

		<u>המעוררים:</u>
14. ת.ז. ,	1. הנדייה	
8. ת.ז. ,	2. הנדייה	
9. ת.ז. ,	3. הנדייה	
5. ת.ז. ,	4. הנדייה	
18. ת.ז. ,	5. הנדייה	
6. ת.ז. ,	6. הנדייה	
6. ת.ז. ,	7. הנדייה	
6. ת.ז. ,	8. הנדייה	
0. ת.ז. ,	9. הנדייה	
2. ת.ז. ,	10. הנדייה	
	משכם	

כולם ע"י ב"כ עוה"ד הישאים אבו שחאדה (מ.ר. 18909)  
רח' שד' שאול המלך 39 תל אביב  
טל': 03-6958512, פקס: 03-6959783  
מטעם המוקד להגנת הפרט – עמותה רשומה על שם לוטה זלצברגר ז"ל

- נ ג ד -

המשיבים:  
1. מדינת ישראל  
2. צבא הגנה לישראל  
באמצעות פרקליטות המדינה

### נימוקי הערעור

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום, מתכבדים **המעוררים** להגיש את נימוקיהם בערעור על פסק דינו של כבוד בית המשפט המחוזי בירושלים בת.א. 6310/04 (כבוד השופט משה רביד) מיום 3.8.10 (להלן: "כבוד בית משפט קמא"), לפיו נדחתה תביעתם של **המעוררים** בשאלת האחריות והוטל עליהם לשלם הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין בסך של 25,000 ₪ בתוספת מע"מ כדין.

## תוכן עניינים

פרק א-	<u>העובדות שאינן שנויות במחלוקת</u>	... עמ' 2
פרק ב-	<u>פעולה מלחמתית</u>	... עמ' 3
ב.1.	החובה לבדוק את הפעולה ולא את המלחמה	... עמ' 3
ב.2.	השאלה באם הבניין היה אכן "ממולכד" להכרעה ב"מלחמתיות" הפעולה	... עמ' 6
ב.3.	יומן המבצעים ואמינות תוכנו	... עמ' 10
ב.4.	"הפוגה" בלחימה מפסיקה את "מלחמתיות" הפעולה	... עמ' 11
ב.5.	העדר מידתיות	... עמ' 13
פרק ג-	<u>עוולת הסגת גבול המקרקעין</u>	... עמ' 17
פרק ד-	<u>אי מתן זכות טיעון</u>	... עמ' 18
פרק ה-	<u>עוולת הרשלנות</u>	... עמ' 20
פרק ו-	<u>המשפט הבינלאומי כעילה משפטית עצמאית</u>	... עמ' 21
ו.1.	שינוי חזית	... עמ' 21
ו.2.	הוראות הדין במשפט הבינלאומי	... עמ' 23
ו.3.	יישום המשפט הבינלאומי בפסיקה הישראלית	... עמ' 26
פרק ז-	<u>עוולת חוקתית</u>	... עמ' 31
פרק ח-	<u>דוגמאות לתשלום 'לפנים משורת הדין'</u>	... עמ' 33

## א. העובדות שאינן שנויות במחלוקת

1. להלן קביעות עובדתיות בפסק דינו של כבוד בית משפט קמא ושלא היו במחלוקת בין הצדדים, (עמודים 2-3, פסקאות 3-4 לפסק הדין):

"התובעים גרים בבניין בן חמש קומות. על-פי נסח הרישום, שצורף לתצהירי התובעים, מדובר בקרקע בכפר קליל באזור אלסואנה הרשום על שמה של התובעת 9 כבעלים (להלן - "הבניין"). לבניין שתי קומות מסחריות ושלוש קומות למגורים, שבהן מתגוררים התובעים ומספר שוכרים. הבניין הוא הבניין הגבוה ביותר בשכונה ונמצא בכניסה לשכם בדרך אלקוץ.

ביום 7.4.02, בשעות הבוקר, הגיע כוח של הצבא לקרבת הבניין והורה לדיירים לפנותו. כדי להמחיש את רצינות האזהרה נורו שני פגזים מטנק לעבר הבניין. כתוצאה מכך פרצה שריפה בקומת הקרקע והצבא שלח כבאיות לכבות את האש. הדיירים פינו את הבניין והועברו למרחק של כמה מאות מטרים מהמקום, ליד המסגד הפתוח. לאחר שהדיירים פונו, הגיעה לשטח משאית ובה חומרי נפץ. החיילים פרקו מהמשאית 64 פצצות, כל אחת במשקל של 10 ק"ג. את הפצצות הניחו בקומת הקרקע, המשמשת קומת מחסנים ונמצאת בגובה הכביש. לאחר שהצבא סיים למקש את הבניין, פוצץ הבניין בשעות הצהריים.

אין מחלוקת כי מהבניין עצמו לא נורו יריות לעבר כוחות הצבא."

2. פסק דינו של כבוד בית משפט קמא דן אך ורק בשאלת אחריות המדינה לנזקי המערערים ולא בשאלת גובה הנזק. (בהתאם להחלטתו של כבוד בית משפט קמא מיום 30.3.09). מכאן הערעור.

## ב. פעולה מלחמתית

### ב.1. החובה לבדוק את הפעולה ולא את המלחמה

3. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי מדובר בפעולה מלחמתית.
4. טעה כבוד בית משפט קמא עת שקבע שהמבצע של "חומת מגן" נשא אופי של מלחמה (עמוד 8, פסקה 13 לפסק הדין). אמנם בהמשך קובע כבוד בית משפט קמא כי לא די בהיותו של המבצע בעל אופי מלחמתי, כי אם יש לבדוק את הפעולה עצמה של פיצוץ הבניין והריסתו והאם היא בגדר פעולה מלחמתית או פעולת שיטור (עמוד 9, פסקה 13 לפסק הדין), אך עצם הקביעה שמדובר ב-"מבצע" שהוא "מלחמה" היא שגויה.
5. המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לענייננו היא הוראת סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952 (להלן: "חוק הנזיקים האזרחיים") אשר קובעת סייג להטלת אחריות בנזיקין על המדינה על פעולות צה"ל במקרים של פעולה מלחמתית.
6. בהקשר זה יוער כי האירוע נשוא הערעור אירע בתאריך ה-7.4.02, היינו לפני שתיקון מס' 4 לחוק הנזיקים האזרחיים נכנס לתוקפו. תיקון זה כולל הגדרה ספציפית למושג "פעולה מלחמתית", אשר לא הייתה קיימת בעת קרות האירוע. על כן פרשנותו של מושג זה עובר לתיקון נקבעה בפסיקה, אשר תובא להלן.
7. הכלל שנקבע בשורה של פסקי דין הוא כי יש ליתן לסעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים פרשנות מצמצמת ככל הניתן ורק פעולת מלחמה, ממש במובנו הצר והפשוט של המונח תבוא בגדריו של סעיף זה (לעניין זה ראו ע"א 623/83 אשר לוי נ' מדינת ישראל פ"ד מ(1) 477, 479).
8. פסק הדין המנחה בסוגיה של "פעולה מלחמתית" הוא ע"א 5964/92 ג'מאל קאסם בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1 (ניתן ב-20.3.02), אשר ניתן בהרכב מורחב של 9 שופטים. פרשה זו עניינה אירוע במסגרתו רכב אזרחי הנושא לוחות זיהוי של האזור הגיע בשעות הצהריים למסגרייה שבכפר טמון. מהרכב יצאו כמה חיילי צה"ל (חלקם במדים וחלקם בלבוש אזרחי). עם הגיע הרכב למסגרייה החלו שלושה מן הנוכחים בה לברוח, שי התובעים. חיילי הכוח רדפו אחריהם וירו בהם. כתוצאה מכך נפגע אחד התובעים ונפטר מפצעיו. תובע נוסף נפגע בברכו. בית המשפט העליון דחה את הטענה של פעולה מלחמתית שמדובר בפעולת שיטור. וכך נקבע בפסק הדין באשר למושג "פעולה מלחמתית":

"נקודת המבט מכוונת אל מהותה של הפעולה ואל הסיכון המיוחד שהיא מסבה. השאלה הינה אם הפעולה שגרמה נזק היא "פעולה מלחמתית". "עליך לבחון את הפעולה – לא את המלחמה" (השופט ח' כהן בע"א 311/59 מפעל תחנות הטורקטורים בע"מ נ' חייט [3], בעמ' 1613; השוו בר"ע (ב"ש) 16/93 המגן חברה לביטוח בע"מ נ' וסרמן [6])." (שם, עמודים 7-8, פסקה 10 לפסק הדין) (ההדגשות שלי-ה.א.ש.).

ובהמשך לאותה פסקה:

"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 ונצפה ממנה, את עוצמת הכוח הצבאי הפועל והיקפו ואת משך האירוע. כל אלה זורקים אור על אופיו של הסיכון המלחמתי המיוחד שהפעולה גרמה" (שם, עמוד 9, פסקה 10 לפסק הדין).

9. לגבי היישום של הלכת בני עודה הנ"ל בערכאות דלמטה ראו למשל ת.א. (מחוזי ת"א) 1409/02 מוחמד מחמוד סאלח דאוד נ' שר הביטחון, ניתן ב- 26.3.09 (פורסם בנבו) (להלן: "פרשת המשתללות") נדונה תביעת פיצויים של תובעים עקב הרס משתלות שהיו בבעלותם על ידי כוח צבאי בנימוק כי משטח זה מבוצע ירי לעבר חיילים. כבוד בית המשפט המחוזי (כבוד השופטת קרת- מאיר) בבואו להכריע האם מדובר בפעולה מלחמתית אם לאו, קובע שיש לבדוק את הפעולה הצבאית עצמה לחישוף שטח המשתלות ולא את התקופה בה הפעולה מבוצעת. לעניין זה יפים הדברים שהובאו בעמודים 22-23 לפסק הדין, כדלקמן:

"בהקשר זה יש להתייחס לטענה נוספת של הנתבעת על פיה, על רקע הכרת בית המשפט העליון בהיות האינתיפאדה השנייה מצב של לחימה, יש להתייחס לפעולת החישוף כאל פעולה מלחמתית. בעניין זה הפנתה הנתבעת לבג"צ 7015/02 עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' (להלן: "פסק דין עג'ורי"). בפסק דין עג'ורי נאמר

אכן על ידי כב' הנשיא ברק כי מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה ושומרון וחבל עזה לחימה קשה "אין זו פעילות משטרתית זה סכסוך מזויין" (סעיף 1 לפסק הדין). על דברים אלה חזר בית המשפט העליון גם בבג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' פד"י נ"ח(5) 807, בו נדונו טענות כנגד תוואי גדר הפרדה, בקובעו כי ההחזקה באיו"ש הנה תפיסה לוחמתית.

גם אם יש בקביעות אלה, כדי להשפיע על בחינת עצם היותה של פעולה מעולה מלחמתית במהותה, אין בהן כדי לקבוע מלכתחילה כי יש לראות בפעולת החשיפה בגדר פעולה מלחמתית. ההלכה בעניין זה ברורה וחד משמעית.

אין ההגנה החלה על המדינה בגין פעולה מלחמתית לפי הוראות סעיף 5 לחוק, נקבעת על פי מהותה של התקופה בה מבוצעת הפעולה". (ההדגשות שלי-

ה.א.ש.)

10. בהמשך, מפנה כבוד בית המשפט המחוזי בפרשת השתולים לפסקי הדין בע"א 623/83 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 447 ובע"א 9561/05 חטיב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), ניתן ב- 4.11.08, במסגרתם נקבע כי מהותה של התקופה בהיותה תקופת מלחמה וכי מבוצעת בה פעולה על ידי הצבא, אינה קובעת לעניין הטלת החסינות מפני אחריות למעשה הניקי.

11. מן האמור לעיל אנו למדים שיש צורך בראיות ברורות וחד משמעיות בדבר אירוע חמור של סכנת חיים על מנת שיבוא בגדרו של המושג "פעילות מלחמתית" הקבוע בסעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים. פסיקתו זו של כבוד בית המשפט העליון מהווה תשתית לזהירות שעל ערכאות הדיוניות לנקוט בטרם דחיית תביעות מסוג זה.

12. מן המקרים המפורטים בפסיקה שהובאה לעיל, עולה בבירור כי פעולה מלחמתית הינה סיטואציה של מצוקה קשה וסכנת חיים ממשית, אשר יש בה כדי לנקוט באמצעים חריגים לשם סיכולה. ברי כי באירוע נשוא התביעה אין כל אינדיקציה בראיות שהובאו בפני כבוד בית משפט קמא לכך שנשקפה סכנת חיים ממשית לכוח הצבאי בשום שלב שבו נכח במקום האירוע, סכנה כזו אשר אילצה אותו להרוס את הבניין של המערערים.

## ב.2. השאלה באם הבניין היה אכן "ממולכד" להכרעה ב"מלחמתיות" הפעולה

13. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי הבניין היה ממולכד בהסתמך על עד המשיבה המכונה 'יורי' ואשר לפיו המידע אודות מלכוד הבניין היה אמין (עמוד 13, פסקה 22 לפסק הדין).

14. טעה כבוד בית משפט קמא בכך שלא ייחס כל משקל למומחים שהובאו מטעם המערערים, מר קובי שמעון (עמוד 10, פסקה 15 לפסק הדין) ומר שמשון קניפל (עמוד 11, פסקאות 18-19 לפסק הדין), וזאת מן הטעם כי עדויותיהם, אליבא דכבוד בית משפט קמא, בעלות סתירות ואינן אמינות.

15. כבוד בית משפט קמא מסתמך על הקביעה הנ"ל בדבר היותו של הבניין ממולכד בהכריעו כי פעולת הכוח הצבאי בהריסתו של הבניין הינה "פעולה מלחמתית". כפי שיובהר להלן, הקביעה העובדתית שהבניין ממולכד איננה נקייה מספקות.

16. מר קובי שמעון (להלן: "קובי") העיד בפני כבוד בית משפט קמא כי לצורך ביצוע עבודת פיצוץ הבניין בפרק זמן של שעה-שעה וחצי נדרשים 25 חיילים (עמוד 92 למעלה לפרוטוקול), וכי חימוש המוקשים והצמדתם לעמודי הבניין הינה עבודה רבה (עמוד 94 באמצע לפרוטוקול).

17. בסוגיית מלכוד הבניין, ציין קובי באופן מפורש כי במידה והבניין אכן היה ממולכד, אף אחד לא היה נכנס אליו (עמוד 99 למטה לפרוטוקול). זאת כאמור בניגוד לדרך הפעולה בה נקט הצבא שבכך שהכניס לבניין חיילים במשך למעלה משעה לצורך חימושו, תוך סיכונם של החיילים בהתחשב בידיעה שהחזיק הצבא באותה העת בדבר היותו של הבניין ממולכד, כטענת המשיבה. ובהמשך עדותו, מציין קובי את הדברים הבאים בנוגע לדרכי פעולה שונות:

- "ת. במידה והבניין ממולכד, אפילו חייל אחד זה מיותר. אם יש מילכוד צריך לטפל במילכוד ואז להכניס חיילים.
- ש. למה להכניס חיילים
- ת. יש להכניס רובוט לפני חיילים
- ש. שאלתי אותך לגבי רובוט, כאשר אתה מפעיל את הרובוט מבחוץ, מה טווח הפעולה של הרובוט
- ת. עבדתי עם רובוט עם גלגלים בלבנון. את הרובוט הזה לא הפעלתי אבל הוא עולה

במדרגות. זה רובוט מסוג זחלים אני מכיר  
את הרובוט אך לא הפעלתי אותו. הרובוט  
יכול לעלות לקומה רביעית. הרובוט מופעל  
על ידי מישהו שיושב ליד ווידאו. אני  
הפעלתי חוליות שמפעילות רובוטים. אני  
בתור מפקד הנדסה צריך להכיר את  
הכלים." (עמוד 101 לפרוטוקול).

18. עוד ציין קובי בעדותו לעניין ההחלטה להרוס את הבניין כי "מפקד הסיירת חטא פה"  
(עמוד 102 למעלה לפרוטוקול), וכי שיטת הפעולה שבה עבדו החיילים בחימוש הבניין  
מלמדת על כך שהוא לא היה ממולכד (עמוד 102 באמצע ועמוד 103 באמצע לפרוטוקול),  
ואם הבניין היה ממולכד לא היה מקום להכניס אליו חיילים אלא רובוט (עמוד 103  
למעלה לפרוטוקול).

19. בהמשך דבריו, ציין קובי את הדברים הבאים באשר לסיבה בעטיה פוצץ הבניין על פי  
שיקול דעתו המקצועי:

"ת. ... אני טוען שהוא נהרס רק בגלל שהוא  
היה שולט ולא בגלל שהוא היה ממולכד.  
הוא שלט על העיקול, על מחנה הפליטים  
של ג'נין..." (עמוד 104 באמצע לפרוטוקול).

20. מר שמעון שמשון קניפל (להלן: "שמשון") העיד בפני כבוד בית משפט קמא כי הכנסת  
החיילים למבנה ממולכד עומדת בניגוד גמור להנחיות ולנהלים בצבא (עמוד 111  
לפרוטוקול), בזו הלשון:

"ת. זה בניגוד לכל ההנחיות שיש. מידע שאומר  
שהבניין ממולכד לא נכנסים לתוכו לא  
יודעים אם יש מלכוד אין מלכוד, זו סכנה.  
אפשר לטפל בדברים האלה ללא כניסה."

ובהמשך-

"ת. בניין ממולכד אם אתה לא יודע מה יש בו,  
אתה לא נכנס לתוכו ועושה את המקסימום  
לנסות לדעת מה יש בו על ידי תצפית,  
תחקור אנשים, הכנסת רובוט ולא נכנס  
ככה. אין דבר כזה." (עמוד 113 למטה)



## לפרוטוקול

21. גם לשיטתו של **שמשון**, סדר הפעולות של החיילים בחימוש הבניין מראה כי הוא לא היה ממולכד, אחרת זה היה מהווה סכנה לחיילים וכי לא נעשה דבר על מנת לאמת אם הבניין היה ממולכד אם לאו (עמוד 116 לפרוטוקול).
22. עד **המשיבה ר'**, מפקד הכוח שפעל להריסת הבניין העיד בפני כבוד בית משפט קמא כי הסיבה היחידה לפיצוץ של הבניין היא קיומו של מידע מודיעיני אודות היותו ממולכד (עמוד 64, ש' 4-5 לפרוטוקול). על פי אותו מידע, גרם המדרגות בבניין היה ממולכד, כאשר לא ידוע מה המיקום המדויק של המלכוד ובאיזו קומה מדובר ועל כן החיילים נכנסו רק לקומת הקרקע של הבניין ולא עלו במדרגות (עמוד 64, ש' 22-25 לפרוטוקול וכן עמוד 70, ש' 6-7 לפרוטוקול, וכן עמוד 74, ש' 6-7 לפרוטוקול).
- בדברים אלו של ר' הוא אינו שולל כי המטענים, שהיו מצויים על פי המידע המודיעיני בבניין, יכול והיו מונחים גם בגרם המדרגות שבקומת הקרקע, וזאת בשל העדר ידיעה בדבר מיקומם במרחב של הבית. ישאל השואל היעלה על הדעת, נוכח סכנת חיים וודאית שנשקפה לחיי חיילים, להכניסם ביודעין לצורכי חימוש הבניין?
23. בהמשך העיד ר' כי משך העבודה של חימוש הבניין נשוא הערעור ארך בין שעה לשעה ורבע (עמוד 72, ש' 12-13, 23 לפרוטוקול). באשר לכמות החיילים שביצעו את המשימה, ר' לא חושף מספרם, אלא מציין כי מדובר במינימום חיילים (עמוד 72, ש' 24 לפרוטוקול). אמנם לא ברור מכך מהו מספר החיילים שעבדו בשטח, אולם גם סיכון חייהם של מספר מצומצם של חיילים בעקבות מלכוד הבניין היא פעולה בלתי הגיונית ובלתי סבירה בעליל ומנוגדת לכל הנהלים וההנחיות.
24. גם המומחה מטעם **המשיבה, מר גיל אזוגי** העיד בפני כבוד בית משפט קמא כי הזמן הדרוש למשימת המיקוש של הבניין הוא בין שעה לשעה וחצי (עמוד 136, ש' 8-9 לפרוטוקול)
25. מדבריהם של עדי **המשיבה ר' ו- גיל אזוגי** בעניין משך הזמן שנדרש לחימוש הבניין לצורך הריסתו, העובדה שחיילים בפיקודו של ר' נכנסו לבניין במשך למעלה משעה, בעוד ישנו מידע מודיעיני בדבר היותו של הבניין ממולכד, מטילים עננה כבדה של ספק על עצם הטענה שהבניין היה אכן ממולכד. סביר יותר להניח שהבניין לא היה ממולכד מאשר שכן היה ממולכד. העובדה שלאורך כל אותה שעה המטענים שלכאורה היו קיימים בבניין לא הופעלו וכן לא היה ירי מהבניין או מסמוך אליו, כל אלה משמיטים את הקרקע תחת טענת **המשיבה** בנוגע להיותה של הפעולה של הריסת הבניין צורך מלחמתי, כזה שנבע מסכנה אמיתית וודאית לחיילים.

26. עד המשיבה המכונה 'יורי', שהינו איש שב"כ, העיד לעניין סוגיית המידע המודיעיני שהתקבל מהשב"כ אודות מלכוד הבניין. לדבריו, יורי כלל לא קיבל את הידיעה בנוגע לבניין נשוא הערעור (עמוד 148, ש' 28-29 לפרוטוקול). הוא ראה את המידע (עמוד 150, ש' 22-23 לפרוטוקול) וכן תיעוד המידע נשמר (עמוד 149, ש' 8-32 לפרוטוקול). עוד הוסיף כי מדובר במידע אמין (עמוד 151, ש' 3 לפרוטוקול).

27. יורי אישר כי נהוג בשב"כ לזמן לחקירות דיירים של בית שיש מידע לגביו כי מוטמנים בו מטענים ועל מנת לבדוק אם יש מקום להעמידם לדין (עמוד 151, ש' 24-29 לפרוטוקול). למותר לציין כי בענייננו המערערים לא זומנו לחקירה בשום שלב על ידי מי מגורמי הביטחון, שב"כ או צה"ל, על רקע האירוע נשוא הערעור והמידע המודיעיני שהיה אודות הבניין שבבעלותם. כמו כן הם לא הועמדו לדין בגין פרשה זו (עמוד 75, ש' 20-30 לפרוטוקול וכן עמוד 76, ש' 2 לפרוטוקול).

28. דברים אלה עומדים בסתירה לעדותו של ר' בפני כבוד בית משפט קמא בדבר ידיעתו כי מלכוד הבניין נעשה על ידי הדיירים המתגוררים בו, היינו על ידי המערערים (עמוד 75, ש' 19-22 לפרוטוקול). בתגובה לדבריו אלה בדבר אחריות המערערים למלכוד הבניין וכן עדותו לפיה לא ידוע לו האם המערערים נחקרו בגין אירוע זה, העיר כבוד בית משפט קמא כי דבריו של ר' הינם בגדר עדות סברה (עמוד 75, ש' 25-31 לפרוטוקול).

29. בהמשך עדותו ציין יורי כי אינו יודע האם המערערים תוחקרו כחלק מבדיקת אמינות המידע בדבר היותו של הבניין ממולכד (עמוד 151, ש' 12-14 לפרוטוקול).

30. עד המשיבה סא"ל (מיל') יורם (להלן: "יורם") העיד בסעיף 10 לתצהירו כי ההצעה לפוצץ את פיר המעלית וגרם המדרגות בלבד אין בה כדי למנוע את האיום שבתפיסת הבניין על ידי מחבלים. במקביל ר' ציין בעדותו בפני כבוד בית משפט קמא כי הסיבה היחידה לפיצוץ של הבניין הייתה עובדת היותו ממולכד (עמוד 64, ש' 4-5 לפרוטוקול). בניגוד לעדותו של ר', מדבריו של יורם ניתן ללמוד כי גם אם הבניין לא היה ממולכד הצבא היה מפוצץ אותו.

31. בהקשר לעד ההגנה יורם יצוין כי בעמוד 86 לפרוטוקול הורה כבוד בית משפט קמא על הוצאת התצהיר שהוגש מטעמו מכיוון שערך בדרך של חוות דעת מומחה. בהמשך, נחקר יורם בחקירה נגדית (עמוד 138 לפרוטוקול ואילך), כאשר בעמוד 124 לפרוטוקול (שורות 4-11) הורה כבוד בית משפט קמא בהחלטה כי ההתנגדות להגשת חוות דעתו של יורם נדחתה. מכאן, שקיימת אי בהירות האם כבוד בית משפט קמא התיר לקבל את תצהירו של יורם לתיק, או לאו.

32. מכל המקובץ לעיל, ברי כי הבניין נשוא הערעור לא היה ממולכד וכי המידע שהיה בידי הצבא בדבר היותו של הבניין ממולכד על בסיסו נתקבלה ההחלטה להרוס את הבניין הינו

מידע בלתי אמין בעליל, אשר לא נעשה דבר בשטח לצורך אימותו. כפי הנראה גם הכוחות בשטח לא סמכו על מהימנות המידע, אחרת כיצד ניתן להסביר את סיכון חיי החיילים בעבודת מיקושו של הבניין במשך זמן רב של למעלה משעה. יתר על כן, המשיבה לא הביאה ראיות לכך שנעשו בדיקות לאמיתותו של המידע המודיעיני.

33. בשולי הדברים יצוין כי מסקנתו של כבוד בית משפט קמא בפסק הדין, לפיה אין להמתין ולהזמין יחידה לסילוק פצצות אשר ייתכן ופעלה במקום אחר (עמוד 13, פסקה 22 לפסק הדין), משוללת כול יסוד הואיל ולא הובאה כל ראיה על ידי המשיבה בעניין זה ולפיכך מדובר בסברה גרידא. כמו גם לאור עדותו של קובי כי בתנאים בהם בית ממולכד יש יחידה מקצועית- היחידה לסילוק פצצות, אשר משימה זו היא בתחום מומחיותה, חלף הכנסת חיילים למבנה לצורכי מיקושו (עמוד 105 למעלה לפרוטוקול).

34. כמו כן, קביעתו של כבוד בית משפט קמא בפסק הדין לפיה מספר החיילים שהשתתפו במשימת חימוש הבניין הינו קטן (עמוד 14, פסקה 23) אין לה על מה לסמוך, שכן בעדותו של ר' בעמוד 72, ש' 24 לפרוטוקול כלל לא מצוין מספר החיילים וכל שנאמר זה "מינימום חיילים", כך שלא ניתן להסיק מדברים אלה כי מדובר במספר קטן דווקא. על כן טעה כבוד בית משפט קמא בכך שביסס את מידתיות הפעולה, בין היתר גם על גודל הכוח הצבאי שפעל במסגרתה, ואשר מעולם לא נחשף ונותר בגדר נעלם.

### ב.3. יומן המבצעים ואמינות תוכנו

35. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי יש לקבל את הרישום ביומן המבצעים כראיה לכאורה לתוכנו (עמוד 11, פסקה 17 לפסק הדין), זאת חרף אי סדרים בעריכת יומן המבצעים המעידים על העדר אמינותו.

36. סעיף 483(א) לחוק שיפוט צבאי, תשט"ו-1955 (להלן: "חוק השיפוט הצבאי") קובע כי "מסמך הנחזה כפקודת קבע או כפקודת שיגרה של יחידת צבא או כפנקס, כיומן או כרישום אחר המתנהל בצבא על פי דין, על פי פקודה צבאית מוסמכת או על פי הנוהג, יכול בית הדין לקבלו כראיה לכאורה על תוכנו". סעיף 488 לחוק השיפוט הצבאי קובע כי הוראת סעיף 483 חלה גם על דין לפני כל בית משפט או בית דין אחר במדינה.

37. הוראת סעיף 483(א) לחוק השיפוט הצבאי קובעת כי התיעוד ביומן מבצעים ישמש כראיה לכאורה לתוכנו. התיבה "לכאורה" מלמדת כי הסעיף יוצר חזקה שניתנת לסתירה, אשר כפי שיובהר להלן, המעוררים עמדו בה והוכיחו כי נמצאו ליקויים ברישום ביומן המבצעים באופן שיש לדחות את האמור בו לעניין היות הבניין ממולכד. יתר על כן, המשיבה לא הביאה ראיות בדבר אמיתות תוכנו של יומן המבצעים ואופן הרישום בו.

38. מעיון ביומן המבצעים שהוגש על ידי המשיבה לכבוד בית משפט קמא עולה כי התיעוד בו אינו מתיישב עם רישום תקין של יומן מבצעים, כך שישנן מחיקות והוספת מידע רב. כבוד בית משפט קמא התרשם מכך בעצמו והדבר אף צוין בעמוד 159 לפרוטוקול הדיון, בזו הלשון: "ביהמ"ש מעיין ביומן ורואה שכמעט בכל עמוד קיימות מחיקות והוספות".

39. בעניין זה העיד קובי כי ניתן לראות שבמקום שבו תועד פיצוץ הבניין ביומן המבצעים הוספה לאחר מכן המילה "ממולכד" וכי לשיטתו בקטע הזה מדובר בהוספת פיקטיבית של מילה. על כך למד מניסיונו ומעבודתו כמפקח על חיילים המתעדים אירועים ביומן המבצעים ולדבריו עצם הוספת מילים ביומן המבצעים ללא חתימה ליד התיקון הינה דבר לא שגרתי באשר לאופן כתיבת יומן מבצעים (עמוד 97 לפרוטוקול).

40. טעה כבוד בית משפט קמא בהתבססו על התיעוד ביומן המבצעים בדבר היותו של הבניין ממולכד חרף עדותו של קובי, בנימוק כי קובי מעולם לא שימש בתפקיד של סמב"צ ולא מילא יומן מבצעים מעולם (עמוד 11, פסקה 17 לפסק הדין). קובי העיד כי על אף שלא עסק בעת שירותו הצבאי ככותב ביומני מבצעים, הרי שהוא שימש כקצין אגף מבצעים, וכמפקד פלוגה, במסגרתם עסק גם בעבודת פיקוח על החיילים הכותבים יומן מבצעים ובודק את כתיבת הנתונים על ידיהם. לאורך שנות שירותו הצבאי הרבות הוא נחשף ליומני מבצעים כהליך שבשגרה ובקיא באופן העבודה עם יומני מבצעים והתיעוד בהם (עמודים 97-98 לפרוטוקול).

41. נוכח כל האמור לעיל, אין לקבל את האמור ביומן המבצעים בנוגע להיותו של הבניין של המערערים ממולכד במטענים לצורך הקביעה שפעולת החיילים במיקושו של הבניין והריסתו היא פעולה מלחמתית, ובית המשפט הנכבד מתבקש להתעלם מכך.

#### 4.ב. "הפוגה" בלחימה מפסיקה את "מלחמתיות" הפעולה

42. טעה כבוד בית משפט קמא בעת שקבע כי פעולת הריסת הבניין היא מלחמתית ושאין המדובר בפעולת שיטור (עמוד 14, פסקה 24 לפסק הדין) וכן טעה בכך שקבע שאין להטיל על החיילים את מורת דיני הנזיקין ושאין המדינה חבה בנזיקין בהיות האירוע פעולה מלחמתית (עמוד 15, פסקה 25 לפסק הדין).

43. המערערים יטענו כי בהתאם להתנהלות האירועים בשטח ביום האירוע וחפותם של המערערים לאורך כל הדרך: לפני הריסת הבניין, עובר בפניוים של המערערים מהבניין

וכלה בפעולת החיילים עצמה למיקוש הבניין והריסתו, נוצר מצב של הפוגה במהלך הלחימה, היינו פרק זמן שבו לא נשקפה סכנה לכוח הצבאי ושבמהלכו יש לייחס לכוח הצבאי אחריות מוגברת כלפי חפים מפשע, וכפרק זמן שבו אין המדינה נהנית מחסינות מפני קביעת אחריותה בנוזיקין בגין מעשי שלוחיה.

44. ויובהר, המערערים עומדים על טענותיהם בדבר שלילת אופייה המלחמתי של הפעילות שהביאה להריסת הבניין של המערערים וכי באומרם שכאשר בוצעו כל הפעולות שמטרתן להביא להריסת הבניין (פינוי הדיירים, הכנסת חיילים ומיקוש הבניין) הייתה "הפוגה" בלחימה, אין המדובר בטענה עובדתית חלופית, אלא מדובר בטענה משפטית חלופית שמעלים המערערים, בדגש על כך שאין כלל מחלוקת עובדתית בין הצדדים על אופן קרות האירועים.

45. ברע"א 10482/07 לואא ח'אלד עלאונה ואח' נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), ניתן ב-17.3.10, נדון אירוע שבו השתתפו כוחות צה"ל במבצע ללכידת מבוקשים שהתבצרו בבית מגורים בשכונה המזרחית בג'נין. במקום האירוע התפתח קרב בין החיילים למבוקשים במסגרתו נמשכו חילופי אש כבדים במשך מספר שעות. בשלב מסוים נתבקשו דיירי הבית לצאת ממנו בעת שהייתה הפוגה קצרה בחילופי הירי. כתוצאה מירי כוח צה"ל נהרגה אישה ושתי בנותיה הפעוטות נפגעו. עזבונה של המנוחה, בעלה ושתי בנותיה הגישו תביעה נזיקית נגד המדינה. כבוד בית המשפט השלום קיבל את התביעה והטיל אחריות על המדינה בנוזיקין. ערעור שהוגש על ידי המדינה לכבוד בית המשפט המחוזי התקבל וההחלטה נהפכה. כבוד בית המשפט העליון דן בבקשה לרשות ערעור כערעור וקבע כדלקמן:

"מצב זה שבו מוכרזת לרגע הפסקה בפעילות המלחמתית, על מנת לאפשר לאזרחים שאינם מעורבים בפעולות הלחימה לעזוב בבטחה את אזור הסכנה ולעבור למקום מבטחים, יוצא מגדר "המצב המלחמתי" הפעיל; עם זאת אין הוא נופל בגדר "פעולת שיטור". הוא מחלף מזמן הקרב פרק זמן קצוב ובו פתח של הצלה לבלתי מעורבים. בפרק זמן זה, אפילו הוא מקוים באורח חד צדדי, אין מתקיימת לשום צד חסינות מאחריות מקום בו אזרחים נקראים לצאת מן הבית, ואז נורים ברשלנות. מסקנה זו מתבקשת גם לפי אמת מידה הבוחנת את מידת הסיכון הנשקף לכוח. במקום שבו מתקיימת הפסקת אש של ממש, מידת הסיכון הנשקפת לחיילים יורדת- ה'מחוג' של 'מדד הסיכון' משנה את מיקומו, והחובה לנקוט באמצעי

זהירות סבירים כדי למנוע פגיעה באזרחים מתחדדת. כך בוודאי מקום שבו מוכרזת הפוגה כל דעת היריבים כולם, אולם כך גם במקום שבו צד אחד חף מכל הקפדה על כללים אנושיים; גם אז שומה על הצד האחר הרואה עצמו מודרך על ידי גישה הומניטארית מתבקשת, לעשות את שבידיו כדי להבטיח כי בהמלך הפוגה לא תכוון אש אל פתח ההצלה- תרתי משמע." (שם, עמוד 9, פסקה 9 לפסק הדין) (ההדגשות שלי- ה.א.ש.)

46. באותה פרשה, וחרף דחיית הערעור קבע כבוד בית המשפט העליון כי ראוי שמדינת ישראל תפצה את התובעים על מות האם והעל הפגיעה בבנותיה, כמחווה אנושית וכמעשה חסד ראוי (שם, עמוד 11, פסקה 11 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה כבוד השופט ריבלין וכן עמוד 13, פסקה 4 לחוות דעתו של כבוד השופט ג'ובראן).

47. הנה כי כן, גם אם טענת המערערים בדבר אי היותה של פעולת החיילים להריסת הבניין פעולה מלחמתית תדחה על ידי בית המשפט הנכבד, הרי שהמסקנה אפוא כי בעת אירוע הריסת הבניין ובזמן שקדם לו הייתה הפוגה מהלחימה, כמשמעותה בפרשת עלאונה לעיל. על כך ניתן ללמוד ממהלך העניינים כפי שהתרחשו בעת האירוע, כדלקמן:

- א. אין מחלוקת כי לא היו יריות מהבניין בשום שלב של האירוע, לא לפני קבלת ההחלטה על פינוי הבניין והריסתו ולא תוך כדי ביצוע פעולת ההריסה.
- ב. אין מחלוקת כי לא היו מחבלים בתוך הבניין.
- ג. הדיירים נשמעו לכריזות החיילים ופינו את הבניין בשעת בוקר מוקדמת לפי ההוראות שניתנו להם מבלי לעורר התנגדות.
- ד. כפי שפורט לעיל, ישנה אי בהירות בנוגע לשאלה האם הבניין היה ממולכד כלל ועיקר, בין היתר נוכח משך הזמן הרב שעמד על למעלה משעה, במהלכה הניחו החיילים מוקשים בקומת הקרקע של הבניין ולא נגרם להם כל נזק.

## 5.ב. העדר מידתיות

48. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו כי פעולת הכוח הצבאי להריסת הבניין אינה נגועה בחוסר סבירות וכי כל האמצעים שהוצעו על ידי המומחים מטעם המערערים לא ישימים במקרה דנן (עמודים 17-18, פסקה 29 לפסק הדין).

49. המערערים יטענו כי הפעולה לפיצוץ הבניין הינה בלתי מידתית.



50. בבג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל (פורסם בנבו), ניתן ב- 14.12.06, אשר דן במדיניות "הסיכול הממוקד" של ממשלת ישראל ובפעילות כוחות הביטחון להריגתם של פעילי טרור בשטחים, נקבע לעניין פגיעתם של אזרחים תמימים כתוצאה מהתקפה על אזרח המשתתף באופן ישיר במעשי איבה כי פגיעה זו צריכה לעמוד במבחן המידתיות. עקרון המידתיות הינו כלל מנהגי בעל תוקף מחייב בשיטת המשפט הישראלי:

"הכלל הוא כי הפגיעה באזרחים התמימים הנגרמת כאובדן נלווה תוך כדי פעולות לחימה צריכה להיות מידתית... אזרחים עשויים להיפגע כאשר הם גרים, עובדים או עוברים ושבים בקרבת מטרות צבאיות; לעיתים בשל תקלה נפגעים אזרחים גם אם הם מרוחקים ממטרות צבאיות... בכל המצבים הללו ובאחרים דומים להם, הכלל הינו כי הפגיעה באזרחים התמימים חייבת לקיים בין השאר, את עקרון המידתיות..." (ש, עמוד 41, פסקה 41 לפסק הדין).

51. לפיכך, יש לבחון האם פעולת צה"ל להריסת הבניין של המערערים מקיימת יחס מידתי ראוי בין המטרה הצבאית לבין הנזק שנגרם למערערים תוך כדי פעולה זו. על פי מבחן זה, הריסת הבניין שבבעלותם של אזרחים תמימים אינה מותרת אם הנזק הנלווה להם אינו שקול כנגד התועלת הצבאית. וכך נקבע-

"... על כן יש לקיים את דרישותיה של המידתיות במונח הצר במקרה בו הפגיעה בטרוריסט גוררת אחריה נזק נלווה לאזרחים תמימים המצויים בקרבת מקום. כלל המידתיות חל לגבי הפגיעה באזרחים תמימים אלה (ראו סעיף 51(5)(b) לפרוטוקול הראשון). הכלל הינו, שאין לפגוע בלוחמים או במחבלים אם הנזק הצפוי לאזרחים תמימים שבקרבתם אינו שקול כנגד התועלת הצבאית שבפגיעה בהם..." (שם, עמוד 44-43, פסקה 46 לפסק הדין הנ"ל בעניין הועד הציבורי).

52. הנזק הרב שנגרם לביתם, לפרנסתם ולקניינם של מערערים וכן לעומת התועלת הצבאית מהפעולה, בדגש על אי היותה פעולה מלחמתית או לכל הפחות פעולה בזמן הפוגה, מוביל למסקנה שפעילות המשיבה אינה פרופורציונאלית. הדברים נאמרים ביתר שאת כאשר היו בידי הכוח הצבאי בשטח מספר דרכי פעולה שונות לנקוט באמצעים שפגיעתם פחותה יותר, כפי שהעידו המומחים מטעם המערערים, הן לגבי טיפול בבניין על באמצעות

היחידה לסילוק פצצות, הכנסת רובוט, ואפילו השתלטות על הבניין, והן באשר לאימות המידע המודיעיני בדבר מלכוד הבניין ומתן זכות טיעון למערערים בטרם הריסת ביתם. וכך נאמר לעניין זה בפסק הדין:

"אכן, מבין האמצעים הצבאיים, יש לבחור באותו אמצעי שפגיעתו בזכות האדם של הנפגע היא הפחותה. על כן, אם ניתן לעצור טרוריסט הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה, לחקור אותו ולהעמידו לדין, יש לנקוט בכל אלה... משפט עדיף על שימוש בכוח. מדינת חוק נוקטת ככל האפשר בהליכי משפט ולא בהליכי כוח..." (שם, עמוד 38-39, פסקה 40 לפסק הדין הנ"ל בעניין הועד הציבורי).

53. גם בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (פורסם בנבו), ניתן ב- 30.6.04, שדן בעתירה על חוקיות צווים המורים על תפיסה של שטחי מקרקעין (חלקם בבעלות פרטית) באזור יהודה ושומרון לצורך הקמת גדר ההפרדה, שהוצאו על ידי המפקד הצבאי, נקבע לעניין עיקרון המידתיות, הדברים הבאים:

"אחד מאותם עקרונות יסוד המאזנים בין המטרה הראויה לבין האמצעים להגשמתה הוא העיקרון של מידתיות (proportionality). על-פיו, ניתן להגביל את חירותו של הפרט (בענייננו, חירותם של התושבים המקומיים הנתונים לתפיסה לוחמתית) כדי להגשים מטרות ראויות (לענייננו, ביטחון המדינה ואזרחיה וביטחון האזור), ובלבד שההגבלה הינה מידתית... מידתיות אינה רק עיקרון כללי של המשפט הבינלאומי (הכללי וההומניטרי). מידתיות היא גם עיקרון כללי של המשפט המינהלי הישראלי (ראו: ז' סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" [55]; י' זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" [56], בעמ' 130). תחילה כעיקרון הילכתי ואחר כך כעיקרון חוקתי שהוא חלק מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8), הוא כיום אחד מערכי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי... עקרון המידתיות חל לעניין כל פעולה של רשות מינהלית ישראלית. הוא חל גם לעניין הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי על-פי דיני התפיסה הלוחמתית... הנה-כי-כן, דיני המשפט הבינלאומי, מזה, ועקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, מזה,



מכירים במידתיות כאמת מידה המאזנת בין סמכותו של המפקד הצבאי באזור לבין צרכיה של האוכלוסיה המקומית. אכן, כחוט השני עובר בפסיקתו של בית- המשפט העליון עקרון המידתיות כאמת מידה המגבילה את כוחו של המפקד הצבאי (ראו ז' סגל "סמכות ביטחונית, יחסיות מינהלית וביקורת שיפוטית" [58]...).

54. כבוד בית המשפט העליון בפרשת בית סוריק התווה את המבחנים

"...הן במשפט הישראלי, נקבעו שלושה מבחני משנה עקרוניים, המעניקים תוכן קונקרטי לעקרון המידתיות... מבחן המשנה הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת צריך להיות גזור להשגת המטרה אשר הרשות המינהלית מבקשת להשיגה. האמצעי שנקט המינהל צריך להוביל באופן רציונלי להגשמתה של המטרה. זהו מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הרציונלי. מבחן המשנה השני קובע כי האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט להגשמת המטרה יש לנקוט אותו אמצעי שפגיעתו פחותה. זהו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. מבחן המשנה השלישי קובע כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת להגשמת מטרותיה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא. זה מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות "במובן הצר")."

55. הנה כי כן, מכל המפורט בפרק ב' לעיל נובע כי פעולת הריסת הבניין לא עומדת במבחני המידתיות כפי שנקבעו בפסיקה, הן באשר לכך שהתועלת מהפעולה של הכוח הצבאי לא עומדת ביחס ראוי לנזק שנגרם למערערים, הן משום שהפעולה לא הייתה בבחינת האמצעי המתאים או הרציונאלי בנסיבות העניין, והן לאור זאת שגם אם היה צורך ביטחוני ממשי להפסקת פעילות הטרור באזור מגוריהם של המערערים, הרי שניתן היה לבחור באמצעי פחות פוגעני כיאה לשיטות משטר דמוקרטיות.

## ג. עוולת הסגת גבול במקרקעין

56. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו שלא עומדת למערערים טענה של עוולת הסגת גבול, הואיל והיסוד "שלא כדין" אינו מתקיים בנסיבות המקרה, זאת משום "שכן היה הצדק לצבא לפוצץ את הבניין בשל הסכנה שמטעני חומר הנפץ יופעלו ויפגעו בחיילי הצבא" (עמוד 19, פסקה 31 לפסק הדין).

57. סעיף 29 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנזיקין") קובע כי:

"הסגת גבול במקרקעין היא כניסה למקרקעין שלא כדין, או היזק או הפרעה בידי אדם למקרקעין שלא כדין; אך אין תובע יכול להיפרע פיצויים על הסגת גבול במקרקעין אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון."

סעיף 30 לפקודת הנזיקין קובע כי:

"בתובענה שהוגשה על הסגת גבול במקרקעין — על הנתבע הראיה שהמעשה שעליו מתלוננים לא היה שלא כדין."

58. היסוד "שלא כדין" פורש בפסיקת בית המשפט כך: "בלא שיימצא בדין הצדק למעשה שנעשה" (ראו ע"פ 2/73 שמעון סלע נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 371, 374)

59. בהתאם לכל המפורט בפרק ב לעיל בדבר העדר היותה של פעילות החיילים בהריסת הבניין פעולה מלחמתית וכי לא נשקפה להם סכנת חיים מיידית, ידיעה בלתי מהימנה כי הבניין היה ממולכד, ולכל הפחות ההפוגה בלחימה בעת קרות האירוע וכן האופי הבלתי מידתי של הפעולה, בשל כל אלו- יטענו המערערים כי המשיבה לא הוכיחה בפני כבוד בית משפט קמא כי היה צורך מלחמתי אמיתי להרוס את הבניין של המערערים וכי מעשיהם של החיילים במקום האירוע מהווה הסגת גבול כמשמעותה בפקודת הנזיקין, ואשר כתוצאה ממנה סבלו המערערים נזק ממון רב.

## ד. אי מתן זכות טיעון

60. טעה כבוד בית משפט קמא עת לא התייחס בפסק דינו לטענת המערערים בדבר הזכות לטיעון.

61. בסעיף 12 לכתב התביעה שהוגש לכבוד בית משפט קמא טענו המערערים כי לא ניתנה להם זכות שימוע ו/או השגה ו/או ערר.

62. ואכן, בשום שלב לא ניתנה למערערים הזדמנות לשטוח את טיעוניהם כנגד פעולת החיילים של פיצוץ הבניין. כשנשאל עד התביעה ר' בעניין זה, הוא אישר בפני כבוד בית משפט קמא כדלקמן:

"אני לא יכול לתת כאלה דברים. אני הגעתי למבנה לאחר שנאמר לי שהמבנה כבר ריק. בזמן הפעילות אנחנו לא הולכים עם טפסים וצווים" (עמוד 77, ש' 18-20 לפרוטוקול).

63. בג"ץ 6696/02 עאמר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו (6) 110, עסק בעתירת בני משפחה של מחבלים אשר ביצעו פיגועי התאבדות, כנגד אפשרות הריסתם של בתיהם על ידי המדינה. נקבע לעניין הזכות לטיעון הדברים הבאים:

"זכותו של אדם כי ישמע קולו בטרם ייפגע בגופו או ברכושו היא זכות יסוד. על זכות זו עמד בית-משפט זה בשורה ארוכה של פסקי-דין (ראו: בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר- הפנים [1], בעמ' 1508; בג"ץ 290/65 אלתגר נ' ראש העירייה [2], בעמ' 33; בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה [3], בעמ' 654; ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל [4], בעמ' 363; בג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום [5], בעמ' 637-638; בג"ץ 5621/96 הרמן - ראש-עיריית אופקים נ' השר לענייני דתות [6], בעמ' 817. ראו עוד י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך ב) [10], בעמ' 793). זכות זו חלה לא רק בשטחה של מדינת ישראל. היא חלה גם באזור (ראו בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון [7]). היא חלה בתקופות רגיעה. היא

חלה בתקופות לחימה. היא חלה גם לעניין הריסת מבנים שבהם מתגוררים מחבלים, אם בתקופת רגיעה ואם בתקופת לחימה. עם זאת ככל זכות אחרת, אין היא זכות מוחלטת." (שם, עמוד 114, פסקה 4) (ההדגשות שלי- ה.א.ש.).

ובהמשך-

"אי-תחולתה של הזכות לטיעון במקרה של פעולה צבאית-מבצעית נגזרת מהאיזון שבין הזכות של היחיד לטיעון בגין פגיעה בגופו או ברכושו, מזה, לבין הצורך הציבורי החיוני בהגשמת הפעולה הצבאית - צורך שמאחוריו מונחת, בין השאר, הדאגה לביטחון החיילים וחייהם - מזה. על-כן אם קיים חשש רציני כי הענקת זכות טיעון יש בה כדי לסכן את חיי החיילים ולסכל את הפעולה עצמה, נדחית זכות הטיעון מפני צורכי הלחימה החיוניים. אך במקום שהסיכון (לחיילים) והסיכוי (לאי-הגשמת הפעולה) אינם קיימים, חוזרת זכות השמיעה למקומה, ומן הדין להגשימה גם במקרים של פעולות לחימה. על-כן אם בנסיבותיו של מקרה ספציפי אין קיים חשש ממשי לחיי החיילים או להצלחת הפעולה, יש לקיים את זכות השמיעה. זאת ועוד, גם במקום שבו אין לקיים את זכות השמיעה במלואה יש לעשות הכול כדי לקיימה בחלקה, כגון שמיעה בפני המפקד הצבאי המצוי במקום בטרם ייפגע הרכוש. לבסוף, ככל שכוחה של זכות השמיעה הולך ופוחת במצבים של צורך צבאי חיוני, כך גדל הצורך להבטיח כי בידי המפקד הצבאי יהיו נתונים בדוקים ומבוססים כי אכן מתקיימות הנסיבות המצדיקות מבחינתו את השימוש באמצעי המבצעי.

על יסוד מסגרת נורמטיבית זו מתבקשת המסקנה כי אין לקבוע מראש שבשל פעולות הלחימה אין מקום ליתן לעולם זכות שמיעה למי שטוען כנגד הריסת מבנה שבו התגורר מחבל שביצע פיגועים קשים שגרמו להרג ושפיכת דם. בדומה, אין לקבוע מראש כי על-אף פעולות הלחימה יש ליתן תמיד זכות שמיעה כאמור. הכול תלוי בנסיבות העניין ובאיזון הראוי בין זכות השמיעה, מזה, לבין הסיכון

(לחיילים) והסיכוי (להגשמת הפעולה), מזה. " (שם,

עמוד 115, פסקאות 5-6) (ההדגשות שלי-ה.א.ש.).

64. כדוגמא ליישום ההלכה הנ"ל ראו **פרשת המשתלות** המוזכרת לעיל, בה מנתח כבוד בית המשפט המחוזי בת"א את הסוגיה של זכות הטיעון, וקובע כי גם בעת פעולת מלחמה אין לשלול את הזכות לטיעון ויש מקום ליתן זכות זו בשטח, אחרת הדבר עלול להוות פגם מהותי בהתנהלות המדינה. כזכור, באותו מקרה קיבל בית המשפט תביעת רשלנות שהגישו התובעים בגין הריסת משתלות שבבעלותם על ידי הצבא מן הטעם שמבוצע משטחם ירי. חרף העובדה שבעת חישוף המשתלות בוצע ירי לעבר הכוח הצבאי, דבר שלא התרחש בענייננו, בית המשפט קבע כי: "**היה מקום לאפשר טיעון קצר בפני המפקד הצבאי אשר נמצא בשטח באותה העת**" (עמוד 41 באמצע לפסק הדין) וכי: "**העובדה כי לתובעים ניתנה הודעה בעל פה ולא ניתנה להם אפשרות טיעון מסודרת בפני המפקד בשטח, יש לקבוע כי נפל פגם מהותי בהתנהלותו של הצבא בעניין זה**" (עמוד 43 למעלה לפסק הדין).

65. על יסוד האסמכתאות שלעיל ברי כי הפרת זכותם של **המעוררים** להשמיע קולם כנגד פעולת הצבא להריסת הבניין מהווה פגם מהותי בהתנהלותה של **המשיבה** היורד לשורשו של עניין, השומט את הבסיס החוקי של פעולה זו.

## ה. עולת הרשלנות

66. **טעה כבוד בית משפט קמא** בקובעו שיסודות עבירת הרשלנות לא התקיימו במקרה הנדון וכי ההחלטה של ר', בהיותו מפקח הכוח הצבאי, לפוצץ את הבניין של **המעוררים** לא חרגה מתחום הסביר (עמוד 18, פסקאות 29-30 לפסק הדין).

67. קיומה של חובת זהירות מושגית של חיילי צה"ל כלפי אוכלוסיה אזרחית בשטחים נקבעה זה מכבר על ידי כבוד בית המשפט העליון. לעניין זה ראו: (1) ע"א 3889/00 **לרנר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 304, 111; (2) ע"א 361/00 **עאזם דאהר נ' סרן יואב**, פ"ד נט(4) 310, 331; (3) ע"א 6732/97 **נעימה אבו אלעש נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו), ניתן ב-15.3.06.

68. באשר לחובת הזהירות הקונקרטית, זו הופרה על ידי הכוח הצבאי מכל הנימוקים שפורטו בפרקים ב' עד ד' לעיל.

## ו. המשפט הבינלאומי כעילה משפטית עצמאית

### 1.1. שינוי חזית

69. טעה כבוד בית משפט קמא בדחותו את טענת בא כוחם של המערערים לפיה עומדת למערערים עילת תביעה נוספת מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטארי, בנימוק שהטענות הועלו רק בסיכומים (עמוד 168, ש' 21 ואילך לפרוטוקול) מבלי שהועלו בכתב התביעה והינם בבחינת הרחבת חזית אסורה (עמוד 24, פסקה 41 לפסק הדין).

70. בקביעתו זו, כבוד בית משפט קמא נתפס לכדי טעות הואיל והדוקטרינה של הרחבת חזית עוסקת רק בשינויי עובדות ולא נוגעת לטענות משפטיות שמקורן בדין ושאינן תלויות בעובדות המקרה.

71. תקנה 74 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: "תקסד"א") קובעת כדלקמן:

"(א) הועלתה בכתב טענות טענה של הפרת חובה חקוקה, יצויין החיקוק אשר הפרתו מהווה עילה לתובענה.  
(ב) מותר להביא בכתב טענות כל הוראת דין שהטוען מתכוון להסתמך עליה, אך אין בעל דין מנוע מהסתמך על הוראת דין כאמור מחמת שלא הביא אותה בכתב טענותיו."

72. על פי הוראת תקנה 74(א) לתקסד"א, מקום בו נטענת בכתב הטענות הטענה של הפרת חובה חקוקה, על בעל הדין לציין מפורשות את החיקוק אשר הפרתו מהווה עילה לתובענה. זוהי למעשה הוראה ספציפית ומיוחדת הדורשת פירוט של הוראת הדין מכוחה צומחת עילת התביעה.

73. ואכן המערערים לא ציינו בכתב התביעה מהי הוראת החיקוק הרלוונטית, אלא רק בשלב הסיכומים הופנה כבוד בית משפט קמא לחוק העונשין, תשל"ז-1977. אי לזאת, המערערים לא טוענים כנגד החלטתו של כבוד בית משפט קמא שלא לדון בעילה זו (עמוד 19, פסקה 32 לפסק הדין).

74. לא כך פני הדברים, באשר לפירוט עילות משפטיות בגוף כתב התביעה. הוראת תקנה 74(ב) לתקסד"א קובעת כי בעל דין רשאי לציין בגוף כתב הטענות את הוראות הדין

עליהם מסתמך ובכל מקרה אין הוא מנוע מלהסתמך גם על הוראות דין שלא הובאו בכתב הטענות.

75. יתר על כן, גם **בתקנה 9 לתקסד"א**, הקובעת את הפרטים שיש לציין בכתב תביעה, אין הוראה המורה שיש לציין את הוראות הדין או העילות המשפטיות עליהם מסתמך בעל דין. כמו כן **סעיף קטן (5) לתקנה 9** קובע כתב תביעה יכול את **העובדות העיקריות** המהוות את עילת התובענה, ואימתי נולדה. בנוסף גם **תקנה 71(א) לתקסד"א** קובעת כי כתב טענות יכול את הרצאת **העובדות המהותיות בלבד**, שבעל הדין מסתמך עליהן בתביעתו או בהגנתו.

76. הנה כי כן, לא הייתה שום חובה על המערערים לציין **הוראות דין** עליהם מתבססים בכתב תביעתם (למעט החריג של **תקנה 74(א) לתקסד"א**) ולכן הדוקטרינה של הרחבת חזית אינה חלה בעניינם (ראו בעניין זה: אורי גורן, **סוגיות בסדר דין אזרחי** (מהדורה עשירית, סיגא הוצאה לאור בע"מ, תשס"ט-2009), עמ' 64-65; משה קשת, **הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי- הלכה למעשה** (כרך א', מהדורה חמש עשרה, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תשס"ז-2007), עמ' 437-438, 449;).

77. לעניין הקביעה ששינוי חזית מיועדת לשינוי בבסיס העובדתי של התביעה להבדיל מהסתמכות על הוראות הדין, ראו דודי שוורץ, **סדר דין אזרחי- חידושים, תהליכים ומגמות** (הוצאת הקריה האקדמית אונו, תשס"ז-2007, עמ' 195-198).

78. להלן דוגמאות בפסיקה בה נקבע שלא צריך לצטט בכתב התביעה את הוראות הדין וניתן להסתמך על עילות מכוח הוראות דין על אף שלא צוינו בכתבי הטענות:

א. ע"א 794/86 **החברה המרכזית לשכון ולבנין בע"מ נ' אגנס פינק**, פ"ד מד(1), 226, 230-231. בעניין זה נקבע שהעובדות שפורטו בכתב התביעה שמבססות טענה של מצג שווא הן אותן עבודות שיש בהן כדי לבסס תשתית עובדתית לקביעת העדר תום לב בגדר **סעיף 12 בחוק החוזים (חלק כללי)**, **תשל"ג-1973**, על אף שהוראת דין זו לא פורטה בכתב הטענות. כמו כן נקבע כי אין לראות את כתבי הטענות כמעין סד הכובל את בית המשפט והמונע את פנייתו אל החומר והטיעונים שהובאו בפניו במסגרת ההליכים. לעניין זה, יפים הדברים הבאים:

**"אלא במה דברים אמורים? בהבאת העובדות על-ידי התובע, שהן הן אלה המגבשות את עילת התביעה, ולפיכך הן הצריכות תיאור מפורט בכתב התביעה.**



לא הכותרת המשפטית לעילת התביעה היא הטענה הבהרה והתייחסות מבראשית בכתב התובענה, אלא העובדות המקימות עילה כזו." (שם, עמוד 230, פסקה 7 לפסק הדין).

ב. ע"א 6064/93 מימסב חברה למילוי מיכלי סודה ביתיים בעמ נ' סודהגל בע"מ, פ"ד נ(3), 35, 44. במקרה זה נקבע כי כתב התביעה המושתת על עילה אחרת מהעילה של הפרת חובה חקוקה, אין חובה להזכיר את החוק אשר הפרתו מהווה עילה לתובענה.

ג. ע"א 4866/00 מדינת ישראל, משרד הביטחון נ' חתמי לויס, פ"ד נו(4), 434, 441. במקרה זה נקבע כי העילה של עשיית עושר ולא במשפט אמנם לא צוינה במפורש בכתב הטענות ובית המשפט בכל זאת אפשר את שמיעתה ואף התייחס אליה, תוך שהפנה לתקנה 9(5) לתקסד"א, אשר דורשת לציין את העובדות בלבד.

## 2.1. הוראות הדין במשפט הבינלאומי

79. הוראות הדין הרלוונטיות לענייננו הן:

- א. התקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907 - Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land (להלן: "תקנות האג")
- ב. אמנת ג'נבה הרביעית - Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949, (להלן: "אמנת ג'נבה הרביעית").

80. הוראת סעיף 23(g) לתקנות האג קובעת כדלקמן:

"Art. 23. In addition to the prohibitions provided by special Conventions, it is especially forbidden

...

(g) To destroy or seize the enemy's property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by



(ההדגשות שלי- "the necessities of war;

ה.א.ש).

81. במסגרת דיני התפיסה הלוחמתית סעיף 23(g) לתקנות האג קובע את האיסור בדבר השתלטות או הרס של קניינה של האוכלוסייה הנכבשת, זולת קיומו של צורך מלחמתי מחייב.

82. ברוח זו מורה סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כדלקמן:

**"Art. 53. Any destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons, or to the State, or to other public authorities, or to social or cooperative organizations, is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations."**

83. סעיף 147 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי הרס או השתלטות על קניין כמתואר בהוראות האמנה מהווה הפרה חמורה של הוראותיה:

**"Art. 147. Grave breaches to which the preceding Article relates shall be those involving any of the following acts, if committed against persons or property protected by the present Convention: wilful killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a protected person, compelling a protected person to serve in**

the forces of a hostile Power, or wilfully depriving a protected person of the rights of fair and regular trial prescribed in the present Convention, taking of hostages and extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly."

(ההדגשות שלי-ה.א.ש.).

84. המלומד Pictet מציין בספרו אודות אמנת ג'נבה הרביעית ביחס לסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית, ב- Commentary IV Geneva Convention Relating to the Protection of Civilian Persons in Time of War, את הדברים הבאים:

"In the very wide sense in which the article must be understood, the prohibition covers the destruction of all property (real or personal), whether it is the private property of protected persons (owned individually or collectively), state property, that of the public authorities (districts, municipalities, provinces, etc.) or of co-operative organizations." (שם, עמוד 301 למעלה)

ובהמשך-

"Furthermore, it will be for the Occupying Power to judge the importance of such military requirements. It is therefore to be feared that bad faith in the application of the reservation may render the proposed safeguard valueless; for unscrupulous recourse to the clause concerning military necessity would allow the occupying power to circumvent the prohibition set forth in

the convention. The occupying power must therefore try to interpret the clause in the reasonable manner: whenever it is felt essential to resort to destruction, the occupying authorities must try to keep a sense of proportion in comparing the military advantages to be gained with the damage done.

...

Moreover, Article 147 of the Fourth Convention includes among the "grave breaches" liable to penal sanctions under article 146, "extensive destruction... of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly."

(שם, עמוד 302) (ההדגשות שלי-ה.א.ש.).

85. כפי שהובהר בהרחבה בפרק ב' לעיל, המשיבה לא הוכיחה בפני כבוד בית משפט קמא צורך מלחמתי ממשי בפעולת הריסת הבניין, אשר נעשתה בניגוד להוראות המשפט הבינלאומי.

### 3.1. יישום המשפט הבינלאומי בפסיקה הישראלית

86. באשר לתחולתן של הוראות אלה במקרה דנן והיותן חלק משיטת המשפט הישראלית מתוקף היותן משפט מנהגי, נפסק בבג"ץ 2150/07 עלי חסיין מחמוד אבו צפייה, ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון, (פורסם בנבו) ניתן ב- 29.12.09, כדלקמן:

"הנורמות העיקריות החלות באזור הנתון לתפיסה לוחמתית הן התקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907 (להלן: תקנות האג), המשקפות משפט בין-לאומי מינהגי (עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 793; עניין הס, בעמ' 455; עניין עג'ורי, בעמ' 364; בג"ץ 591/88 טאהה נ' שר הביטחון, פ"ד מה(2) 52-53 (1991) (להלן: עניין טאהה); עניין

בית סוריק, בעמ' 827; עניין חוף עזה, בעמ' 517-516; עניין מראעבה, בעמ' 492). לצד זה, מעוגנים דיני המשפט הבינלאומי החלים על עימות מזוין בינלאומי גם באמנת ג'נבה הרביעית ( Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949 להלן: אמנת ג'נבה הרביעית), שהוראותיה המינהגיות היו לחלק ממשפטה של מדינת ישראל; ובפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה (ה- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977 (להלן: הפרוטוקול הראשון)), שעל אף שישראל אינה צד לו, משמשות הוראותיו המינהגיות אף הן חלק ממשפטה. בנוסף, במקום שבו קיים חסר בדיני העימות המזוין האמורים, ניתן להשלימו מתוך "משפט זכויות האדם הבינלאומי" (ה- Human Rights Law) (ראו ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (לא פורסם, 11.6.08). ראו גם עניין הס, בעמ' 455; עניין עג'ורי, בעמ' 364; עניין בית סוריק, בעמ' 827; עניין חוף עזה, בעמ' 517; עניין מראעבה, בעמ' 492; בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט(5) 368, 376 (2005) (להלן: עניין אבו דאהר). (שם, עמוד 17, פסקה 16 לפסק הדין) (ההדגשות שלי-ה.א.ש).

87. בעניין זה ראו גם בג"ץ 24/91 עבדאללה ע. רחמן נ. כרים תימרז נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מה(2), 325, 333-335, במסגרתו נקבעו הדברים הבאים:

"תפיסה או הריסה של רכוש הפרט בשטח מוחזק אסורים, אלא אם כן התפיסה או ההריסה נחוצות באופן החלטי בשל צורכי הצבא המלחמתיים; כלשון תקנה 23(G) לתוספת לאמנת האג בקשר לדיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן - תקנות האג) מותרים -

DESTRUCTION OR SEIZURE...

"IMPERATIVELY DEMANDED BY THE  
NECESSITIES OF WAR".

ההיתר מכללא לתפיסה או להריסה, שיסודו בצורכי צבא חיוניים, עולה גם מהוראותיו של סעיף 53 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן - אמנת ג'נבה הרביעית) האוסר הריסת רכוש הפרט, דניידי או דלא נייד. אולם זאת,

"EXCEPT WHERE SUCH  
DESTRUCTION IS RENDERED  
ABSOLUTELY NECESSARY BY  
MILITARY OPERATIONS"

...

העולה מן האמור לעיל הוא, כי צרכים צבאיים חיוניים ("החלטיים" כלשון תקנה 23(G) הנ"ל או "דרושים בהחלט" - ABSOLUTELY

NECESSARY - כלשון סעיף 53) מתירים תפיסה והריסה. אולם, תנאי לכך הוא, כאמור, שאכן נתקיים צורך צבאי חיוני ושיש יחס סביר בין המטרה הצבאית לבין הפעולה הננקטת. מבחינה זו יש, כמובן, שוני בין תפיסה לזמן מוגבל, בין שהוא קצוב ובין אם לאו, לבין פעולות בלתי הדירות. סיכומו של דבר, צורך צבאי-מבצעי גובר על החובה לשמור על שלמות הרכוש, בתנאי שמדובר בצורך אמיתי וחיוני. חיי חיילים או השגת מטרה צבאית-מבצעית עדיפים על שלמות הרכוש, שכן פגיעה מהותית באלו הראשוניים אינה ניתנת לתיקון, בו בזמן שעבור רכוש ניתן לפצות ומבנה ניתן להקים מחדש. סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית איננו קובע חובה של פיצוי. אולם רשויות צה"ל נוהגות לפצות את הניזוקים, ברוח האמור בתקנה 52 לתקנות האג (בין לפי הצו בדבר תובענות (אזור חבל עזה) (מס' 425), תשל"ב-1972, כפי שתוקן, ובין לפני משורת הדין, וראה בג"צ 401/88 [3] הנ"ל, בעמ' 769, מול אות השוליים ד, וכך גם נאמר לעותרים, במפורש, במקרה דנן." (ההדגשות שלי-ה.א.ש.)

88. דוגמא ליישום בפסיקה של הוראות הדין הבינלאומי היא פרשת המשתלות המפורטת לעיל, במסגרתה קבע כבוד בית המשפט המחוזי בתל אביב שקיימת חובה לפצות את התובעים מכוח הדין הבינלאומי. וכך נפסק:

"התובעים הצביעו על מקור חוקי נוסף לחיובה של הנתבעת בפיצויים והוא הדין הבינ"ל. הנתבעת טענה כי בכל אותם מקרים בפסיקה אליהם הפנו התובעים ובהן נדחו העתירות מוכנה היתה המדינה לשלם לעותרים לפני משורת הדין ולא נאמר כי התשלום הוא לפי דין. אף ככל שזה המצב, הרי שהנתבעת לא הצביעה בנסיבות שבפניי, על שוני מהותי בין עניינם של התובעים לבין כל אותם מקרים אחרים אשר נדונו. זאת ועוד, בניגוד לטענת הנתבעת כי בפרשת תימרז לא נקבע שיש לפצות בגין הריסה, הרי שהנשיא שמגר קבע במפורש (בעמ' 335 מול ג'-ד') כי בנסיבות בהן מדובר בתפיסה והריסה מכוח הדין הבינ"ל, נוהגות רשויות צה"ל לפצות את הניזוקים:

"סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית איננו קובע חובה של פיצוי. אולם רשויות צה"ל נוהגות לפצות את הניזוקים, ברוח האמור בתקנה 52 לתקנות האג (בין לפי הצו בדבר תובענות (אזור חבל עזה) (מס' 425), תשל"ב - 1972, כפי שתוקן, ובין לפני משורת הדין (ראה בג"צ 401/88 [3] הנ"ל, בעמ' 769, מול אות השולים ד', וכך גם נאמר לעותרים במפורש, במקרה דנן."

יש לציין כי בבג"צ 401/88 מחמד אברהים מחמד אבו נ' מפקד כוחות צה"ל פד"י מב(2), 767, עמ' 770-771 המאוזכר לעיל, נקבע כי סעיפים 23(G) ו-52 לתקנות האג אינם מונעים תפיסה זמנית של מקרקעין לצרכים צבאיים וכנגד תשלום פיצויים. לכן, השאלה הבאה אותה עלינו לבחון היא, האם יש לראות בפעילותו של הצבא במקרה שבפניי בגדר הריסה ותפיסה או של הריסה בלבד... לפיכך, אף ככל שהייתי קובעת כי אין לתובעים עילה בנזיקין כלפי הנתבעים, הרי שהתובעים צודקים בטענתם כי קיימת חובה לפצותם מכוח הדין הבינ"ל. (שם, עמודים 55-56, 58 לפסק הדין).

89. דוגמא נוספת ליישום של הדין הבינלאומי: ת.א. 880/04 (שלום ירושלים) **צאלח מחמד**

**עבדאללה קאסם עיאד ואח' נ' מדינת ישראל (לא פורסם) ניתן ב- 3.11.10.**

**העתק מפסק הדין מצ"ב ומסומן א'.**

פרשה זו עסקה בנזק שנגרם לבניין בן חמש קומות השייך לתובעים, במהלך פעולה ללכידת מחבל שהסתתר בבניין. כבוד בית המשפט השלום בירושלים קבע כי אין מדובר בפעולה מלחמתית אלא בפעולת שיטור, שאינה שונה ממרדף משטרתי ללכידת עבריין פלילי (עמוד 5 לפסק הדין). כבוד בית המשפט השלום דוחה את התביעה מטעמים של עוולת הרשלנות (עמוד 6 לפסק הדין), אולם מטיל על המדינה חבות מכוח הדין הבינלאומי, תוך הפנייה לפסק דין תימרוז, פסק דין הועד הציבורי ופרשת המשתלות, בקובעו בעמודים 7-8 לפסק הדין:

**"... כיוון שכך, אינני מקבל את טענת הנתבעת לפיה על המקרה שבפניי חלים דיני המלחמה בלבד. כך או כך, בין אם חלים על ענייננו דיני המלחמה בלבד ובין אם חלים גם דיני התפיסה הלוחמתית, הרי ששתי מערכות הדינים אוסרות פגיעה ברכוש, אלא אם מתקיים צורך צבאי לחימתי חיוני בכך (סייסל בעמ' 536, 574)... נציין כי בפרשת תימרוז נדון מקרה שבו ביקש הצבא להרוס מבנה של העותרים לצורך הקמת גדר למאחז. בית המשפט פסק שהפעולה חוקית מבחינת המשפט הבינלאומי ובכל זאת הוא עמד על סוגיית הפיצוי. משמע מכאן שגם פעולה חוקית לפי המשפט הבינלאומי עשויה להצמיח חובת פיצוי, ובלבד שלא מדובר בפעולה מלחמתית. גישה דומה באה לידי ביטוי בדברי כב' הנשיא ברק אשר קבע כי במקרה שבו פעולת סיכול ממוקד גורמת לנזק נלווה אזי: "במקרים מתאימים יהיה מקום לשקול פיצויים בגין הפגיעה באזרח תמים" (בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נ. עינויים נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו). על יסוד תשתית עיונית זו הלך בית המשפט המחוזי בתל אביב צעד קדימה ובמקרה אחד שנדון בפניו הוא חייב את המדינה לפצות את תושבי האזור בגין משתלות שנהרסו לצרכי מניעת פיגועים (ת.א. (מחוזי ת"א) 1409/02 סאלח דאוד נ' שר הבטחון (תק-מח 2009 (1) 15136)). פסק דין זה מקובל עלי, בכל הכבוד הראוי, וראוי ליישמו על המקרה שבפניי."**



## ז. עוולה חוקתית

90. טעה כבוד בית משפט קמא בקובעו שהמערערים לא זכאים לפיצוי כספי מכוח העילה של עוולה חוקתית. (עמוד 24, פסקה 40 לפסק הדין). כבוד בית משפט קמא טעה בקובעו כי הכוח הצבא שפעל במקום האירוע לא יכול היה להשיג את המטרה הביטחונית של מניעת הסכנה באמצעי חלופי שנזקו קטן מן הנזק שנגרם למערערים, וכן טעה בקובעו שפעולת המשיבה בהריסת הבניין הייתה מחויבת המציאות והינה מידתית.

91. המערערים יטענו כי במעשי המשיבה להריסת ביתם של המערערים הופרו זכויותיהם החוקתיות לכבוד ולקניין, מהם נגזרת גם זכותם של המערערים לקורת גג ולמקום שישמש כביתם, זאת בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

92. על ההכרה בפסיקה בזכות לפיצויים מכוח עוולה חוקתית, ראו בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח'נ' כנסת ישראל ואח', (לא פורסם), ניתן ב- 9.6.05, שם נקבע כדלקמן:

"כידוע, המשפט הישראלי מכיר בקיומו של משפט מקובל (Common Law) ישראלי. בכוחו של משפט זה להתפתח ולתת פתרונות חדשים לבעיות חדשות (ראו: ברק בספרו הנ"ל, שופט בחברה דמוקרטית [230], בעמ' 230; מ' לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" [261], בעמ' 293). היטיב להביע זאת השופט ויתקון: "אין אני גורס כי הזכות צריכה להיות זכות סטטוטורית, הכתובה בחוק. לא פעם הכיר בית-משפט זה בזכויות, שלא בא זכרן בשום הוראה משפטית, ואלו, בקבלן גושפנקה שיפוטית, לבשו צורה והתגבשו לזכויות מוכרות בדין. דברים שבנוהג ובמושגי הצדק הטבעי, שרק תמול שלשום היו עוד חסרי דמות ובלתי גדורים, עולים בדרך זו על דרך המלך וזוכים לדרגה של זכות. זוהי ההתפתחות השיפוטית, המתנהלת בצדה של פעולת החקיקה ואינה נכנסת לתחומה, ולא הייתי רוצה להצר את צעדיה. סמכות זו ערובה היא לחופש הפרט" (בג"ץ 29/62 כהן נ' שר-הבטחון [99], בעמ' 1027).

על בסיס זה הכיר בית-המשפט העליון מאז היווסדו בקיומן של זכויות "שאינן כתובות על ספר" (ראו: השופט ש' ז' חשין בבג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר-



המשטרה [100], בעמ' 83; בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי [101], בעמ' 2415). זכויות אלה הוכרו במסגרת המשפט הציבורי, ובהן זכויות האדם כלפי השלטון. הן הוכרו גם במסגרת המשפט הפרטי (כגון חובות אמון של מנהלים) (ראו ד"נ 29/84 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ [102], בעמ' 511). הן נגזרו מעקרונות היסוד של שיטת המשפט שלנו ומתפיסותיה הבסיסיות (ראו בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה [103], בעמ' 859). " (שם, פסקה 134 לפסק הדין) (ההדגשות שלי-ה.א.ש.).

93. כך גם נפסק בע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו) ניתן ב- 19.8.04, כי:

"הטרידה אותנו השאלה אם העותר אינו זכאי לפיצוי על הנזק שנגרם לו כתוצאה מפעילות המשיבה גם בהיעדר רשלנות, מכוח עילה חוקתית או מינהלית (ראו: בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות [11], בעמ' 99; בג"ץ 2665/98 נחום נ' משטרת ישראל – מפקד מרחב דן [12], בעמ' 460-461 והאסמכתאות שם; ע"א 9185/03 טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ [13], בעמ' 364-366; ד' ברק-ארז עוולות חוקתיות [14]). פעילותה החיונית של המשיבה שכלל הציבור נהנה ממנה יוצרת – כתוצר לוואי שלה – נטל. האם על הנטל ליפול במלואו על שכמו של המערער? שאלה זו זכתה להתייחסות מקיפה, בין היתר, במשפט הגרמני המכיר בנסיבות דומות בעוולה חוקתית של מעין הפקעה (enteignungsgleicher Eingriff) ובעוולה חוקתית של הטלת נטל עודף על הפרט לטובת הציבור (Aufopferung) (ראו M.P. Singh German Administrative Law in Common Law Perspective [17], at pp. 260-266). סוגיה זו הוכרה גם במשפט הצרפתי במסגרתן של עוולות מינהליות המטילות אחריות על רשות מינהלית היוצרת בפעילותה סיכון שמתפזר באופן לא שוויוני בין אזרחיה (ראו: L.N. Brown, J.S. Bell

**French Administrative Law [18], at pp. 185-191; R. Errera "The Scope and Meaning of No-fault Liability in French Administrative Law" [21]; D. Fairgrieve State Liability in Tort [19], at pp. 71-72** (שם, עמוד 7, פסקה 11 לפסק הדין).

94. בעניין סעדים בגין הפרת של זכויות חוקתיות, ראו גם ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (לא פורסם), ניתן ב- 4.5.06 (פסקה 52 לפסק הדין).

95. כבוד בית משפט קמא מכיר בזכות לפיצויים מכוח עוולה חוקתית וקובע כי מקום שבו הופרה זכות חוקתית עשוי להינתן סעד חוקתי (עמוד 23, פסקה 38 לפסק הדין) אולם הוא לא מוצא לנכון לפסוק פיצויים **למעוררים** בגין פגיעה בזכויותיהם החוקתיות בנימוק שפעולת המדינה לפיצוץ הבניין הינה מידתית וסבירה בנסיבות העניין.

96. **המעוררים** יטענו כי פעולת **המשיבה** אינה מידתית ומפנים בעניין זה לפרק ב5 שלעיל.

97. אשר על כן, מעשיי **המשיבה** להריסת ביתם של **המעוררים** באים בגדרה של עוולה חוקתית על פי ס' 7 לחוק יסוד: **כבוד האדם וחירותו**.

## **ח. דוגמאות לתשלום 'לפנים משורת הדין'**

98. ראשית יובהר כי אין **המעוררים** חוזרים בהם מטענותיהם בעילות המשפטיות השונות כפי שנטענו עד כה, וכי הם עומדים על זכאותם לפיצוי מאת **המשיבה** מכוחן של טענות אלה שהינן בבחינת "שורת הדין".

99. במידה ובית המשפט הנכבד יידחה את טענותיהם של **המעוררים** כפי שפורטו בפרקים הקודמים, יטענו **המעוררים** כי בסמכותו של בית המשפט הנכבד להורות **למשיבה** לפצות את **המעוררים**, לפנים משורת הדין, ומטעמי צדק נוכח חפותם של **המעוררים** ובהתחשב בנזק הרב שהוסב להם כתוצאה מהריסת ביתם. סמכות זו נקבעה בשורה של פסקי דין, כפי שיפורט להלן:

א. ע"א 4471/08 סעדה נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו), ניתן ב- 7.11.10. במקרה זה נדחתה תביעת המערערים לפיצוי בנימוק של העדר אחריות בנוזיקין, אולם בעניין פיצוי לפני משורת הדין, נקבעו הדברים הבאים:

"במהלך הדיונים לפני בית משפט זה, עדכנה המשיבה כי הוצע למערערים פיצוי בסך 150,000 ש"ח, לפני משורת הדין, בעקבות החלטה של ועדה מיוחדת הפועלת במשרד הביטחון, אשר בוחנת בקשות לפיצוי שמוגשות על-ידי מי שנפגע מפעולות צה"ל במקרים שבהם נקבע כי אין למדינה אחריות על-פי דין. אין חולק כי מדובר במקרה מצער וקשה. משפחת סעדה נקלעה, שלא בטובה, לזירת אירוע טרור. על אף שבית המשפט קבע כי התנהגותם של בני המשפחה היתה סבירה, לא נמנעה בסופו של יום התוצאה המרה של ירי לעבר מכוניתם של בני משפחה חפים מפשע, פגיעה בהם ומותה הטראגי של קריסטין בת ה-12. הגם שהדין אינו מזכה את המערערים בפיצוי במקרה של פגיעה עקב "פעולה מלחמתית", ציין בית משפט זה עוד בעניין עדאלה, כי יפה תעשה המדינה אם תשקול הענקת תשלום לפני משורת הדין למי שנפגע קשות מ"פעולה מלחמתית" של כוחות הביטחון, בנסיבות שלדעת המדינה מצדיקות תשלום חסד (שם, סעיף 42 לפסק דינו של הנשיא א' ברק). בית המשפט קמא ראה להמליץ על הענקת פיצוי, ולו חלקי, למערערים לפני משורת הדין והמשיבים מצידם החליטו על הענקת פיצוי בסכום האמור. המלצנו לפני המשיבה – נוכח נסיבות המקרה המיוחדות – כי יוגדל שיעור הפיצוי שעליו הוחלט. אין בידי אלא לשוב ולהמליץ למשיבים לבחון בשנית את האפשרות להגדיל את שיעור הפיצוי שיוענק למערערים, לפני משורת הדין." (שם עמודים 20-21, פסקה 20 לפסק הדין)

ב. כך נקבע גם ברע"א 10482/07 לואא ח'אלד עלאונה נ' מדינת ישראל-משרד הבטחון, (פורסם בנבו), ניתן ב- 17.3.10:

"בשולי הדברים יצוין, כי סברנו, טרם מתן פסק הדין, כי ראוי שמדינת ישראל תפצה את המבקשים

על מות האם ועל הפגיעה בבנותיה, כמעשה חסד ראוי, גם בהנחה, שנתקבלה על דעת בית המשפט המחוזי, כי לא הוכח שהן לא נפגעו מאש חיילי צה"ל. המדובר באשה שנקלעה שלא מרצונה לקרב מר בין קבוצה של מחבלים, מצד אחד, לבין אנשי כוחות הביטחון שביקשו ללכודם, מצד אחר.

המנוחה נהרגה בעת שביקשה לגונן על בנותיה הקטינות. זו טרגדיה נוראה, וסברנו כי היה נכון לשקול פיצוי שהיה בו כדי להיטיב את נזקי המשפחה, ובה בעת לבטא רגש אנושי, שכל אדם, גם מי שאינו מעוול, צריך להיות שותף לו. בקשתנו הועברה אל הועדה הפועלת במשרד הביטחון לעניין תשלומים לפני משורת הדין. הועדה דחתה את הפניה לאחר שמצאה כי "אין מדובר במקרה הומניטארי חריג שבו נגרמה מצוקה כלכלית קשה מאוד עקב מות המנוחה", וכי לא הוכח כי הפגיעות אירעו מירי חיילי צה"ל. ואנו סברנו כי אף שהמחבלים אינם מכבדים כללי התנהגות אנושיים בסיסיים, ואף שלא הוכח כאמור שהמנוחה נפגעה מכוחות צה"ל, טוב היה לו נחלצה מדינת ישראל, ולו ולפנים משורת הדין, וכמחווה אנושית, להקל על מכאובם של חפים מפשע שנפגעו. בכך הייתה מגלה אך גדלות. נראה לנו כי גם היום פתוחה הדרך בפני המדינה להציע פיצוי כאמור. בנתון להערה זו, הערעור נדחה. אין צו להוצאות." (שם, פסקה 11 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה כבוד השופט ריבלין) (ההדגשות שלי-ה.א.ש.).

לקביעה זו הצטרף כבוד השופט ג'ובראן בציינו-

"לבסוף אוסיף כי מצטרף אני במלואם לדבריו של חברי, לפיהם טוב תעשה המדינה אם כמחווה אנושית תאפשר מתן פיצוי לפני משורת הדין למשפחתה של המנוחה". (שם, פסקה 4 לחוות הדעת).

ג. בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, (פורסם בנבו), ניתן ב- 14.12.06, נאמרו הדברים הבאים:

"... לאחר ביצוע תקיפה על אזרח החשוד בכך שנטל חלק ישיר, אותו זמן, במעשי איבה, יש לערוך (בדיעבד) בדיקה יסודית באשר לדיוק הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו. בדיקה זו צריכה להיות עצמאית (ראו ווטקין, עמ' 23; דופי, עמ' 310; קססה, עמ' 419; ראו גם Warbrick, "The Principle of the European Convention on Human Rights and the Responses of State ;to Terrorism", (2002) EHRLR 287, 292 פרשת מקקאן, 161, 163; וכן - McKerr v. United Kingdom, 34 E.H.R.R. 553, 559 (2001)). במקרים מתאימים יהא מקום לשקול תשלום פיצויים בגין הפגיעה באזרח תמים (ראו קססה, עמ' 419, 423, וכן סעיף 3 לתקנות האג; סעיף 91 לפרוטוקול הראשון). " (שם, עמוד 39, פסקה 40 לפסק הדין.

ד. בבג"ץ 24/91 עבדאללה ע. רחמן נ. כרים תימרז נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מה(2), 325, 335, נקבע כך-

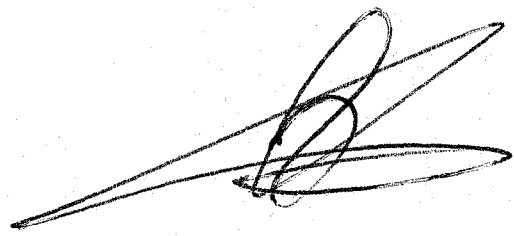
"סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית איננו קובע חובה של פיצוי. אולם רשויות צה"ל נוהגות לפצות את הניזוקים, ברוח האמור בתקנה 52 לתקנות האג (בין לפי הצו בדבר תובענות (אזור חבל עזה) (מס' 425), תשל"ב-1972, כפי שתוקן, ובין לפני משורת הדין, וראה בג"צ 401/88 [3] הנ"ל, בעמ' 769, מול אות השוליים ד, וכך גם נאמר לעותרים, במפורש, במקרה דנן." (ההדגשות שלי-ה.א.ש.)

100. אין צורך להכביר מילים בהשפעה הקשה שיש בהריסת הבניין על המערערים הן מבחינה נפשית והן מבחינה כלכלית. עם הריסת ביתם, במחי יד, נלקחו מהמערערים ביתם- מבצרם, מקור פרנסתם והם נותרו מחוסרי כול.

101. בל נשכח כי אין המשיבה חולקת על עובדת היותם של המערערים אזרחים תמימים, חפים מפשע, שלא נטלו שום חלק בפעילות טרור מכל מין וסוג. מדובר במעין 'עוברי אורח', אשר שלא באשמתם הוחלט להרוס את ביתם שעמד במקום אסטרטגי

לשיטתו של הכוח הצבאי שפעל באזור. במהלך כל האירוע לא היה ירי מהבניין ולא הופעלו מטענים כלשהם שנטען לכאורה כי מצויים בתוכו.

נוכח כל המפורט לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל את פסק הדין של כבוד בית משפט קמא, לרבות חיוב ההוצאות שבו, ולקבוע תחתיו שיש לקבל את התביעה בשאלת האחריות ולהחזיר את התיק לכבוד בית משפט קמא לדיון בגובה הנזק, וכן לחייבם בהוצאות משפט, בצירוף שכר טרחת עו"ד בתוספת מע"מ כחוק.



---

הישאם אבו שחאדה, עו"ד  
ב"כ המערערים