת, האם הלכת דיראני מוגבלת לתביעת נזיקין של אויב או חלה גם על תביעות אחרות, נניח בדיני חוזים או בדיני משפחה או בדיני עבודה או אולי בע-תירות ציבוריות? האם נתיני אויב המתגורר בסוריה זכאי לפנות לבג"ץ נגד מדיניות בומים על-קוליים של צה"ל בדמשק? על פניה נראית הלכת דיראני מוגב-לת לתביעות נזיקין, אך האסמכתות המובאות בפסק

האנגלי אך סייגו למצב מלחמה, וקבע כי אין להרחיב בו למצב של עימות מזוין. מכיוון שממשלת אנגליה טענה כי בעיראק אין "מלחמה" אלא "עימות מזוין", נקבע כי התובעת אינה נתינת אויב. יתרה מכך, בית המשפט קרא תיגר על הכלל המסורתי, בציינו כי יש לבחון כל מקרה לגופו ויש לאפשר גישה לערכאות כאשר אין בדיון המשפטי "רווח צפוי לאויב".

שנית, הכלל האנגלי נשען על עקרונות משפטיים שפותחו לפני מאות שנים, בפרט בעת מלחמות נפר-ליאון ומלחמות חצי האי קרים. הוא לא הועמד לבחינה בעידן המודרני. כך, למשל, עולה השאלה כיצד מתיישב הכלל עם "חוק זכויות האדם האנגלי", 1998, שאימץ למשפט האנגלי את האמנה האירופית לזכויות אדם, ואשר סעיף 6 בה מעניק זכות גישה לערכאות בהליכים פליליים ללא כל סייג הנוגע לנתין אויב? למעשה, עם חקיקת סעיף 23(8) לתק-נות האג, שהגביל את סמכות המדינות לחסום גישה לערכאות של נתיני אויב, הועלתה הטענה כי הכלל האנגלי סותר את המשפט הבינלאומי הפר-מבי – פרופסור אופנהיים כתב למשרד החוץ הבריטי שסעיף זה ביטל את כלל איסור הגישה לערכאות של נתיני אויב, אך פרשנותו נדחתה על ידי משרד החוץ הבריטי. שאלת תחולת הכלל לאור המשפט הבינלאומי המודרני טרם הוכרעה.

שלישית, בשל המספר העצום של החריגים שנקבעו לכלל במשפט המקובל, ולנוכח העובדה שהוא לא יושם ברוב מדינות המשפט המקובל מאז מלחמת העולם השנייה, שאלה היא האם ניתן להמשיך לעסוק בכלל של "המשפט המקובל", כאשר לא ברור שכלל זה עודנו כה "מקובל" במדינות של המשפט המקובל. רביעית, הכלל המסורתי האנגלי זכה לביקורת קשה במדינות המשפט הקונטיננטלי, במיוחד בצרפת. בסדרה של פסקי דין שנפסקו בצרפת באמצע המאה ה-20 נקבע כי לנתין אויב קיימת זכות גישה לערכאות, אך זכותו לפיצוי עלולה להיות מושהית עד לאחר תום המלחמה, כפי שאכן הציעה השופטת פרוקצ'יה. בתי המשפט בצרפת ראו בזכות הגישה לערכאות "זכות

טבעית" שיש לשלול או להגביל רק בחקיקה מפורשת.

לעיתיד לבוא

בדין הישראלי אין תפיסה עקבית באשר לזכות הגישה לערכאות של נתיני אויב, ומעולם לא ניתן פסק דין שהתייחס לבעיה הזו בכללותה. היעדר כלל ברור, נוסף למורכבות של הכללים במשפטן של מדינות שונות, מקשה על הניסיון לחלץ כלל מערכתי ביחס לגישה הראויה בשאלה האם יש לפתוח את שערי בית המשפט בפני נתיני אויב. פרשת "דירא-ני העלתה על סדר היום שאלה חשובה. באופן כללי ניתן לומר כי לפני "עידן זכויות האדם" אומץ כלל שלפיו המדינה רשאית לשלול גישה לערכאות מנתיני אויב, בכפוף לחריגים. מנגד, בתקופה המודרנית המגמה היא להכיר בזכות הגישה לערכאות, בכפוף לחריגים המאפשרים להגבילה. עד כה התחמקו בתי המשפט בעולם מבחינה ישירה של הכלל האוסר גישה לערכאות למול הדין הבינלאומי בעידן שלאחר אמנת ז'נבה. באנגליה, בית המשפט התחמק מכך בציינו כי הקרבות בעיראק אינם מלחמה אלא עימות מזוין, ולכן הכלל אינו חל; בארה"ב, בית המשפט התחמק מכך בציינו שמפרץ גוונטמו הוא שטח אשר מצוי בשליטה ובניהול של ארה"ב ולכן כלל איסור גישה לערכאות אינו חל בו.

במאמר שאפרסם בקרוב אטען כי חסימת הגישה לערכאות ראוי שתיעשה אך ורק במקרים נדירים שבהם מתקיימים במצטבר חמשת התנאים הבאים: (1) הפונה לערכאות הוא "נתין אויב"; (2) פנייתו היא בעניין הקשור ל"מצב לחימה" בין מדינתו למדינה שבה מוגשת התביעה; (3) קיים "קשר סיבתי" בין התובענה לבין מצב הלחימה; (4) לאויב צפוי "רווח מסוים" מניהול ההליך (החזקה היא שתביעת נתין אויב מניבה רווח מסוים לאויב, אך חזקה זו ניתנת לסתירה); (5) אין אפשרות לאיין את הרווח הצפוי לאויב על ידי השהיית הסעד עד לאחר תום הלחימה, או שהשהיית סעד תגרום לנזק חמור ובלתי הפיך לזכויותיו של נתין האויב.

בשל המספר העצום של החריגים שנקבעו לכלל ולנוכח העובדה שהוא לא יושם ברוב מדינות המשפט המקובל, שאלה היא האם ניתן לעסוק בכלל של "המשפט המקובל", כאשר לא ברור שכלל זה עודנו כה "מקובל"