

בית המשפט העליון

רע"א 5512/09

בפני : כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
 כבוד השופטת ע' ארבל
 כבוד השופט ח' מלצר

המבקשים : הרשקו חיים ו- 108 אח'י

נ ג ד

המשיבה : הרשות המוסמכת לפי חוק נכי רדיפות הנאצים

בקשת רשות ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי
 בתל-אביב-יפו מיום 1.7.09 בע"א 1828/08 שניתן על-ידי
 כבוד השופטים י' שנלר, ק' ורדי ור' לבהר-שרון

תאריך הישיבה : כ"ב בחשון התש"ע (9.11.09)

בשם המבקשים : עו"ד אילן יעקובוביץ

בשם המשיבה : עו"ד אביה גולדין-טישל

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

פתח-דבר

1. חוק נכי רדיפות הנאצים, התשי"ז-1957 (להלן: חוק נכי רדיפות הנאצים או החוק), שנחקק בעקבות הסכם השילומים שנחתם בין מדינת ישראל לבין הרפובליקה הפדראלית של גרמניה בשנת 1952, מסדיר את נושא התגמולים שמוענקים לניצולי שואה בגין נכות שהוסבה להם עקב רדיפות הנאצים. לעניין הזכאות לתגמולים מפנה חוק נכי רדיפות הנאצים, בסעיף 1 שבו, לדין הגרמני – הוא חוק הפיצויים הפדראלי הגרמני משנת 1956 (להלן: חוק הפיצויים הגרמני). חוק הפיצויים הגרמני מבחין בין הגבלת חירות, אשר מקנה זכאות למי שנרדף בתחומי הרייך השלישי, לבין שלילת חירות, אשר מקנה זכאות גם למי שנרדף מחוץ לתחומי הרייך השלישי (סעיף 43 לחוק הפיצויים הגרמני). הבחנה זו הוחלה על התביעות לפי חוק נכי רדיפות הנאצים והיא מעוררת מעת לעת את השאלה אם התעמרות כלשהי שממנה סבלו היהודים בתקופת השואה עלתה כדי שלילת חירות או שמא נותרה בגדר הגבלה בלבד של החירות. העיסוק בשאלה זו קשה תמיד,

שהרי המושגים המשפטיים אינם מבטאים ולו קצה-קצהו של הסבל שחוו הנרדפים. ההבחנה בין נרדף לנרדף לצורך תחולת החוק מכבידה, ובעניין זה מהדהדים דבריה של ועדת העררים לפי חוק נכי רדיפות הנאצים (להלן: הועדה או ועדת העררים) בהחלטתה בפרשה שלפנינו:

נודה ולא נכחד: נסיוננו רב השנים בשיבתנו כועדת ערר על פי החוק, הביאנו למסקנה כי ראוי היה להכיר כנרדף על פי חוק, בכל יהודי ששהה באירופה או בצפון אפריקה בתקופת המלחמה, וחווה את אימת השואה.

על הרתיעה מפני "אבחנות משפטיות דקיקות" בהקשר הנדון, ועל הדילמה הנובעת מן ההבנה כי הסיווגים המוכתבים על-ידי ההסכמים ודברי החקיקה הרלבנטיים מותירים מחוץ לגבול הזכאות ניצולי שואה שחוו "תלאות וטראומות שקשה לתארן", ראו ר"ע 217/83 הרשות המוסמכת נ' שוהם, פ"ד מ(1) 789 (1986).

2. המבקשים הגישו תביעה לפי חוק נכי רדיפות הנאצים. לדבריהם, העוצר החלקי שהונהג בתקופת השואה בערים רבות בבולגריה וברומניה – מדינות שלא היו חלק מהרייך הגרמני אך פעלו בהשראת הממשל הנאצי – עולה כדי שלילת חירות ולכן מזכה בתגמולים לפי החוק. ועדת העררים (כבוד השופט מ' לנדמן, עו"ד ד' יערי, עו"ד י' ארבל), קבעה כי הגבלת חופש התנועה על-ידי עוצר עשויה להיחשב "שלילת חירות" ובלבד שמתקיימים חמישה מדדים מצטברים כדלקמן: ראשון, קיומו של צו שלטוני; שני, החלת העוצר על יהודים ולא על כלל האוכלוסייה; שלישי, אכיפת העוצר בפועל באופן שמי שמפר אותו מסתכן בגופו; רביעי, משמעות העוצר – חיוב להימצא במקום מצומצם דוגמת ביתו של אדם; וחמישי, קיום העוצר במשך שעות מדי יום ולאורך תקופה משמעותית.

3. המשיבה הגישה ערעור על פסק-הדין. בית המשפט המחוזי (כבוד השופטים י' שנלד, ד"ר ק' ורדי, ר' לבהר שרון) הלך בדרכה של ועדת העררים אולם ראה לנכון "לעבות" – כלשונו – את המדדים שהציבה. בית המשפט קבע כי בנוסף לאמור לעיל נדרש גם שבשעות היממה שבהן לא חל עוצר התקיים אלמנט נוסף ששלל באופן רציף ונמשך את חירותו של האדם ולא אפשר לו לעשות ולנוע כרצונו, למשל: שהרשות לצאת הוגבלה למקומות מסוימים בלבד או למטרה מוגדרת בלבד.

המבקשים משיגים על "העיבוי" ומבקשים להסתפק במדדים שהתוותה ועדת הערר.

הרקע ביתר הרחבה

4. כאמור, השאלה שהונחה לפני הועדה היא האם יש לראות בעוצר חלקי, כפי שהתקיים בערים שונות בבולגריה וברומניה, משום "שלילת חירות" המקנה זכאות לתגמולים לפי החוק. ייאמר מיד כי שאלה זו עלתה בעקבות פסק-הדין שנתן בית משפט זה בדנ"א 11196/03 גרנות נ' הרשות המוסמכת, פ"ד ס(3) 88 (2005) (להלן: עניין גרנות). באותה פרשה נדרש בית המשפט העליון לעקרונות הפרשנות של החוק ושל המונחים "שלילת חירות" ו"הגבלת חירות", ומטבע הדברים פסיקתו רלבנטית לענייננו הגם ששם דובר בשאלה אחרת: האם גירוש שהתבצע ללא ליווי חמוש עשוי להיות "שלילת חירות".

ועדת העררים ציינה כי בשנים האחרונות קיימת מגמה עקבית להרחיב את הפרשנות של עילות הנרדפות, זאת בהתחשב בכך שמדובר בחוק סוציאלי שעוסק בניצולי שואה. לגבי סוגיית העוצר ציינה הועדה כי ברבות מערי בולגריה ורומניה הונהג עוצר בחלק משעות היממה, זאת על-פי צווים והחלטות מטעם השלטון. לגבי בולגריה הטעימה הועדה – באופן כללי ומבלי לקבוע מסמרות – כי העוצר חל באזורים מסוימים בכל שעות היממה למעט שעתיים מדי יום, ובאזורים אחרים הוא חל רק בשעות החשכה. ברומניה העוצר חל בעיקר בשעות החשכה. הועדה ציינה כי העוצר פוגע במישרין ובאופן מהותי בחירות התנועה, וכי הגבלת תנועה הופכת לשלילת חירות כאשר היא תוחמת לאורך זמן את החופש לנוע לאזור מצומצם. לאור כל אלה ובהתחשב בהלכת גרנות נקבע כי עוצר עשוי להיחשב "חיים בתנאים הדומים למעצר" – אחת החלופות בהגדרה של "שלילת חירות" לפי סעיף 43 לחוק הפיצויים הגרמני. ועדת העררים נקבה כאמור בחמישה מדדים מצטברים שבהתקיימם יש לומר כי העוצר מצר באופן מהותי ומשמעותי את צעדיו של מי שנתון לו, ולכן שולל את חירותו:

- קיומו של צו שלטוני בדבר העוצר;
- העוצר חל על היהודים ולא על כלל האוכלוסייה;
- העוצר נאכף בפועל, כך שמי שהפר אותו, הסתכן בגופו;
- העוצר הכתיב המצאות במקום מצומצם בשטחו (דוגמת ביתו של אדם);
- העוצר חל במשך שעות מדי יום, לאורך תקופה משמעותית.

5. ועדת העררים הקציבה למשיבה 120 יום לבחון לגבי כל אחד מן העוררים שבאו לפנייה (המבקשים כאן) אם מתקיימים בענייננו המדדים הנזכרים. הוועדה הוסיפה וקבעה כי גם מי שבעבר נדחתה תביעתו לתגמולים יכול לשוב ולפנות למשיבה ולהוכיח את זכאותו על-פי המדדים שנקבעו. עם זאת, הועדה ראתה לנכון לתחום את מועד הזכאות באופן הבא: לגבי תביעות תלויות ועומדות ועררים תלויים ועומדים, התגמול ישולם מחודש אוקטובר 2005 – המועד שבו ניתן פסק-הדין בעניין גרנות – או מהיום שבו הועלתה לראשונה הטענה בדבר העוצר, לפי המאוחר מבין שני מועדים אלה; לגבי תביעות מחודשות של מי שתביעתם בעילת העוצר נדחתה בעבר, התגמול ישולם ממועד מתן ההחלטה של ועדת העררים; ולגבי תביעות חדשות

(כולל תביעות ישנות שלא כללו את טענת העוצר), התגמול ישולם מיום הפנייה למשיבה.

6. הן המבקשים הן המשיבה השיגו על החלטת ועדת העררים לפני בית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי, בעקבות ועדת העררים, הטעים כי בסוגיית העוצר לא עלה בידי הצדדים להציג פסיקה גרמנית, ולכן בית המשפט בישראל אינו מחויב לפרשנות מן-החוץ. בית המשפט המחוזי הוסיף כי בית המשפט העליון לא קבע עד כה שעוצר אינו עולה כדי "שלילת חירות". בית המשפט המחוזי עמד על המהות הסוציאלית של חוק נכי רדיפות הנאצים, ועל הצורך הנובע מכך לפרשו באופן ליברלי. בית המשפט החרה החזיק אחרי ועדת העררים בכל הנוגע למגמת ההרחבה שנצפתה בפסיקה העוסקת בזכאותם של ניצולי שואה לתגמולים לפי החוק, בין היתר לאור מספרם של הניצולים וגילם. מגמה זו לא פסחה על עילת הזכאות הנובעת מ"שלילת חירות" – הדגיש בית המשפט המחוזי. כך למשל בהקשר של ההכרה בחיי מסתור כ"שלילת חירות" בתנאים מסוימים, וכך בסוגיית הגירוש. בסוגיה אחרונה זו שונתה ההלכה בפסק-הדין בעניין גרנות, ונקבע שגם גירוש מאורגן שאינו מלווה בליווי חמוש עשוי לעלות כדי "שלילת חירות". לאחר סקירת ההתפתחות הפסיקתית בא בית המשפט המחוזי לכלל מסקנה כי "הדגש העיקרי ב'שלילת חירות' כפי שעולה מהפסיקה הינה פגיעה בחירות הכרוכה בפגיעה בחופש התנועה של הנרדף, וראייתה כנשללת עקב מגבלה משמעותית ורציפה בחופש התנועה".

לאור האמור, פסק בית המשפט המחוזי כי עוצר חלקי עשוי להוות "שלילת חירות" וזאת בנסיבות מסוימות. בית המשפט אימץ לעניין זה את המדדים שפירטה ועדת העררים והוסיף קריטריון "מעבה" שנועד לוודא כי גם בשעות שבהן לא חל העוצר, נשללה חירות התנועה של האדם. בית המשפט ניסח את הדרישה כך: "שגם בשעות היממה בהן לא היה עוצר היה קיים אלמנט נוסף ששלל, באופן רציף ונמשך, את חירותו של האדם ולא איפשר לו לעשות ולנוע כרצונו, כמו שהייתה רשות לצאת למקומות מסוימים ומוגבלים בלבד או למטרה מסוימת בלבד". שאלת התקיימותה של הדרישה הנוספת, כך קבע בית המשפט המחוזי, צריכה להיבחן בכל מקרה באופן פרטני.

בית המשפט המחוזי לא ראה לנכון להתערב בקביעת ועדת העררים בכל הנוגע למועד שבו תחל הזכאות לתשלום התגמולים. נקבע כי עמדת הוועדה בעניין זה משקפת איזון ראוי בין האינטרס של הנרדפים לקבלת התגמולים לבין האינטרס שלא להעמיס יתר על המידה על קופת המדינה.

7. כבוד השופט שגלר, שהצטרף לפסק-הדין העיקרי שכתב כבוד השופט ורדי, הוסיף הערה:

סבורני כי בעת שמצאנו לנכון לאמץ את קביעות הוועדה, תוך 'עיבוי' נוסף, מצופה מהמערערת שתבחן את הנסיבות, בפרשנות מרחיבה ומקלה.

כפי שעולה גם מדברי חברי, הגיעה העת שאותה מגמה מרחיבה לזכאות, תיושם ובמדיניות ראויה של המערערת. הגענו לעת שכיום מדובר, לצערנו, במתי מעט יחסית, היכולים וזכאים לאותה הכרה, בהיותם בגילאים שאין צורך לפרטם ואשר רובם נזקקים לאותה הכרה, ולו הכרה מאוחרת, בהתחשב בקביעה בדבר מועד תחולת האמור.

לא למותר להוסיף כי על המערערת לבצע מיידית את אשר הוחלט ואין מקום לעיכוב כלשהו, מחמת נימוק זה או אחר.

טענות הצדדים

8. המבקשים טוענים כי בערעור לבית המשפט המחוזי המשיבה כלל לא ביקשה את הסעד שניתן לה, קרי: "עיבוי" המדדים שקבעה הועדה, אלא טענות המשיבה התמקדו בניסיון לשכנע שעוצר כלל אינו מהווה שלילת חירות ושהלכת גרנות לא הביאה לשינוי בעניין זה. המבקשים מטעימים כי לפי שיטתם הלכת גרנות הביאה לשינוי תפיסה באשר לעילת שלילת החירות, באופן שהדגש אינו מצוי עוד במידת הפיקוח על הגבלת חירות התנועה אלא בחומרת ההגבלה. לטענת המבקשים, הדרישה הנוספת שקבע בית המשפט המחוזי מוקשה מבחינה מושגית, מנוגדת להגיון של הלכת גרנות ויוצרת הכבדה מעשית ניכרת. המבקשים מדגישים כי הגבלות חיצוניות משמעותיות הוטלו כמעט תמיד על חירות התנועה של יהודים בשל היותם יהודים, אך הצורך לקיים התדיינות בעניין זה בכל מקרה ומקרה עלול ליצור קושי רב מבחינת הניצולים-הקשישים ולעכב – ואף למנוע – את מתן התגמולים.

9. המשיבה סבורה כי דין הבקשה להידחות. לדבריה, עד להחלטתה הנוכחית של ועדת העררים הגישה המקובלת הייתה ששהייה בעוצר אינה מהווה שלילת חירות. חמשת המדדים שקבעה הועדה בהחלטתה, כך סבורה המשיבה, אינם יוצרים את "המסה הקריטית" היוצרת "שלילת חירות" ואינם משקפים את רוחה של הלכת גרנות. לדעת המשיבה, הקריטריון הנוסף שקבע בית המשפט המחוזי הוא המינימום הדרוש על-מנת לבטא את הצורך באלמנט נוסף של הגבלת חופש התנועה אף בשעות שבהן לא התקיים עוצר. המשיבה חולקת על הסברה כי הלכת גרנות אינה רואה חשיבות בשאלת הפיקוח, ומכל מקום טוענת המשיבה כי לפי כל מבחן אפשרי הצורך ב"עיבוי" המדדים נותר על כנו. המשיבה גורסת כי אין בקשיים המעשיים שעליהם הצביעו המבקשים כדי להביא לביטול קריטריון-העיבוי, המוצדק לגופו. המשיבה מטעימה כי בינתיים היא גיבשה את התנאים לקיומו של קריטריון-העיבוי: ראשית, קיומן של הגבלות על התנועה באופן שזו התאפשרה רק בשעות ספורות במהלך היום או באזורים מסוימים בלבד או לצרכים מסוימים בלבד (כגון עריכת קניות, הליכה לעבודה וכדומה); שנית, השתרעות המגבלות הללו על מרבית הזמן שבו לא התקיים עוצר; ושלישית, תחולת המדדים הראשון, השני והשלישי שקבעה ועדת העררים גם על המגבלות בשעות ללא עוצר.

10. החלטנו לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה.

כמו-כן החלטנו לקבל את הערעור במוכן זה שהחלטת ועדת העררים תשוב על כנה. יצוין כי הדיון לפנינו התקיים בתאריך 9.11.2009 ופעלנו כדי שפסק-הדין יינתן בתוך ימים ספורים וניתן יהיה לסיים את הסאגה המשפטית ולאפשר לניצולים הזכאים לכך לקבל את התגמולים במהרה.

עוצר חלקי כ"שלילת חירות"

11. כאמור, הבסיס לדיוננו הוא ההבחנה בין "הגבלת חירות" לבין "שלילת חירות", שכן לפי חוק הפיצויים הגרמני – שלאורו נבחנת הזכאות לפי החוק המקומי – הגבלת חירות מקנה זכאות למי שנרדף בתחומי הרייך השלישי בלבד, ואילו שלילת חירות מקנה זכאות אף למי שנרדף מחוץ לגבולות הרייך (ראו ע"א 51/73 קלמר נ' הרשות המוסמכת, פ"ד כט(1) 253, 256; רע"א 954/99 הרשות המוסמכת נ' שטיינפלד, פ"ד נה(1) 617, 620). אשר ל"שלילת חירות", זו כאמור מתקיימת בין השאר במקום שבו תנאי החיים היו "דומים למאסר" (לפי סעיף 43 לחוק הפיצויים הגרמני).

12. השאלה מתעוררת בזו הפעם לגבי העוצר שהוטל בערים שונות בبولגריה וברומניה, שהיה עוצר חלקי כיוון שלא התקיים בכל שעות היממה. כפי שציינה ועדת העררים:

... ברבות מערי בולגריה ורומניה הונהג עוצר בחלק משעות היממה, על פי צווים והחלטות שלטוניות.
על פי עדויות רבות ששמענו במהלך השנים ועל פי התיעוד ההיסטורי ניתן לומר, בהכללה ומבלי לקבוע מסמרות, כי העוצר בبولגריה חל באזורים מסוימים במרבית שעות היממה למעט שעות מדי יום, ובאזורים אחרים הוא חל רק בשעות החשכה;
מן הידע ההיסטורי ומן העדויות שנשמעו בפני ועדת הערר, עולה כי העוצר ברומניה היה בעיקר בשעות החשכה.

כיוון שבשאלה הנדונה לא עלה בידי בעלי-הדין להציג פסיקה גרמנית כלל – וממילא גם לא פסיקה גרמנית המשקפת "דעה אחידה, מגובשת ומוסכמת, שניתן לראות בה חלק מהחוק עצמו" (ע"א 815/77 לייבנזון-שטיין נ' הרשות המוסמכת, פ"ד לב(3) 269, 275-276 (1978)) – נדרשו ועדת העררים ובית המשפט המחוזי לפרש את החוק לפי עקרונות הפרשנות המקובלים במשפטנו ולאור הפסיקה שעסקה בהיבטים שונים של החוק בעבר. כך נעשה גם אנו.

13. בהליך שלפנינו אין עוד מחלוקת של ממש לגבי הקביעה כי עוצר חלקי כפי שהתקיים בערים שונות בبولגריה וברומניה עשוי, בהתקיים תנאים מסוימים, לעלות כדי "שלילת חירות" כמשמעות התיבות הללו בסעיף 43 לחוק הפיצויים הגרמני. המבקשים בוודאי עומדים מאחורי קביעה זו וגם המשיבה למעשה אינה חולקת עליה עוד. המחלוקת היום מצומצמת יותר: האם יש

מקום לקבוע, בנוסף לחמשת המדדים שקבעה ועדת העררים, דרישה של הגבלת חירות התנועה בשעות היממה שבהן לא התקיים עוצר. כלומר, בעוד שהמבקשים סבורים כי די במדדים שקבעה ועדת העררים, טוענת המשיבה כי המינוח הדרוש כדי לקיים את הדרישה של "שלילת חירות" הוא קריטריון-העיבוי שהתווה בית המשפט המחוזי.

לאור תיחום זה של גדרי המחלוקת איני רואה צורך להרחיב את הדיבור באשר לקביעה כי עוצר עשוי לעלות כדי "שלילת חירות" במשמעות החוק. קביעה זו מקובלת עלי, והיא מתבקשת לדעתי הן מההתפתחויות שחלו בפרשנות עילות הזכאות השונות לתגמולים לפי החוק – התפתחויות שתוארו בהרחבה בהחלטת ועדת העררים ובפסק-הדין של בית המשפט המחוזי – הן ובמיוחד מהלכת גרנות שהבהירה את אמות-המידה לבחינת שאלות מהסוג הנדון. אכן, אדם שנכפה עליו עוצר למשך שעות רבות ולאורך תקופה ארוכה – ניתן לומר כי חייו דומים לחייו של מי שנמצא במעצר. אדם הנתון תחת עוצר אמנם אינו שוהה במתקן כליאה אך הוא "כלוא" בביתו או בגבולות גיאוגרפיים תחומים וחירות התנועה שלו נשללת בצורה מהותית. "הגרעין הקשה במושג של 'שלילת חירות' הוא הגבלת תנועותיו של אדם למקום מתוחם ומצומצם" (עניין גרנות, פס' 26 לפסק-הדין). זו בדיוק מטרתו של העוצר, שחותר הוא להגביל את תנועותיו של אדם למקום מתוחם ומצומצם.

14. בעניין גרנות הטעים השופט חשין כי סעיף 43 לחוק הפיצויים הגרמני אינו מתייחד רק לשלילת חירות במובן הצר, אלא גם למקרים שניתן לראות בהם "מעין-שלילת-חירות" או "תנאים הדומים" לשלילת חירות (שם). ועוד הוסיף: "בקביעת תחום התפרשותה של ה'מעין-שלילת-חירות' ניתן לו לפרשן ליתן דעתו לא אך למרחב הפיזי של שלילת החירות אלא גם למהות חייו של הנכה הטוען ל'מעין-שלילת-חירות', תוך השוואתם למהות חייו של הנכה שסבל משלילת חירות" (שם). על רקע סיווג זה שרטט השופט חשין את סקלת הפגיעה בחירות שיוצר חוק הפיצויים הגרמני:

וכך, בהעמידנו את המושגים זה בצד זה, נוכל לתאר את מיסגרת החוק הגרמני כסקלה שבצידה האחד עומד האדם החופשי ובצידה האחר האדם שנשללה חירותו במובנו המצומצם של המושג (מעצר, מאסר וכיו"ב). ננוע עתה על גבי הסקלה מן האדם החופשי אל העבר האחר, ובשלב כלשהו תיווצר "מאסה קריטית" של "הגבלת חירות". נמשיך לנוע עד שנגיע לתחום של ה"מעין-שלילת-חירות", ובהמשך - ל"שלילת חירות". אנו, ענייננו הוא באותו תחום שבין "הגבלת חירות" לבין "מעין-שלילת-חירות", והשאלה הנשאלת היא: משננוע מכיוון "הגבלת חירות" לכיוון של "שלילת חירות", אימתי נגיע אל איזור ה"מעין-שלילת-חירות"? אימתי נגיע לנקודה ש"הגבלת החירות" תהא כה חמורה, כה קשה, כה לוחצת עד שניתן יהא לומר שאין ענייננו אך ב"הגבלת חירות" אלא ב"מעין-שלילת-חירות"? (שם, פס' 28 לפסק-הדין)

זו הסקאלה שיוצר החוק ובה ננוע חרף הקושי הרב בקביעת קטגוריות מסוג זה בהקשר הנדון (ראו גם ע"א 660/76 קלינוסקי נ' הרשות המוסמכת, פ"ד לא(1) 500 (1976)). אולם מהבחנות דקיקות יש להישמר, ואת האופי הסוציאלי של החוק יש וראוי להביא בחשבון במלאכת הפרשנות של החוק. עוצר המוטל לאורך תקופה ארוכה עשוי בהחלט להיחשב, לכל הפחות, "מעין-שלילת-חירות", והדבר תלוי במידת החומרה של העוצר והקושי שהוא יוצר מבחינת תנאי החיים של בני האדם שנתונים לו. המדדים שקבעה ועדת העררים נועדו לזהות את העוצר הכרוך בהגבלה חמורה וקשה על חופש התנועה:

- קיומו של צו שלטוני בדבר העוצר;
- העוצר חל על היהודים ולא על כלל האוכלוסייה;
- העוצר נאכף בפועל, כך שמי שהפר אותו, הסתכן בגופו;
- העוצר הכתיב המצאות במקום מצומצם בשטחו (דוגמת ביתו של אדם);
- העוצר חל במשך שעות מדי יום, לאורך תקופה משמעותית.

כאמור, אין עוד מחלוקת כי מדדים אלה נדרשים כדי לסווג עוצר חלקי כ"שלילת חירות" (או "מעין-שלילת-חירות"). השאלה היא אם מדדים אלה מספיקים או שמא יש להוסיף את קריטריון-העיבוי המתייחס לקיומה של מגבלה על חירות התנועה מחוץ לשעות העוצר (מגבלה שלפי הבנתה של המשיבה צריכה להיות מעוגנת בצו שלטוני ולהגביל את המקומות שאליהם, או את המטרות שלשמן, רשאים יהודים לפנות מחוץ לשעות העוצר – ראו לעיל פס' 9 סיפא).

15. בשאלה זו עמדתי כעמדת המבקשים האוחזים בהחלטת ועדת העררים. בעניין גרנות התייחס השופט חשין, על-דרך הדוגמה, למצב של "מעצר בית" קרי: עוצר. וכך כתב (שם, פס' 31 לפסק-דינו):

כך, למשל, אדם שהוטל עליו 'מעצר בית', בהקשר עניינינו כאן חייב חיים הם 'הדומים למעצר' גם אם הותר לו ללכת בבוקר לעבודה, לשהות במקום העבודה – ואך ורק במקום העבודה – כבמעצר, ולחזור הביתה היישר מן העבודה בלא לעצור בכל מקום שהוא.

נראה כי דוגמה זו המריצה את בית המשפט המחוזי בפרשה שלפנינו לקבוע את קריטריון-העיבוי הנוגע לזמן שבו אין הנרדף מצוי בעוצר בתוך כתלי ביתו. זו דרכן של דוגמאות, שברגיל אין להן מעמד נורמטיבי מחייב, אך לא פעם הן משפיעות על עיצוב ההלכה בפסיקה מאוחרת (וראו גם, בהקשר קרוב, האופן שבו השפיעה הדוגמה של משמר מזוין, שנכללה בפרשת קלינוסקי, על התגבשות ההלכה בנוגע לשלילת חירות בדרך של גירוש, עד שבוטלה דרישה זו בעניין גרנות). מכל מקום איני סבור כי יש לגזור מתוך הדוגמה הנזכרת, ומאמות המידה הפרשניות שהותוו בפסק-הדין בעניין גרנות, את המסקנה כי הסיווג של עוצר כ"חיים בתנאים הדומים למעצר" מותנה, באופן הכרחי, בכך שגם בשעות שבהן העוצר מוסר מתקיים צו שלטוני הקובע הגבלות על

התנועה.

16. כאשר הוטל עוצר על-ידי השלטונות, שהגביל את תנועת היהודים לדלת אמותיהם, זאת למשך תקופה משמעותית ובאופן שמי שהפר את העוצר – דמו בראשו, אין לומר כי הסרת העוצר לזמן קצוב הוציאה את היהודים מגדר מי שתנאי חייהם היו דומים למעצר, כמשמעות החוק. כאמור, הזכאות לפי סעיף 43 לחוק הפיצויים הגרמני אינה מתייחדת לשלילת חירות במובן הצר אלא היא חלה גם על מי שחיו היו דומים למצב של שלילת חירות, והוא מי שתנאי החיים שהוכתבו לו על-ידי השלטון הגבילו בצורה קשה ומשמעותית את חופש התנועה שלו. טלו את האדם-הנרדף שחיו הושמו בעוצר בבולגריה והותר לו לצאת למשך שעתיים ביום בלבד. כך לאורך תקופה ארוכה. מה יעשה במשך השעתיים האלה? בוודאי ילך להשיג מצרכים חיוניים לו ולבני ביתו, או יבצע פעולות הכרחיות אחרות. אין הוא חפשי לנפשו. איני רואה הבדל רלבנטי בין אדם כזה לבין מי שלפי צו שלטוני הותר לו לצאת רק למטרה מסוימת כגון רכישת מזון. העוצר מגביל את חופש התנועה גם בשעות-ההפוגה. אין צורך בצו שלטוני לשם כך שהרי הדברים נובעים מטבעם של חיים תחת עוצר, ובמיוחד בימי אימה וצלמוות שבהם חופש התנועה – החופש לחיות – היה מוגבל ממילא. אין למנות כרוכל את שעות העוצר ואת טיב המסלול שהותר ליהודים לנוע בו, להם ולא לאחרים, בשעות המוגבלות שבהן הותר להם לצאת מביתם. המציאות שבה היו נתונים יהודי בולגריה ורומניה, ובפועל גם יהודים בחלקים אחרים של היבשת, האפילה על חייהם בכל רגע ורגע. הם היו נתונים למשיסה בכל עת וניצודו הן בשעות העוצר והן מחוצה לו. חירותם נשללה גם מחוץ לביתם.

לכן, הדרישה לקיומן של מגבלות רשמיות על התנועה בשעות שבין המצרים – בין עוצר לעוצר – אינה נראית לנו תנאי בלעדיו אין למסקנה שחיו של נרדף-תחת-עוצר נדמו לחיים בתנאים של מעצר. אפשר שבמקרים שבהם העוצר חל בשעות מעטות של היום או לתקופה קצרה, קיומן של מגבלות על התנועה גם בשעות-ללא-עוצר הוא שיהפוך את הגבלת החירות ל"מעין-שלילת-חירות". אולם במקרה שבו מדובר בעוצר שלטוני מאיים שחל תקופה ארוכה ונמשך לאורך שעות רבות מדי יום, לא נותרה לנרדפים חירות תנועה אמיתית גם בשעות ההפוגה. זו הנחת העבודה שלפיה יש לקבוע את הזכאות לתגמולים, ואיני סבור שיש מקום לחייב את התובעים בעילת העוצר להוכיח באופן פרטני שאכן מוגבלים היו בתנועתם גם מחוץ לשעות העוצר. יובהר כי לפי שיטתי, בנסיבות כה נוראיות, שימוש בהנחות עבודה הנובעות מן הידע ההיסטורי ומהגיון הדברים הוא מוצדק ועולה בקנה אחד עם תכליתו הסוציאלית של החוק. הנחות עבודה אלה עשויות ליתר את הצורך לדרוש ממתי מעט האודים המוצלים מאש שעוד נותרו להעיד על מוראות התקופה.

אשר על כן, אציע לקבל את הערעור, לבטל את פסק-הדין של בית המשפט המחוזי

ולהחזיר על כנה את החלטתה של ועדת העררים. הערתו של כבוד השופט שנלר (לעיל פס' 7) תראה כאילו נאמרה גם על-ידינו, למעט המילים "תוך 'עיבוי' נוסף". המשיבה תישא בהוצאות המשפט של המבקשים וכן בשכר טרחת עורך-דינם בסכום של 20,000 ש"ח.

המשנה-לנשיאה

השופטת ע' ארבל:

אני מצטרפת לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין, ולכל הנמקותיו.

לטעמי, וכפי שעמד על כך גם חברי, תכליתו הסוציאלית של חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957, והרקע ההיסטורי הקשה, הם העומדים ביסוד הדברים. חשובה במיוחד, לטעמי, ההכרה בעובדה שחיים תחת עוצר הם חיים של קיפוח חירותו של אדם עד כדי "מעין שלילת חרות". בקצרה אציין כי לא רק חירותו של אדם במשמעותה "כפשוטה" נשללה בהיותו כבול לשעות העוצר ומוגבל לכל אורך יומו בעטיין, זכויות רבות נוספות נשללו מן האדם בשל הצורך להתאים עצמו למשטר העוצר, ולאווירה המתלווה אליו. כך, נדרש הוא להגביל את תנועתו גם בשעות שאינן שעות העוצר ולהימנע מלהרחיק ממקומו, באופן שיעמוד במגבלות שנקבעו; כך, בחירתו כיצד יעברו עליו השעות שאינן תחת העוצר הוכתבה ממילא גם היא על-ידי הצורך להבטיח את צרכי החיים הבסיסיים באותן שעות מעטות. הנרדפים הנתונים לגזרת העוצר נדרשו להתנהלות אשר מטבע הדברים צימצמה עצמה לד' אמות מסגרות העוצר ולהגבלות קשות על הקשר עם העולם החיצון, במעגלים הקרובים והרחוקים. מציאות זו, על רקע ימים של מלחמה, פחד, חרדה וחוסר ודאות הינה משום פגיעה בחירות שלטעמי מגעת עד כדי "מעין שלילת חירות".

לא ראיתי להרחיב מעבר לכך באשר למשמעות הרחבה שיש ליתן לטעמי למונח "שלילת חירות". כחבריי, גם אני סבורה כי ההכרעה בתיק זה ראוי לה שתינתן ללא דיחוי. ראויים הם הניצולים לשגרת חיים, ראויים הם שלא לכלות את ימי זקנתם בהמתנה לפסק דין ובחיטוט כואב מחדש בפצעי העבר.

גם אני סבורה שאין צורך במדדים נוספים על אלו שקבעה הוועדה. לפיכך, אני מסכימה שיש לקבל את הערעור ולהחזיר על כנה את החלטת ועדת העררים לצד הערתו של כב' השופט שנלר, בהסתייגות שצוינה על ידי המשנה לנשיאה.

שופטת

השופטת ח' מלצר:

1. אני מצטרף לפסק דינו הממצה והרגיש של חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין וכן להערוטיה של חברתי, השופטת ע' ארבל, שנכתבו באותה רוח.

2. ברצוני להוסיף כי הגישה המנחה את פסק דינו של חברי השופט א' ריבלין מתיישבת גם עם המגמה הרווחת עתה במשפט המשווה ביחס להפרת זכויות אדם. במסגרת זו מורחבת התיבה של "הגבלת חירות" (restriction of liberty) עד כדי קירובה, במקרים המתאימים, ל"שלילת חירות" (deprivation of liberty). עיינו: Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998, 155. (5th ed. 2009) 157. בשים לב לעובדה שהצורך בסיום הדיון בעניינם של המבקשים דוחק – לא מצאתי לנכון להרחיב עוד בסוגיה האמורה זו הפעם. לפיכך – מעבר להערתי כאן – אני משאיר מכלול זה, כמו גם את שאלת זיקתו להוראות סעיפים 5 ו-10 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו – לליבון מפורט בהזדמנות אחרת.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של המשנה-לנשיאה א' ריבלין.

ניתן היום, ז' בחשוון התש"ע (24.11.2009).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה-לנשיאה