

**בעניין:** סמיר ג'רג'ון ואחרים

ע"י ב"כ אחמד אלמאלק ו/או סמיר מרעי

ערערה – 30026 – ת.ד. 102

טל: 04-6356679 ; פקס: 04-6351730

ו/או

ע"י ב"כ סאוסן זהר ו/או עוה"ד חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן ו/או

סוהאד בשארה ו/או פאטמה אלעג'ו ו/או ראמי ג'ובראן ו/או רימא איוב

מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

רחוב יפו 94, ת.ד. 8921 חיפה 31090

טל': 04-9501610 ; פקס: 04-9503140

**המעוררים**

**– נגד –**

**1. המוסד לביטוח לאומי**

ע"י ב"כ ג. אלאלוף ושות'

רחוב וולפסון 6 באר שבע 84105

טל: 08-6268535 ; פקס: 08-6268533/4

**2. היועץ המשפטי לממשלה**

ע"י פרקליטות המדינה

המחלקה לסכסוכי עבודה

רחוב מח"ל 7, ת.ד. 49123 ירושלים

טל: 02-5419658 ; פקס: 02-5419660

**המשיבים**

**השלמת טיעונים מטעם המעוררים**

בהתאם להחלטת בית הדין הנכבד מיום 27 בנובמבר 2011, מגישים בזאת המעוררים את טיעוניהם המשלימים כדלקמן:.

**מבוא**

נקודת המוצא הינה העובדות שהינן בלתי שנויות במחלוקת במקרה דנן. לפיהם, מספר עובדים אשר נכנסו כדין אל שטח התנחלות ברצועת עזה טרם ההתנתקות, נפגעו בשטח ההתנחלות, כאשר מבין הנפגעים היו המעוררים תושבי רצועת עזה מחד ועובד זר מסין מאידך. העובד הזר מסין הוכר כזכאי עפ"י חוק התגמולים ואילו הנפגעים תושבי רצועת עזה לא הוכרו כך. כפי שעולה מטיעוני המעוררים, תוצאת האבחנה הנ"ל הינה החלת שני דינים שונים על שתי קבוצות הנפגעים ועל אותה טריטוריה. דינים אלה אינם יצירת החוק, כי אם יצירת חקיקת משנה אשר הובילו בסופו של דבר להחרגת קבוצות

העובדים הפלסטינים מרצועת עזה. להלן נפרט ונטען, כי החרגה זו אינה כדין בשל חריגת שר הביטחון מסמכותו; כי היא גם פוגעת בזכויות החוקתיות של המערערים; והיא בלתי מידתית עפ"י מבחני פסקת ההגבלה.

## המערך הנורמטיבי

1. מטרתו של חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970 (להלן: "החוק") שהוא נושא הדיון בפנינו, הינה לזכות בפיצויים את הנפגעים מפעולות כאלו שהוגדרו עפ"י החוק. הוא קובע את המערכת הנורמטיבית המסדירה את הזכאות של הנפגע מפעולת האיבה תוך הגדרת מהי פעולת איבה ומי הוא הנפגע מפעולה זו. במקרה דנן, זכאות המערערים סורבה בשל אי היענותם לכאורה על הגדרת "נפגע" אך אילולא סירוב זה המערערים היו נמצאים כזכאים עפ"י חוק התגמולים שכן הארוע ממנו נפגעו הוכר כ"פעולת איבה" וכך היה הדין כלפי העובד מסין שנפגע יחד עם המערערים באותו ארוע ונמצא כזכאי עפ"י חוק התגמולים. על כן ההתמקדות בפרק זה של הטיעונים תסב סביב הגדרת "נפגע" כפי שהוגדרה בחוק התגמולים ואשר בסופו של דבר, לשיטת המשיבים, הובילה להחרגת המערערים מתחולת חוק התגמולים תוך יישום פרשנות מצמצמת להוראות החוק. המערערים טוענים, כי היה על המשיבים וכן על שר הביטחון שהוציא את צו התגמולים שיפורט להלן, לפרש את נוסח הגדרת "נפגע" בחוק התגמולים באופן המיישם את עקרונות הפרשנות התכליתית של חוק התגמולים המביאה לפרשנות מרחיבה יותר של המושג "נפגע" ובכך להכליל את המערערים בגדר תחולת החוק והכל כמפורט להלן.
2. סעיף 1 לחוק התגמולים מגדיר את ה"נפגע", בין היתר כ:

"(2) מי שנכנס לישראל על פי אשרה או רשיון שניתנו לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, לרבות מי שנכנס לישראל והוא פטור מהצורך באשרה או ברשיון לפי סעיף 17(א) לחוק האמור, או מי שנכנס לישראל לפי אחד הצווים של שר הפנים מכוח סעיף 17 לחוק האמור שפורטו בתקנות לפי חוק זה – והכל אם הפגיעה היתה בישראל או בשטח אחר שקבע שר הביטחון בצו לענין זה לגבי כל סוגי הנכנסים לישראל או לגבי חלק מהם."
3. לפי הגדרה זו "יסוד הכניסה לישראל" הינו יסוד עיקרי בהגדרה הנ"ל. טענת המשיבים הינה כי הואיל והמערערים נפגעו בשטח ההתנחלות שהיתה ברצועת עזה, אזי הם לא נכנסו לישראל, ועל כן הם מוצאים מתחולת החוק וזאת מכח הצו שהוציא שר הביטחון, שיפורט להלן. ניתן היה להסתמך על פרשנות תכליתית רחבה יותר לגבי יסוד הכניסה לישראל המפורט בחוק התגמולים (להלן: "יסוד הכניסה"). כזכור, במקרה דנן המערערים מעולם לא עברו את גבולותיה של ישראל ולא נכנסו פיזית אל תחומיה, אלא עבדו במושב גני טל, שהינו התנחלות ישראלית ברצועת עזה; כניסתם אל ההתנחלות נעשתה לפי היתר עבודה; ההתנחלות הינה "שטח אחר" לצורכי חוק התגמולים; והמערערים נפצעו ביום 7.6.2005 במסגרת אירוע שהוגדר כ"פעולת איבה" בהתאם לחוק, לפני ההתנתקות מרצועת עזה.
4. יסוד הכניסה לישראל אמור להתפרש לפי הקשר הדברים והמציאות. אין לדרוש כניסה פיזית לישראל ויציאה ממנה אל השטח האחר לצורך הגדרת "נפגע" לצורכי חוק התגמולים. זאת ביחוד על רקע הגדרת תחנות הגבול בהן מתבצעת הכניסה אל ישראל, ובהן גם מעבר רפיח שהיווה מעבר גבול אל שטחי הרצועה וליישובי ההתנחלות שבגוש קטיף (ראו, צו הכניסה לישראל (תחנות גבול),

התשמ"ז-1987). טול למשל מקרה בו דיפלומט היוצא את מצרים ועושה דרכו אל מדינת ישראל, דרך מעבר רפיח ונפגע באירוע שהוגדר כ"פעולת איבה" בשטח המוחזק בידי צה"ל. הייתכן כי לא יוכר כנפגע לצורך חוק התגמולים אך בשל כך שלא נכח פיזית בשטח ישראל עובר לפגיעה? לדעתנו, הגיונו של חוק התגמולים ופרשנותו הראויה בהתאם למסורת הפרשנית הנהוגה בישראל מובילים לתוצאה הפוכה דווקא.

5. לכן, הכניסה אל שטח אחר, דהיינו שטח המוחזק בידי צה"ל, אמורה להתפרש ככניסה לישראל לצורך חוק התגמולים. זאת בשל קיומן של ההתנחלויות הישראליות, שהיתה להן זיקה חזקה אל ישראל, והרי הזיקה אליהן כמוה כזיקה אל ישראל. אין לקבל פרשנות המבחינה בין הכניסה לישראל לבין הכניסה אל שטח המוחזק בידי צה"ל לצורך עבודה. מה הבדל יש בין תושב הגדה או רצועת עזה העובד בהתנחלות ישראלית לתושב הגדה או רצועת עזה העובד בתל-אביב לעניין הפגיעה בו במסגרת אירוע שהוגדר כפעולת איבה? ומה הבדל יש בין תושב הגדה העובד בהתנחלות לעובד זר העובד לצידו? אין כל הבדל, וזאת לאור תורת הפרשנות הראויה, עליה נעמוד להלן.

6. תורת הפרשנות הנהוגה בכלל, ולדברי חקיקה ולאופן הפעלת סמכויות השלטון בפרט היא הפרשנות התכליתית. לפי תורה זו, אין להתעלם מתכליתו של החוק שעה שמפרשים את המונחים המגבשים אותו. כידוע, מובנים שונים יכולים להינתן למונחים זהים בדברי חקיקה שונים. פרשנותו של יסוד הכניסה חייבת להיעשות מתוך הקשר הדברים והנסיבות, בייחוד כאשר לשונו אינה ברורה מאליה. בהקשר זה יביאו המערערים את פסק הדין בעניין **עבד-אלרחמאן** שהובא בחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה לבית הדין הנכבד. כאמור, במקרה זה, דחה בית הדין הארצי הנכבד ערעור של נפגע פעולת איבה תושב הכפר תרקומייה שליד חברון בטענה כי חוק התגמולים אינו חל עליו. הערעור אכן נדחה בדעת רוב אך ברצון המערערים להביא דווקא את דעת המיעוט על מנת לבסס את טענת המערערים לפרשנות תכליתית של חוק הגמלאות בנוגע ליסוד הכניסה לישראל, וכך קובעת דעת המיעוט:

"באשר לדיבור 'מי שנכנס לישראל', סתם ולא פרש המחוקק – האם צריך שיהא קשר סיבתי בין הכניסה לישראל לבין הפגיעה, או שמא די אם אי-פעם נכנס הנפגע לישראל, או ראוי להיכנס אליה, על מנת שיקויים התנאי 'מי שנכנס לישראל'.  
שאלה זו עולה במלוא חריפותה נוכח הרחבת הטריטוריה שבה הכיר המחוקק בפגיעה כפגיעה מפעולת איבה. זו מתפרנס גם על 'שטח אחר', הווה אומר לשטח שמחוץ לישראל, ואז מטבע הדברים אין קשר סיבתי בהכרח בין הכניסה לישראל והפגיעה מחוץ לישראל אם התכוון המחוקק רק לכניסה לישראל בפועל – על מנת שיקויים התנאי שבהגדרת 'נפגע' – האם די כי בעבר נכנס הנפגע לישראל? מתי, לכמה זמן ובאיזו נסיבות נכנס בעבר לישראל? מה דינו של מי שנכנס ויצא חליפות לישראל וממנה, בלא קשר לפגיעת האיבה? לכל אלה לא תימצא תשובה הגיונית בדיבור 'מי שנכנס לישראל' (ונפגע בשטח האחר) כאמור בסעיף 1(2) לחוק התגמולים."

דב"ע (ארצי) 39-0/נה **עבד אלרחמן נ' המוסד לביטוח לאומי**, פס' ז לפסק דינו של שופט המיעוט (לא פורסם, 1995.4.27).

7. למען הזהירות הראויה ובמידה שהטענה כי יש לפרש את יסוד הכניסה אף ככניסה להתנחלויות הישראליות, מועלית כטענה חלופית תוצאה פרשנית שונה. לפיה, משמעות המילים "מי שנכנס לישראל" כוללת גם את "מי שזכאי להכנס לישראל ולא דווקא למי שנכנס אליה בפועל – בטרם נפגע בפעולת האיבה ב"שטח אחר" (ההדגשה אינה במקור, עניין **עבד אלרחמן**, פסקה ח' לפסק דינו של שופט המיעוט). וזאת, מהנימוקים שהובאו לעיל ואף אלה שהובאו בעמדת המיעוט בפרשת **עבד אלרחמן**, כדלקמן:

"אם לא כך נפרש, אין ייחוד משמעותי ואין הגיון לדיבור 'נכנס לישראל' - כל אימת שבפגיעה המתאנית 'בשטח האחר' עסקינן, גם אין כל תכלית והגיון בהבחנה בין מי 'שכנס לישראל' לימים ספורים ביום פלוני, לדוגמא חמש שנים בטרם נפגע 'בשטח האחר', לבין מי שנפגע בשטח האחר, בלא שניקרתא בעבר הזדמנות לפניו להכנס לישראל." שם.

8. כמו כן, בהקשר זה, יפים דבריו של השופט זוסמן בעניין **שליט** באשר להבדלים בין משמעותו הפרשנית של המונח "יהודי" לצורך חוק שיפוט בתי הדין הרבניים לבין משמעותו בחוק השבות. בעניין זה הודיע העותר לפקיד הרישום על לאום ילדיו כיהודי. פקיד הרישום פעל על פי הנחיות שהוציא השר הממונה וסירב לרשום את לאומם של ילדי העותר כיהודי מאחר וההלכה אינה מכירה בהם כיהודים, שכן לא נולדו לאם יהודיה. בית המשפט קבע כי אין לדון בשאלה "מיהו יהודי?" מתוך ניסיון לתת לה הגדרה ממצה. די אם תישאל השאלה "מיהו יהודי לצורך חוק פלוני?", ובמקרה דנן עניינו של העותר הוא בקונטקסט של חוק מרשם האוכלוסין. בית המשפט קבע לעניין הפרשנות התכליתית של החוק, כי:

"דיבור שבחוק הוא יצור החי בסביבתו. הוא מקבל את צביונו מהקשר הדברים, ומכאן שיש לפרשו לפי המטרה שאותו חיקוק – הוא ולא אחר – בא לשרת."

בג"ץ 58/68 **שליט נ' שר הפנים**, פ"ד כג (2) 477, 513 (1970). עוד ראו, אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 145-146 (2003). (להלן: "**פרשנות תכליתית במשפט**")

9. הנה כי כן, פרשנותו של יסוד הכניסה לישראל צריכה להיעשות מתוך כיבוד התכליות המיוחדות-פרטיקולאריות של החוק והתכליות הכלליות, שלגביהן נאמר כדלקמן:

"בצד התכליות המיוחדות [...] קיימות גם תכליות כלליות הפרוסות כמטרייה נורמטיבית מעל דברי החקיקה כולם. תכליות כלליות אלו משקפות את ערכי היסוד של המשפט והחברה בישראל. הן ביטוי לכך שכל דבר חקיקה הוא חלק אינטגרלי משיטת משפט כוללת. עקרונות היסוד של השיטה "מחללים" לכל דבר חקיקה, ומהווים את תכליתו הכללית."

עניין **קעדאן**, בעמ' 272.

ראו עוד, **פרשנות תכליתית במשפט**, בעמ' 196 ו-199-200.

10. הנה כי כן, פרשנותו של יסוד הכניסה לישראל בהגדרת הדיבור "נפגע" חייבת להתחשב הן בתכליתו המיוחדת של החוק לפיה המדינה ממלאת אחר חובה ערכית כלפי הפוקדים את שעריה ונפגעים מפעולת איבה, והן בתכלית הכללית בדבר כיבוד עיקרון השוויון. אכן, השוויון אינו משמיע יחס זהה לשונים, ואולם מאפייני השוני חייבים לסמוך עצמם על קריטריונים אובייקטיביים, נטולי פניות ועל בסיסי שוני אמיתיים ורלוונטיים. מכך עולה כי, שעה שראתה המדינה עצמה מחויבת אף לזרים בשטח המוחזק בידי צה"ל, ובכלל זה שטחי ההתנחלויות, הרי שלתפיסתה הקריטריון הרלוונטי לעניין זה הוא נוכחותם הרצויה בשטחים אלה, בין אם נכנסו אליהם דרך תחנת גבול אחת או אחרת. מה נפקות לדבר, אם פלוני נכנס כדין אל שטחי ההתנחלויות דרך מעבר רפיח או דרך מעבר נתב"ג? ומקל וחומר נשאל, מה נפקות לכניסת תחום ההתנחלות משטחי הגדה בהתאם להיתרים כדין או ממעבר ארז?

11. משמעות מצטברת נוספת יכולה להיות אחת משתיים: המשמעות הראשונה היא, כי התיקון לצו משנת 1998 שולל זכות שהייתה נתונה למערערים. המשמעות השנייה והחלופית היא, כי במידה וייקבע כי העובדים הפלסטינים הנכנסים לעבוד בהתנחלויות הישראליות אינם עושים זאת מכוח צו הכניסה לישראל, הרי שבעניינם של המערערים לא תהא לתיקון כל נפקות. שתי המשמעויות

הנ"ל, באם תתקבל הטענה הפרשנית שלעיל, מובילות לתוצאה כי יש להעניק למערערים את הזכויות בהתאם לחוק התגמולים.

### האבחנה בין הפגיעה בשטח ישראל לבין הפגיעה בשטח אחר עפ"י חקיקות המשנה

21. כאמור, במסגרת הגדרת "הנפגע" בחוק התגמולים, העניק החוק את הסמכות לשני שרים, הן שר העבודה והן שר הבטחון, להגדיר את תחולת החוק על הנפגעים, וזאת למרות שסמכות הביצוע של החוק הוענקה רק לשר העבודה והרווחה (סעיף 21 לחוק). מכח סמכות זו הותקנו בשנת 1970 שתי חקיקות משנה האחת ע"י שר העבודה שהיוותה תיקון לתקנות התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תש"ל – 1970 (להלן: תקנות התגמולים) והשניה ע"י שר הבטחון שתיקן את צו התגמולים לנפגעי פעולות איבה (קביעת שטח המוחזק בידי צבא – הגנה לישראל), תשל"א – 1970 (להלן: "צו התגמולים").

31. שתי חקיקות משנה אלו הוצאו מכח ההסמכה שהוענקה לשרים מכח החוק. אך עיון בהם מעלה סתירה לכאורה ביניהם. לאמור, תקנות התגמולים שהותקנו ע"י שר העבודה והרווחה קבעו כי תחולת הגדרת "נפגע" חלה על מי שנכנס לישראל לפי אחד הצווים שפורטו בתוספת כאשר אחד מהם הרלוונטי לענייננו, הינו צו הכניסה לישראל (פטור תושבי יהודה ושומרון, רצועת עזה, צפון סיני, מרכז סיני, מרחב שלמה ורמת הגולן), תשכ"ח – 1968. לפי תיקון תשנ"ח – 1998 לתקנות אלה משתמע, כי תושב רצועת עזה שנכנס לישראל עפ"י הצו יהיה זכאי לתגמולים עפ"י החוק עקב פגיעה מפעולת איבה. לעומת זאת, צו שר הבטחון המסדיר את תחולת החוק כאמור בסעיף 1 לצו על "כל שטח המוחזק בידי צבא-הגנה לישראל נק בע לגבי כל סוגי הנכנסים לישראל כ"שטח אחר" לעניין הגדרת נפגע לפי סעיף 1 לחוק, מוציא מתחולת החוק את הנפגעים מפעולת איבה שנפגעו ב"שטח אחר" וזאת על אף שהפגיעה נוצרה בשל זיקה לישראל. תיקון תשנ"ח-1998 לצו התגמולים קובע כדלקמן:

"האמור בסעיף קטן (א) לא יחול על מי שנכנס לישראל מכוח צו הכניסה לישראל (פטור תושבי יהודה ושומרון, רצועת עזה וצפון סיני, מרכז סיני, מרחב שלמה ורמת הגולן), תשכ"ח-1968."

41. לכאורה, ניתן לטעון לסתירה בין שתי הוראות חקיקות המשנה לעיל, אולם הפרשנות שיש להעניק לסתירה זו נוגעת להחלה הטריטוריאלית של חוק התגמולים על נפגעים שנפגעו בשטח ישראל לעומת אלו שנפגעו ב"שטח אחר", כולל רצועת עזה. פרשנות זו משתמעת הן מנוסח החוק המגדיר מיהוא "הנפגע" ומסמיך את שני השרים כל אחד בתחומו לקבוע את ההגדרה לגבי השטח המצוי תחת סמכותו. כך, שר העבודה האחראי על הסדרת תחולת החוק בתחום שטח ישראל התקין את תקנות התגמולים ותיקן אותן בשנת 1998 לגבי התחולה בתוך שטח ישראל, ואילו שר הבטחון אשר תחת סמכותו נמצא ה"שטח אחר" לרבות השטחים המצויים תחת שליטתה של מדינת ישראל, שהן השטחים הכבושים, תיקן את צו התגמולים באותה שנה והוציא את תושבי השטחים הכבושים מתחולת חוק התגמולים.

51. אין ספק כי התוצאה הנ"ל הינה אבסורדית, שכן, תושב רצועת עזה או הגדה המערבית הנכנס להתנחלות ישראלית, לצורכי עבודה למשל, כבמקרה נשוא ערעור זה, ויאונה לו נזק גופני כתוצאה של פגיעה במסגרת פעולת איבה, לא יהא זכאי לתגמולים על פי החוק מתוקף החרגת תחולתו של

צו התגמולים עליו ואילו תושב אחר מרצועת עזה או הגדה המערבית הנכנס לעבודה בהיתר כדין אל תוך שטח ישראל יהיה זכאי לתגמולים מכח החוק. תוצאה אבסורדית אחרת הינה המקרה שבפנינו, לפיה עובד זר מסין שנפגע ואף נפטר מהאירוע נשוא הערעור הוכר כ"נפגע" עפ"י חוק התגמולים ועל כן נקבע כזכאי לתגמולים ואילו המערערים שחלקם נפגע וחלקם נפטר עקב אותו אירוע, לא הוכרו כ"נפגעים" בשל תחולת הצו ובשל הטענה כי הם לא נכנסו לישראל אלא נפגעו ב"שטח אחר".

61. תוצאה אבסורדית זו מביאה למסקנה משפטית חד משמעית, לפיה על אותו אירוע חלים דינים שונים מכוח חקיקות משנה שונות שהותקנו מכח אותו חוק. דינים שונים אלו הינן פונקציה של השטח ממנו נכנס "הנפגע" אל שטח מדינת ישראל או "השטח האחר" כאשר במבחן התוצאה האבחנה בין שני דינים אלו הינה תלוית שייכות לאומית. שכן, החרגת תחולת החוק מכל מי שנכנס מכח צו הכניסה לישראל משמעה החרגת קבוצה שלמה השייכת לאותה קבוצת לאום, שהינן הפלסטינים מהשטחים הכבושים או הערבים הסורים מרמת הגולן. החלת דינים שונים אלו מכח חקיקת משנה מהווה הפליה פסולה שכן היא מאבחנת בין קבוצות הנפגעים עפ"י שייכות לאומית, או על בסיס סוג התושבות או האזרחות שלהם או על בסיס מקום מוצאם, ועל כן היא פסולה.

71. לא זו בלבד, אלא שעל פי המצב הנורמטיבי הנובע מחקיקות המשנה לעיל, יוצא כי **טרם תיקון צו התגמולים בשנת 1998, כל סוגי הנכנסים לישראל אשר נפגעו בשטח המוחזק בידי הצבא הישראלי נכללו בהגדרת "נפגע" לצורך חוק התגמולים, ובכלל זה התושבים הפלסטינים שנכנסו אל ישראל מכוח צו הכניסה לישראל.**

81. בטרם נמשיך בניתוח החוקתי הכולל את הפגיעות החוקתיות ובחינת מידתיות הפגיעות עפ"י פסקת ההגבלה, יש לבחון תחילה את שאלת חוקיות הסמכות שמלכתחילה הוענקה ע"י חוק התגמולים לשר הבטחון וכן את התחולה הטריטוריאלית של חוקי היסוד על אותו "שטח אחר".

### **חוקיות צו התגמולים מטעם שר הביטחון**

91. בבחינת חוקיות צו התגמולים המחריג קבוצת נפגעים שלמה על בסיס שייכותה הלאומית או האזרית, עומדות שתי שאלות עיקריות: הראשונה: האם שר הביטחון מוסמך להוציא צו מכח הסמכות שהוענקה לו בחוק התגמולים באופן הנוגד את תכלית ומטרת חוק התגמולים עצמו, והאם מוסמך הוא לעשות כן במסגרת חקיקת משנה? השניה: האם מוסמך שר הבטחון לפעול בניגוד לאינטרסים של האוכלוסייה המקומית החיה בשטח המצוי תחת שליטתה של ישראל? על שתי שאלות אלו נענה בשלילה.

02. אין להתעלם מהתכליות המיוחדות של חוק התגמולים העולות מלשונו ומכוונת המחוקק שהינן הענקת תגמולים לנפגעי פעולות איבה ולמשפחותיהם, אשר נקלעו אל אירוע שהביא לפגיעתם על לא עוול בכפם. קבוצת הנפגעים שהחוק רואה מחויבות ערכית כלפיהם, הם אזרחי ותושבי המדינה, ואף מי שבאים בתחומה. אך בכך לא די, שכן החוק אף מגלה מחויבות לנמצאים בשטחים המוחזקים בידי הצבא הישראלי ככל שנקלעו לאירוע כאמור, אף אם אינם אזרחי ותושביה של המדינה, ובתנאי שנוכחותם שם הינה כדין, כפי שהוא המקרה שבפנינו.

12. אולם, הוצאת קבוצה שלמה מתוך התחולה בשל סוג התושבות שלה, שייכותה הלאומית או מקום מגוריה - מהווה הפליה ופגיעה בעקרון השוויון בין קבוצות שונות שנפגעו באותו ארוע, באותו שטח ובאותן נסיבות. על כן עצם הוצאתו ופרסומו של צו התגמולים מפלה במבחן התוצאה הפליה כנגד הקבוצה עליה חל הצו. פגיעה חוקתית זו משמיטה את הקרקע מחוקתיות הצו ומביאה למסקנה לפיה שר הבטחון חרג מסמכותו. שכן ראשית, הצו מנוגד למטרת החוק וההרמוניה הנורמטיבית אליה מכוון החוק (הענקת תגמולים לכל מי שנפגע מפעולת איבה בשטח ישראל או בשטח שבשליטתה). החוק אמנם הסמיך את שר הבטחון להסדיר את תחולת החוק על "שטח אחר" אך מאידך, הוא לא הסמיך אותו להחריג מתחולת החוק קבוצה שלמה על בסיס שייכותה הלאומית. שנית, הצו מהווה פגיעה בזכות חוקתית. הפעלת סמכות באופן הפוגע בזכות חוקתית אינה יכולה להיעשות באמצעות חקיקת משנה, כי אם היא צריכה להיות מוסדרת בחקיקה ראשית. בכך חרג שר הבטחון מסמכותו.

22. ודוק, ענייננו בחקיקה ישראלית (חוק התגמולים), היינו חקיקה מטעם הכנסת ולא חקיקה צבאית של המפקד הצבאי, והדיון הוא גם בפני בית דין נכבד זה שהינו בית דין אזרחי, לכן מקורות הבדיקה המשפטיים הראשוניים הם המשפט המינהלי והחוקתי הישראליים.

32. בעניין **וועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל** נדון מקרה דומה בו דן בג"ץ בחוקיות החלטת הממשלה אשר סיווגה יישובים לאזורי עדיפות לאומית. מקרב 553 יישובים שסווגו עפ"י החלטת הממשלה כאזורי עדיפות לאומית, סיווג שזיכה אותם בתקציבי עתק בתחום החינוך, היו רק 4 יישובים ערבים. בתאריך 27.2.06 נתן בג"ץ את פסק דינו בהרכב של שבעה שופטים וקבע בפה אחד כי, החלטת הממשלה אינה כדין ודינה בטלות תוך הסתמכות על שני טעמים. ראשית, החלטת הממשלה מפלה לרעה נגד היישובים הערבים (ראו פסקה 26 לקביעת הנשיא בדימוס ברק) ושנית, נקבע כי החלטת הממשלה אינה חוקית בהיותה לא נשענת על הסדר ראשוני ולא יכולה להיות חלק מהסמכות השיורית שהוענקה לממשלה. המשנה לנשיא בדימוס חשין קבע בפסק הדין, כי סיווג יישובים לאזורי עדיפות לאומית וחלוקת ההטבות התקציביות ליישובים המוגדרים כך, חייבת להיות מעוגנת בחקיקה ראשית. שכן ולקביעתו, זהו נושא של העדפות המחולקות ליישובים השונים, כאשר אי הסדרת חלוקתן של העדפות אלו, עלולה לפגוע בעקרון השוויון ובזכויות חוקתיות אחרות. הוא הוסיף, כי הקצאת הטבות למטרות מסוימות ולמגזרים מסוימים באוכלוסייה חייבת להיות עפ"י חוק (ראו פסקה 41 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין בפסק הדין **וועדת המעקב העליונה: בג"ץ 11163/03 וועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נגד ראש הממשלה** (פסק דין מיום 27.2.06)). יתר על כן, קבע המשנה לנשיא חשין (בדימוס) מפורשות, כי חלוקת מענקים ותקציבים מתקציב המדינה כתוצאה מהפעלת הסמכות השיורית של הממשלה, עלולה לפגוע – ובפועל פוגעת היא – בציפיות של קבוצות אוכלוסייה שלא זכו לתקציבים ולמענקים (ראו פסקאות 38-43 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין בעניין **וועדת המעקב העליונה**).

42. לכן, קביעת סוג הזכאים לפי חוק התגמולים חייבת להיעשות על פי חקיקה ראשית ומכאן שר הביטחון חרג באופן קיצוני ומהותי מסמכותו כאשר הוא הוציא קבוצה שלמה מתוך תחולת הזכאים. יצוין, כי שר הביטחון רשאי להכליל שטח מסוים שנפל לשליטתו מכוח תפיסה לוחמתית אך אינו רשאי לבצע סיווגים כאלה המובילים להפליה. התכלית הפרשנית של כל חקיקה מחייבת מתן משקל כבד לעקרונות היסוד, ולכן לשונו של החוק המסמיך ופרשנותו, מאפשרים הכללת שטח חדש אך אינם מסמיכים סיווגים מפלים.

52. השאלה השניה הנוגעת לחוקיות צו התגמולים, נוגעת לסמכות שר הבטחון במסגרת המשפט הבינלאומי ההומניטארי והינה: האם מוסמך השר, כאחראי על הסדרת המערך הנורמטיבי בשטח הנמצא בתפיסה לוחמתית להפעיל את סמכותו באופן שאינו לטובת האוכלוסייה המקומית בשטח כבוש?

62. המערערים טוענים, כי הוצאת הצו פוגעת באוכלוסייה המקומית, לרבות המערערים, שכן היא מוציאה אותם מתחולת החוק וחוסמת מפניהם את הזכאות לקבלת תגמולים ופיצויים בגין פגיעה שבוצעה בשטח שהיה תחת שליטתה של ישראל, וזאת במיוחד כאשר ערב התיקון לצו התגמולים, נמצאו תושבי רצועת עזה ויתר תושבי השטחים שהוחרגו בתיקון לצו כזכאים לתגמולים עפ"י הוראות החוק.

72. בית המשפט העליון קבע זה מכבר את סמכותו של המפקד הצבאי בהפעלת שיקוליו בשטח כבוש. בעניין **ג'מעייית אסכאן**, שבו נדונה סוגיית החלטת המפקד הצבאי להפקיע קרקע של תושבי שטח כבוש לשם סלילת כביש, נקבע כי המפקד הצבאי "אינו רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים והסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו כאזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית". היינו, המפקד הצבאי, או שר הבטחון במקרה שלנו, אינו מסומך לשקול אינטרסים המנוגדים לצרכים הכלכליים והסוציאליים של האוכלוסייה המקומית ובמיוחד כאשר אין כל צורך צבאי או בטחוני ועל כן נקבע בהקשר זה כי אין המפקד הצבאי רשאי לתכנן ולבצע כבישים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אם מטרת התכנון הינה להוות "דרך שירות" למדינתו שלו (ראו בג"ץ 393/82 **ג'מעייית אסכאן אלמעלמון אלמעאווניה אלמחדודה אלמסאוליה נגד מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פד"י לז(4), 785 (1983)). על כן ההלכה הינה כי המפקד הצבאי חייב לדאוג לשלוםם ורווחתם של האוכלוסייה המקומית, והוא רשאי לפגוע בזכויות אלו אך ורק כשמתקיים צורך צבאי מיידי. במקרה דנן, צורך שכזה אינו מתקיים. מקרה נוסף שנדון לאחרונה בעניין **אבו צפייה**, קיבל בג"ץ עתירה נגד סגירת כביש 443 לתנועת פלסטינים. בג"ץ קבע כי ההסדר חורג מסמכותו של המפקד הצבאי ואינו עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי, הן בשל הפגיעה בזכויות החוקתיות של התושבים הפלסטינים לרבות חופש התנועה והן בשל חריגתו של המפקד הצבאי מסמכותו להסדיר את החיים האזרחיים, כלכליים וסוציאליים של האוכלוסייה המקומית עפ"י כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי (ראו: בג"ץ 2150/70 **אבו צפייה, ראש מועצת הכפר בית סירא נגד שר הבטחון**) (פסק דין מיום 29.12.09).

82. לכן, שר הבטחון המופקד על רווחת האוכלוסייה המקומית פעל בניגוד לסמכות זו כאשר לא דאג להגנה על האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית שם. יוצא כי לפי עקרונות המשפט המינהלי, שר הבטחון חרג מסמכותו כאשר החריג קבוצה מסוימת מכלל התחולה של חקיקה ישראלית ראשית ובניגוד לתכליתה של החקיקה הזו במיוחד, כאשר החקיקה הראשית לא ציינה מפורשות כי ניתן להחריג על בסיס אתני; כמו כן, שר הבטחון המופקד על השליטה בכל שטח עזה לרבות בשטחי ההתנחלויות, הינו מחויב בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי המחייבים אותו לדאוג לאינטרסים החיוניים של האוכלוסייה האזרחית שם. הוצאתם מתוך התחולה אינה מתבססת על צורך צבאי מיידי המצדיק את הוצאתם.

**תחולת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**



92. לכאורה, לצורך בחינת חוקתיות החוק המתקן יש להכריע תחילה בשאלה האם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חל בתחולה אקס-טריטוריאלי שלטת הכבושים. ודוק, טיעונים משלימים אלו יש בהם כדי להוסיף ולהשלים את הנטען ע"י המערערים בכתבי בית דין קודמים, לרבות בעיקרי הטיעון מטעמים.

93. בבג"ץ **חוף עזה**, נפסק, כי חוק היסוד חל בתחולה אקס-טריטוריאלי פרסונלית על ישראלים, שהתנחלו בשטחים הכבושים, אך הושארה בצריך עיון השאלה, אם החוק חל טריטוריאלי שלטת הכבושים (בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פס' 80-79 לפסק הדין (טרם פורסם, 9.6.2005)). מכאן עולה כי הואיל וחוק התגמולים חל על מי שנפגע בהתנחלות, כפי שהוא המקרה בענייננו, הרי גם חוקי היסוד חלים על שטח ההתנחלות בו נפגעו המערערים. החיזוק לכך מצוי בלשון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו החל על כל אדם באשר הוא. שר הביטחון על כן, מחויב מתוקף מעמדו בשטחים הכבושים לכבד ולפעול בהתאם לעקרונות המשפט המנהלי הישראלי, אך לא רק, אלא אף לכבד ולפעול בהתאם לחוק היסוד, והוא מחויב לכבד את הזכויות המעוגנות בו. לפיכך, החוק חל כל אימת שרשות מרשויות השלטון פוגעת בזכויות היסוד של כל אדם באשר הוא אדם (להרחבה תיאורטית בסוגיה זו, ראו, ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? היקף תחולתם של חוקי-היסוד" **משפט וממשל** י"ב 145, 160-163 ו-174-183 (2010)).

13. סוגיה זו נדונה בפני בג"ץ גם בעניין **עדאלה נגד שר הבטחון**, שדן בעתירה נגד חוקתיות החוק אשר שלל את הזכאות להגיש תביעות נזיקין מתושבי השטחים הכבושים בגין פגיעה ברכושם או בגופם ע"י כוחות הביטחון. המשיבים ביקשו להצדיק את שלילת הזכויות על בסיס שיוכם האתני של הנפגעים וקטרוגם בבחינת שייכים **לישות אויבת**. בג"ץ קיבל את העתירה וקבע תוך התייחסות לסוגיית תחולת חוקי היסוד בשטחים הכבושים, כדלקמן:

"ככלל חקיקה ישראלית היא בעלת תחולה טריטוריאלי. כאשר חוק מבקש להחיל עצמו על אנשים או פעולות שמחוץ לישראל, צריך הדבר להיאמר בחוק (במפורש או במשתמע). אכן, חזקה היא כי חוקיה של ישראל חלים על יחסים משפטיים בישראל, והם אינם מכוונים להסדיר יחסים משפטיים מחוץ לישראל. כך הדין בחקיקה פלילית בישראל; כך הדין בחקיקה שאינה פלילית. חזקה זו ניתנת לסתירה (ראו א' ברק, פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה, 578 (כרך שני, 1993)) דין זה חל גם לעניין תחולתה של חקיקה ישראלית באזור. יהודה, שומרון וחבל עזה אינם חלק ממדינת ישראל; לא הוכרז לגביהם כי "המשפט והשיפוט והמינהל של המדינה" חל בהם. חזקה היא כי דברי חקיקה ישראלים חלים בישראל ולא באזור, אלא אם נקבע בדבר חקיקה (במפורש או במשתמע) שהוא חל באזור (שם, עמ' 579) דין דומה חל גם לעניין חוקי היסוד. חזקה היא, איפוא, כי חוקי היסוד השונים חלים על פעולות בישראל. כפי שראינו, חזקה זו ניתנת לסתירה (אם במפורש ואם במשתמע). האין לומר כי חזקה זו נסתרת כאשר חוק היסוד עוסק בזכויות אדם? האם הצורך להבטיח זכויות אדם כלפי המדינה לא מוביל למסקנה כי רשויות השלטון הישראליות חייבות "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה" בכל מקום ומקום? האין לומר כי בעל סמכות ישראלי נושא בכליו את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? האין לומר כי בכל אשר ינוע בעל הסמכות, ינוע עימו חוק היסוד? האין לומר כי גישה זו מקבלת עוצמה מיוחדת אם פעולתו של בעל הסמכות הישראלית היא במקום הנתון לשליטה לוחמתית ישראלית (ראו א' ברק, פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית 460 (כרך שלישי, 1994)? שאלות אלה יפות הן. בחלקן עסקנו בפרשת המועצה האזורית חוף עזה (שם, עמ' 560) קבענו באותה פרשה כי חוקי היסוד בדבר זכויות האדם "מעניקים זכויות לכל מתיישב ישראלי בשטח המפונה. תחולה זו היא אישית. היא נגזרת שליטתה של מדינת ישראל על השטח המפונה" (שם, שם). השארנו בצריך עיון, את השאלה האם חוקי היסוד בדבר זכויות האדם מעניקים זכויות גם למי שאינם ישראלים המצויים באזור. [...] לדעתנו, אין מקום לבחון את שאלת תחולתו הטריטוריאלי של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן הזכויות שתיוקן מס' 7 פוגע בהן הן זכויות בישראל, ולא מחוצה לה"

בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון , פסקה 22 לפסק דינו של הנשיא בדימוס ברק (פסק דין מיום 12.12.2006).

המסקנה של הנשיא ברק הינה, כי כשעסקינן בפגיעה בזכויות הנתונות בישראל, הבחינה תיעשה במסגרת חוקי היסוד, ובלשונו :

"פעולתו של תיקון מס' 7 הינה, איפוא, בישראל. הוא פוגע בזכויות שהיו לניזוקים מהאזור בישראל. לעניין שלילת זכויות אלה חל עקרונית חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. תחולה זו אינה אקסטר-טריטוריאלית. תחולתו הינה טריטוריאלית."

שם, פסקה 23 לפסק דינו של הנשיא ברק.

23. על כן, יטענו המערערים, כי אף אם הפגיעות בזכויות היסוד הנגרמת כתוצאה מהתיקון לצו התרחשו מחוץ לגבולות המדינה, הרי שפגיעת התיקון לצו בזכויות חוקתיות של המערערים היא בשלילת זכות הנתונה בחוק הישראלי וזאת בגין אירוע שהתרחש בשטח שהיה תחת שליטתה של ישראל. אי לכך, יש לבחון את תיקון צו התגמולים באספקלריה החוקתית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בכל הנוגע לפגיעה בזכויות המערערים, הכול כמפורט להלן.

33. במילים אחרות, תביעת התגמולים מתבצעת בישראל, על פי חוק ישראלי ובפני בית דין בישראל המוסמך לדון בתביעה כאשר האירוע התרחש לאחר חקיקת חוקי היסוד ועל כן חוקי היסוד חלים על המקרה דנן בשינויים המחויבים.

43. ודוק, יש לבחון את הפגיעה החוקתית הנגרמת בעקבות הוצאת הצו לפי מבחני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהקשר זה יש לציין, כי התיקון לצו שאושר בשנת 1998 אושר לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כמו כן למרות שמדובר בתיקון לחקיקת משנה, נקבע זה מכבר בפסיקה העליונה, כי גם תיקונים לדברי חקיקה, יש לבחון במסגרת פסקת ההגבלה. ראו בהקשר זה: בג"ץ 6055/95 צמח נגד שר הביטחון , פ"ד נג' (5), 241 (1999); בג"ץ 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפי שיתופי , פ"ד מט' (4) 221 (1995); א. ברק, פרשנות במשפט, כרך ג, עמוד 563.

## הפגיעה בזכויות החוקתיות

### הפליה פסולה

53. משנמצא כי צו התגמולים הוצא בחוסר סמכות וכי חוקי היסוד חלים על שטח ההתנחלות בו התרחש האירוע נשוא הערעור, יש כעת לבחון את הפגיעה החוקתית. המערערים טוענים, כי החרגתם מתחולת חוק התגמולים, כאמור לעיל, מפלה אותם ועל כן ההפליה הינה פסולה. על כך הביע הנשיא (כתוארו אז) ברק בעניין **אזורי עדיפות לאומית** את הדברים הבאים :

"הפגיעה בשוויון היא 'הרע-מכל-רע' (השופט מ' חשין ב בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ' (3) 485, בעמ' 503). ההפליה הינה מן הפגיעות החמורות שיתכנו באדם ובזכויות האדם. היא עשויה להוביל להשפלה ולפגיעה בכבוד האדם ( בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט' (4) 94, 132). בוודאי כך מקום שההפליה היא בשל דתו או גזעו של אדם. הפליה 'גנרית' שכזו [...] פוצעת אנושות בכבוד האדם' (השופט מ' חשין בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב' (3) 630, 658-659; ראו עוד בג"ץ 4112/99 הנזכר, בעמ' 414, וכן א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית (2004) 142).

בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 27.2.2006). וכן ראו: בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

63. יתר על כן, לא אחת נדרש בית המשפט העליון להפליה ביישום חוקים ישראלים לגבי תושבי שטחים כבושים. בעניין **קו לעבוד** נדונה השאלה מהי מערכת הדינים שתחול על עובדים פלסטינים העובדים בישראל. השופט גיבוראן קבע, כי עצם האבחנה בין קבוצת העובדים הפלסטינים לבין קבוצת העובדים הישראלים העובדים בישראל בכל הנוגע להחלת דיני העבודה עליהם, מהווה הפליה אסורה ופגיעה בעקרון השוויון:

"בענייננו, כתוצאה מהכרעת בית הדין הארצי לעבודה, למעשה יוצא כי כל המבדיל את העובדים הפלסטינים מהעובדים הישראליים – בנוגע לדין החל על חווי ההעסקה – הוא העובדה, כי העובדים הפלסטינים הם פלסטינים, תושבי הרשות הפלסטינית לעומת הישראליים, אזרחי ישראל. הבחנה זו בזהות הלאומית לצורך החלת הדין על חווי ההעסקה הינה, לטעמי, פסולה ומגיעה עד כדי הפליה אסורה. לטעמי, יש להחיל על כל עובדי הרשות המקומית – ישראלים ופלסטינים כאחד – דין אחד, ובמקרה דנן, הוא הדין הישראלי, אשר יוביל לתוצאה שוויונית, ללא הבדלי לאום, ברוח ערכי מדינת ישראל ובהתאם לרוחו של חוק: כבוד האדם וחירותו."

בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעבוד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים פסקה 4 ו 8 לפסק דינו של השופט גיבוראן (פסק דין מיום 10.10.07).

73. במאמר מוסגר יצויין, כי אבחנה כזו נמצאה פסולה גם בין עובדים ישראליים לבין עובדים זרים. ראו: עע (ארצי) 1267/04 זכריה נגד עזבון המנוחה לזיה קימלמן (טרם פורסם, 31.12.06). וכן ראו עב (תא) 7205/02 גדיק נגד המל (פסק דין מתאריך 11.1.07, טרם פורסם) פסקה 14 לפסק הדין) שם נקבע, כי גם עובדים זרים השוהים שלא כחוק בישראל, זכאים לקבלת זכויותיהם באופן שווה ליתר העובדים.

83. ובעניין **תשלובת ח. אלוני בע"מ**, נאכף חוק התקנים, תשי"ג – 1953 על מרצפות המיובאות מחו"ל אך לא נאכף על מרצפות המיובאות מהגדה המערבית וחבל עזה. בעניין זה נקבע, כי רשויות המדינה נוהגות בחוסר שוויון בולט וקשה ככל שמדובר באכיפת החוק וכי אין להתיר את אכיפתו הסלקטיבית של החוק. כך נקבע:

"מסקנתנו מדברינו אחת היא ויחידה: רשויות המדינה נוהגות בחוסר שוויון בולט וקשה ככל שהמדובר הוא באכיפת הוראות חוק התקנים על יצרנים של מרצפות ועל העוברים על תקן. חוסר שוויון זה פוגע בעקרון התשתית של שלטון החוק, ובעיקרון הנגזר ממנו – העיקרון של שוויון הכול לפני החוק. "עקרון שלטון החוק משמיע את עקרון החוקיות, ומוסיף הוא ומשמיע צורך בהפעלת החוק באורח שוויוני וללא הפליה...": ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל [3], בעמ' 456. ראו עוד: ע"ב 2/84, 3 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה; אבנרי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה [4], בעמ' 261-262, מפי הנשיא שמגר; פרופ' א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך א) [13], בעמ' 228-229. וניתן דעתנו לדבר: אין העותרות מלינות על כך שהמדינה עושה לאכיפת החוק עליהן. לו על כך הלינו לא שמענו להן, והרי בעשותה את שהיא עושה מקיימת המדינה חובה שהוטלה עליה (ראו והשוו המ' 460/63 לש נ' ועדת השומה שליד עיריית נהריה ואח' [5], בעמ' 324). תובעות הן מן הרשויות כי תעשינה לאכיפת החוק על אחרים כפי שעושות הן לאכיפת החוק עליהן; לא יותר אך גם לא פחות. בכך צודקות הן. אם כך ככלל, לא-כל-שכן שבדיקת מרצפות עזה עד עתה העלתה כי מרצפות תת-תקן הן. למותר לומר כי אינטרס העותרות אינו אך בעקרון שלטון החוק בתורת שכזה. בייבוא החופשי של מרצפות תת-תקן נפגעת בעליל יכולת התחרות של העותרות, תחרות שהיא בת לחופש העיסוק. ועל

הפגיעה הקשה בחופש העיסוק של העותרות לא נוכל לעבור כמו לא אירע דבר. השוו בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר ואח' [6], בעמ' 204-202, מפי השופט ברק. ראו עוד: בג"ץ 726/94, 878 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח' (פרשת כלל ביטוח [7]), בעמ' 460-461; פרשת תה ויסוצקי הנ"ל [2], בעמ' 642.

"...אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם". כך אמר השופט ברק בבג"ץ 953/87, 1/88 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל אביב-יפו ואח' נ' מועצת עיריית תל אביב-יפו ואח' [8], בעמ' 332. ראו עוד דבר המשנה לנשיא ברק בבג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל ואח' [9], בעמ' 684. ובמקום אחר נאמרו דברים אלה: "והפליה, ידענו, היא הרע המכל-רע. הפליה מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני אנוש, ביניהם לבין עצמם. תחושת הפליה מביאה לאובדן עשתונות ולהרס מירקם היחסים בין אדם לרעהו... הפליה תפרק משפחה. בהפליה מתמשכת יאבד עם ותשבות ממלכה": בג"ץ 7111/95, 8195 מרכז השלטון המקומי ואח' נ' הכנסת ואח' [10], בעמ' 503.

העותרות הופלו לרעה. המדינה לא עשתה את המוטל עליה לאכיפת התקן הרשמי של מרצפות. אכיפה סלקטיבית בלתי שוויונית של חוק לא תסכון ולא תעמוד. והנפגע יזכה בסעד. כל-כך באשר לפגיעה ביחיד, הן העותרות שלפנינו. ועדיין לא דיברנו – ויכולנו להוסיף ולדבר ארוכות – על המכה האנושה שמחדלי אכיפה עלולים להביא על עצם קיומו של שלטון החוק. חוק שהרשויות אינן עושות לאכיפתו כהילכתו, יפה היה לו שלא נחקק משנחקק. חוק שאינו נאכף מוטב לו שלא ייחקק, משייחקק ולא ייאכף. חוקים לא נועדו לצדיקים גמורים. ומי שאינו צדיק גמור, אל נביאנו לידי ניסיון שמא יחטא. חוק המבזזה בשער בת רבים יביא לרפיון גם מעבר לתחומיו, ובית-המשפט לא ישלים עם תופעה זו. בג"ץ 53/96 תשלובת ח. אלוני בע"מ נגד שר התעשייה והמסחר נב (2) 1, 9-10 (1998).

93. מעבר לכך, המערערים טוענים כי לצורך תחולת חוק התגמולים, מאבחן צו התגמולים בינם לבין

המתנחלים ולבין עובדים זרים (דוגמת העובד הזר מסין שנפטר עקב אותו ארוע) וזאת כאשר האבחנה ביניהם אינה רלוונטית כלל ועיקר לצורך הזכאות לתגמולים. תוצאת הפעלת צו התגמולים הינה אבחנה בין שתי קבוצות (אלה מרצועת עזה מחד והעובד הזר מסין מאידך), למרות שנפגעו מאותו ארוע. לצורך כך, נקבע במספר רב של פסיקות בית המשפט העליון, כי אבחנה בין קבוצות שוויון שאין ביניהם שוני רלוונטי, הינה אבחנה בלתי רלוונטית הפוגעת בעקרון השוויון (על מבחני בחינת הרלוונטיות בין קבוצת שוויון אחת, ראו: בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נגד שרת המדע והאומנויות, פד"י נא(4) 259, 281 (1997)). בעניין ארגון נכי צה"ל פסל בית המשפט העליון תקנות הנכים (מבחנים לקביעת דרגות נכות) (תיקון), התשס"ג - 2003 אשר הפלו לרעה את נכי צה"ל לעומת נכי הביטוח הלאומי בכל הקשור לשיטת קביעת הנכות וחישובה תוך פגיעה בעקרון השוויון וזאת לאחר שנקבע, כי האבחנה בי שתי קבוצות אלו אינה רלוונטית (בג"ץ 8487/03 ארגון נכי צה"ל נגד שר הבטחון (פסק דין מיום 13.12.06, טרם פורסם). בעניין ליפשיץ, נקבע, כי האבחנה שיצר הסדר ביטוחי בין חיילי מילואים ששירתו בחיל האוויר לבין אנשי מילואים לעניין קבלת ההטבות שלא נמנו עם אנשי צוות חיל האוויר הינה הפליה פסולה (בג"ץ 6758/01 ליפשיץ נגד שר הבטחון פד"י נט(5) 258 (2005)). בעניין עם חופשי, נתקבלה עתירה כנגד הטבות שניתנו ע"י המדינה לרוכשי יחידות דיור בעיר החרדית החדשה אלעד ולא ניתנו לרוכשי דירות במקומות אחרים המצויים בקרבתה (בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" ואח' נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד (2) 503, 518 (2000)). קביעות אלו של בית המשפט העליון מתחזקות לאור פסיקה מאוחרת יותר שניתנה בהקשר זה. בעניין התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נקבע, כי מבחני התמיכה במסגרתם נתמכים מכוני הגיור האורתודוקסים בלבד פוגעים בעקרון השוויון וזאת לאור בחינת תכלית מבחני התמיכה (בג"ץ התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נגד המשרד לקליטת עליה, (פסק דין מתאריך 19.5.09)). וקביעה ברוח דומה ניתנה לאחרונה בעניין יקותיאל

ז"ל, שם פסל בית המשפט הנכבד אבחנה בין האברכים לבין סטודנטים אחרים בכל הנוגע לזכאות לקבלת גמלת הבטחת הכנסה וזאת לאחר שנקבע, כי האבחנה בין קבוצות הלומדים השונות לצורך תשלום הבטחת הכנסה אינה מבוססת על שונות רלוונטית ועל כן היא פוגעת בעקרון השוויון (בג"ץ 4124/00 **ארנן יקותיאל ז"ל נ' השר לעניני דתות**, פסקה 41-40 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (טרם פורסם, 14.06.2010). בעניין **יקותיאל ז"ל** נקבע, כי אמנם בין הקבוצות השונות ישנו שוני רב כגון: אורח חיים שונה, המטרות לשמן הם לומדים שונה, נושאי הלימוד שונים וכן אופי הלימודים שלהם אך עצם שוני זה אין משמעו, כי האבחנה בין שתי הקבוצות הינה חוקית (פסקה 37 לפסק דינה של כבוד הנשיאה ביניש). נקבע, כי לצורך הקביעה אם המאפיינים המייחדים של קבוצת האברכים רלוונטיים לתכלית הנורמה יש לבחון את **תכלית הנורמה** (כפי שמבקשים המערערים לעשות גם במקרה דנן). בית המשפט חזר על תכליתו של חוק הבטחת הכנסה כזה שמבטיח רמת הכנסה מינימאלית למי שאין ידו משגת לספק לעצמו הכנסה הדרושה לקיום וסיפוק צרכיו הבסיסיים החיוניים:

"קביעת בית משפט זה בשורה של פסקי דין, לפיה ההבחנה בין סטודנטים לאברכים אינה מבוססת על שוני רלוונטי מקום בו ביסוד ההטבה הניתנת לאחת מן הקבוצות עומדת תכלית לסייע לבני הקבוצה מבחינה כלכלית יפה גם בענייננו. ההבדל במטרת הלימודים (קרי, לימודים לשם רכישת מקצוע או לשם שמיים) אינו נתון רלוונטי מקום בו תכלית התמיכה היא ביסודה סיוע כלכלי ומטרתה לאפשר למקבל התמיכה ומשפחתו הכנסת מינימום. הצורך המתעורר בהשלמת הכנסה זהה בין אם מדובר בסטודנט במוסד להשכלה גבוהה או במוסד קונסרבטיבי ללימודי דת, ובין אם מדובר באברך הלומד בכולל. אלה כאלה אינם יכולים, בשל לימודיהם, לעבוד לפרנסתם. אלה כאלה משקיעים את זמנם ומרצם בלימודים באופן שמונע מהם לפרנס את משפחתם. אך יחד עם זאת, על פי המצב החוקי הקיים כיום, רק אחד מהם זכאי לקבל גמלת הבטחת הכנסה."

פסקה 39 לפסק דינה של כבוד הנשיאה ביניש בעניין **יקותיאל ז"ל**.

#### הפגיעה בזכות לקניין

04. המערערים טוענים, כי יש להכיר בזכותם לפיצויים עפ"י חוק התגמולים כזכות קניינית. משנמצא כמפורט לעיל כי החרגתם מתחולת החוק אינה כדין, אזי קיימת להם הזכות לתבוע ואף להימצא כזכאים לפי חוק התגמולים ובמיוחד כאשר העובד מסין אשר נפגע ונפטר מאותו ארוע ובאותן נסיבות נמצא כזכאי לתגמולים עפ"י החוק. בעניין **עדאלה נגד שר הבטחון** הוכרה הזכות לפיצויים עפ"י דיני הנזיקין כקניינו של הנזוק וזאת כמשמעותה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בנוסף, קבע הנשיא (כתוארו אז) ברק כדלקמן:

"גישה זו למושג החוקתי של הקניין מקובלת במרבית המדינות בהן הקניין זוכה למעמד חוקתי (ראו ויסמן, "הגנה חוקתית לקניין", הפרקליט מב 258 (1995); ראו גם A. J. Constitutional Property Clauses 22 (1999)). מתבקשת כאן המסקנה, כי זכותו של הנזוק על פי דיני הנזיקין היא חלק מרכושו ועל כן חלק מקניינו. זאת ועוד: זכותו של אדם לפיצויים בגין הפגיעה בזכותו נגד המדינה, אף היא חלק מקניינו. אכן, "הזכות לפיצויים הבאים להשיב לקדמותו את מצבו של מי שניזוק ... היא זכות קניינית כמשמעותה בחוק היסוד" (א' ריבלין, תאונת הדרכים – סדרי דין וחשוב הפיצויים (מהדורה חדשה מעודכנת, תש"ס), 932). הפגיעה בזכות לפיצויים היא גם פגיעה בזכות הקניין (ראו פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 589; דנ"א 1332/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' הורוץ (טרם פורסם); בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625; ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", פ"ד נז(4) 5269."

בג"ץ 8276/05 **עדאלה נגד שר הבטחון** (פסק דין מתאריך 12.12.06) פסקה 24 לפסק דינו של הנשיא בדימוס ברק.

14. כמו כן, גם בעניין **המועצה האזורית חוף עזה** נפסק כי ה"קניין" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משתרעת על רכושו של אדם הכוללת את הזכויות האובלגטוריות בעלות ערך רכושי, לאמור:

"הקניין בהוראה זו משתרע על כל זכות רכושית. חוק היסוד מגן על פגיעה ברכושו של אדם. חוק היסוד מגן על פגיעה ברכושו של אדם. נמצא כי ההגנה על הקניין משתרעת לא רק על זכויות 'קנייניות' כגון בעלות, שכירות וזיקת הנאה, אלא גם על זכויות 'אובלגטוריות' בעלות ערך רכושי."

בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נגד כנסת ישראל**, פד"י נט(2) 481 (2005).

24. אין ספק, כי התוצאה של אי קבלת הגמלאות גוררת אחריה פגיעה בזכות לקיום מינימאלי בכבוד ובזכות לבטחון סוציאלי, שכן, מטרת קבלת הגמלאות עפ"י החוק, הינה לכאורה פיצוי הנפגע על הנזק שנגרם לו וניסיון להחזיר את המצב לקדמותו וזאת בין היתר בכדי לסייע לנפגע להתקיים גם לאחר הפגיעה שנגרמה לו. דברים אלו מקבלים משנה תוקף במקרה של פטירה עקב הפגיעה מהארוע, כפי שארע במקרה דנן, כאשר התלויים נשארו ללא כלום וללא תמיכה כלכלית.

#### **הפגיעה בזכויות החוקתיות אינה עפ"י חוק או מכח חוק**

34. התיקון לצו התגמולים, אינו עובר את התנאי הראשון של הדרישה להסמכה מפורשת או מכוח הסמכה מפורשת המתחייבת עפ"י מבחני פסקת ההגבלה. המערערים יפנו לאמור לעיל בסוגיית העדר ההסמכה של שר הבטחון להוציא צו המחריג את תושבי השטחים הכבושים, לרבות רצועת עזה, מתחולת חוק התגמולים ויוסיפו על כך כי מאחר והסמכות שניתנה לשר הביטחון לקבוע "שטח אחר" לגבי כל סוגי הנכנסים או חלקם, אינה כוללת בחובה את הסמכות להפלות על בסיס שייכות קבוצתית, הרי המסקנה הינה כי מלכתחילה לא היתה לו סמכות להוציא צו המחריג מתחולת החוק את תושבי רצועת עזה. כמו כן, הגורפות שבהוצאת הקבוצות עפ"י שייכות לאומית או אזורית, מהווה כשלעצמה חריגה מסמכות. זאת ההלכה שנקבעה בדעת רוב (השופט פוגלמן והנשיאה ביניש כנגד דעתו של השופט לוי) בעניין **אבו צפיה** שדן בסוגיית כביש 443, לאמור:

"מצב הדברים הנובע מאיסור התנועה הגורף על תושבי הכפרים הינו כי אין מדובר עוד בכביש המשרת את טובתה של האוכלוסייה המקומית, כי אם ב"דרך שירות" של המדינה המחזיקה. הסדר שזו תוצאתו חורג מסמכותו של המפקד הצבאי ואינו עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי שעניינם תפיסה לוחמתית. הפועל היוצא של דברינו עד כה הוא כי מגבלות התנועה שאותן הטיל המפקד הצבאי אינן יכולות לעמוד במתכונתן הנוכחית ודינן להתבטל. למעלה מן הצורך, נוסיף כי לתוצאה דומה היינו מגיעים גם לו הנחנו קיומה של סמכות בידי המפקד הצבאי, בגדר כללי המשפט הבינלאומי הפומבי בכלל, ותקנות האג בפרט. גם במצב דברים זה, שבמסגרתו – בהתקיים סמכות – היינו נדרשים לבחינת שיקול הדעת של המפקד הצבאי, היינו מגיעים למסקנה כי הוא אינו רשאי להפעיל את סמכותו בדרך שבה הפעילה, ולהטיל מגבלות תנועה, באופן שבו הופך הכביש לכזה שכל מטרתו לשמש "דרך שירות" לכלי רכב ישראליים."

בג"ץ 2150 **אבו צפיה, ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון**, פס' 26 לפסק דינו של השופט פוגלמן (טרם פורסם, 29.12.2009).

44. לכן הפגיעה בזכויות החוקתיות לא נעשתה מכח חוק או על פיו וזאת בניגוד לנדרש בפסקת ההגבלה המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

54. ראו גם דברי פרופ' ברק בספרו **פרשנות במשפט** שם ציין, כי פגיעה שלא נעשתה מכח חוק הינה פגיעה בלתי חוקתית ואינה עונה על מבחני פסקת ההגבלה:

"תנאי חיוני לחוקתיותה של חקיקת משנה הפוגעת בזכות אדם מוגנת הינו, כי החקיקה הראשית כוללת **הסמכה מפורשת** לחקיקת משנה הפוגעת בזכות אדם מוגנת. אפילו מקיימת חקיקת המשנה את דרישותיה האחרות של פסקת ההגבלה – היא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, היא לתכלית ראויה, פגיעתה אינה עולה על הנדרש – היא אינה עוברת את הבחינה החוקתית, אם החקיקה הראשית אינה כוללת בחובה הוראה מפורשת המסמיכה את מחוקק המשנה לפגוע בזכות אדם מוגנת" (ההדגשה לא במקור)

ראו: אהרון ברק **פרשנות במשפט**, כרך שלישי: פרשנות חוקתית 501 (1994).

64. התוצאה הינה, אי הפעלתו של החוק באופן שוויוני באופן הפוגע בשלטון החוק. עקרון שלטון החוק, לרבות במובנו הפורמאלי, מחייב אכיפת חוק התגמולים באופן שוויוני. בעניין **ברזילי** היטיב הנשיא דאז שמגר לתאר את משמעו של עקרון שלטון החוק ככל שהוא נוגע לחובה לקיום דברי חקיקה קיימים וכך נקבע:

"ראשית דבר, שלטון החוק אינו נוצר יש מאין ואינו דבר ערטילאי. צריך להיות לו ביטוי מוחשי יום-יומי בעצם קיומם של הסדרים נורמטיביים מחייבים, בהפעלתם הלכה למעשה כלפי כולי עלמא, בהגשמת חירויות היסוד, בהקפדה על השוויון וביצירת אווירה כללית של אמון וביטחון. שלטון החוק, האינטרס הציבורי והגישה הממלכתית אינם מושגים סותרים או מתנגשים. הם משולבים זה בזה, תומכים זה בזה ומסייעים האחד למשנהו. בית המשפט מופקד במיוחד על כך, שציפיות אלו יוגשמו הלכה למעשה, אך כל רשות מן הרשויות הממלכתיות משולבת בחובת העשייה למען התכליות האמורות.

לא יתואר ממשל תקין, אם אינו שוקד על קיומו של שלטון החוק, כי הוא שבונה את חומת המגן בפני האנרכיה והוא שמבטיח את קיום הסדר הממלכתי. סדר זה הוא היסוד לקיומן של המסגרות המדיניות והחברתיות ולהבטחת זכויות האדם. הללו אינם מתקיימים באווירה של לית דין".

בג"ץ 428/86 **ברזילי נגד ממשלת ישראל**, פד"י מ(3) 505, 555 (1986), פסקה 26 לפסק הדין של הנשיא דאז שמגר. ראו גם: בג"ץ 620/85 **ח"כ מיעארי נגד יו"ר הכנסת** מא(4) 169 (1987).

### בחינת מידתיות הפגיעה

74. לכאורה, ניתן היה לעצור בשלב זה. ואולם, למען השלמת התמונה ייטען גם כי אין התיקון נועד לתכלית ראויה. שהרי תכליתו היא להוציא ממעגל הזכאים את התושבים הפלסטינים, תוך פגיעה בזכויות היסוד שלהם. כבר נקבע, כי תכלית של חוק הפוגע בזכויות אדם הינה ראויה אם היא משרתת מטרה חברתית הרגישה לזכויות אדם והצורך בהגשמתה הינו בעל חשיבות מהותית (ראו, בג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 729 (2004); בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1) 235 (2002). יוצא אפוא, שתכלית המתעלמת כליל מזכויות אדם וממשקלן אינה תכלית ראויה לצורך פסקת ההגבלה. כמו כן, תכלית התיקון לצו התגמולים אינה ראויה הואיל והיא מנוגדת לתכלית חוק התגמולים עצמו שמטרתו לזכות את הנפגעים מפעולות איבה בתגמולים כפיצוי בגין פגיעתם.

84. נוסף על כן, אכן, קיים קושי לבחון את מבחני המשנה הראשון והשני לדרישת המידתיות כשמדובר בתכלית שאינה ראויה. לכל הפחות ניתן לומר כי, אין ספק כי הסדר גורף אינו אמצעי שפגיעתו פחותה. התוצאה של הותרת המצב הנורמטיבי על כנו הינה גורפות הפגיעה בזכויות החוקתיות וגורפות הפגיעה בכלל התושבים הנפגעים שנכנסו כדן לשטח שהיה בשליטת ישראל. גורפות זו מנוגדת למבחני פסקת ההגבלה ומנוגדת להלכה העליונה המחייבת לפחות עריכת בחינה

אינדיבידואלים על קבוצת הנפגעים. כך ההלכה שנקבע בעניין **עדאלה נגד שר הבטחון** שהוזכר לעיל:

"אכן, הדרך המידתית היא בבחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה. בחינה זו תבדוק אם המקרה נופל לגדרה של 'פעולה מלחמתית', תהא הגדרתה אשר תהא. ניתן להרחיב הגדרה זו, אך אין להחליף בדיקה אינדיבידואלית זו בשלילת אחריות גורפת" (הדגשה לא במקור). (פסקה 37 לקביעת הנשיא בדימוס ברק בעניין **עדאלה נגד שר הבטחון**).

### המבחן הצר וסוף דבר

94. אין ספק כי לאור הפגיעות בזכויות החוקתיות הנזק שנגרם למערערים בעקבות התקנת צו התגמולים והפעלתו גדול לאין ערוך מהתועלת הנובעת ממנו באופן שאינו עונה על מבחן המידתיות השלישי, במובנו הצר. מבחן זה הינו מבחן ערכי המחייב עריכת איזון בין ערכים ואינטרסים מנוגדים. מבחן זה מאפשר בסופו של דבר לפסול פגיעה חוקתית אף אם תכליתה הינה ראויה ואף אם היא עומדת בשני מבחני המידתיות הראשון והשני. הנשיא בדימוס ברק הטיב לתאר את אופיו של מבחן ערכי זה בעניין **בית סוריק** שדן בחוקתיות הקמת גדר ההפרדה, לאמור:

"מבחן משנה זה בוחן את התועלת מול הנזק... על פיו, החלטה של הרשות השלטונית צריכה לקיים איזון סביר בין הצרכים של הכלל לבין הפגיעה בפרט. מטרת הבדיקה היא לבחון את חומרת הפגיעה בפרט והטעמים המצדיקים אותה הם ביחס ראוי זה לזה. הערכה זו נעשית על רקע המבנה הנורמטיבי הכללי של מערכת המשפט, המכיר בזכויות האדם ובצורך להבטיח את צורכיהם ואת רווחתם של התושבים המקומיים, והשומר על 'כבוד המשפחה וזכויותיה'... כל אלה מוגנים במסגרת הדינים ההומניטאריים של תקנות האג... ושל אמנת גינבה הרביעית." בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נגד ממשלת ישראל**, פד"י נח(5) 807, 850 (2004).

הנשיא ברק חזר ופירט את אופיו של מבחן זה גם בעניין **עדאלה נגד שר הפנים** שבחן את חוקתיות חוק הכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג – 2003 אשר אסר על כניסת פלסטינים תושבי השטחים הכבושים לשטח ישראל לצורכי איחוד משפחה עם אזרחים ישראלים:

"מבחן משנה זה קובע, איפוא, מבחן ערכי המבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים הנוגדים זה את זה... הוא משקף את התפיסה כי ישנן פגיעות בזכויות האדם שהן כה חמורות, שאין לאפשר את פגיעתן בחוק, גם אם תכליתן של החוק ראויה, הסדריו רציונאליים ואין בנמצא אופציה סבירה הפוגעת בזכות האדם בהם פחות. הערכת האיזון בין עוצמת הפגיעה בזכות האדם לעוצמת האינטרס הציבורי הפוגע בזכות נעשית על רקע מכלול ערכיה של שיטת המשפט."

ראו: בג"ץ 7052/03 **עדאלה נגד שר הפנים** (פסק דין מיום 14.5.06), פסקה 75 לפסק הדין של הנשיא בדימוס ברק.

50. בשני המקרים לעיל, נקבע בסופו של דבר כי הפגיעה בזכויות החוקתיות של התושבים הפלסטינים אינה עומדת במבחן המידתיות הצר וזאת למרות שהתכלית נמצאה כראויה ולמרות שהפגיעות עברו את שני מבחני המידתיות הראשוניים ולמרות שהמשיבים בשני מקרים אלו טענו לנימוקים בטחוניים שעמדו בבסיס הפגיעות בזכויות החוקתיות (במאמר מוזכר יצויין, כי בעניין **עדאלה נגד שר הפנים**, העתירה נדחתה בסופו של דבר ברוב של 6 שופטים מול 5 כאשר השופט לוי שהצטרף לדעת הרוב, הצטרף אליה אך ורק מהטעם שביקש להעניק הזדמנות נוספת למדינה לתקן את החוק במיוחד לאור נימוקי קביעתו לפיה החוק אינו חוקתי).

51. לעומת זאת במקרה שלנו, אין כל נימוק בטחוני שהצדיק את החרגת תושבי השטחים הכבושים מתחולת החוק, לרבות המערערים תושבי רצועת עזה. נהפוך הוא, המערערים כאן הם אלה שלקחו



על עצמם את הסיכון בל ייפגעו מארוע כלשהו אך ורק מעצם ההחלטה לצאת את רצועת עזה ולעבוד בהתנחלות ובמיוחד במצב הפוליטי הקשה ששרר לפני ביצוע ההתנתקות מרצועות עזה והממשיך להתקיים עד היום.

52. בעריכת איזון ערכי בין כלל הערכים והאינטרסים הנוגדים כאן, אין ספק כי יש לקבל את ערעור המערערים גם לו מהטעם שהפגיעה בהם אינה עומדת במבחן המידתי הצר. האינטרס הציבורי אינו יכול להרשות החרגת קבוצה שלמה מקבלת פיצוי בגין פגיעה שאף ארעה במהלך עבודתם של המערערים, אך ורק על בסיס שיוך לאומי או אזורי. האינטרס הציבורי אינו יכול לסבול החרגה אתנית שכזו ובמיוחד כאשר אין כל נימוק בטחוני העומד בבסיס התיקון לצו התגמולים. כמו כן, האינטרס הציבורי אינו יכול להרשות החרגת קבוצה לאומית שלמה מזכאות לקבלת פיצויים דווקא עקב ארוע בשטח אליו נכנסו המערערים בהיתר כדין והתרחש במהלך עבודתם בו.

לאור האמור לעיל, מתבקש בית הדין הארצי הנכבד לקבל את ערעור המערערים כמפורט בהודעת הערעור.

---

חסן ג'בארין, עו"ד סאוסן זהר, עורכת – דין אחמד אלמאלק, עו"ד

ב"כ המערערים

חיפה, 4.12.11