

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

ליאב אורגד ויורם רבין

תקציר ♦ **פתח דבר** ♦ א. זכות הגישה לערכאות 1. תוכן הזכות ומאפייניה 2. הצדקות הזכות 3. מעמד נורמטיבי ♦ ב. זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב 1. נתיני אויב וזיהויים 2. משפט משווה 3. משפט בינלאומי ♦ ג. זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב בישראל 1. המסגרת הנורמטיבית 2. פרשת חוק הנזיקים האזרחיים 3. פרשת דיראני 4. השאלות הפתוחות ♦ ד. לקראת הסדר נורמטיבי 1. הדיון הנוסף בפרשת דיראני 2. הסדר מוצע: המבחן הפונקציונלי ♦ ו. סוף דבר

תקציר

מאמר זה דן בזכותם של נתיני אויב לפנות לערכאות משפטיות בישראל, בדגש על תביעות נזיקין. חלקו הראשון של המאמר מציג את טיבה של זכות הגישה לערכאות, את מעמדה הנורמטיבי ואת ההצדקות העיוניות העומדות בבסיסה. חלקו השני מתמקד בזכות הגישה לערכאות של נתיני אויב ומציג את הכלל במשפט ההשוואתי ובמשפט הבינלאומי, הן באשר לזיהוי "נתיני אויב" הן באשר לשאלה, אם לנתין אויב "זכות גישה לערכאות". חלקו השלישי של המאמר מתמקד במשפט הישראלי; הוא דן בשאלה, אם לנתיני אויב עומדת זכות גישה לערכאות בישראל. חלק זה גם דן בפרשת דיראני (שהוקדשה לדיון בזכות הגישה לערכאות של נתיני אויב בנסיבות העניין) ומציג ביקורת על דעת הרוב בפסק הדין. חלקו הרביעי של המאמר מציג כלל להתמודדות עם תביעות של אויבים. הכלל מבחין בין תביעות של "אורגן אויב" – במובן של גוף ממשלתי או נושא משרה רשמי או מי מטעמם של אלו – אשר ככלל אין לדון בהן בבתי המשפט בישראל, לבין תביעות של "נתיני אויב" – אזרחים פרטיים – אשר ככלל יש לדון בהן בבתי המשפט בישראל, למעט בהתקיים שני תנאים מצטברים: התביעה נובעת מפעולה מלחמתית ולאויב צפוי רווח מן ההתדיינות

* מרצה, בית הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה; דיקן, בית הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למנהל.
** תודתנו נתונה לאורי אהרונסון, לאלכס יעקובסון, לרועי פלד, ליובל שני ולמשתתפי הסדנה "משפט ומדינה" באוניברסיטת בר-אילן על הערות חשובות לטיוטה קודמת של המאמר, לשלי סימנא על עזרה יעילה במחקר ולמערכת "מחקרי משפט" על הערות מקיפות שתרמו לשיפור המאמר.

המשפטית. כלל זה ניתן לאמצו, בהתאמות נדרשות, גם בהקשרים הרחבים יותר מתביעות נזיקין של נתיני אויב.

פתח דבר

האם פעיל בארגון טרור שתכנן והוציא לפועל פיגועי טרור נגד ישראל, שהוחזק בה במעצר ולאחר שחרורו מהכלא חזר להיות פעיל טרור זכאי להגיש תביעת נזיקין בישראל בגין עינויים שעבר לכאורה בתקופת מאסרו? האם אזרח סורי שרכשו נפגע עקב "בומים על-קוליים" של צה"ל בדמשק זכאי להגיש תביעה בישראל בגין פגיעה בקניינו? מהו הדין הנורמטיבי החל ומדוע?

גישה לערכאות היא זכות יסוד. בהיעדרה אין אפשרות לפנות לבתי משפט, לזכות במשפט הוגן ולקבל סעד משפטי בגין הפרת זכות. שלילת גישה לערכאות מונעת לא רק בירור של סוגיות משפטיות – כגון אם מעצר הוא חוקי – אלא גם של שאלות עובדתיות, כגון אם העצור הוא מי שנטען שהוא. בדומה לרוב זכויות האדם, גם זכות הגישה לערכאות היא יחסית. בנסיבות מסוימות ניתן לסייגה ולהגבילה. לעתים המגבלות הן ישירות; כך לדוגמה, זכות הגישה לערכאות נפגעת כאשר מצמצמים את עילות התביעה האפשריות או את בעלי זכות העמידה. לעתים המגבלות הן עקיפות; כך לדוגמה, זכות הגישה לערכאות נפגעת כאשר מטילים מגבלות הפוגמות בפועל ב"כולת" (להבדיל מ"זכות") לפנות לערכאות, כגון אגרות בית משפט גבוהות או היעדר אפשרות לזכות בייצוג משפטי ראוי במחיר סביר. אלו הם מתחים מוכרים בעולם המשפט, המעסיקים את בתי המשפט באופן קבוע.

אחת הסוגיות שטרם נדונה בספרות המקצועית בישראל עוסקת ב"זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב במלחמה". סוגיה זו מעוררת כמה שאלות. ראשית, מיהו "נתיני אויב" ומהו "מצב מלחמה"? שנית, האם קיימת "זכות" שכזו, ואם כן – מה טיבה ומהו מקורה הנורמטיבי? שלישית, מהי "גישה"? האם היא מתמצית ביכולת פרוצדורלית לפנות לבתי משפט או שהיא כוללת גם היבט מהותי – דיון פומבי והוגן וקבלת סעד אפקטיבי? ורביעית, מהן "ערכאות"? האם יש לאפשר גישה לערכאות אזרחיות או שמא ניתן למצות את הדיון בערכאות חלופיות, דוגמת טריבונלים צבאיים? שאלות אלו בחלקן אינן מיוחדות לסוגיית "זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב", אך מתעוררות בה ביתר שאת.

השאלה אם לאויבים – ובכלל זה פעילים וחברים בארגון טרור – נתונה זכות גישה לערכאות בישראל נדונה כמה פעמים בשנים האחרונות. חלק ניכר מן הדיון התמקד בזכות הגישה לערכאות של פעילים ושל חברים בארגוני טרור בשטחי הרשות הפלסטינית; מצב דברים זה מעורר שאלות מיוחדות, הנובעות ממעמדם המיוחד של תושבי הרשות הפלסטינית ושל התפיסה הלוחמתית הישראלית בחלק משטחיה. חלקו האחר של הדיון התמקד בזכות הגישה לערכאות של פעילים ושל חברים בארגוני טרור במדינות אויב. לאחרונה פסק בית המשפט העליון, כי לחבר בארגון "חיזבאללה", מוסטפא דיראני, זכות לתבוע את המדינה

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

בנזיקין בגין עינויים שעבר לכאורה בעת תקופת כליאתו בישראל. בית המשפט קבע שפיצוי נזיקי, אם ייפסק, יושהה עד לסיום מצב האויבות, אך השהיית הסעד אינה פוגעת בזכות לנהל תביעת נזיקין בישראל.¹ בית המשפט נחלק בשאלה, אם לנתין אויב זכות גישה לבתי המשפט בישראל וכן בשאלות נוספות, כגון עמדת המשפט המשווה או הכלל שחל במשפט המקובל (ובשאלה אם כלל זה, יהיה אשר יהיה, נקלט במשפט הישראלי). פסק דין זה, המעורר שאלות שטרם הוכרעו במשפט הישראלי, תלוי ועומד בהליך של דיון נוסף.²

מאמר זה דן בזכותם של נתיני אויב לפנות לערכאות משפטיות בישראל, בדגש על תביעות נזיקין. חלקו הראשון של המאמר מציג את טיבה של זכות הגישה לערכאות, את מעמדה הנורמטיבי ואת ההצדקות העיוניות העומדות בבסיסה. חלקו השני מתמקד בזכות הגישה לערכאות של נתיני אויב ומציג את הכלל במשפט ההשוואתי ובמשפט הבינלאומי, הן באשר לזיהוי "נתין אויב" הן באשר לשאלה, אם לנתין אויב "זכות גישה לערכאות". שאלה זו נדונה לאחרונה, בעקבות התגברות המאבק הגלובלי בטרור, בבתי משפט בארצות הברית ובאנגליה. הניסיון שהצטבר במדינות אלו, הגם שאינו עקבי, עשוי לסייע לגיבושו של כלל גם במשפט הישראלי, תוך התאמתו למציאות שעמה מתמודדת ישראל ולאגריה. חלקו השלישי של המאמר מתמקד במשפט הישראלי; הוא דן בשאלה, אם לנתיני אויב עומדת זכות גישה לערכאות בישראל. חלק זה גם דן בפרשת דיראני ומציג ביקורת על דעת הרוב בפסק הדין. חלקו הרביעי של המאמר מציג כלל להתמודדות עם תביעות של אויבים. הכלל מבחין בין תביעות של "אורגן אויב" – במובן של גוף ממשלתי או נושא משרה רשמי או מי מטעם של אלו – אשר ככלל אין לדון בהן בבתי המשפט בישראל, לבין תביעות של "נתיני אויב" – אזרחים פרטיים – אשר ככלל יש לדון בהן בבתי המשפט בישראל, למעט בהתקיים שני תנאים מצטברים: התביעה נובעת מפעולה מלחמתית ולאויב צפוי רווח מן ההתדיינות המשפטית. כלל זה ניתן לאמצו, בהתאמות נדרשות, גם בהקשרים הרחבים יותר מתביעות נזיקין של נתיני אויב.

במאמר שלוש טענות מרכזיות. ראשית, הכלל המשפטי המקובל במדינות בעולם קובע כי "אין מבררים תביעות של אויב". לכלל זה פותחו ברבות השנים חריגים רבים, המאפשרים את תביעתו של אויב בהתאם לשלושה שיקולים עיקריים – הצד להליך, עילת התביעה והרווח הצפוי לאויב מניהול התביעה. כלל משפטי זה הוא במידה רבה ארכאי ומעורר הן קשיים נורמטיביים הן קשיים פרקטיים. שנית, בישראל אין כלל משפטי קוהרנטי בנושא זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב. הדין המצוי בישראל, בדומה למדינות בעולם, הוא תוצר של החלטות אד-הוק ללא תאוריה מנחה. מאמר זה מציג להסדיר בחקיקה עקרונית את סוגיית זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב ומציג מחשבות ראשוניות בכיוון זה. לפי

1 רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני, פס' 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 18.7.2011) (להלן: פרשת דיראני II).

2 דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני (פורסם בנבו, 1.1.2012) (להלן: פרשת דיראני III).

המוצע, יש לאפשר תביעות אויב בהתקיים שלושה תנאים מצטברים: (א) הפונה הוא נתין או אזרח אויב; (ב) עילת התביעה איננה קשורה במישרין למצב המלחמה; (ג) ולאויב לא צפוי רווח משמעותי מן התביעה. זהו מבחן פונקציונלי, המשקלל שיקולים המבוססים, ככל הניתן, על בחינה אינדיבידואלית של הצד להליך, של עילת התביעה ושל הרווח הצפוי לאויב מניהול התביעה, להבדיל משיקולים קטגוריים וגורפים שאומצו במדינות בעולם.

שלישית, בהקשר המסוים של תביעתו של דיראני, המאמר מציג שני טעמים שיש בכל אחד מהם כדי להביא לדחייתה. הטעם הראשון עניינו מעמדו המשפטי של דיראני (אזרח הנוטל חלק פעיל בפעולות איבה); הטעם השני עניינו (היעדר) זכותו. נוסף על שני טעמים פוזיטיביים של דין מצוי, המאמר מציג שני שיקולים נורמטיביים לדחיית התביעה. השיקול הראשון עניינו ההצדקות העיוניות לזכות הגישה לערכאות. הטענה היא, שעיקר ההצדקות המונחות בבסיס הזכות אינן מתקיימות בתביעתו של דיראני. השיקול השני עניינו קיומן של חלופות להליך המשפטי. פנייתו של דיראני לא נועדה למנוע, אקס אנטה, פגיעה בזכויותיו, אלא לפצותו, אקס פוסט. עם זאת לאור מסקנת דעת הרוב בפרשת *דיראני*, שלפיה הפיצוי הנזיקי – אם ייפסק – יושהה, נראה כי עיקר מטרתו של ההליך המשפטי היא הרתעת המזיק – בקרה ופיקוח על פעולות רשויות הביטחון – ולא פיצוי הניזוק. הגשמתו של אינטרס ציבורי חשוב זה אינה מחייבת פתיחה של שערי בית המשפט לתביעות אויב אלא ניתנת למימוש באמצעים חלופיים – מנהליים ופוליטיים – ובאמצעות בדיקה של גופים חלופיים כגון מבקר המדינה, ועדת חקירה והיועץ המשפטי לממשלה.

א. זכות הגישה לערכאות

1. תוכן הזכות ומאפייניה

זכות הגישה לערכאות היא מן החשובות שבזכויות האדם. אמירה זו היא מובנת מאליה כמעט; עם זאת ישנן מחלוקות בנוגע להגדרתה של הזכות. הספרות והפסיקה משתמשות בערכוביה במונחים הנבדלים זה מזה, כגון זכות הגישה לבתי משפט (access to courts), זכות הגישה לטריבונלים (access to tribunals) וזכות הגישה לצדק (access to justice).³ מבחינת יסודותיה, זכות הגישה לערכאות כוללת שלושה מרכיבים מצטברים: "זכות", "גישה" ו"ערכאות".

זכות: מקובל לראות באינטרס הגישה לערכאות זכות משפטית. ואולם ישנה מחלוקת באשר למאפייני הזכות – האם זו זכות "מהותית", הקובעת תנאים אשר בהתמלאם קמה לאדם זכות נגד זולתו וכן סעד, או זכות "דיונית", המסדירה אמצעים למימושן של הזכויות

³ הבדלים מושגיים אלו אינם סמנטיים. כך למשל, הימשכות הליכים בשל עומס שיפוטי פוגעת בגישה לצדק אך לא דווקא בגישה לערכאות משפטיות. מנגד, מניעת גישה לערכאות משפטיות אך בירור טענה לגופה במסגרת של גופים הנמצאים מחוץ למערכת בתי המשפט, כגון מבקר המדינה או ועדת חקירה, פוגעת בגישה לערכאות אך לא דווקא בגישה לצדק.

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

המהותיות? מה טיבה של הזכות – האם מדובר בזכות "שלילית", המאפשרת לבעל הזכות לפעול למימושה ללא הפרעה בהיעדר מגבלות בדין, או בזכות "חיובית", המטילה על המדינה "חובות עשה" לפעול להגשמתה?

גישה: גישה לערכאות מהי? יש המרחיבים ויש המצמצמים. במובן המצמצם, גישה לערכאות עוסקת אך בשאלת היכולת לחצות את טרקלין בית המשפט ולזכות בדיון לגופו של עניין. במובן זה גישה לערכאות נפגעת כאשר ישנו מחסום משפטי המונע פנייה לבית המשפט בתחומים שונים. כך הוא כשישנו מחסום בסוג מסוים של עניינים – כאשר נושאים מסוימים מוצאים ממתחם הנושאים השפטיים, כגון נושאים פוליטיים; ייתכן מחסום בסוג מסוים של מתדיינים – כאשר שיטת המשפט מאפשרת זכות עמידה רק לסוג מסוים של מתדיינים, כגון בעלי עניין אישי, או מונעת גישה מסוג מסוים של מתדיינים, כגון נתיני אויב; כן ייתכן מחסום משפטי בסוג מסוים של נסיבות – כאשר אדם פונה לערכאות טרם עמד בכללי סף נדרשים (כגון סעד חלופי, ניקיון כפיים); אפשרות נוספת היא של מחסום משפטי בסוג מסוים של טריטוריות – כאשר מוענקת גישה לערכאות רק לתושבי אזור מסוים. במובן רחב יותר, גישה לערכאות עוסקת גם ביכולתו של הפונה לקיים דיון משפטי בלתי-תלוי כמו גם בזכות לייצוג או בזכות למתורגמן. במובן הרחב ביותר, גישה לערכאות מחייבת מתן סעד אפקטיבי.

ערכאות: הביטוי "ערכאות" מתקשר לערכאות שהן חלק מהרשות השופטת. כך למשל, בישראל מדובר במערכת בתי המשפט (בתי משפט השלום, המחוזי והעליון) לרבות בתי הדין לעבודה, בתי הדין הרבניים ובתי משפט אחרים. עם זאת אפשר לפרש את הביטוי "ערכאות" כך שיכיל גופים שיפוטיים נוספים, דוגמת בתי דין משמעתיים, מוסד הבוררות הפרטית והליכים חלופיים לבתי המשפט, דוגמת גישור.

ההגדרה של זכות הגישה לערכאות משפיעה על היקפה. כך למשל, במאמר על אודות "זכות הגישה למערכת השיפוטית" מסביר אהרן ברק, כי זכות הגישה היא "הזכות כי סכסוך בגדרי המשפט יוכרע, ויינתן בו סעד, על-ידי שופטים עצמאיים (אישית ומוסדית), בהליך שוויוני, פומבי והוגן".⁴ הגדרה זו כוללת לא רק את עצם הזכות לפנות לערכאות אלא גם זכות לדיון מהותי, לפי כללי הצדק הטבעי, ברשות שופטת עצמאית, שסופו בקבלת סעד משפטי אפקטיבי. לגישת ברק, זכות הגישה לערכאות משמעה "גישה לכל ערכאה שיפוטית, לכל הליך שיפוטי ולכל שלבי ההליך השיפוטי", כלפי "כל אדם – פרט ותאגיד כאחד".⁵ אך בעוד שאת המונחים "זכות" ו"גישה" ברק מפרש בהרחבה, את המונח "ערכאות" הוא מפרש בצמצום, ככולל אך ורק ערכאות משפטיות עצמאיות. פרשנות מצמצמת זו למונח ערכאות משפטיות מרחיבה למעשה את היקף ההגנה אשר מוענק לזכות.

4 אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לויז 31, 32 (2013).

5 שם.

2. הצדקות הזכות

לזכות הגישה לערכאות כמה הצדקות. ראשית, הצדקות פוליטיות דמוקרטיות: זכות הגישה לערכאות היא אמצעי חיוני לשמירה על הזכויות הפוליטיות, שהן תנאי הכרחי לקיומה של חברה דמוקרטית.⁶ התדיינות משפטית מאפשרת לפרט להשפיע על גורלו, לעצב את המרקם החברתי שהוא חלק ממנו ולגבש מדיניות באמצעות תקדימים שיפטיים. שנית, הצדקות חברתיות: בעידן המודרני הפכה הגישה לערכאות לנגישה יותר אך גם ליקרה ולמורכבת יותר. על רקע התייקרות ההליך המשפטי והתרחקותו מן השכבות המוחלשות התפתחו תנועות חברתיות לקידום "הגישה אל הצדק".⁷ מטרתן הייתה לקדם רפורמות שיהפכו את המשפט לנגיש ולזול גם עבור הפרט חסר האמצעים.⁸ גישה לערכאות נתפסת לכן כדרך לצמצום פערים מעמדיים.⁹ שלישיית, פיקוח, ביקורת והרתעה: התדיינות משפטית קובעת נורמות של "אסור ומותר", מכווינה התנהגות ומונעת ניצול לרעה של שררה. קיומם של בתי משפט פתוחים לכל דורש הוא חרב המתנפנת מעל התנהלותו של היחיד, כמו גם מעל למנגנוני השלטון ביודעם כי פעולתם כפופה לביקורת שיפוטית. מנקודת מבט זו, זכות הגישה לערכאות מקדמת את אמון הציבור בשלטון. רביעית, בירור האמת: מטרה מרכזית של ההליך השיפוטי היא בירור האמת. בתי המשפט נתפסים – בשל המאפיינים המיוחדים של ההליך השיפוטי – כמוסד אובייקטיבי אשר יש בכוחו למקסם את החתירה לאמת.¹⁰ וחמישית, מימוש זכויות: זכויות האדם תוגשמה רק בהתקיים הליך שיפוטני, שיעניק סעד בגין הפרתן ושיצהיר על הצורך באכיפתן. זכות הגישה לערכאות נתפסת כתנאי הכרחי למימושן של זכויות האדם.¹¹ אכן, כדברי השופט חשין, "בית משפט שאין מתדפקים על שעריו כמוהו כמו-לא-היה... באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה... ייעלם ואיננו הדיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עמו".¹²

- 6 Frank I. Michelman, *The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Right – Part I*, 1973 DUKE L.J. 1153, 1172-1177 (deterrence), השתתפות (participation), הרתעה (effectuation) ומימוש.
- 7 Lawrence. M. Friedman, *Access to Justice: Social and Historical Context*, in 2 ACCESS TO JUSTICE: PROMISING INSTITUTIONS 3 (Mauro Cappelletti ed., 1978).
- 8 יורם רבין *זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית* 27-16 (1998).
- 9 Jack B. Weinstein, *The Poor's Right to Equal Access to the Courts*, 13 CONN. L. REV. 651, 658 (1981); Jeffrey R. Pankratz, *Neutral Principles and the Right to Neutral Access to the Courts*, 67 IND. L.J. 1091 (1992).
- 10 רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 522 (1995).
- 11 John Leubsdorf, *Constitutional Civil Procedure*, 63 TEX. L. REV. 579, 591-599 (1984).
- 12 ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 590, 629 (1997) (להלן: פרשת ארפל אלומיניום).

3. מעמד נורמטיבי

זכות הגישה לערכאות הוכרה כזכות יסוד עוד בטרם נחקקו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם בשנת 1992.¹³ חוקי היסוד לא כללו זכות מפורשת לגישה לערכאות, אף כי עיגון חוקתי מפורש של הזכות עמד בעבר כמה פעמים על סדר יומה של הכנסת. בעשרים השנים שחלפו מאז 1992 דן בית המשפט העליון כמה פעמים בשאלת מעמדה הנורמטיבי של זכות הגישה לערכאות. את פסק הדין המנחה בעניין נתן השופט מישאל חשין בפרשת ארפל אלומיניום. במקרה זה קבע השופט חשין, כי "זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות יסוד במובנו הרגיל של המושג... נעלה היא על זכות-יסוד"; על כן פגיעה בזכות הגישה לערכאות "חותרת תחת ה-*raison d'être* של הרשות השופטת".¹⁴ בפרשות מאוחרות יותר נקבע, כי גישה לערכאות היא "זכות קונסטיטוציונית",¹⁵ "זכות יסוד שאינה כתובה עלי חוקי-יסוד"¹⁶ ו"זכות חוקתית".¹⁷ אין להתפלא אפוא שבפרשת דיראני ציינה השופטת פרוקצ'יה, כי "הדעה הרווחת היא כי זכות הגישה לערכאות היא בעלת מעמד חוקתי".¹⁸

גם אם ישנה נטייה להכיר במעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות, טרם הוכרע מיקומה הגאומטרי. בפסיקה ובספרות אפשר למצוא שני מודלים. לפי האחד, זכות הגישה לערכאות היא זכות בלתי-מונחה, הנגזרת מזכויות האדם החוקתיות – הזכות לקניין¹⁹ או הזכות לכבוד האדם.²⁰ לחלופין אפשר לטעון, כי "כל זכות חוקתית המעוגנת במפורש בחוקי היסוד כוללת בחובה את זכות הגישה לעניינה"; בצד כל זכות מונחת זכות הגישה לערכאות כ"זכות מובלעת", הנדרשת למימוש הזכות.²¹ לפי המודל האחר, זכות הגישה לערכאות נגזרת מאופי המשטר הדמוקרטי. זוהי עמדתו של השופט חשין.²² זוהי גם עמדתו של ברק. במאמרו הוא מציין, כי יש לגזור את זכות הגישה לערכאות מעקרונות יסוד של דמוקרטיה – עקרון שלטון החוק ועקרון הפרדת הרשויות. לשיטתו זכות הגישה לערכאות היא "זכות נצחית", אשר ביטולה – גם אם באמצעות תיקון חוקתי – הוא תיקון חוקתי לא-חוקתי.²³

13 יורם רבין "זכות הגישה לערכאות: מזכות רגילה לזכות חוקתית (בעקבות ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ)" *המשפט* ה' 217, 218-220 (2001) (להלן: רבין "זכות הגישה לערכאות").

14 פרשת ארפל אלומיניום, לעיל הערה 12, בעמ' 629.

15 רע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' עיזבון המנוח באסל נעים איברהים, פ"ד נח(5) 865, 868 (2004).

16 ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים, פ"ד נז(5) 445, 433 (2003).

17 שם, בעמ' 460.

18 פרשת דיראני II, לעיל הערה 1, בפס' 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

19 שלמה לוין *תורת הפרוצדורה האזרחית: מבוא ועקרונות יסוד* 34 (2008).

20 רבין "זכות הגישה לערכאות", לעיל הערה 13, בעמ' 229.

21 ברק, לעיל הערה 4, בעמ' 43.

22 פרשת ארפל אלומיניום, לעיל הערה 12, בעמ' 628-629.

23 ברק, לעיל הערה 4, בעמ' 56-57.

הנה כי כן, זכות הגישה לערכאות היא היכולת הפרוצדורלית (procedural capacity) לפנות לבית המשפט ולזכות במשפט הוגן (fair trial), שסופו בקבלת סעד (remedy). בהתאם לכך, פגיעה בזכות הגישה לערכאות מסווגת לשלושה מרכיבים: (א) פגיעה במרכיב הפרוצדורלי של זכות הגישה לערכאות, כגון מניעת גישה בשל היעדר זכות עמידה; (ב) פגיעה במרכיב המהותי של זכות הגישה לערכאות, כגון החלת דין דיוני או מהותי שונה באופן הפוגע בסיכוי למשפט הוגן; (ג) פגיעה במרכיב התוצאתי, כגון צמצום הסעדים המשפטיים. פגיעה במרכיבים השונים מתבצעת אמנם בטכניקה שונה, אך התוצאות המתקבלות הן דומות, שכן הדיון המשפטי מנקודת המבט של המתדיין יכול להפוך בכל אחד מן המקרים לחסר תכלית (למעט אם הדיון עצמו הוא תכליתי של המתדיין). ובכל זאת ישנו עדיין הבדל. כך למשל, חסימת הגישה לערכאות בשל היעדר זכות עמידה איננה חוסמת את עילת התביעה; תובע אחר, בעל זכות עמידה, יכול לפנות לבית המשפט באותו עניין. מנגד, חסימת עילת התביעה – תביעות נזיקין של נתיני אויב, למשל – מגבילה את הגישה לערכאות לסוג מסוים של עניינים.

ב. זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב

זכות הגישה לערכאות היא זכות יחסית. ככל שהצדקות לה הן רבות יותר, אפשר לצפות שמידת ההגנה תהיה חזקה יותר. ככלל, ההצדקות לגישה לערכאות חלות במידה מוחלטת כלפי "נתיני זר". כך למשל, לנתיני זר אין זכות מוקנית להשתתף בהליך הפוליטי-דמוקרטי בקהילה שבה הוא אינו חבר ולהשפיע על אופייה באמצעות תקדימים משפטיים.²⁴ כאשר הנתיני הזר הוא גם "אויב", פתיחת שערי בית המשפט מעלה חשש מפני ניצול לרעה של ההליך המשפטי (חשש זה אינו ייחודי לאויבים וקיים גם בהקשרים אחרים), היינו חשש מפני הגשת תביעות שעיקר מטרתן לפגוע במדינה ולייצר רווח לאויב. התדיינות משפטית עלולה לסייע לאויב מבחינה כלכלית, למשל במתן פיצוי כספי או בשל העלות של ההתדיינות. לצד זאת עלולה חשש מפני הצפת בתי משפט בתביעות, וכן ישנם קשיים ראייתיים, המקשים על בירורן של תביעות בעת לחימה. זאת ועוד, מלחמה היא סוג של מאבק קולקטיבי ועל כן הכלל הוא, שבחלק מתחומי המשפט אין מבררים תביעות פרטניות; בסיום הלחימה מושג הסדר קולקטיבי.

מנגד ישנן הצדקות לגישה לערכאות שקיימות גם בעת מלחמה, כגון בירור האמת, אמון הציבור בכוחות הלוחמים וביקורת על מעשי המנהל. במובנים רבים, בזמן מלחמה אף יותר מאשר בזמן שלום יש חשיבות למנוע ניצול לרעה של רעמי התותחים על מנת לחמוק מהליכים משפטיים, שבאמצעותם נאכפות חובות והתחייבויות. אנשי צבא שידעו כי מעשיהם חסינים מביקורת עשויים להקפיד פחות על קיום הדין. צד לחוזה עשוי שלא לקיים את

FRANK G. DAWSON & IVAN HEAS, INTERNATIONAL LAW, NATIONAL TRIBUNALS AND THE RIGHTS OF ALIENS 109-157 (1971) 24

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

ההסכם, אם ידע כי לעמיתו אין אפשרות לתבוע את אכיפתו. מניעת גישה לערכאות עשויה לשמש תמריץ להפר את הדין ופרס לחוטא. במקרים אחדים, מתן גישה לערכאות עשוי להיות אינטרס לאומי דווקא, שכן התדיינות בבית משפט מדינתי עדיפה מהתדיינות פוטנציאלית חלופית באותו נושא בטריבוונל בינלאומי.

בעמודים הבאים נציג את עמדת המשפט המשווה והבינלאומי בסוגיית זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב. תאורטית ישנן שתי עמדות קוטביות – האחת מבקשת לאפשר לנתיני אויב גישה לערכאות ללא כל מגבלה, ואילו האחרת מבקשת לחסום גישה לערכאות של נתיני אויב באופן גורף. בפועל אימצו רוב המדינות עמדת ביניים, שמשמעותה כלל האוסר גישה לערכאות של נתיני אויב אגב הכרה בחריגים שונים. תחילה נגדיר מיהו "נתיני אויב", ולאחר מכן נציג את עמדת המשפט המשווה והבינלאומי בסוגיה זו.

1. נתיני אויב וזיהויים

מיהו "נתיני אויב"? ישנן ארבע גישות לשאלה זו.²⁵ לפי הגישה הראשונה, נתיני אויב הוא אדם בעל אזרחות של מדינה המוגדרת כמדינת אויב, ללא קשר למקום ישיבתו; בבסיסה של גישה זו הקריטריון של אזרחות (citizenship). מודל זה אומץ בחלק ממדינות הקונטיננט.²⁶ לפי הגישה השנייה, נתיני אויב הוא אדם המתגורר דרך קבע במדינת אויב; בבסיסה של גישה זו הקריטריון של תושבות (domicile). כך למשל, אזרח אנגלי שהגיע מרצונו לגרמניה בזמן מלחמת העולם השנייה עשוי להיחשב לנתיני אויב באנגליה חרף אזרחותו. כך נקבע על בסיס מבחן זה במלחמת העולם השנייה כי תושבי הולנד, שמדינתם נמצאה תחת כיבוש נאצי, הם נתיני אויב באנגליה.²⁷ מודל זה אומץ במדינות המשפט המקובל. לפי גישה שלישית אפשרית, נתיני אויב הוא אדם החבר בארגון אויב; בבסיסה של גישה זו הקריטריון של השתייכות (membership). לפי גישה רביעית אפשרית, נתיני אויב הוא אדם שמכלול מעשיו מגלה אויבות; בבסיסה של גישה זו ניצב הקריטריון של התנהגות (behavior). גישה אחרונה זו

25 למונח "נתיני אויב", ראו: James W. Garner, *Treatment of Enemy Aliens*, 13 AM. J. INT'L L. 22 (1919); Samuel A. Lourie, "Enemy" Under the Trading with the Enemy Act and Some Problems of International Law, 42(3) MICH. L. REV. 383 (1943); G.H.L. Fridman, *Enemy Status*, 4 INT'L & COMP. L.Q. 613 (1955); Correa, *The Enemy Alien Problem*, 107 N.Y.L.J. 1799 (1942). רוב ההסדרים מתחום המשפט הבינלאומי שנדרונו בחיבורים שלעיל היו בתוקף עד למלחמת העולם השנייה ובוטלו באמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בימי לחימה (1949), שהסדירה מחדש את מעמדם ואת זכויותיהם של נתיני אויב. עם זאת רוב ההסדרים המדינתיים הישנים האוסרים על מסחר עם האויב והאוסרים על גישה לערכאות של נתיני אויב קבועים עד היום במפורש במשפטן של מדינות רבות בעולם.

26 Garner, לעיל הערה 25, בעמ' 47-59.

27 *Sovfracht v. Gebr Van Udens Scheepvaart En Agentuur Maat schappij*, [1943] 1 All E.R. 76 (H.L.)

ליאב אורגד ויורם רבין

היא אינדיבידואלית; "אויבות" נבחנת לפיה באופן אינדיבידואלי ולא כחלק ממבחן קבוצתי או קטגורי.

מודלים אלו הם ברובם גורפים ונוקשים. ואולם מדינות אינן ממהרות לעדכן את הדינים שנחקקו בעידן שבו מלחמות היו תופעה שכיחה. עד כה התחמקו בתי המשפט בעולם מהתמודדות עם קושי זה והעדיפו להישען – גם לאחורונה – על המודלים המסורתיים. מודלים אלו כשלעצמם אינם קובעים את מערך הזכויות והחובות שנלווה לסטטוס של "נתין אויב", דוגמת זכות הגישה לערכאות. עם זאת כפי שנציג להלן, במדינות בעולם היה הכלל המשפטי (ועודנו) איסור על גישה לערכאות לנתיני אויב; עיקר ההבדל בין המדינות הוא באמות המידה להגדרתו של המונח "נתין אויב".

2. משפט משווה

המשפט המקובל. המשפט המקובל שולל גישה לערכאות של נתיני אויב. המבחן לזיהוי של נתין אויב הוא טריטוריאלי. בהתאם לכך, אדם המתגורר בשטח אויב מרצונו הוא נתין אויב ולכן איננו זכאי לתבוע או להמשיך בהתדיינות תלויה ועומדת.²⁸ הכלל חל גם על אזרח מדינת אויב הנמצא במדינה מארחת ללא היתר כדין, ונחשב למי שבאופן חוקי נמצא במדינת אזרחותו, היינו, בשטח אויב.²⁹ המבחן הוא טריטוריאלי. על כן אזרח אנגלי ששהה בגרמניה בעת מלחמת העולם השנייה לא היה זכאי לגישה לערכאות באנגליה; מנגד, אזרח גרמניה ששהה בעת המלחמה במדינה ידידותית או ניטרלית היה זכאי לגישה לערכאות באנגליה, חרף היותו אזרח גרמניה וגם אם פעל נגד אנגליה.³⁰

הכלל המקובל הוא נוקשה. הוא תוצר של הגישה המסורתית בדיני המלחמה שלפיה מלחמה היא מאבק כולל, הן בין מדינות הן בין נתיניהן. הענקת גישה לערכאות נתפסת

In re Mary Duchess of Sutherland, [1915] 31 Times L. R. 248 28

לכלל של המשפט המקובל, ראו: Arnold D. McNair, *Procedural Capacity of Alien Enemies: Statutes of Limitation*, 55(3) L.Q.R 191 (1942); ARNOLD D. MCNAIR & ARTHUR D. WATTS, *THE LEGAL EFFECTS OF WAR* 78-116 (1966); R.F. Roxburgh, *The Alien Enemy in English Law*, 2 J. COM. LEGIS. & INT'L L. 3D SER 269 (1920); PETER NORTH & JAMES. J. FAWCETT, *PRIVATE INTERNATIONAL LAW* 387-388 (13th ed. 1999); ALBERT V. DICEY, JOHN P. HUMPHREY & JOHN H.C. MORRIS, *THE CONFLICT OF LAWS* 231-236 (11th ed. 1987); JULIUS STONE, *LEGAL CONTROLS OF INTERNATIONAL CONFLICTS* 442-443 (2nd ed. 1959); Malcolm M. Lewis, *Domicile As a Test of Enemy Character*, 4. BRIT. Y. B. INT'L L. 77 (1923-1924); Rodriguez v. Speyer Brothers, [1919] A.C. 59 (H.L.); Porter v. Freudenberg, [1915] 1 K.B. 857 (C.A.); Schaffenius v. Garner; Goldberg, [1916] 1 K.B. 284 (C.A.); לעיל הערה 25, בעמ' 26-56, 29-40; פרשת *Sovfracht*, לעיל הערה 27, בעמ' 210.

R v. Superintendent of Vine Street Police Station ex parte Liebmann, [1916] 1 K.B. 268 30

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

כפוגעת במאמץ המלחמתי.³¹ גישה זו אפיינה את כתביהם של רוב ההוגים שעסקו בדיני המלחמה, דוגמת הסופר הרומי קיקרו, שציין כי בני אדם נאבקים בשתי דרכים – באמצעות מילים בבתי המשפט או באמצעות כוח בשדה הקרב. לפיכך צד הבוחר בדרך של מאבק בשדה הקרב אינו זכאי במקביל גם להתדיינות בבתי המשפט של המדינה היריבה.³² גישה זו אפיינה את המשפט המקובל שנהג משך מאות שנים באנגליה. היא אומצה במדינות נוספות של המשפט המקובל ובהן קנדה³³ ואוסטרליה.³⁴

בשל נוקשותו של כלל איסור הגישה לערכאות נקבעו לו במהלך השנים חריגים רבים. ראשית, נפסק כי לנתין אויב המתגורר באנגליה כדין³⁵ או שנכנס לאנגליה שלא כדין אך במהלך שהותו קיבל היתר ישיבה תתאפשר גישה לערכאות.³⁶ שנית, נפסק כי אדם השוהה שלא מרצונו החופשי במדינת אויב אינו נתין אויב.³⁷ שלישית, נפסק כי תיתן גישה לערכאות במקרה של תובע משותף; כך למשל, חברה הרשומה באנגליה, הגם שרוב בעלי מניותיה היו נתיני אויב, הורשתה לתבוע באנגליה.³⁸ רביעית, נפסק כי נתין אויב זכאי לתבוע אם הנחבע אינו מעלה התנגדות לכך בהודמנות הראשונה.³⁹ חמישית, נפסק כי נתין אויב

JAMES KENT, COMMENTARIES ON AMERICAN LAW 53-67 Art. 1, Sec. 8, Cl. 11 (1826), 31
available at http://books.google.de/books/about/Commentaries_on_American_Law_.html?id=cgY9AAAAIAAJ&redir_esc=y (בעמ' 65-63 שם).

1 CORNELIUS V. BYNKERSHOEK, A TREATISE ON THE LAW OF WAR 1 (1810), 32
http://books.google.de/books?id=IcQyAAAAIAAJ&pg=PR13&dq=CORNELIUS+V.+BYNKERSHOEK,+A+TREATISE+ON+THE+LAW+OF+WAR&hl=en&sa=X&ei=u_FwUsTHDMqbtQbI3IDwDA&redir_esc=y#v=onepage&q=CORNELIUS%20V.%20BYNKERSHOEK%2C%20A%20TREATISE%20ON%20THE%20LAW%20OF%20WAR&f=false

Bassi v. Sullivan, [1914] 18 D.L.R. 452; Gusetu v. Laing, [1915] Q.J. No.15 (Q.S.C.); 33
International Association of Science and Technology for Development v. Hamza,
[1995] 122 D.L.R. 4th 92, 98

Lim v. Welsbach Light Co. v. Commonwealth (1916) 22 Com. CLR 268 34
Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs (1992) 176 CLR 1

Princess Thurn und Taxis v. Moffit, ראו ישיבה. ראו 35
[1915] 1 Ch. 58 (Eng. 1914)

Wells v. Williams, [1697] 1 Ld. Raym 282; Hopp, [1799] 1 C. Rob 196, 1 Eng. Prize 36
Case 154 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND .ראו גם
372 (21st ed. 1852); ALBERT V. DICEY, TREATISE ON THE RULES FOR THE SELECTION OF
THE PARTIES TO AN ACTION 3 (1870)

Garner, לעיל הערה 25, בעמ' 34. 37

Continental Tyre & Rubber Co. v. Daimler [1916] 1 K. B. 893 (H.L.) 38
Paul Weidenbaum, Corporate ראו אחידה. Nationality and the Neutrality Law, 36 MICH. L. REV. 881 (1938)
Sovfracht, לעיל הערה 27.

הכלל בדבר איסור גישה לערכאות הוא טענה מקדמית; לפיכך יש להעלותה בהודמנות הראשונה 39
בכתב ההגנה.

יכול להתגונן כנתבע הגם שאינו יכול להגיש תביעה נגדית; הוא זכאי לכל הזכויות שיש לנתבע, לרבות זכות לערער ולסיוע משפטי.⁴⁰ ההצדקה לכך היא תועלתית: בעוד שמניעת גישה לבתי המשפט מוצדקת ברצון להימנע ממתן סעד שעשוי לסייע לאויב, הצדקה זו אינה תקפה אם האויב הוא הנתבע.⁴¹ שישית, גם כאשר נתין אויב מנוע מלהגיש תביעה, הרי זכותו – אם מקורה באירוע אשר התרחש בטרם פרוץ המלחמה – אינה בטלה אלא רק מושהית עד לאחר שוך הקרבות.⁴²

הגם שבמהלך השנים ריככה הפסיקה את הכלל, עיקרם של דברים לא השתנה. בשנת 2005, כ־550 שנים לאחר שבית משפט אנגלי אסר גישה לערכאות לנתיני אויב, פסק בית המשפט הגבוה לצדק באנגליה, כי ככלל נתין אויב אינו זכאי לתבוע באנגליה.⁴³ בפרשה זו הגישה אזרחית עיראק, שהיא בעלת דירה בלונדון, תביעה נגד עורך דינה האנגלי שטיפל בענייני הדירה. הדירה נרכשה בידי בעלה, שנישא בנישואי פוליגמיה והתגורר בדירה בשכירות עם אשתו השנייה. לאחר מות הבעל פונתה אשתו מן הדירה ודמי השכירות שולמו בידי הדיירים החדשים לעורך הדין שטיפל בדירה, אך עורך הדין לא העביר את הכסף לבעלת הדירה. הוגשה תביעה לצו שימנע מעורך הדין מלטפל בדירה ושיעביר לידי בעלת הדירה את כספה. עורך הדין העלה טענה מקדמית שלפיה יש לדחות את התביעה על הסף, שכן התובעת היא נתינת אויב אשר לפי המשפט המקובל אינה זכאית לגישה לערכאות.

בפסק הדין אישר בית המשפט את תקפותו של הכלל המסורתי, אך במקביל פירש בצמצום את תחולתו ועל בסיס זה קיבל את העתירה.⁴⁴ בית המשפט קבע, כי איסור גישה לערכאות של נתיני אויב חל רק בעת "מלחמה"; אין הצדקה להחילו גם על "עימות מזוין".⁴⁵ מכיוון שהרשויות באנגליה טענו שבעיראק אין "מלחמה" אלא מצב של "עימות מזוין", נקבע שאין תחולה לכלל ולכן התובעת אינה נתינת אויב. זאת ועוד, בית המשפט קרא בפסק הדין תיגר על הכלל הגורף של אויבות בין אוכלוסיות אזרחיות בעת מלחמה; מגמתו הייתה לבחון את מעמד התובע בחינה אינדיבידואלית ולא כחלק מהתייחסות קבוצתית. בית המשפט קבע, כי יש לאפשר גישה לערכאות אם אין בכך משום רווח צפוי לאויב. המבחן של "רווח צפוי לאויב" הוא מבחן מהותי (ולא טריטוריאלי), המחפש זיקה בין עילת התביעה לבין מצב המלחמה.⁴⁶ חרף הפרשנות המצמצמת של הכלל האוסר גישה לערכאות, בית המשפט לא דחה את תוקפו. נדמה כי הדיון המהותי בעניינה של בעלת הדירה נבע מכך, שמדובר בסכסוך אזרחי בין פרטים בעת עימות מזוין שמאפייניו רחוקים מאוד ממצב של מלחמה קלאסית בין

40 Garner, לעיל הערה 25, בעמ' 37-40; פרשת Porter, לעיל הערה 29, בעמ' 880-884.

41 Roxburgh, לעיל הערה 29, בעמ' 270.

42 OPPENHEIM, INTERNATIONAL LAW 312 (1952) LASSA F.L. 2(7) (להלן: OPPENHEIM, INTERNATIONAL LAW).

43 Amin v. Brown, [2005] EWHC 1670 (Ch)

44 שם, בפס' 21-22 לפסק הדין.

45 שם, בפס' 46 לפסק הדין.

46 שם, בפס' 23 לפסק הדין.

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

מדינות ובמקרה של אי-צדק משווע, שבו אזרח אנגלי ביקש לנצל לרעה כלל משפטי על מנת לחמוק ממילוי חובותיו כלפי בעלת הדירה.

המשפט הצרפתי. צרפת אסרה בחוק גישה לערכאות של כל אדם השווה מרצונו בשטח אויב; גישה זו רווחה בעת מלחמת העולם הראשונה.⁴⁷ ואולם היא זכתה לביקורת.⁴⁸ בספרות נטען, כי מלחמה היא מאבק בין צבאות ולא בין אוכלוסיות אזרחיות. יש להבחין בין ממשלות אויב, שעליהן ניתן לאסור גישה לערכאות, לבין נתיני אויב, שלהם ראוי לאפשר גישה לערכאות. יש להבחין גם בין גישה לערכאות, שיש להעניקה לנתיני אויב, לבין הסעד, אשר (אם ייפסק) ניתן להשהותו.⁴⁹ הבחנות אלו אומצו בחלקן בפסיקה; נקבע כי גם לאדם השווה בשטח אויב בעיצומה של מלחמה יש לאפשר גישה לערכאות, אך זכותו לסעד עלולה להיות מושהית עד לאחר תום המלחמה.⁵⁰ בתי המשפט ראו בזכות הגישה לערכאות "זכות טבעית", שיש לשלול או להגביל רק בחקיקה מפורשת. הגישה הצרפתית תורמת שתי הבחנות מעניינות: האחת מבחינה בין ממשלות אויב לבין נתיני אויב ואילו השנייה מבחינה בין הממד הראשון של הזכות (הפרוצדורלי) לבין הממד השלישי של הזכות (הסעד).

המשפט האמריקני. עד למלחמת העולם השנייה אומץ בארצות הברית הכלל האנגלי שלפיו לנתיני אויב, כהגדרתו במשפט המקובל (המבחן הטריטוריאלי), אין ככלל זכות גישה לבתי המשפט בארצות הברית.⁵¹ נתיני אויב זכאי להתגונן כנתבע, אך אינו זכאי להגיש תביעה נגדית;⁵² כתובע, הוא זכאי לפנות לערכאות רק עם תום המלחמה. זאת ועוד, נפסק שתביעות המבוססות על עילות שנוצרו לפני פרוץ המלחמה יושהו, בעוד שתביעות על בסיס עילות שנוצרו לאחר פרוץ המלחמה יידחו. עם זאת הכלל פורש בצמצום.⁵³ כך למשל סירב בית

47 Garner, לעיל הערה 25, בעמ' 47-50.

48 שם, בעמ' 51-56.

49 שם, בעמ' 51-52.

50 שם, בעמ' 43.

51 The Prize Cases, 67 U.S. 635 (1863); McVeigh v. the United States, 78 U.S. 59 (1870) הגדרה משתמעת של "נתיני אויב" אפשר למצוא בחוק נתיני אויב (1789), שחל בין היתר על כל "אזרח או נתין של ממשלת או מדינת אויב". ראו Act Respecting Alien Enemies, Ch. 66, 1 Stat. 570 (1798). ההגדרה מודגישה את הקריטריון של אזרחות ולא של תושבות קבע כנהוג במשפט המקובל.

52 *Ex parte Colonna*, 314 U.S. 510 (1942); *Ex parte Kawato*, 317 U.S. 69 (1942); *In re Territo*, 156 F.2d 142 (9th Cir. 1946)

53 Edwin M. Borchard, *The Right of Alien Enemies to Sue in Our Courts*, 27 YALE L.J. 104 (1917); Jacob J. Gordon, *The Right of Alien Enemies to Sue in American Courts*, 36 ILL. L. REV. 809 (1942); Robert M.W. Kempner, *The Enemy Alien Problem in the Present War*, 34 AM. J. INT'L L. 443 (1940); George G. Battle, *Enemy Litigants in Our Courts*, 28 VA. L. REV. 429 (1942); Rylee, *Enemy Aliens as Litigants*, 12 GEO. WASH. L. REV. 55 (1944); Willis B. Shell, *Habeas Corpus: Jurisdiction of Federal Courts to Review Jurisdiction of Military Tribunals When the Prisoner is Physically Confined Outside the United States*, 49 MICH. L. REV. 870 (1951)

המשפט העליון של ניו יורק לדחות תביעה רק בשל היותה תביעת אויב בציינו, שבידורה אינו מניב רווח לאויב ולכן אינו פוגע באינטרס המלחמתי.⁵⁴

בעת מלחמת העולם השנייה נקבעו כמה הלכות שסטו מן הכלל של המשפט המקובל.⁵⁵ באחת הפרשות, *Johnson v. Eisentrager*, נדונה זכות הגישה החוקתית לערכאות של נתין אויב.⁵⁶ בעניין זה נבחנה חוקתיות מעצרו של אזרחים גרמניים, אשר נעצרו ונשפטו בסין בידי כוחות צבא ארצות הברית עם תום מלחמת העולם השנייה והוחזקו בכלא אמריקני בגרמניה לאחר שהורשעו בבית דין צבאי בגין הפרת דיני המלחמה. העותרים פנו בתביעת "הביאס קורפוס" ממקום כליאתם בגרמניה לבית משפט אמריקני. בבית המשפט העליון נדחתה תביעתם. השופט ג'קסון קבע שש אמות מידה מצטברות, שלאורן תיבחן זכות הגישה לערכאות. לפי אמות מידה אלו, נתין אויב שנלכד ומוחזק במעצר, נשפט, הורשע ונכלא, הכול מחוץ לשטח ארצות הברית, אינו זכאי לגישה לערכאות בארצות הברית. על בסיס אמות מידה אלו נשללה זכות הגישה לערכאות של העצורים. הם היו אזרחי ארץ אויב (גרמניה) שמעולם לא התגוררו כדין בארצות הברית, הם נתפסו בפעילות עוינת בסין, הוחזקו במעצר מחוץ לשטח ארצות הברית (גרמניה), נשפטו והורשעו בסין בבית דין צבאי אמריקני בגין הפרת דיני המלחמה. עם זאת קבע השופט ג'קסון במישור אחר גישה מתירנית יותר מן הכלל האנגלי, בציינו כי אזרחים אמריקניים זכאים לגישה לערכאות, יהיה מקום מושבם אשר יהיה.⁵⁷ הכלל של השופט ג'קסון חל על כן רק באשר לנתין אויב שאינו אזרח או תושב ארצות הברית, העונה על כל ששת התנאים שלעיל.

פסק הדין שימש את בתי המשפט ביחסם לתביעות של נתיני אויב. עם זאת הוא לא עסק בגישה לערכאות מכוח חקיקה פדרלית או מכוח הדין הבינלאומי. סוגיות אלו התעוררו לאחר פיגועי הטרור ב-11 בספטמבר 2001. מתקפת הטרור הובילה לתקיפת אמריקנית באפגניסטן, שבמהלכה נלכדו מאות חשודים במעורבות בטרור. הללו הועברו לבסיס אמריקני באי גואנטנמו, קובה. העצורים עתרו נגד חוקיות מעצרום. עתירותיהם עוררו סוגיות שונות, בין השאר את שאלת זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב. בכמה פסקי דין עוקבים – פרשות *Hamdi* ו-*Padilla*,⁵⁸ פרשת *Rasul*,⁵⁹ פרשת *Hamdan*⁶⁰ ופרשת *Boumediene*⁶¹ – קבע

Arndt-Ober v. Metropolitan Opera Co., 102 Misc. 320, 169 N.Y.S. 304 (1918) 54

ראו למשל Ahrens v. Clark, 335 U.S. 188 (1948). 55

Johnson v. Eisentrager, 339 U.S. 763 (1950) 56

שם, בעמ' 776. פסק הדין פורסם בשנת 1950, כחמש שנים לאחר כניעתה של גרמניה, אך העצורים נחשבו נתיני אויב בשל כך, שמבחינה חוקית מצב המלחמה בין ארצות הברית לגרמניה תם רק ב-19 באוקטובר 1951. 57

.Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004)); Rumsfeld v. Padilla, 542 U.S. 124 (2004) 58
בפרשות אלו נדונה חוקיות מעצרו של אזרחים אמריקניים שנלכדו בקרב באפגניסטן, שהוגדרו "לוחמי אויב" ושהוחזקו במעצר בארצות הברית. הן בשל אזרחותם האמריקנית הן בשל מקום מעצרום בארצות הברית הוענקה להם גישה לערכאות בתביעת "הביאס קורפוס".

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

בית המשפט העליון של ארצות הברית, כי ככלל, למעט החריג של עתירות למתן צו "הביאס קורפוס" באי גואנטנמו, לנתין אויב מחוץ לארצות הברית אין זכות גישה לערכאות אזרחיות. עמדת הדין האמריקני באשר לזכות הגישה לערכאות של נתיני אויב אינה חד-משמעית. בית המשפט התחמק מהכרעה בשאלה, אם לנתיני אויב גישה לערכאות בתביעות שאינן "הביאס קורפוס". לא ברורה גם הזיקה בין ההלכות הישנות, שנגעו למלחמה קלאסית, לבין ההלכות החדשות, שצומצמו לתביעות "הביאס קורפוס" על רקע המאבק בטרור ובקשר לעצורים במפרץ גואנטנמו. גם בהקשר המסוים שהוזכר כאן, לא ברור מה גישה לערכאות מחייבת – אם גישה לראיות, זכות לייצוג או זכות ערעור, למשל – ואף לא אם היא חלה רק על ערעור על חוקיות המעצר או גם על תנאיו. ברור כי הדין האמריקני סטה מן הכלל של המשפט המקובל, אשר לפיו יש להקנות גישה לערכאות לעצורים באי גואנטנמו, שלכל הדעות אינו שטח אויב. בכל זאת בשני היבטים הכלל במשפט האמריקני ראוי להדגשה: ההיבט הראשון נוגע להבחנה בין זכות חוקתית לזכות חקיקתית; ייתכן שלנתין אויב תתאפשר גישה לערכאות מכוח דבר חקיקה ספציפי, הגם שהזכות החוקתית אינה עומדת לו. ההיבט השני נוגע לפרשת *Eisentrager*, שקבעה כמה תנאי סף פונקציונליים אשר על בית המשפט לבחון בעת הדיון בטענה המקדמית של תביעת אויב. לסיכום, הכלל המסורתי של המשפט המקובל של גישה לערכאות מכל אדם שמקום מושבו בשטח אויב, תהיה אזרחותו אשר תהיה. לאור מיעוט התקדימים בסוגיה מאז מלחמת העולם השנייה קשה לקבוע, אם כלל זה תקף במשפט האנגלי. פרשת *Amin* תומכת לכאורה

59 *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004). בפרשה זו נדונה חוקיות מעצרים של "לוחמי אויב" שאינם אזרחי ארצות הברית, שנלכדו בקרב באפגניסטן ושהוחזקו במעצר באי גואנטנמו. בית המשפט העניק לעצורים זכות לערער על חוקיות מעצרים ואבחן מקרה זה מפרשת *Eisentrager*, לעיל הערה 56, בכמה עניינים: (א) בתשתית העובדתית. בניגוד לעצורים בעניין *Eisentrager*, העצורים בגואנטנמו לא נשפטו והורשעו בבית דין צבאי. הם גם הכחישו כל מעורבות בפעילות טרור או במעשי איבה. נוסף לכך, בשל היותם אזרחי בריטניה, כוויית ואוסטרליה הם גם לא היו אזרחי מדינת אויב (שם, בעמ' 469); (ב) באשר לסמכות השיפוט. בניגוד לעצורים בעניין *Eisentrager* שהוחזקו במעצר בגרמניה, שטח שבו לארצות הברית אין ריבונות, הרי לפי הסכם החכירה עם קובה האי גואנטנמו נמצא בשליטתה של ארצות הברית וכך גם סמכות השיפוט הבלעדית (שם, בעמ' 471); (ג) באשר למסגרת הנורמטיבית. בניגוד להלכת *Eisentrager*, ששללה מנתיני אויב את הזכות החוקתית לגישה לבתי המשפט, בפרשת *Rasul* זכאותם של העותרים לגישה לבתי המשפט לא נשענה על החוקה האמריקנית אלא על חוק פדרלי, שהעניק לבתי משפט פדרליים סמכות שיפוט בתביעות "הביאס קורפוס" (שם, בעמ' 469).

60 *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006). נפסק, כי זכות הגישה לערכאות לפי ס' 3 המשותף לאמנות ג'נבה מחייבת גישה לבתי משפט שהם חלק מן הרשות השופטת וכי אין להסתפק במתן גישה לטריבונלים צבאיים, הכפופים לרשות המבצעת.

61 *Boumediene v. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008). בית המשפט פסל את ס' 7 ל- *Military Commissions Act of 2006*, 120 Stat. 2600 (2006), ששלל סמכות שיפוט פדרלית בתביעות "הביאס קורפוס" של לוחמי אויב. עם זאת תחולת פסק הדין מוגבלת משני היבטים: מבחינה עניינית, ההלכה עוסקת בתביעות "הביאס קורפוס" ומבחינה גאוגרפית, ההלכה מתוחמת למפרץ גואנטנמו.

ליאב אורגד ויורם רבין

בפרשנות שלפיה הלכה זו עודנה תקפה, אך קריאה מדוקדקת של פסק הדין מעלה ספקות; בית המשפט סייג את הכלל למצב "מלחמה" (להבדיל מ"עימות מזויין") ואימץ מבחן אינדיבידואלי בדבר "רווח צפוי לאויב", שלפיו תביעת אויב לא תידון במקרה שיש בה משום סיוע לאויב במלחמה. המשפט הצרפתי אפשר כבר בעת מלחמת העולם השנייה תביעות של נתיני אויב, אך השהה לרוב את העברת הסעד עד לאחר תום מצב המלחמה. המשפט האמריקני הוא המורכב ביותר, וקשה לאתר בו הלכה ברורה בשל ריבוי פסקי דין סותרים ובשל ויכוח מלומדים על פרשנותם ועל אודות הכלל המשפטי שנקבע בהם. את ההלכות של בית המשפט העליון האמריקני מן השנים האחרונות יש לקרוא בזהירות רבה, שכן הן עוסקות במצב הדברים המיוחד של עתירות לצו "הביאס קורפוס" באי גואנטנמו, שהוא בסמכות שיפוט אמריקנית. ההלכות הישנות, שגם הן מוגבלות מבחינת מה שניתן להקיש מהן, קבעו כי ככלל לנתין אויב אין גישה לערכאות בבתי משפט בארצות הברית, למעט כמה חריגים ובהם עתירות לצו "הביאס קורפוס".⁶²

3. משפט בינלאומי

הדין הספציפי המסדיר את זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב בעת מלחמה מעוגן בשני מקורות עיקריים. המקור הראשון הוא סעיף 23(ח) לתקנות האג (1907). הסעיף אוסר על צד לוחם לבטל או להשהות תביעות של "נתין אויב", המוגדר כאזרח של ישות עוינת (קריטריון של אזרחות):

23. It is especially forbidden [...]:

(h) To declare abolished, suspended, or inadmissible in a court of law the rights and actions of the nationals of the hostile party.⁶³

תקנות האג יצרו מחלוקת.⁶⁴ לפי הפרשנות הקונטיננטלית, סעיף 23(ח) ביטל את הכלל של המשפט המקובל והעניק לנתיני אויב זכות גישה גם לבתי משפט של מדינות אויב, הן כתובעים הן כנתבעים, בכל סוג של תביעה, אם החלה לפני המלחמה ואם הוגשה במהלכה.⁶⁵ לפי הפרשנות האנגלית, סעיף 23(ח) חל על רשויות הצבא בלבד. תכליתו היא למנוע ממפקד צבאי את האפשרות להגביל בצו גישה לערכאות של נתיני שטח כבוש, באופן שיימנע

62 עמדה זו שנויה במחלוקת. ראו למשל, Stephen I. Vladeck, *Enemy Aliens, Enemy Property, and Access to the Court*, 11 LEWIS & CLARK L. REV. 963 (2007).

63 Hague Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, Oct. 18, 1907, Stat. 2277, 1 Bevans 631 (להלן: "התקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית"). הסעיפים

הרלוונטיים הנוגעים לגישה לערכאות בשטחים כבושים הם ס' 42-56, ובייחוד ס' 43-48. Garner, לעיל הערה 25, בעמ' 24-30, 49, 52-53.

65 Thomas E. Holland, *Article 23(h)*, 28 L.Q.R. 94, 96-98 (1912); LASSA F.L. OPPENHEIM, THE LEAGUE OF NATIONS 45-55 (1919).

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

מתושבי השטח הכבוש מלפנות לבתי המשפט של מדינתם. עם זאת הסעיף אינו פוגע בסמכותו של הכוח הכובש להגביל גישה לערכאות בבתי המשפט שלו.⁶⁶ גישה זו הייתה מושא לביקורת,⁶⁷ אך בתי המשפט באנגליה המשיכו ליישם את הכלל האוסר גישה לערכאות.⁶⁸ זאת ועוד, לגישת בתי המשפט באנגליה תכלית סעיף 23(ח) הייתה להתיר זכות גישה לערכאות של נתיני אויב רק בנושאים הקשורים לקניין פרטי (להבדיל מעתירות בעלות אופי ציבורי). לנגד עיני מנסחיו של הסעיף עמד נתין אויב שהתקשר בחוזה מסחרי טרם המלחמה וכעת, בשל פרוץ המלחמה, הדין מונע ממנו להגן על אינטרס קנייני.⁶⁹ ואולם מחלוקת זו בעינה עומדת: הן בארצות הברית⁷⁰ הן בישראל⁷¹ הושארה הסוגיה בצורך עיון, ועד כה אין פסיקה של טריבונול בינלאומי אשר יכולה להיות פרשנות מוסמכת של הסעיף, חרף העובדה שסעיף 23(ח) אומץ לאחרונה כלשונו ב"אמנת רומא", אמנה שהקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי.⁷²

מקור נוסף לזכות הגישה לערכאות נמצא בסעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949). נתין אויב, המוגדר כאדם שנמצא בשטח של מדינה שהיא צד לעימות (מבחן טריטוריאלי), אינו זכאי לתבוע אם הוא נחשד בעיסוק בפעילות עוינת (נדרשות לכך ראיות אינדיבידואליות ולא רק חזקה גורפת הנובעת ממקום המגורים) ואם הסעד הצפוי עלול לפגוע בביטחון המדינה.⁷³ עם זאת, עד כה טרם נבחנה בטריבונול בינלאומי מידת התאמתו של הכלל המקובל לדיני המלחמה שלאחר אמנות ג'נבה, ואף לא נקבעו בפסיקה בינלאומית המבחן לזיהוי "נתין אויב" או הנסיבות שבהן הוא זכאי לפנות לערכאות.⁷⁴

George B. Davis, *The Amelioration of the Rules of War on Land*, 2 AM. J. INT'L. L. 63, 66 (1908); PEARCE HIGGINS, THE HAGUE PEACE CONFERENCE AND OTHER INTERNATIONAL CONFERENCES CONCERNING THE LAWS AND USAGES OF WAR: TEXTS OF CONVENTIONS WITH COMMENTARIES 235 (1909); VON GLAHN, LAW AMONG NATIONS 61 (4th ed. 1981); Stone, לעיל הערה 29, בעמ' 443-441, Roxburgh; לעיל הערה 29, בעמ' 73-270. 67 Holland, לעיל הערה 65, בעמ' 96-94, Garner; לעיל הערה 25, בעמ' 29; OPPENHEIM, INTERNATIONAL LAW, לעיל הערה 42, בעמ' 309-313. הפרשנות שלפיה הסעיף חל על שטח כבוש אינה מתיישבת עם מיקומו של הסעיף בתקנות – מחוץ לפרק הדין בשטחים כבושים. 68 Porter, לעיל הערה 29, בעמ' 877-880. 69 Garner, לעיל הערה 25, בעמ' 26-25. 70 *Ex parte Kumezo Kawato*, 317 U.S. 69 (1942). 71 בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, 46-45 (1988). 72 Art. 8(2)(b)(XIV) to the Rome Statute of The International Criminal Court, July 17, 1998, U.N. Doc. A/CONF 183/9 37 I.L.M. 999 (1998). 73 אמנת ג'נבה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, כ"א 1, 453 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ג'נבה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה). 74 ראו למשל Ali Case T-306/01, Ali Yusuf v. Council of the European Union and Commission of the European Communities, 2005 E.C.R. II-03533 342-45 (שם, בפס' 342-45 לפסק הדין).

ניסיון לסכם את עמדת המשפט ההשוואתי והבינלאומי באשר לזכות הגישה לערכאות של נתיני אויב הוא משימה סבוכה. הדבר נובע מן התקדימים הרבים והסותרים ומן המכלול העצום של המאפיינים המשפיעים על האיזון המשפטי – אלו הקשורים לצד להליך (אזרחותו, התנהגותו, מקום מושבו, השתייכותו הארגונית וכדומה) ואלו הקשורים להליך עצמו (עילת התביעה, עיתויה, תובע לעומת נתבע וכדומה). אי־אפשר להצביע ולו על מדינה אחת מאלו שנסקרו שבה ישנו כלל קוהרנטי. הכללים הקיימים, כמו גם החריגים הרבים שבצדם, אינם תוצר של תאוריה משפטית מובנית אלא של החלטות אד־הוק שהתקבלו באופן לא עקבי. הכלל של המשפט המקובל הוא פשוט: גישה לערכאות מוגבלת כאשר הצד להתדיינות שוהה בשטח אויב, ללא קשר לאזרחותו או לסיכון האינדיבידואלי הנשקף ממנו. עם זאת החריגים הרבים שנקבעו לכלל, יישומו השונה בתחומי המשפט השונים וכן העובדה שהוא לא יושם מאז מלחמת העולם השנייה מקשים על גיבוש מסקנות באשר לתוקפו ולהיקפו של הכלל כיום.

את הדיון נסכם בכמה הערות. ברוב המקרים ישנה אפשרות לפנות לבתי המשפט, שהרי עצם הדיון בשאלה אם ישנה זכות גישה לערכאות הוא סוג של גישה לבית המשפט, גם אם הוא נועד לצורך דיון בשאלה הפרוצדורלית של עצם הגישה. במקרים שבהם אי־הצדק בחסימת הגישה לערכאות היה בולט, לא היססו בתי המשפט לקבוע חריגים לכלל ולפרש ביצירתיות את הדין. כלל איסור הגישה לערכאות, שפותח במשפט המקובל לפני מאות שנים, הוא כלל ישן שמידת התאמתו לדין הבינלאומי כיום מוטלת בספק. עד כה התחמקו בתי המשפט מבחינה ישירה של הכלל לאור הדין הבינלאומי המודרני.⁷⁵ אין כיום מדינה שבה ישנו איסור מוחלט על גישה לערכאות. גם באנגליה, שבה פותח הכלל, נקבעו במהלך השנים חריגים אשר רוקנו אותו במידה רבה מתוכנו.

ג. זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב בישראל

1. המסגרת הנורמטיבית

בדין הישראלי אין תפיסה עקבית באשר לזכות הגישה לערכאות של נתיני אויב ואין בנמצא חוק, אשר מסדיר את העניין בכללותו, או פסק דין, שבו נערך דיון מעמיק בשלל הבעיות המתעוררות בהקשר זה. הדין התפתח באופן שונה בענפי משפט שונים. בעתירות בעלות אופי ציבורי דומה כי זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב היא מן המתירניות ביותר בעולם. למיטב

⁷⁵ באנגליה התחמק בית הלורדים מדיון בשאלה, בקובעו כי הקרבות בעיראק אינם מלחמה אלא עימות מזוין; בארצות הברית התחמק בית המשפט מדיון בשאלה אם זכות הגישה לערכאות חלה מחוץ לשטח ארצות הברית בציינו, שגואנטמו אמנם אינו שטח ריבוני אך הוא נתון לסמכות השיפוט של ארצות הברית, ועל כן הכלל אינו חל.

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

ידעתנו, בתי המשפט בישראל לא סירבו מעולם לדון בעתירה או בתביעה אך ורק בשל כך שהוגשה בידי "נתין אויב".⁷⁶

עוד בימיה הראשונים של המדינה, על רקע סכנות ביטחוניות קיומיות, קבע בית המשפט הגבוה לצדק, כי הכלל של המשפט המקובל בעניין נתיני אויב חל בישראל – אם בכלל – רק על תביעות אזרחיות בין פרטים, אך לא על עתירות ציבוריות שהמדינה צד להן.⁷⁷ באותו עניין דובר בבקשה שהגישה תושבת ישראל בשמו של בנה, תושב לבנון שעזב את ישראל לפני מלחמת העצמאות לצורך לימודים ולאחר מכן ביקש לשוב לשטחה. השופט חשין הפנה להלכות המשפט המקובל הנוגעות לנתיני אויב, אך ציין כי אלו "אינן מחייבות אותנו" אלא אך "משמשות ציון ומורה דרך".⁷⁸ הוא קבע כי לבנון היא מדינת אויב ומכך עולה שהוא הכיר במבקש כנתין אויב, אך חרף זאת דן בעתירה לגופה. חברו להרכב השופט זוסמן ציין, כי העמדה של המשפט המקובל, השוללת מנתיני אויב גישה לערכאות, אינה חלה בעתירות ציבוריות.⁷⁹ בית המשפט העליון אימץ את המבחן הטריטוריאלי במשפט המקובל לזיהוי נתין אויב, ואף נטה לאמץ את הכלל במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעות אויב. עם זאת סייג השופט זוסמן את הכרעתו לנושאים אזרחיים; פסקתו לא קבעה כלל האוסר גישה לערכאות בכל נושא. ואכן, הנטייה לדון בתביעות אויב נשמרה גם בשנים שלאחר מכן.⁸⁰ כך למשל דן בג"ץ במהלך מלחמת שלום הגליל בעתירה של לבנוני, שרכשו העסקי – מפעל לייצור מוצרי פלסטיקה – נתפס בידי כוחות צה"ל, בטענה שמדובר ברכוש אויב המשמש לצורכי המלחמה. העתירה אמנם נדחתה, אך בג"ץ דן בה לגופה.⁸¹

76 אפשר להצביע על כמה מקרים נדירים, שבהם בתי המשפט לא דנו בתביעות של נתיני אויב בשל היעדר שפיטות, בשל היעדר עילה או בשל היעדרה של זכות עמידה. ראו למשל את בג"ץ 1730/96 סביח נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נ(1) 353 (1996). ואולם גם במקרים הללו דן בית המשפט בסוגיה ופסק לאחר דיון מהותי.

77 בג"ץ 24/52 חכים נ' שר הפנים, פ"ד ו 638 (1952).

78 שם, בעמ' 640.

79 שם, בעמ' 642. לגישת השופט זוסמן, הכלל האנגלי חל על סכסוכים בין פרטים. ואולם המקרה של העותר אינו סכסוך בין פרטים במישור של המשפט האזרחי אלא מחלוקת "בין הפרט ובין הכלל, והוא סובב כולו על שטח המשפט הפומבי".

80 הדין בישראל אינו כולל הגדרה עקרונית של הביטוי "נתין אויב". הגדרה כללית של "אויב" נמצאת בס' 91 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. הגדרה ספציפית לצורכי מסחר עם האויב נמצאת בס' (1)4 לפקודת המסחר עם האויב, 1939. הגדרה נוספת נמצאת בס' 1 לפקודת מניעת טרור, התש"ח-1948. החוק הישראלי גם אינו קובע רשימה מרוכזת ועדכנית של מדינות אויב.

81 בג"ץ 574/82 אל נאוואר נ' שר הביטחון, פ"ד לט(3) 449 (1985). וראו גם בג"ץ 4887/98 עסאף נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.9.1998). בעניין זה הוגשה עתירה בידי אזרחים לבנוניים שנעצרו בידי צבא דרום לבנון. בג"ץ אמנם דחה את העתירה, אך לא בשל זהותם הלבנונית של העותרים אלא בשל היעדרה של תשתית עובדתית שתבסס עילה להתערבות שיפוטית. מפסק הדין הקצר אפשר להבין, כי אילו הוחזקו העצורים בידי צה"ל הייתה מתאפשרת גישה לערכאות שיפוטיות בישראל למרות היותם נתיני אויב העצורים בשטח אויב.

זכות גישה לערכאות ניתנה באופן רחב גם לתושבי יהודה, שומרון וחבל עזה, הנתונים באזור הנמצא בתפיסה לוחמתית של ישראל – קטגוריה שהיא שונה מלחימה קלאסית בין מדינות אויב. במספר רב של פסקי דין נקבע, כי לתושבי השטחים זכות עמידה בבתי המשפט בישראל, וכמעט כל הנושאים שהועלו בעתירות אלו נמצאו שפויים. בג"ץ קבע, בשפה ציורית, כי חיילי צה"ל הפועלים בשטחים הנמצאים תחת תפיסה לוחמתית משתמשים בסמכות שלטונית; לכן "כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי והמינהגי, שעניינם דיני המלחמה, ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי".⁸² בכל מקרה שבו הופרה זכות בידי בעל סמכות שלטונית בשטחים המוחזקים תינתן לתושבים שזכותם נפגעה גישה לבתי המשפט. ואכן בג"ץ העניק גישה לערכאות – ובחלק מן המקרים סעד – בשורה של מקרים, דוגמת גירוש מחבלים,⁸³ הטלת עוצר והצבת מחסומים,⁸⁴ הריסת בתים,⁸⁵ ערעור על תנאי המעצר⁸⁶ וניהול משא ומתן בעת מצור.⁸⁷ הנשיא ברק קבע עקרון על מנחה: "אין ביטחון ללא משפט. קיום הוראות המשפט הוא מרכיב בביטחון הלאומי".⁸⁸

החקיקה בישראל אינה עוסקת במישרין בזכות הגישה לערכאות של נתיני אויב.⁸⁹ מחד גיסא, בתי המשפט אינם נתלים בטכניקות משפטיות – שלילת זכות עמידה, היעדר שפיטות, חוסר תום לב או ניקיון כפיים – על מנת להגביל גישה לערכאות; מאידך גיסא, בתי המשפט לא התמודדו במישרין עם תביעת אויב בעת מלחמה, בניגוד לתביעת אויב בתקופה של עימותים מוגבלים בשטחים הנמצאים בתפיסה לוחמתית, שהם מרבית המקרים בשנים האחרונות. הגם שמתנהל בשטחים אלו עימות מזוין לסירוגין וניתן לראות בפעילי טרור השהים בהם "אויבים", אין אלו "שטחי אויב" במובן המקובל, בשל השליטה האפקטיבית של ישראל בחלקם ובשל כך שלחלק מן התושבים שם אין אזרחות; זהו מצב מיוחד שאינו דומה להלכות המשפט המקובל בעניין אויבים. הפסיקה אינה מלמדת על כלל משפטי ברור.⁹⁰

82 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 828 (2004).

83 בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267 (1993); בג"ץ 7015/02 עגוזי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(6) 352 (2002); בג"ץ 9586/03 סולאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נח(2) 342 (2003).

84 בג"ץ 2410/03 אל ערנ'א נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 8.7.2003).

85 בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(4) 608 (2002); בג"ץ 893/04 פדג' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(4) 1 (2004).

86 בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה עבאי קציעות, פ"ד נו(1) 403 (2002).

87 בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30 (2002).

88 פרשת מועצת הכפר בית סוריק, לעיל הערה 82.

89 התייחסות חלקית ישנה בס' 4 לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970, העוסק בטענת אויבות, וכן ב"טענת אויבות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 51.008 (התשכ"ט) (להלן: הנחיות "טענת אויבות").

90 כך למשל, העתירה בפרשת חכים, לעיל הערה 77, הוגשה בידי אם בשם בנה שהוא תושב לכנון. בג"ץ אמנם אפשר גישה לערכאות, אך יש לציין שהאם הייתה אזרחית ישראלית ולא נתינת אויב. גם פרשת

2. פרשת חוק הנזיקים האזרחיים

בשנת 2005 חוקקה הכנסת את חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005.⁹¹ המצב המשפטי שקדם לחוק החדש העניק למדינה חסינות מלאה מפני תביעות נזיקין, הנובעות מפעולות לחימתיות של צבא הגנה לישראל,⁹² אלא שבג"ץ פירש את המונח "פעולה לחימתית", שלא הוגדר בחוק, בצמצום.⁹³ במקום להגדיר מחדש בחקיקה את המונח "פעולה לחימתית", כך שיכלול מעשים נוספים שמהם יינתן פטור מאחריות בנזיקין, החליטה הכנסת לחוקק חוק קובע כלל מחמיר וגורף. החוק יוצר שתי קטגוריות לשלילתה של עילת תביעה בנזיקין כלפי המדינה. הקטגוריה הראשונה היא פרסונלית; סעיף 5ב לחוק קובע, כי ככלל אין המדינה אחראית לנזק שנגרם לתובע שהוא נתין אויב, פעיל או חבר בארגון מחבלים.⁹⁴ החוק אינו מחייב קשר סיבתי בין פעולת הלחימה לבין נושא התביעה. כך למשל, תושב מזרח ירושלים החבר בארגון "חמאס", אשר נפגע בתאונת דרכים שבה היה מעורב רכב ממשלתי, אינו זכאי לתבוע פיצויים מן המדינה. הקטגוריה השנייה היא טריטוריאלית; סעיף 5ג לחוק קובע, כי ככלל אין המדינה אחראית לנזק שנגרם בידי כוחות הביטחון בשטח שעליו הכריזו שר הביטחון "אזור עימות". גם במקרה זה לא נדרש כל קשר סיבתי לפעולת הלחימה, ודי בהיותו של הנזוק תושב אזור עימות על מנת לחסום את תביעתו. החוק יצר אפוא חסינות גורפת למדינה מפני תביעות נזיקין על בסיס פרסונלי וטריטוריאלי; זהו דבר החקיקה הראשון בישראל השולל במפורש תביעות המוגשות בידי "אויב".

חוק הנזיקים האזרחיים לא אימץ את הכלל במשפט המקובל בעניין נתיני אויב. הדבר נובע לא רק מכך שהוא שונה, בהכילו ממד פרסונלי נוסף לממד הטריטוריאלי באשר לנסיבות שבהן נשללת זכות הגישה לערכאות, אלא בעיקר בשל היותו מתוחם לעילה ספציפית – תביעות נזיקין – ולסוג מסוים של מתדיינים – נזוק פרטי אל מול מדינת ישראל. החוק אינו מגביל למשל תביעות בעילות מדיני החוזים או בעילות מן המשפט הציבורי, וגם המגבלה

אל נאזואד, לעיל הערה 81, בעניינו של הלבנוני שמפעלו נתפס בידי צה"ל, אינה מבהירה את המצב המשפטי, הואיל ולבנון הייתה שטח כבוש שבו לישראל שליטה אפקטיבית.

91 חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, ס"ח 953 (להלן גם: תיקון מס' 7).

92 ס' 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952.

93 ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1, 6-9 (2002).

94 החוק מעניק חסינות למדינה מפני תביעות המוגשות בידי "נתין של מדינה שהיא אויב, אלא אם כן הוא שוהה כדין בישראל; (2) פעיל או חבר בארגון מחבלים; (3) מי שניזוק בעת שפעל בשליחותו או מטעמו של נתין מדינת אויב, חבר או פעיל בארגון מחבלים". לכלל כמה חריגים המנויים בתוספת הראשונה לחוק. אחד החריגים הוא כאשר הנזק נגרם למי שניזוק בעת שהייתה במשמורת של מדינת ישראל, אלא אם חזר להיות פעיל או חבר בארגון מחבלים או לפעול מטעמו או בשליחותו של מי מהם. חריג זה, לפי לשונו של החוק, אינו חל למפרע.

בנזיקין חלה רק כאשר המדינה היא צד להליך (החוק אינו אוסר על תביעות נזיקין בין שני צדדים פרטיים). בבסיסו של החוק מונחת ההנחה, ש"מעשה מדינה" חסין מפני תביעות נזיקין המוגשות בידי גורמים פרטיים וכי חלוקת הנזקים הכוללת תוכרע בהבנות אשר יושגו בין המדינות בתום הלחימה על בסיס ראייה מערכתית ושיקולים מדיניים. הרציונל לכך הוא, שדיני הנזיקין מתמודדים עם סיכונים פרטניים, שהם שונים מסוג הסיכונים הנלווה לפעילות מלחמתית; הם אינם הכלי המשפטי המתאים לטפל בנזקים פרטניים בעת לחימה. חוק הנזקים האזרחיים שונה מן הכלל של המשפט המקובל בהיבט מרכזי נוסף. הכלל האוסר גישה לערכאות של נתיני אויב אינו חל באופן מסורתי על נתיני שטח כבוש. על רקע זה, הפטור הטריטוריאלי שחוק הנזקים האזרחיים מעניק למדינה מאחריות הוא תמוה, שכן הוא מחיל את הכלל של המשפט המקובל גם בשטח כבוש.⁹⁵

חוקתיותו של החוק נדונה בבג"ץ. לו הונח החוק לצורך ניתוחו לפתחם של תלמידים במהלך בחינה במשפט חוקתי, לא היה ספק כי "פתרון בית הספר" היה דורש דיון בחוקתיות הפגיעה בזכות הגישה לערכאות, משום שהחוק חוסם גישה לערכאות בתביעות נזיקין.⁹⁶ אלא שבאופן מפתיע בג"ץ לא בחן במישרין את חוקתיות הפגיעה בזכות הגישה לערכאות, ככל הנראה בשל רצונו להימנע מהכרעה בשאלה, אם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חל בשטחי הרשות הפלסטינית.⁹⁷ הנשיא ברק, בדעת הרוב, הותיר שאלה זו בצריך עיון.⁹⁸ לגישתו, תיקון מס' 7 פוגע בזכויות המוקנות לתושבי האזור בישראל הן על פי המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי הן על פי דיני הנזיקין הישראליים.⁹⁹ דינים אלה מאפשרים לתבוע בישראל גם בגין עוולה שבוצעה מחוץ לישראל. לכן חוק אשר שולל את הפיצויים מכוח עוולה זו פוגע בזכות החוקתית לקניין.¹⁰⁰ פגיעה בזכות החוקתית לקניין שאינה מתבצעת על פי תנאיה של פסקת ההגבלה – בטלה. השאלה לפיכך אינה היכן נמצא הקרבן, אלא היכן הוענקה לו הזכות.

95 הצורך בקטגוריה הטריטוריאלי נבע ממעמדה המיוחד של הרשות הפלסטינית. לו הייתה הרשות הפלסטינית מדינת אויב היה אפשר ליתר קטגוריה זו, שכן תושבי הרשות היו נתפסים כנתיני מדינת אויב והיה חל עליהם ההסדר הפרסונלי של ס' 5 לחוק. אלא שהרשות הפלסטינית אינה מדינה, ועל כן ס' 5 לחוק אינו חל על תושביה ככל שהם אינם פעילים או שאינם חברים בארגון מחבלים. לפיכך יצר המחוקק קטגוריה מיוחדת בס' 5ג.

96 העותרים אכן העלו טענה זו בעתירה (פס' 84-91 לעתירה בפרשת *דיראני II*, לעיל הערה 1). מנגד, המדינה הסתמכה בתשובתה על הכלל במשפט המקובל של איסור על תביעות נתיני אויב (שם, בפס' 64-68 לכתב התשובה).

97 לעניין זה, ראו ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי היסוד" *משפט וממשל* יב 145, 165-173 (התש"ע).

98 בג"ץ 8276/05 *עדאלה נ' שר הביטחון*, פ"ד סב(1) 1, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: פרשת חוק הנזיקים האזרחיים).

99 שם, בפס' 23 לפסק דינו.

100 שם, בפס' 24-25 לפסק דינו ("זכותו של הניזוק על פי דיני הנזיקין היא חלק מרכושו ועל כן חלק מקניינו... שלילתה של האחריות בנזיקין או צמצומה פוגעות בהגנה על זכויות אלה. בכך נפגעות זכויות חוקתיות אלה").

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

הזכות הנזיקית הוענקה בישראל; תיקון מס' 7 פוגע בזכויות אשר היו לניזוקים מהאזור בישראל.¹⁰¹ לאור הדברים פסל בג"ץ את סעיף 5 לחוק, המעניק למדינה חסינות טריטוריאלית, ובחר שלא להכריע בחוקתיותו של סעיף 5 לחוק, המעניק חסינות פרסונלית.¹⁰² הטעם לפסילתו של סעיף 5 נעוץ בכך, שהוא שולל אחריות לכל נזק שנגרם בידי כוחות הביטחון באזור עימות, גם בגין נזקים שנגרמו שלא במהלך פעולה מלחמתית; ראוי לערוך בחינה אינדיבידואלית ולא להעניק למדינה חסינות גורפת מפני נזקים, שבינם לבין הלחימה אין ולא כלום.¹⁰³

בפרשת חוק הנזיקים האזרחיים נמנע בג"ץ מלהכריע בסוגיית זכות הגישה לערכאות בעת לחימה. בית המשפט היה יכול לפסוק למשל, שעיקר פגיעתו של תיקון מס' 7 הוא בשלילת זכות התביעה בישראל; שהרי אם לעותרים עילת תביעה מוכרת בדין הנזיקי בישראל לברר את תביעתם בבתי המשפט ותיקון מס' 7 שולל עילה זו, יוצא שהתיקון מגביל את הגישה לבתי המשפט בישראל. חוק השולל עילת תביעה מהותית הוא חוק המגביל את זכות הגישה לערכאות של ניזוק בעילה זו. בית המשפט נמנע גם מלענות על השאלה, אם תושבי הרשות הפלסטינית הם נתיני אויב, כפי שטענה המדינה בתשובתה, ואם לכלל האנגלי האוסר גישה לערכאות לנתיני אויב תוקף משפטי בישראל. עם זאת הכריע בית המשפט בנקודה מרכזית אחת: הוא דחה את תוקפם של כללים גורפים וקולקטיביים, הקובעים חזקות מוחלטות שאינן ניתנות לסתירה, כגון החזקה שלפיה אדם המתגורר בשטח אויב ("אזור עימות", כהגדרתו בחוק), יש בתביעתו משום רווח צפוי לאויב או משום נזק צפוי לביטחון. תחת זאת נקבע, שיש לערוך אינדיבידואליזציה של התביעות ולבחון כל מקרה לגופו. לאור כל זאת פסל בג"ץ את חוקתיותו של סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים מחמת היעדר מידתיות.

3. פרשת דיראני

ב-19 בדצמבר 2005 פסק השופט בנימיני בבית המשפט המחוזי בתל אביב, כי לפעיל טרור השוהה בשטח אויב זכות גישה לערכאות בישראל בתביעת נזיקין נגד המדינה.¹⁰⁴ בעניין זה דובר בבכיר בארגון "חיזבאללה", מוסטפה דיראני, שנחטף בידי צה"ל מלבנון בשנת 1994 (בעת שהיה עדיין חבר בארגון אמל), הוחזק במעצר מנהלי בישראל במשך שמונה שנים והוחזר ללבנון בשנת 2004 במסגרת עסקת חילופי שבויים בין ישראל לארגון חיזבאללה. העותר הגיש תביעת נזיקין נגד מדינת ישראל בגין עינויים שעבר לכאורה בעת מאסרו. התביעה הוגשה בשנת 2000, בהיותו עציר בישראל, ואף הוחל בשמיעת הראיות בתיק. אלא

101 שם, בפס' 23 לפסק דינו.

102 שם, בפס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק; פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוניס.

103 שם, בפס' 35 לפסק דינו של הנשיא ברק.

104 ת"א (מחוזי ת"א) 1461/00 מדינת ישראל נ' דיראני (פורסם בנבו, 19.12.2005) (להלן: פרשת דיראני I).

שלאחר שחרורו של דיראני ממעצרו ולאחר שהוכח שחזר להיות פעיל מרכזי בארגון חיזבאללה – ארגון טרור בהתאם לדין בישראל¹⁰⁵ – ביקשה המדינה לדחות את תביעתו על הסף, בטענה שאין מבררים תביעתו של אויב.¹⁰⁶ השופט בנימיני קבע, שהכלל האנגלי ולפיו אין מבררים את תביעתו של אויב אינו חל בישראל וצייין, כי תביעתו של דיראני נוגעת למעשים שביצעו עובדי המדינה ועל כן היא "נושא ציבורי", שבעניינו ניתנת ככלל גישה לערכאות.¹⁰⁷ מחד גיסא נפסק, כי דיראני הוא אויב לפי אזרחותו (לבנונית), לפי מקום מושבו (לבנון), לפי השתייכותו הארגונית (חיזבאללה) ולפי התנהגותו; אך מאידך גיסא נקבע, כי לאויבים זכות גישה חוקתית לבתי המשפט בישראל וככזו אין לפגוע בה אלא בחקיקה מפורשת, העומדת בתנאי פסקת ההגבלה; עוד נקבע, כי הפגיעה בזכות הגישה לערכאות של דיראני אינה עומדת בתנאי הראשון של פסקת ההגבלה, שלפיו הפגיעה בזכות החוקתית חייבת להיות בחוק או על פיו, שכן בעת הדיון בעתירה לא היה חוק מפורש אשר שלל ממנו גישה לערכאות. זאת ועוד, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו איננו חל רק על אזרחי המדינה ותושביה, כי אם על כל אדם באשר הוא אדם. זכויות הפרט הן זכויות אשר דבקות באדם, ואינן קשורות לאזרחותו או להתנהגותו".¹⁰⁸ על בסיס קביעות אלו אפשר בית המשפט לעותר להמשיך ולנהל את תביעת הנוזיקין, אך קבע שאם ייפסק פיצוי לטובתו, יהיה אפשר להשהות את הסעד (העברת הכספים ללבנון) מכוח סעיף 3 לפקודת המסחר עם האויב, 1939, המונעת העברה של סכום כסף שנפסק ל"אויב".¹⁰⁹ קביעה זו אינה שוללת את זכות הגישה לערכאות ואף לא הענקת סעד מהותי, אלא אך את העברת הסעד לאויב (עד לסיום מצב האויבות). בית המשפט העליון אישר בקשת רשות ערעור על פסק הדין.¹¹⁰ בפסק הדין נחלקו הדעות בין השופטת פרוקצ'יה והשופט ג'ובראן (בדעת רוב) לבין השופט מלצר (בדעת מיעוט). לא הייתה מחלוקת על חשיבותה ועל מעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות. לא הייתה גם מחלוקת על כך שלדיראני – ולכל עצור אחר, תהיה מסוכנותו אשר תהיה – זכות גישה לערכאות כשהוא נמצא בשטח ישראל או תחת משמורת ישראלית. כמו כן היה מוסכם על הכול, כי מבחינה דיונית לדיראני עומדת עילת תביעה וכי לבית המשפט סמכות שיפוט.

105 הכרזה על פי פקודת מניעת טרור, התש"ח-1948, י"פ התשמ"ט 3474.

106 המסגרת החוקית לדחיית העתירה הוא ס' 101(א)(3) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, שלפיו בית משפט רשאי לדחות תובענה מ"כל נימוק אחר שעל-פיו הוא סבור שניתן לדחות מלכתחילה את התובענה בנוגע לאותו נתבע". המונח "נימוק אחר" כולל שימוש לרעה בהליכי משפט. ראו את פרשת דיראני II, לעיל הערה 1, בפס' 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

107 פרשת דיראני I, לעיל הערה 104, בפס' 39-40 ("הדין בישראל אינו שולל מתושב מדינת אויב, ואפילו מאויב, את הזכות לעתור לבתי המשפט על מנת למנוע, או לשים קץ, לפגיעה קיימת בזכויותיו החוקיות").

108 שם, בפס' 45.

109 ס' 14(א) וס' 4(ב) לפקודת המסחר עם האויב, 1939, ע"ר תוס' 1, (ע) 79, א(95), מגדיר "אויב" כ"כל אדם הגר בארץ-אויב" ו"כל מדינה... הנמצאת במצב מלחמה עם מדינת ישראל".

110 פרשת דיראני II, לעיל הערה 1.

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

היה מוסכם גם, שהכלל המסורתי במשפט האנגלי – שלגישת בית המשפט תקף גם כיום – קובע כי אין מבררים תביעות של אויב. עיקר המחלוקת היה בשאלה, אם הכלל נקלט במשפט הישראלי, ואם כן – אם הוא פוגע כדין בזכות החוקתית לגישה לערכאות. השופטת פרוקצ'יה בדעת רוב שאלה הצטרף השופט ג'ובראן קבעה, כי הכלל האנגלי ולפיו אין מבררים תביעות אויב לא נקלט במשפט הישראלי. בהתבסס על פקודת המסחר עם האויב היא קבעה, כי דיראני זכאי להמשיך ולנהל את התביעה, אלא שאם ייפסק לזכותו פיצוי כספי, פירות הסעד יוקנו לאפוטרופוס הכללי, שיחזיק בהם עד לסיום המלחמה; לכן יש לברר את התביעה, אך להשהות את העברת הסעד לפי הצורך. לגישתה זוהי הפרשנות הראויה, שכן חסימת אפשרותו של דיראני לתבוע בנזיקין פוגעת בזכותו לפיצויים – שהיא נגזרת של הזכות החוקתית לקניין – ובזכותו החוקתית לגישה לערכאות משפטיות.¹¹¹ לדיראני עמדה זכות גישה לערכאות כל עוד הוחזק בישראל תחת משמורת המדינה; זכות זו אינה מושהית עם שובו ללבנון והצטרפותו לארגון טרור.¹¹² נהפוך הוא, "תקנת הציבור מצדיקה כי גם אויב יוכל לעתור לערכאות שיפוט בישראל... משטר חוקתי נאור פורש את הגנת החוק גם על אויב"; הלכה זו אינה מסכנת את המדינה "אלא [היא] דווקא ערובה לעוצמתה המוסרית והערכית".¹¹³ השופטת פרוקצ'יה הבחינה בין תביעות אזרחיות בעלות אופי כלכלי-מסחרי בין אויבים, שבהן מובן הרציונל העומד ביסוד הכלל של "אין מבררים תביעת אויב", לבין תביעות המוגשות בידי אויבים נגד רשויות המדינה בגין הפרה של זכויות אדם, שבהן רציונל זה אינו חל.¹¹⁴

השופט מלצר, בדעת מיעוט, הגיע לתוצאה שונה. לגישתו, הכלל האנגלי שלפיו אין מבררים תביעות אויב נקלט למשפט הישראלי מכוח סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922, בצירוף סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. כדין ישן, שקדם לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כלל זה נהנה מהגנתה של "פסקת שמירת הדינים" שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹¹⁵ ממילא כלל זה, שהוא כעת "חוק" ישראלי,¹¹⁶ עומד בתנאי "פסקת ההגבלה".¹¹⁷ יתרה מכך, גם לולא נקלט הכלל למשפט הישראלי, יש לקלוט אותו מכוח סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, בבחינת דין רצוי, ובלשונו: "אני מתקשה לראות מדוע במדינות העולם הנאור יעמוד בעינו כלל מסוים משך כארבע-מאות שנים, ויצלח אתגרים של ממש שניצבו בפניו, דוגמת מלחמות העולם,

111 שם, בפס' 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

112 שם, בפס' 29-30 לפסק דינה.

113 שם, בפס' 71 לפסק דינה.

114 שם, בפס' 53 ו-56 לפסק דינה.

115 שם, בפס' 30 לפסק דינו של השופט מלצר.

116 שם, בפס' 31 לפסק דינו. המונח "חוק" בפסקת ההגבלה כולל לגישתו משפט מקובל אנגלי שנקלט בישראל.

117 שם, בפס' 32-35 לפסק דינו.

ורק במדינתנו נבחר שלא לאמץ אותו לחלוטין.¹¹⁸ השופט מלצר הוסיף וקבע: "אינני יכול לקבל שאנגליה, קנדה וארצות הברית ימצאו כולן שאין הצדקה ליתן כלי בידי האויב בדרך של הגשת תביעות כספיות בערכאותיהן השיפוטיות (למעט בחריגים מתאימים), ואילו אנו נקבע כי אין קושי בכך שהגורעים שבאויבינו, עת יושבים הם לבטח בארצם, יוכלו לנהל תביעות כספיות נגד מדינת ישראל".¹¹⁹ עוד הוסיף השופט מלצר וקבע, כי גם לולא נקלט הכלל למשפט הישראלי כדין מצוי ולא ראוי היה לקלוט אותו כדין רצוי, הרי פקודת המסחר עם האויב מחייבת לדחות את תביעתו של דיראני, שכן הפקודה מונעת לא רק את העברת הסעד אלא גם את עצם האפשרות לברר תביעת אויב.¹²⁰ באשר להבחנה שבין תביעות אויב אזרחיות לבין תביעות אויב ציבוריות השיב השופט מלצר, כי תביעתו של דיראני – הגם שהיא נגד המדינה – היא קרובה יותר, ודאי מבחינת הרציונל שבכלל האוסר על ברור תביעתו של האויב – לתביעה בתחום האזרחי, ולא בתחום המשפט הפומבי.¹²¹ בכך נחשפה מחלוקת בין השופטים על טיב התביעה – אם מדובר בתביעה פרטית, שעיקרה ההיבט הנזיקי (לפי דעת המיעוט), או בתביעה ציבורית, שעיקרה ההגנה על זכויות חוקתיות (לפי דעת הרוב).¹²²

4. השאלות הפתוחות

שאלת זכות הגישה לערכאות של דיראני הפכה כיום לתאורטית, שכן במהלך הדיון בתביעה בבית המשפט המחוזי התקבל תיקון מס' 7 לחוק הנזיקים האזרחיים, הנותן מענה חקיקתי לסוגיה שעלתה בהליך זה.¹²³ עם זאת הקביעות של בית המשפט הן עקרוניות ומקרינות על סוגיות רחבות. חרף זאת היקפה של הלכת דיראני אינו ברור דיו. כך למשל עולה השאלה, אם הלכת דיראני מוגבלת לתביעת נזיקין של אויב או שמא היא חלה גם על תביעות אחרות, כגון בדיני חוזים, משפחה או עבודה. נראה כי הלכת דיראני מוגבלת לתביעות נזיקין נגד רשויות המדינה, או באופן רחב יותר לתביעות "ציבוריות" בגין הפרת זכויות אדם, אך חלק מן האסמכתאות הרבות המובאות בפסק הדין מן המשפט המשווה עוסקות בעניינים אחרים, כגון סכסוכים אזרחיים או תביעות לצווי "הביאס קורפוס". זאת ועוד, דיראני החל בתביעתו בעת ששהה במשמורת בישראל. הוא העיד עדות מוקדמת ואף נחקר בחקירה נגדית.

118 שם, בפס' 37 לפסק דינו.

119 שם.

120 שם, בפס' 43-44 לפסק דינו של השופט מלצר.

121 שם, בפס' 24 לפסק דינו.

122 שם, בפס' 29 לפסק דינו ("תביעה זו, אף שהיא מכוונת כנגד המדינה, היא תביעה אזרחית").

123 חוק הנזיקים האזרחיים מסדיר סוגיה זו, אך אינו חל על פרשת דיראני בשל היעדר תחולה למפרע. לפי ההסדר שבחוק, לעותר כדיראני לא הייתה עומדת הזכות לנהל תביעה בישראל. החוק אמנם מאפשר לאדם להגיש "תביעה שעילתה נזק שנגרם לאדם... בעת שהיה מצוי במשמורת של מדינת ישראל כעצור או כאסיר", אך רק אם "לאחר שהותו במשמורת לא חזר להיות פעיל או חבר בארגון מחבלים או לפעול מטעמו או בשליחותו של מי מהם".

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

לכן זכות הגישה שלו לערכאות מומשה בראשיתה בעת מעצרו בישראל. מהו משקלן של עובדות אלו בהלכה הכללית? יתרה מכך, כל השופטים היו מוכנים להניח כי הייתה פגיעה בזכותו החוקתית של דיראני; ואולם הנחה שכזו מחייבת הכרעה בסוגיית תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היינו, אם חוק היסוד חל באופן חוץ-טריטוריאלי. דיראני מנהל כיום את תביעתו מלבנון. אם זכותו החוקתית נפגעת, משמע שחוק היסוד מגן עליו גם בשבתו בלבנון; ניתן לומר, כי זכותו החוקתית של אדם אינה פוקעת עם יציאתו מישראל (או בעת ישיבתו בארץ אויב), אך הלכה מפורשת זו לא נקבעה בפסק הדין.

לאור אי-הבהירות בסוגיות אלו, אין פלא כי פרשת דיראני תלויה ועומדת בדיון נוסף.¹²⁴ בין הסוגיות שעליהן יש לתת את הדעת בדיון הנוסף עומדות שלוש שאלות מרכזיות. הראשונה עניינה מעמדו של דיראני – האם מדובר ב"נתין אויב", ב"לוחם אויב", או אולי ב"לוחם בלתי-חוקי"? לקטגוריות השונות נלווים כללים שונים. בית המשפט לא קבע במפורש מהו מעמדו, ולרוב השתמש בביטוי "אויב". אלא שישנו הבדל בין נתין אויב ללוחם אויב; נתין אויב הוא אדם פרטי, ואילו לוחם אויב הוא חלק מגוף שלטוני. סיווגו של דיראני משפיע על סיווג הצדדים להליך – האם מדובר במתדיין פרטי אל מול גוף שלטוני או במתדיין בעל אופי שלטוני אל מול גוף שלטוני? זאת ועוד, מהו המבחן לזיהוי נתין אויב? האם זהו מבחן טריטוריאלי, שלפיו נתין אויב הוא מי ששוהה בשטח אויב, מבחן של אזרחות, שלפיו נתין אויב הוא מי שאזרחותו היא של מדינת אויב או מבחן של התנהגות, שלפיו נתין אויב הוא מי שבהתנהגותו מגלה אויבות? בדיראני מתקיימים כל התנאים. האם אלו תנאים מצטברים או חלופיים?

נוסף לשאלת מעמדו של דיראני, נשאלת השאלה בדבר סיווגם של טיב התביעה ושל עילתה: האם תביעתו של דיראני היא בעלת אופי פרטי, שעיקרה הוא הפיצוי נזיקי, או בעלת אופי ציבורי, שעיקרה העמדתו לביקורת של אקט שלטוני? האם המבחן לכך הוא סובייקטיבי – כיצד רואה דיראני את תביעתו, או אובייקטיבי – כיצד ראוי לראותה? השופטת פרוקצ'יה הבחינה בין תביעות אזרחיות בעלות אופי קנייני-כלכלי, שבהן אין ככלל לאפשר גישה לערכאות לנתיני אויב, לבין תביעות ציבוריות המוגשות נגד רשויות המדינה בגין הפרת זכויות אדם, שבהן יש ככלל לאפשר גישה לערכאות. לגישתה, לתביעתו של דיראני אופי ציבורי ועניינה הפרת זכויות אדם, סוגיה שבה הנטייה היא לאפשר גישה לערכאות.¹²⁵ השופט מלצר אימץ הבחנה דומה אך הגיע למסקנה הפוכה, שלפיה התביעה של דיראני היא בעלת אופי נזיקי-אזרחי ולא תביעה העוסקת במישרין בזכויות אדם.¹²⁶

נוסף לשתי השאלות שנשאלו כאן, יש לקבוע את הכללים המשפטיים החלים. גם אם נניח כי תביעתו של דיראני היא תביעה של אדם פרטי בעניין בעל אופי ציבורי – הפרת זכויות

124 פרשת דיראני III, לעיל הערה 2.

125 פרשת דיראני II, לעיל הערה 1, בפס' 45-46, 53 ו-56 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

126 שם, בפס' 29 לפסק דינו של השופט מלצר.

אדם בידי רשות שלטונית, כפי שקבעה השופטת פרוקצ'יה – האם יש לאפשר בנסיבות אלו גישה לערכאות בישראל? אם כן, האם למשל אזרח סורי זכאי לברר בבג"ץ את הטענה כי מדיניות "בומים על-קוליים" של חיל האוויר הישראלי בדמשק פוגעת בזכויותיו החוקתיות? ואם כן הוא, האם זה הכלל או החריג לכלל?

לצד שאלות של סיווג ושל כללים נורמטיביים, ישנן שאלות עיוניות בדבר תחולת ההצדקות לזכות הגישה לערכאות על פרשת ד'אני, הן ברמה העובדתית (כך למשל, האם בתביעתו של דיראני יש משום "רווח לאויב"? האם אין די בבדיקת טענותיו של דיראני באמצעים מנהליים ופלייליים?) הן ברמה הנורמטיבית (כך למשל, מהו המשקל שראוי לייחס להצדקות השונות בקביעת הכלל המשפטי?).

אנו סבורים, כי בנקודה אחת פסק הדין בכללו מושתת על הנחת יסוד המוטלת בספק. כל השופטים מסכימים לשתי הנחות יסוד: האחת, כי הכלל המסורתי של המשפט המקובל של גישה לערכאות של אויבים; השנייה, כי כלל זה עודנו תקף כיום במשפט האנגלי.¹²⁷ יש לנו ספקות באשר להנחת היסוד השנייה. הכלל האנגלי קבע, כי "אין מבררים תביעת אויב בעת מלחמה". כלל זה הוא מיושן; הוא נשען על הלכות שפותחו באירופה לפני מאות שנים, במיוחד בעת מלחמות נפוליאון ומלחמות חצי האי קרים; הוא אפיון את דיני המלחמה המסורתיים שקדמו לאמנת ג'נבה הרביעית, אך ספק אם הוא תקף גם בימינו. תוקפו לא הועמד למבחן בעידן המודרני, בין היתר משום שמאז מלחמת העולם השנייה מצבי מלחמה הם נדירים. פרשת ד'אני אינה מספקת ראיות ברורות לכך שהכלל המסורתי ממשיך להתקיים כיום, והיא מלאה באסמכתאות ישנות מתקופת מלחמות העולם. האסמכתה המודרנית היחידה היא פרשת *Amin* משנת 2005.¹²⁸ בפרשה זו הפנה בית המשפט אמנם לכלל האנגלי, אך בה בעת הגבילו למצב "מלחמה" וקבע, שאין להרחיבו למצב של "עימות מזוין". יתרה מכך, בית המשפט קרא תיגר על הכלל המסורתי בציינו, כי יש לבחון כל מקרה לגופו וכי יש לאפשר גישה לערכאות אם אין בהליך "רווח צפוי לאויב". על כן, גם אם בית המשפט לא פסל את הכלל, הרי לאור פרשנותו ספק רב אם נותר משהו ממנו בפועל. זאת ועוד, בשל המספר העצום של החריגים שנקבעו לכלל במשפט המקובל ולאור העובדה שהוא לא יושם ברוב מדינות המשפט המקובל מאז מלחמת העולם השנייה שאלה היא, אם אכן ניתן להמשיך ולעסוק בכלל של "המשפט המקובל" כאשר לא ברור אם הוא עודנו כה "מקובל" במדינות המשפט המקובל. יתרה מכך, ברמה הנורמטיבית לא ברור, כיצד מתיישב הכלל עם אמנות בינלאומיות שנקלטו במשפטן של מדינות. כך למשל, "חוק זכויות האדם 1998" אימץ למשפט האנגלי את "האמנה האירופית לזכויות אדם". סעיף 6(א) לאמנה זו מעניק זכות גישה

127 שם, בפס' 38 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; שם, בפס' 19 לפסק דינו של השופט מלצר (בהתאמה).

128 פרשת *Amin*, לעיל הערה 43, בפס' 46 לפסק הדין.

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

רחבה לבתי המשפט; אין באמנה כל סייג, המונע מנתין אויב גישה לערכאות.¹²⁹ ולבסוף, ברמה המעשית ישנו קושי לאמץ את הכלל במציאות של מאבק בטרור, שבה לטרוריסטים אין מדינה מסוימת שממנה ובתוכה הם פועלים, אלא הם בעלי מערך על-לאומי הפרוס במדינות שונות.

יש לנו גם ספק באשר לרלוונטיות של חלק מהלכות המשפט המשווה המוזכרות כתימוכין בפרשת *דיראני*. כך למשל, לא ברור מדוע הלכת בית המשפט העליון האמריקני בפרשת *Eisentrager* רלוונטית¹³⁰ – לא רק בשל כך שמדובר בפרשה ידועה לשמצה בהיסטוריה החוקתית של ארצות הברית ולא רק בשל כך שספק אם היא עודנה תקפה לאור הלכת *Rasul* והלכת *Boumediene*,¹³¹ אלא בעיקר בשל כך, שפרשה זו עסקה במסכת עובדתית שונה לגמרי. פרשה זו עסקה בזכותם של עצורים גרמניים לפנות בבקשה לצו "הביאס קורפוס" לבית משפט בארצות הברית; אין מדובר בתביעת נזיקין ולכן אין הנדון דומה לראיה, מה גם שבית המשפט העליון ממילא לא התייחס לדיראני כאל "לוחם אויב", כפי שהיה מעמדם של הגרמנים בפרשת *Eisentrager*. אדרבה, לו נדרשנו ליישם את הלכת *Eisentrager* על המקרה של דיראני, הייתה המסקנה, שיש לתת לדיראני זכות גישה לבית המשפט. הטעם לכך הוא, שלפחות שניים מן התנאים שקבע השופט ג'קסון אינם מתקיימים בעניינו של דיראני: הוא שהה תחת משמורת בשטח ישראל ולא הורשע בעבירה על דיני המלחמה.

ד. לקראת הסדר נורמטיבי

המצב המשפטי הקיים אינו מניח את הדעת. הוא אינו מושתת על כללים ברורים, וניתן למצוא סתירות לא רק בין שיטות המשפט השונות אלא גם בתוך שיטות המשפט עצמן. נראה, כי הפתרונות שהועלו בפסיקה ההשוואתית הם הכלאה לא-עקבית בין כללים ארכאיים לכללים חדשים, שאותם מנסים בתי המשפט להתאים לעידן זכויות האדם ולצורכי המאבק בטרור. האתגר הוא כינונה של תאוריה, שממנה יהיה אפשר לגזור כללים בעלי היגיון פנימי. בפרק זה נציג מסגרת עיונית לדיון בפרשת *דיראני* לקראת הדיון הנוסף. לאחר מכן נציע הסדר חקיקתי עקרוני, השולל מאורגן של מדינת אויב או מבעל תפקיד בו את זכות הגישה לערכאות בישראל, אך מאפשר זכות גישה לערכאות לנתין אויב ובלבד שתביעתו אינה נובעת ממצב הלחימה ולא צפוי לו רווח מן ההתדיינות המשפטית.

¹²⁹ לעניין זה ראו Holland v. Lampen-Wolfe, [2000] 1 W.L.R. 1573 (appeal taken from Eng.) (H.L.).

¹³⁰ הן דעת הרוב הן דעת המיעוט מפנות להלכה זו. ראו את פרשת *דיראני II*, לעיל הערה 1, בפס' 46 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ובפס' 20 לפסק דינו של השופט מלצר, בהתאמה.

¹³¹ פרשת *Rasul*, לעיל הערה 59; פרשת *Boumediene*, לעיל הערה 61.

1. הדיון הנוסף בפרשת דיראני

אנו סבורים, שיש לדחות את תביעתו של דיראני על הסף משני טעמים מרכזיים: הטעם הראשון עניינו מעמדו של דיראני; הטעם השני עניינו זכותו. באשר למעמדו, מוסטפה דיראני הוא "אויב" לפי כל אחד מן המבחנים (מקום מושבו, אזרחותו, חברותו בארגון טרור והתנהגותו). החזקתו במשמורת בישראל נבעה ממצב המלחמה ששרר בין ישראל לשכנותיה, וגם שחרורו – במסגרת עסקה מדינית לחילופי שבויים – קשור קשר ישיר למצב המדיני-ביטחוני. כל שופטי ההרכב בפרשת דיראני התייחסו לדיראני כאל "נתין אויב". בית המשפט העליון הפנה להלכות המשפט המקובל ולהלכות אמריקניות, שבהן נדונה זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב; ואולם דיראני אינו נתין אויב במשמעות המקובלת של המונח במשפט המשווה. כאשר בתי משפט בעולם דנו בתביעות של נתיני אויב, המקרה הטיפוסי היה של אזרח אנגלי או גרמני, שביקש סעד בבית משפט של מדינה יריבה בעניין אזרחי – תביעת מזונות, אכיפת חוזה, סכסוך בדיני עבודה או בדיני חברות – בעילת תביעה שנוצרה לפני המלחמה או במהלכה. לאור חברותו ופעילותו של דיראני בארגון טרור (חיזבאללה), לא ברור שדיראני הוא אדם פרטי, היינו נתין אויב. דיראני אינו "אזרח" לבנוני המבקש לתבוע בישראל בנושא "אזרחי", כגון פיצויי פיטורין או אכיפת חוזה. מעמדו שונה ממעמדה של אזרחית עיראק בפרשת *Amin*, שהחזיקה דירה בלונדון וביקשה לתבוע באנגליה את עורך דינה כדי להשיב את קניינה; עניין זה אכן היה פרטי. להבדיל, מעמדו של דיראני קרוב יותר לתחום "השלטוני" מאשר לתחום "הפרטי".

מהו אפוא מעמדו של דיראני? בעבר נחלק בית המשפט העליון בשאלה זו. בפרשת *פלונים* דן בית המשפט העליון בשאלת חוקיות המעצר המנהלי של חברים בארגון "חיזבאללה" שנחטפו לישראל, נשפטו והורשעו בגין מעורבותם בפעילות נגד ביטחון מדינה; עם סיום ריצוי עונשם הוחלט להחזיקם במעצר מנהלי, לא בשל כך שנשקפת מהם סכנה לביטחון המדינה אלא בשל היותם "קלפי מיקוח" במשא ומתן עתידי לצורך שחרור שבויים. הנשיא ברק התייחס לעצורים כאל נתיני אויב או כלשונו – כאל "אזרחים לבנונים"¹³². נקבע, כי תכליתו של המעצר המנהלי היא מניעתית וכי יש לנקוט מעצר מנהלי אך ורק על מנת למנוע סיכון ביטחוני הנשקף מן האדם המוחזק במעצר. לגישת ברק, החזקת אדם במעצר מנהלי לשם היותו "קלף מיקוח" וללא שנשקפת ממנו אישית סכנה לביטחון חורגת מתכליתו של המעצר המנהלי ועל כן אינה חוקית.¹³³ בדעת המיעוט חלק השופט חשין בין היתר על הגדרתם של לוחמי חיזבאללה כאזרחים ובמיוחד כ"קלפי מיקוח". ואלה דבריו:

העותרים גייסו עצמם בפועל אל שורות האויב, ותיאורם – לעת שאנו מחזיקים בהם – כ"בני-ערוכה" וכ"קלפי-מיקוח" – מושגים המדיפים ריח בואש – יש בו כדי לאנוס את הלשון ואת האמת. אני מתקומם בכל כוחי נגד תיאור זה... נזכור ונזכיר: העותרים

132 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, פס' 1 לפסק דינו של הנשיא ברק (2000).

133 שם, בפס' 20-26 לפסק דינו.

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

אינם כפריים תמימים אשר נלקחו בכוח לא-להם. העותרים לא היו אלא לוחמים פשוטים בשורות החיזבאללה. עם זאת, פקדו הם עצמם עם לוחמי האויב, ועל-כן אין הם לא "בני ערובה" ולא "קלפי מיקוח".¹³⁴

לגישת השופט חשין, לוחמי החיזבאללה העצורים אינם אלא "שבויי מלחמה".¹³⁵ עניינו של דיראני לא נדון בפרשת פלונים. עם זאת לאור פסק דינו של בית המשפט העליון, הגיעה גם הסוגיה של חוקיות מעצרו של דיראני לדיון. בפרשת עובייד אישר השופט מצא את חוקיות המעצר המנהלי של השיח' עובייד ושל דיראני בציינו, כי בניגוד לפרשת פלונים, מן השניים נשקפת סכנה אינדיבידואלית ממשית לביטחון המדינה. אלא שגם בפרשה זו התייחס השופט מצא לדיראני כאל "אזרח לבנוני", כלומר, כאל נתין או אזרח אויב המוחזק במעצר בישראל.¹³⁶ השופט חשין, שהצטרף למסקנת השופט מצא, חזר על אזהרתו באשר לשימוש במונח "קלפי מיקוח" ככל שמוסב הוא על המערערים ועל שכמותם.¹³⁷

אילו נחשב דיראני לשבוי מלחמה, השאלה שהייתה צריכה להישאל היא, אם לשבוי מלחמה זכות לתבוע בנויקין מדינה יריבה על הפרת זכויותיו בתקופת כליאתו בשבי. זוהי שאלה שונה, שיש לבחנה בעיקר לאור אמנת ג'נבה השלישית בדבר הטיפול בשבויי מלחמה (1949).¹³⁸ אלא שדיראני לא הוכר כשבוי מלחמה, גישתו של השופט חשין לא התקבלה בפסיקה וממילא המדינה – מטעמים מדיניים ופוליטיים – לא טענה שדיראני הוא שבוי מלחמה. דיראני גם לא נחשב "לוחם אויב" בשל כך שלא מילא אחר התנאים להגדרת לוחם אויב, ובהם מדים ("סימן היכר קבוע שניתן להבחין בו מרחוק") וניהול פעולות בהתאם לדיני המלחמה.¹³⁹ המשפט האמריקני פתר סוגיה זו באמצעות יצירת קטגוריה שלישית, בין "לוחם" ל"אזרח", המכונה "לוחם בלתי-חוקי".¹⁴⁰

ואולם בפרשה הידועה כפרשת "הסיכולים הממוקדים", שבה נדונה חוקיותה של מדיניות הפגיעה המונעת ("סיכול ממוקד") של צה"ל בשטחי הרשות הפלסטינית, בחר בית המשפט העליון, מפי הנשיא ברק, בדרך חלופית. לפי דרך זו, אדם הנוטל חלק פעיל בפעילות איבה אינו מאבד את הסטטוס שלו כ"אזרח", אך אינו זכאי – כל עוד הוא נוטל חלק במעשי

134 שם, בפס' 7 לפסק דינו (ההדגשות במקור – ר', ל' א').

135 שם, בפסק דינו של השופט חשין. בעתירה של משפחת ארד נגד שחרורו של דיראני קבע הנשיא ברק, כי "אין לראות בעצורים הלבנוניים שבויי מלחמה. די בכך שלא מתמלאת לגביהם הוראת סעיף a4(2)(d) לאמנת ג'נבה השלישית... הארגונים שאליהם השתייכו העצורים הם ארגוני טרור הפועלים בניגוד לדיני המלחמה ומנהיגיה". ראו בג"ץ 2967/00 ארד נ' כנסת ישראל, פ"ד נד(2) 188, 191 (2000).

136 עמ"מ 5652/00 עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(4) 913, פס' 3 לפסק דינו של השופט מצא (2000).

137 שם, בעמ' 924.

138 אמנת ג'נבה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, לעיל הערה 73. ראו בעיקר את ס' 5 ו-68 לאמנה.

139 ס' 1 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית, לעיל הערה 63.

140 בישראל היה ניסיון לאבחן בין לוחמים לבין שבויי מלחמה (ולשוות את מעמדם של שבויי מלחמה למעמדם של לוחמים בלתי-חוקיים) בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002.

איבה – לכל ההגנות הניתנות לאזרח.¹⁴¹ חלק מן ההגנות המוענקות לאזרח זה "מושהות" לעת שהוא נוטל חלק בפעולות איבה. יישום ההלכה על עניינו של דיראני אינו נקי מקשיים, בין היתר בשל כך שפרשת הסיכולים הממוקדים לא עסקה בזכות הגישה לערכאות אלא בהגנה מפני פגיעה מונעת; ואולם העיקרון המבחיין בין "אזרח רגיל", שאינו נוטל חלק פעיל במעשי איבה, ל"אזרח-אויב", הנוטל חלק פעיל במעשי איבה, ראוי לעיון גם במקרה של דיראני. עיקרון זה משמעו, כי כאשר אזרח-אויב משתתף באופן פעיל בלחימה, הוא אינו זכאי לכל הזכויות וההגנות שלהן זכאים נתיני אויב. מובן שישנן דרגות שונות ביישומה של ההלכה. כך למשל, אדם יכול להשתתף בפעולות איבה באופן שלא יהיה בו די כדי לאשר סיכול ממוקד, אך במידה המספיקה כדי לשלול את זכותו לפנות לערכאות משפטיות במדינה היריבה.

תהיה ההגדרה אשר תהיה – "לוחם בלתי-חוקי", "אזרח-אויב", "אזרח-משתתף בלחימה" – דיראני אינו נתין אויב במשמעות המקובלת של המונח; גם כשהוא נלכד הוא לא היה נתין אויב. הוא נחטף משום שבמעשיו הוא צירף את עצמו לפעולות האיבה. הוא הוחזק במאסר בישראל בשל חלקו בפעולות אלו. הוא שוחרר בעסקת חילופי שבויים עם ארגון טרור, ולפי עמדת מערכת הביטחון הוא חזר עם שחרורו להיות פעיל מרכזי בארגון טרור. גם אם אין מקבלים את המסקנה כי דיראני הוא בבחינת אזרח הנוטל חלק פעיל בפעולות איבה, אלא מניחים כי מעמדו מקביל למעמד של נתין אויב – כפי שאכן הניח בית המשפט העליון בפרשה זו – עדיין ישנו לשיטתנו ספק רב אם לאפשר לו גישה לערכאות מטעם הקשור בזכותו (הטעם השני). על מנת לאפשר את תביעתו של דיראני, יש להצביע על קיומה של זכות גישה לערכאות בישראל ועל מקורה הנורמטיבי. ארבעה מקורות אפשריים הם חוקי היסוד, חקיקה רגילה (בפרט דיני הנזיקין), המשפט הבינלאומי ההסכמי (אמנות זכויות האדם ודיני המלחמה) והמשפט הבינלאומי המנהגי.

השאלה הראשונה היא, אם לדיראני זכות חוקתית לגישה לערכאות בישראל. נקודת המוצא היא, שזכות הגישה לערכאות בישראל היא זכות חוקתית החוסה תחת כנפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁴² אפשר גם להניח, כי זכות הגישה לערכאות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא זכות אדם – כל אדם (להבדיל מזכות אזרח או תושב). לאור כך, פגיעה בזכות הגישה לערכאות יכולה להתבצע אך ורק תוך עמידה בארבעת התנאים של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפי התנאי הראשון, הפגיעה בזכות החוקתית חייבת להתבצע בחוק או על פי חוק. עם זאת ועוד לפני שמנסים לזהות מקור חקיקתי הפוגע

141 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העיניים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, פס' 28-32 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

142 פרשת דיראני II, לעיל הערה 1, בפס' 21-26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ובפס' 15 לפסק דינו של השופט מלצר.

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

בזכות,¹⁴³ יש להציג תשתית משפטית המאפשרת לדיראני, היושב בלבנון והמנהל את תביעתו מלבנון, ליהנות מהגנתה של הזכות החוקתית לגישה לערכאות. תשתית זו לא הוצגה. השופטת פרוקצ'יה השאירה בצריך עיון את השאלה, אם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (או רק חלק מן הזכויות המוגנות בו) חל מחוץ לשטחה הריבוני של מדינת ישראל ומאפשר הגנה לאדם היושב בארץ אויב והנפגע מפעולה של גוף שלטוני ישראלי.¹⁴⁴ ואולם כאמור, אם זכותו החוקתית של דיראני נפגעת, משמע שלדיראני עומדת זכות חוקתית גם בלבנון. השופטת פרוקצ'יה הסבירה זאת בציינה, כי "ניתן, עם זאת, לומר, כי מי שטוען לפגיעה בזכויות היסוד שהיו נתונות לו בישראל בעת שהוחזק בידי רשויות המדינה, טענות אלה עומדות לו גם לאחר שעזב את המדינה, ושמורה לו זכות הגישה לערכאות המשפט בישראל לצורך בירורו".¹⁴⁵ ואולם ככל שההלכה היא, שזכותו החוקתית של אדם אינה פוקעת עם יציאתו מישראל ועל כן ממשיכה להגן עליו בהיקף זהה (או שונה) גם בשבתו מחוץ לשטחה של ישראל – לרבות טעם מפסיק אפשרי בדבר הפיכתו לאויב – יש לומר זאת במפורש; אלא שההלכה מעיין זו לא נקבעה בפרשת דיראני.¹⁴⁶ האם מקור זכותו החוקתית של דיראני בתחולת הזכות בשטח לבנון, כלומר תחולה חוץ-טריטוריאלית של זכויות חוקתיות, או שמא המקור הוא בתחולתה של הזכות על דיראני באופן אינדיבידואלי, בשל כך שתיבתו החלה בישראל או בשל כך שעילת התביעה נוצרה בישראל, כלומר תחולה פרסונלית?¹⁴⁷ כדין פוזיטיבי ובהיעדר הלכה המאפשרת תחולה של הזכות בלבנון (שאינה רק מדינה זרה אלא ארץ אויב), ספק רב אם אכן עומדת לדיראני זכות חוקתית (להבדיל מחוקתית) לגישה לערכאות השאלה השנייה היא, אם לדיראני זכות חוקתית (להבדיל מחוקתית) לגישה לערכאות בישראל בתביעת נזיקין. ככל שהסוגיה היא רק עניין לדיני הנזיקין, ייתכן שאפשר להסתפק בסעיף 3 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968, שלפיו "כל הנפגע או הניזוק על ידי

143 בפרשת דיראני נדונו כמה הסדרים חוקיים ובהם תיקון מס' 7, לעיל הערה 91, חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, פקודת המסחר עם האויב, 1939 וכן המשפט המקובל נוסח ישראל. בהקשר זה נציין כי דעתנו היא כדעת השופט מלצר, שלפיה המונח "חוק" כולל גם את המשפט המקובל נוסח ישראל. עם זאת ישנו ספק אם הכלל של המשפט המקובל נקלט במלואו או למשפט הישראלי, אם נקלט – מה טיבו (כאמור, לא ברור מה היה תוכנו של הכלל של המשפט המקובל גם בעת קליטתו ומהם החריגים לו) ואם נקלט ואף טיבו ידוע – מה ראוי שיהיה מעמדו לאור עקרונות היסוד של המשפט החוקתי בישראל כיום.

144 פרשת דיראני II, לעיל הערה 1, בפס' 55 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

145 שם.

146 השופטת פרוקצ'יה קבעה, כי "בעצם עזיבתו של דיראני את ישראל לא היה כדי לנתק את הרצף המושגי של זכויות היסוד שהיו נתונות לו בעת היותו בישראל, ועימן את זכות התביעה שעמדה לו בישראל מכוח הדין המהותי, ולא היה בה כדי לפגוע בזכות הגישה לערכאות" (שם). עם זאת לא ברור, מהי הקונסטרוקציה המשפטית המאפשרת לזכויות חוקתיות – ובהן זכות הגישה לערכאות – לעקוב אחר דיראני למקום מושבו בלבנון.

147 לעניין זה ראו אורגד, לעיל הערה 97, בעמ' 149-164. המחבר תומך במודל התחולה הפונקציונלית כדין רצוי (שם, בעמ' 174-189).

עוולה שנעשתה בישראל יהא זכאי לתרופה המפורשת בפקודה מידי עושה העוולה או האחראי לה". דיראני ניזוק לכאורה בעוולה שבוצעה בישראל, ולכן זכאי לתרופה מתאימה מידי עושה העוולה או האחראי לה. עם זאת מקור חקיקתי זה הוא מוגבל, שכן ייתכן שהוא בגדר הסדר כללי הנסוג מפני ההסדר הספציפי של המשפט המקובל ולפיו אין מבררים תביעת אויב. על מנת ללכת בדרך זו יש להראות כי המשפט המקובל אכן נקלט בישראל, כי ביום קליטתו הוא שלל גישה לערכאות בתביעות נזיקין במקרים מסוג אלו הנדונים בפרשת דיראני וכי אין עומד לזכותו של דיראני אחד החריגים הרבים במשפט המקובל המאפשרים גישה לערכאות, כגון במקרה שעילת התביעה נוצרה כאשר התובע הוחזק במשמורת כדין.

השאלה השלישית היא, אם לדיראני זכות גישה לערכאות בישראל שמקורה במשפט הבינלאומי. כך למשל, ייתכן שזכות זו מעוגנת באמנה נגד עינויים (1984). סעיף 13 לאמנה קובע, כי אדם הטוען שהזכויות המובטחות לו באמנה הופרו בשטח שבסמכות השיפוטית של מדינה חברה זכאי "להתלונן אצל רשויות המוסמכות ולגרום לכך כי מקרהו ייבדק על ידן ללא דיחוי ומשוא פנים".¹⁴⁸ הואיל ודיראני עונה לטענתו בישראל, עומדת לו הזכות להתלונן בבתי המשפט שבה. עם זאת סעיף 13 אינו יוצר זכות לעילת תביעה נזיקית, אלא חל על גישה לערכאות לשם מניעת עינויים וכאשר המתלונן נמצא תחת סמכות השיפוט של המדינה.¹⁴⁹ לפיכך מקור חוקי זה אינו מקנה לדיראני זכות גישה לערכאות בישראל בתביעת הנזיקין בשבתו בלבד. בדומה, דיראני אינו זכאי גם להגנת סעיף 23(ח) לתקנות האג, לא רק בגלל שהוא חל על נתיני אויב שאינם חלק מפעולות הלחימה ועל עילות תביעה שמקורן בקניין הפרטי, אלא בשל כך שהוא מגן בעיקר על זכויות של נתינים בשטח כבוש.

השאלה הרביעית היא, אם לדיראני זכות גישה לערכאות שמקורה בפרקטיקה כללית ומחייבת במשפט ההשוואתי, שהפכה למשפט בינלאומי מנהגי. לו הוכרעה פרשת דיראני לפי הלכות המשפט המקובל המסורתי (וכאמור לעיל ספק אם זהו עודנו הכלל שחל באנגליה), לא הייתה לדיראני זכות גישה לערכאות בישראל. הכלל של המשפט המקובל קבע, כי למעט חריגים אשר דיראני אינו נופל לגדרם, אין מבררים את תביעתו של נתין אויב. המונח "נתין אויב" מוגדר לפי מבחן טריטוריאלי, היינו מי שמתגורר מרצונו החופשי בארץ אויב. לפי מבחן זה דיראני הוא נתין אויב, אשר ככלל אין לאפשר לו גישה לערכאות משפטיות בישראל. מסקנה זהה מתבקשת גם לו אומץ הכלל של המשפט הצרפתי, המזהה נתין אויב לפי אזרחותו של הפונה (דיראני הוא אזרח לבנוני, מדינה שנמצאת במצב מלחמה עם ישראל), ואף לו אומץ מבחן חלופי, המזהה נתין אויב בהתאם להתנהגותו של הפונה או להשתייכותו הארגונית. בכל אשר נפנה, קשה שלא להסיק כי דיראני הוא "אויב" למדינת ישראל. אם

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Dec. 10, 1984, 1465 U.N.T.S. 85, 116 (התרגום שלנו – "ר", ל' א').
 149 לפרשנות זו, שלפיה זכות הגישה לערכאות חלה באשר למניעת עינויים, ליחס אכזרי או לא-אנושי, ראו: A. v. the United Kingdom, 27 E.H.R.R. 611(1999); Aksoy v. Turkey, 23 E.H.R.R. 553 (1996).

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

מקבלים את הכלל שלפיו אין מבררים תביעתו של נתין אויב, ברור כי אילו הוגשה תביעתו של דיראני מלכתחילה בלבנון, לא הייתה לו זכות גישה לערכאות בישראל. כאשר הוחזק דיראני במעצר בישראל, הייתה לו זכות תביעה מוקנית גם אילו אימצנו את הלכות המשפט המקובל. ואולם זכות שקנה לו אדם בישראל, אין הוא זכאי לגרור אותה עמו בכל אשר ילך, לרבות לקן מחבלים בארץ אויב; ישנם טעמים מפסיקים, ובהם הפיכתו של אדם ל"אויב". השאלה על כן אינה אם הייתה לדיראני זכות גישה לערכאות בעת מעצרו בישראל – על כך אין חולק – אלא אם כיום, בשבתו בארץ אויב ונוכח פועלו, יש לו זכות גישה לערכאות בישראל.

נוסף לשני הטעמים שנדונו לעיל – בעניין מעמדו של דיראני ובעניין זכותו – טעמים שהם פוזיטיביים במהותם, עולה שאלה עיונית: האם ההצדקות לזכות הגישה לערכאות חלות על פעיל טרור, ומבחינה מעשית – האם הן חלות על עניינו של דיראני? נראה לנו, כי מרבית ההצדקות העומדות בבסיס זכות הגישה לערכאות (הצדקות פוליטיות, הצדקות חברתיות, תנאי למימוש זכויות) אינן מתקיימות בעניינו של דיראני. יתרה מכך, דיראני אינו מבקש לפנות לבית המשפט על מנת לערער על חוקיות מעצרו או על תנאי מעצרו; אין מדובר במקרה הדומה לעניינם של העצורים במפרץ גואנטנמו, שביקשו לפנות בצו "הביאס קורפוס" נגד חוקיות מעצרו, או לעניינם של העצורים בכלא אבו גרייב שבעיראק, שביקשו צו מניעה נגד עינויים. עיקר פנייתו של דיראני לא נועדה למנוע אקס אנטה פגיעה בזכויותיו, אלא לפצותו אקס פוסט. זאת ועוד, לאור מסקנתה של דעת הרוב בפרשת דיראני, שלפיה הפיצוי הנזיקי (אם ייפסק) יושהה ולא יועבר לתובע, נראה כי עיקר ההצדקה להליך המשפטי היא הרתעת המזיק ולא פיצוי הנזיק. במילים אחרות, ההצדקה המרכזית למתן גישה לערכאות במקרה המסוים של דיראני היא בקרה ופיקוח על הרשות המבצעת, ולא דווקא הגנה על זכויות אדם. אכן ישנו אינטרס ציבורי בפיקוח ובביקורת על רשויות הצבא ובשמירה על שלטון החוק. על כך אין חולק. עם זאת אינטרס זה אינו מחייב בהכרח פתיחה של שערי בית המשפט. אפשר לערוך חקירה פלילית או מנהלית או להקים ועדת בדיקה – כפי שחלקית אכן נעשה – ואם יימצא ממש בטענות, אפשר וצריך לנקוט סנקציות פליליות, משמעתיות ומנהליות כלפי מבצע העוולה או האחראי לה. אמצעים חלופיים אלו, כגון מבקר המדינה, ועדת חקירה, חקירה מטעם היועץ המשפטי לממשלה או גוף בדיקה מיוחד, ובלבד שהם נסמכים על גוף אמין ועצמאי, עשויים להבטיח פיקוח ובקרה ולהשיג אפקט הרתעה לעתיד.¹⁵⁰

150 ראו הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 דו"ח שני – מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי 260-71 (2013) www.turkel-committee.gov.il/index.html (להלן: ועדת טירקל). ועדת טירקל מציגה מנגנונים חלופיים לפיקוח ובקרה על פעילות השב"כ, שאינם דווקא הליך משפטי. ועדת טירקל כשלעצמה היא מנגנון חלופי חוץ-משפטי לפיקוח ובקרה על הרשות המבצעת. אנו מודים לקורא האנונימי על שהסב את תשומת לבנו לנקודה זו. לדיון כללי בוועדות חקירה, ראו אביגדור קלגסבלד

פרשת דידאני עוסקת בהיבט צר של סוגיה רחבה יותר, שעניינה זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב. לאור ההערכה הסבירה כי תביעות אויב ימשיכו להעסיק את בתי המשפט בישראל בעתיד, אין מנוס מחקיקתו של חוק אשר יסדיר עקרונית את הסוגיה. תוקפו של חוק מסוג זה עשוי להיות מושפע מן ההלכה שתיקבע בדיון הנוסף בפרשת דידאני, שכן אם ייקבע כי לזכות החוקתית לגישה לערכאות תחולה כלשהי מחוץ לישראל – טריטוריאלית, פרסונלית או פונקציונלית – חוק השולל גישה לערכאות של נתיני אויב היושבים מחוץ לישראל יצטרך לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה החוקתית; שונה הוא מעמדו של חוק, השולל גישה לערכאות מנתיני (או מלוחמי) אויב היושבים מחוץ לישראל, אם הנחת היסוד היא שהזכות החוקתית לגישה לערכאות חלה בשטח ישראל בלבד.

2. הסדר מוצע: המבחן הפונקציונלי

בחודש יולי 2012 עבר בכנסת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשע"ב-2012.¹⁵¹ תיקון מס' 8 אינו עוסק בסוגיה הכללית של גישה לערכאות של נתיני אויב, אלא אך ורק בתביעות נזיקין שהתרחשו כתוצאה מפעולה מלחמתית. בהקשר זה הרחיב תיקון מס' 8 את ההגדרה של "פעולה מלחמתית" (ההגדרה כוללת כעת גם פעולות למיגור טרור בשטח מדינת ישראל) ואישר שוב את הפטור הגורף שניתן למדינה מאחריות בנזיקין מתביעות המוגשות בידי נתיני של מדינת אויב, בידי פעיל או חבר בארגון מחבלים ובידי מי שניזוק בעת שפעל בשליחותו או מטעמו של נתיני אויב או ארגון מחבלים. בכך אימץ המחוקק מכל הבא ליד את הכללים המשפטיים לזיהוי אויב שתביעתו תיחסם: נתיני אויב מוגדר בתיקון מס' 8 לפי אזרחות (מדינת אויב), לפי תושבות (תושב שטח אויב), לפי השתייכות ארגונית (חבר בארגון מחבלים) ולפי התנהגות המגלה אויבות באופן אינדיבידואלי (פעיל בארגון מחבלים).¹⁵² המחוקק הישראלי החריג מן ההגדרה אזרחים ישראלים היושבים בשטח אויב, ככל הנראה בשל הרצון שלא לחסום תביעות נזיקין של אזרחים ישראליים תושבי ההתנחלויות.¹⁵³ גם תיקון מס' 8 אינו מחייב קשר סיבתי בין הפעולה המלחמתית לנושא התביעה. המשמעות היא למשל, שתושב פלסטיני המתגורר בשטח שעליו הכריזה הממשלה "שטח אויב" וניזוק כתוצאה מרשלנות רפואית בבית חולים בשטח של ישראל אינו זכאי לגישה לערכאות משפטיות בישראל.

ועדות חקירה ממלכתיות (2001); וכן אביגדור קלגסבלד "המלכה מתה, תחי המלכה החדשה – לקראת חוק ועדות חקירה חדש" הפרקליט נב 472 (2013).
151 חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשע"ב-2012, ס"ח 518, 522 (להלן גם: תיקון מס' 8).
152 חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, ס' 5ב(א)(1), ס' 5ב(א)(1), ס' 5ב(א)(2) וס' 5ב(א)(2) בהתאמה.
153 ס' 5ב(א)(1) שם.

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8) רצוף פגמים חוקתיים. כך למשל, גם מי שמקבל את תוקפו של הכלל המשפטי שלפיו "אין מבררים תביעות אויב במלחמה", עשוי לחלוק על כמה עניינים: על ההגדרה הרחבה של "אויב" שבה בחר המחוקק, המלקטת כללים שונים משיטות משפט שונות; על ההגדרה הרחבה של "מלחמה", הכוללת כל פעולה שבוצעה לשם מניעת טרור, גם אם היא בוצעה בשטח ישראל (שבה כאמור זכות הגישה החוקתית לערכאות מגנה על כל אדם); ועל הכלל הגורף השולל גישה לערכאות ואשר – בניגוד למשפט המקובל – כמעט שאינו מאפשר חריגים במקרים שאינם קשורים לפעולות הלחימה. החוק מעורר קושי נוסף, הנובע מן המציאות המיוחדת של השלטון הישראלי בשטחי הרשות הפלסטינית. כך למשל, המשפט הישראלי אינו רואה בתושבי השטחים המוחזקים "אויב" לעניין פקודת המסחר עם האויב, 1939, ומעמדם בבתי משפט בישראל אינו שונה מהותית ממעמדו של תובע ישראלי.¹⁵⁴ יש להניח, כי נתין פלסטיני המבקש לתבוע תאגיד בשל הפרת חוזה, יצרן על הפרת אחריות או מעביד בגין תאונת עבודה יהיה זכאי לפנות לערכאות בישראל. הפטור המיוחד הניתן בנוזיקין מקורו בכך, שהנזק הנתבע מקורו בפעולה מלחמתית. ואולם החוק כאמור אינו מחייב כל קשר סיבתי בין הפטור המוענק למדינה בנוזיקין לבין הפעולה המלחמתית.

תוקפו של חוק הנזיקים האזרחיים ודאי שעוד יידון בבג"ץ. אפשר להניח, כי בעתיד הנושא יגיע שוב לפתחו של המחוקק בהקשרים רחבים יותר מאשר בתביעות נזיקין של נתיני אויב. כעת נפרט את הצעתנו להסדר חקיקתי אפשרי בשאלה העקרונית בדבר זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב. הכלל המוצע מבחין בין שני מצבים. המצב הראשון עוסק בתביעות בין מדינות, כלומר בתביעה המוגשת נגד מדינת ישראל (או נגד גוף מטעמה) בידי "אורגן אויב" – מדינת אויב, ממשלת אויב, תאגיד בבעלות ממשלת אויב, ארגון טרור או תאגיד בבעלותו של ארגון טרור. תביעות אלו, ככלל, יידחו על הסף, שכן חלה בהן הדוקטרינה של "חסינות ריבון".¹⁵⁵ ההצדקות לכך מקורן בהצדקות לכלל של חסינות ריבון, שלפיהן תביעות בין מדינות הן עניינים מדיניים שיש להסדיר במשפט הבינלאומי ולא במסגרת שיח זכויות חוקתיות. נוסף על כך, הצדקותיה של זכות הגישה לערכאות אינן חלות ברובן על תביעות בין מדינות. ישנו אמנם אינטרס ציבורי בפקוח על פעולותיהן של רשויות המדינה ובביקורת עליהן, אך אינטרס זה אינו מחייב לתת אפשרות לאורגן אויב להתדיין בבית משפט ישראלי אלא הוא ניתן למיצוי באמצעים חלופיים (מנהליים ופיליליים) ובאמצעות מנגנונים חלופיים (ועדת חקירה, מבקר המדינה וכדומה). עם זאת אפשר לחשוב על מקרים שבהם הפונה, חרף היותו "אורגן אויב" או מי מטעמו, מבקש לפנות בנושא פרטי

154 גישה זו עוגנה בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה: "תביעת נזיקין בישראל בשל תאונה שאירעה בשטח מוחזק" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 25.000 (התשכ"ט); וכן בהנחיות "טענת אויבות", לעיל הערה 89.

155 אסף יעקב "חסינות תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מפעולה מלחמתית" משפטים לג 107 (2003).

ליאב אורגד ויורם רבין

גרדא, דוגמת לוחם אויב המבקש גישה לערכאות לצורך תביעת גירושין או לצורך תביעה לאכיפת חוזה. במקרים אלו ההצדקות לזכות הגישה לערכאות חזקות יותר, וניתן להחריגן אם למשל עילת התביעה היא פרטית (כלומר היא אינה נובעת מפעולות הלחימה) ואם לאויב לא צפוי רווח מן ההתדיינות המשפטית. המצב השני עוסק בתביעות של נתין אויב, כלומר של מי שאינו אורגן "אויב"; תביעות אלו לא יידחו אך ורק בשל מעמדו של הפונה והן יידונו לגופן בהתקיים שני תנאים מצטברים: התביעה אינה נובעת מן הפעילות המלחמתית ולאויב לא צפוי רווח מן ההתדיינות המשפטית. עיקר ההבדל הוא, שברירת המחלוקת במצב הראשון היא שאין מבררים תביעות של אורגן אויב בכפוף לחריג, בעוד שברירת המחלוקת במצב השני היא שניתן לברר תביעות של נתין אויב אלא אם מתקיים חריג שולל. אפשר להציג זאת כך:

תביעות אויב

- (1) אין מבררים תביעות של אורגן של אויב. לעניין זה "אורגן אויב" – לרבות בעל תפקיד בו, תאגיד בבעלות ממשלת אויב, ארגון טרור ותאגיד בבעלות של ארגון טרור. כלל זה לא יחול בתביעות שעילתן פרטית ושאינה נובעת מפעולה מלחמתית וכאשר לאויב לא צפוי רווח מההתדיינות המשפטית.
- (2) אין דוחים תביעות של אדם אך בשל כך שהוא נתין אויב אלא בהתקיים שני תנאים: (א) התביעה נובעת מפעולה מלחמתית; ו-(ב) לאויב צפוי רווח מההתדיינות המשפטית.

ההסדר המוצע בקשר לתביעות של "נתין אויב" מחייב להגדיר את המושגים שבהם ישנו שימוש.

"נתין אויב". מבין המודלים במשפט המשווה, ראוי ככלל לערוך בדיקה אינדיבידואלית על מנת לקבוע, אם הפונה הוא "נתין אויב", קרי לאמץ מבחן פרטני הבוחן את התנהגות הפונה במקום קריטריונים גורפים של אזרחות או של תושבות או של השתייכות ארגונית. עם זאת בדיקה פרטנית אינה תמיד אפשרית בעיצומה של מלחמה, ולעתים אין ברירה אלא לקבוע כלל קטגורי, דוגמת הכלל הטריטוריאלי שאומץ במשפט האנגלי או הכלל בדבר אזרחות המתדיין שאומץ במשפט הצרפתי. יהיה המבחן אשר יהיה, בחריגים המקובלים שהוכרו במדינות השונות ראוי להוסיף לו מבחן נוסף של חברות או של פעילות בארגון טרור. מלחמה בעידן המודרני לרוב אינה מתקיימת בין מדינות בעלות טריטוריה מוגדרת, אלא בין מדינות לבין שחקנים לא מדינתיים, הפרוסים והפועלים במדינות שונות. "פעולה מלחמתית" (act of war). פעולה מלחמתית אינה מחייבת מצב מלחמה (state of war).¹⁵⁶ לא כל פעולה במהלך לחימה היא פעולה מלחמתית (ישנן פעולות אזרחיות ומנהליות גם במהלך לחימה), כשם שלא כל פעולה מלחמתית היא פעולה המבוצעת בידי כוח צבאי (ייתכנו מקרים של פעולות מלחמתיות שמבצעים כוחות שיטור). המבחן המשפטי

Clyde Eagleton, *Acts of War*, 35 AM. J. OF INT'L L. 321 (1941) 156

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

בודק את מהות הפעולה, להבדיל מזהות מבצעה. מבחנים לזיהוי פעולה כ"מלחמתית" הותוו
בפרשת כני עודה:¹⁵⁷

במתן תשובה לשאלה אם פעולה היא "מלחמתית" יש לבחון את כל נסיבות האירוע,
יש לבדוק את מטרת הפעולה, את מקום האירוע, את משך הפעילות, את זהות הכוח
הצבאי הפועל, את האיום שקדם לה וניצפה ממנה, את עוצמת הכוח הצבאי הפועל
והיקפו ואת משך האירוע.

"קשר סיבתי" בין התביעה למצב המלחמה. כיצד נדע אם התביעה "נובעת"
מפעולה מלחמתית? דרך אחת לעמוד על קשר סיבתי שכזה היא לאמץ כלל, המבוסס על
ההבחנה שבין ספּרה ציבורית לספּרה פרטית. כך למשל, אפשר להבחין בין עילת תביעה
ציבורית, הקשורה בקשר סיבתי לניהול הלחימה (כגון תביעות לצו "הביאס קורפוס"), לבין
עילת תביעה אזרחית (תביעות בענייני חוזים, משפחה, עבודה, נזיקין וכדומה), שאינה קשורה
בקשר של סיבתיות למלחמה. נוסף למבחן עילת התביעה אפשר להסתייע גם במבחן של
מעמד המדדיין. ניתן לזהות שני סוגי תביעות. הסוג הראשון עניינו תביעות של אדם פרטי
אל מול אדם פרטי. ככלל אפשר לשייך סוג זה של תביעות לתביעות שאינן נובעות בהכרח
מפעילות מלחמתית (ובכפוף לחריגים שבהם עילת התביעה נובעת מן המלחמה). הסוג השני
עניינו תביעות של אדם פרטי אל מול המדינה. תביעות אלו יכול שיהיו בעילות ציבוריות
(כגון מעצר מנהלי, עוצר או הפקעות) או בעילות פרטיות (בענייני חוזים, שכר דירה וכדומה).
האתגר, כפי שמומחש במחלוקת שבין השופטת פרוקצ'יה לשופט מלצר בפרשת דיראני, הוא
בזיהוי תביעות הנובעות ממצב המלחמה והקשורות בו בקשר סיבתי. אפשר לכן להציע את
מבחן "מרב הזיקות"; ככל שמרב הזיקות אינן קשורות סיבתית למצב המלחמה, ראוי
שדלתותיו של בית המשפט יהיו פתוחות, ולהפך. זהו מבחן פונקציונלי. על כן ייתכן מצב,
שבו אדם ייחשב נתין אויב מנוע מגישה לבתי משפט בנושאים הקשורים בקשר סיבתי
ללחימה, אך לא יהיה מנוע מגישה לבתי משפט בעניינים אחרים של הדין האזרחי. כך למשל,
אזרח סורי יהיה מנוע מלפנות לערכאות שיפוטיות בישראל בתביעה להפסקת בומים
על-קוליים שמבצעים כוחות צה"ל בשמי דמשק, אך יהיה זכאי לפנות לערכאות בתביעה
לאכיפת חוזה או בתביעה שעילתה תאונת דרכים. באופן דומה, חייל סורי יהיה מנוע מלפנות
לערכאות משפטיות בישראל בעניין הקשור לפעולת מלחמה, אך יהיה זכאי לפנות בתביעת
גירושין.

מתי "לאויב צפוי רווח מההתדיינות המשפטית"? התכלית המרכזית של
איסור הגישה לערכאות היא מניעת רווח צפוי לאויב. המשפט המקובל היה נוקשה, וזיהה
כמעט בכל הליך משפטי רווח לאויב. כך למשל נפסק, כי המשך הליכים של תביעה אזרחית
באנגליה עשויים להביא ליצירת נכס לאויב, וגם אם העברת הנכס תושהה עד לאחר המלחמה,

157 פרשת כני עודה, לעיל הערה 93, בעמ' 8.

הרי האויב יוכל להשתמש בפסק הדין כבטוחה לקבלת הלוואה.¹⁵⁸ לצד זאת ישנו שיקול כלכלי: המדינה נושאת בנטל כלכלי, הנובע מן הצורך בניהול התביעות. ישנן תכליות נוספות, המתאימות לסוג מסוים של תביעות. כך למשל, ישנה הצדקה למנוע גישה לערכאות בסוגיות ציבוריות הקשורות ללחימה כדי שלא לפגוע באפקטיביות של הלחימה ובמורל הלאומי וכן כדי למנוע דמורליזציה של הכוח הלוחם בשדה הקרב. הכלל של המשפט המקובל, הרואה ב"רווח לאויב" כל סוג של רווח – בין היתר רווח כלכלי או מורלי, לא רק מלחמתי – הוא נוקשה ומכליל; לפי כלל זה כל התדיינות משפטית היא בבחינת "רווח לאויב". הכלל לא איזן בין טיב הרווח הצפוי לאויב לבין האינטרס הציבורי במתן גישה לערכאות והצדקותיה. על מנת לרכך את הכלל ולהתאימו לעידן זכויות האדם, מוצע לאמץ חזקה הניתנת לסתירה: תביעת נתין אויב תוחזק ככזו שיש בה רווח לאויב, אך לפונה לערכאות תינתן האפשרות לסתור את החזקה. בבחינת השאלה, אם לאויב רווח מההתדיינות, יש לדעתנו לבחון שאלה מרכזית אחת: האם הגישה לערכאות היא בבחינת "ניצול לרעה של הליך משפטי"? ככל שהתביעה היא כנה ואותנטית, כך גוברות ההצדקות לתת גישה לערכאות גם אם לאויב צפוי רווח כלכלי או מורלי מסוים מבירורה (ולהפך).

כיצד ניישם כלל זה על פרשת דידאני? פרשה זו היא מקרה גבול. ראשית, סיווג מעמדו של דיראני אינו פשוט. מחד דיראני הוא אדם פרטי, אך מאידך מכלול הנסיבות (פועלו, השתייכותו הארגונית וכדומה) מלמד, כי מעמדו מתאים יותר לתחום הציבורי מאשר לתחום הפרטי. שנית, סיווג עילת תביעתו אינו פשוט, שכן מצד אחד תביעתו נוגעת לעוולה פרטית שנגרמה לו, אך מן הצד האחר מכלול הנסיבות הרחב הופך עניין "פרטי" זה ל"ציבורי". שלישי, סיווג הרווח הצפוי לדיראני מעצם ניהול התביעה אינו פשוט לאור הספקות, אם עיקר תביעתו היא הפיצוי הנזיקי או שמא הרצון לנצל לרעה – נגד המדינה – הליך משפטי בישראל. ההכרעה במחלוקת אלו היא פרשנית. כך למשל, הן דעת הרוב הן דעת המיעוט בפרשת דידאני נטתה לסווגו כנתין אויב ולא כ"אורגן אויב". עם זאת בעוד שדעת הרוב סיווגה את עילת התביעה לתחום הציבורי-הפומבי, דעת המיעוט סיווגה את עילת התביעה לתחום הפרטי-הנזיקי; בעוד שדעת הרוב נטתה לראות בתביעה אותנטית, דעת המיעוט הטילה ספק בכנות התביעה ומניעה.¹⁵⁹ דעתנו כאמור שונה. לשיטתנו, מבחינת מעמדו דיראני מתאים יותר לתחום ה"שלטוני" מאשר לתחום הפרטי. ברירת המחלוקת באשר לתובע מסוג זה היא שלילת הגישה לערכאות. עילת תביעתו היא פרטית-נזיקית, אך מניעה ומטרוחיה הם ציבוריים. דיראני אינו פונה בעניין פרטי גרדא. עם זאת האינטרס הציבורי בבירור תביעתו – חשיפת האמת וביקורת על הרשות המבצעת – יכול להתממש באמצעים חלופיים – מנהליים ופוליטיים – ואינו מחייב בהכרח דיון בבית משפט. יש גם לזכור, כי

158 פרשת Rodriguez, לעיל הערה 29, בעמ' 114; פרשת Sovfracht, לעיל הערה 27, בעמ' 26.

159 פרשת דידאני II, לעיל הערה 1, בפס' 8 לפסק דינו של השופט מלצר.

זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)

דיראני אינו מבקש דיון וסעד בישראל בהיותו תם לב ונקי כפיים; מדובר בתובע שידו האחת מבקשת סעד וידו האחרת אינה מכירה במדינה שאליה הוא פונה (ואף פועלת לחיסולה).

סוף דבר

השאלה של זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב בעת מלחמה העסיקה את כל שיטות המשפט מאז המשפט הרומי ועד ימינו. המציאות רבת-הפנים של סכסוכים מזוינים לאורך ההיסטוריה והפסיקה הענפה שהתגבשה יצרו מסורות מיוחדות בשיטות המשפט השונות. הכללים שהתפתחו במשפטן הפנימי של מדינות אינם אחידים ואינם נובעים מתאוריה מגובשת. באופן טבעי זכתה סוגיה זו לעדנה בתקופות מלחמה ונזנחה בתקופות שלום. כיום היא שוב רלוונטית בשל ריבוי העימותים המזוינים ובשל המאבק בטרור, שבין השאר הקציין את הבעיות המשפטיות בשל אופיו חסר הגבולות. עד כה מצאו בתי המשפט במדינות הדמוקרטיות טכניקות משפטיות שונות על מנת לחמוק מבחינה ישירה של הכלל האוסר גישה לערכאות אל מול המשפט הבינלאומי המודרני ומשפט זכויות האדם.

במשפט הישראלי אין תפיסה עקבית באשר לזכות הגישה לערכאות של נתיני אויב, ומעולם לא ניתן פסק דין שדן בבעיה בכללותה. היעדר כלל ברור – בצירוף מורכבותם של הכללים במשפטן של מדינות – מקשה על ניסיון לחלץ כלל משפטי באשר לשאלה של זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב. פרשת דיראני מעלה על סדר היום שאלה חשובה. הדיון הנוסף מאפשר לבית המשפט העליון לקבוע לראשונה הלכה בשאלות יסוד, המעסיקות את המשפט הישראלי שנים רבות, ובהן אלו: מיהו "נתיני אויב" ומהו המבחן המשפטי לזיהויו? האם "נתיני אויב" זכאי לגישה לערכאות משפטיות בישראל? ומהו טיבה של זכותו: האם זוהי זכות חוקתית, זכות חקיקתית או זכות שמקורה במשפט הבינלאומי? עם זאת פרשת דיראני מוגבלת להיבט צר למדי של השאלה הרחבה יותר בדבר זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב. במוקדם או במאוחר יצטרך המחוקק לתת את דעתו לשאלה זו. במאמר זה הצענו כיוון נורמטיבי אפשרי לחקיקה מסדירה, המאזנת בין צורכי הביטחון לבין זכויות האדם. תם אך לא נשלם.