

## בבית המשפט העליון

רע"א 3675/09

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

המבקשת : מדינת ישראל-משהב"ט

נגד

המשיבים : 1. מוחמד מחמוד סאלח דאוד  
2. קאיד עבדול כרים עלי עטה  
3. מועין עבדול כרים עלי עטה

בקשת רשות ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 26.3.09 בת.א. 1409/02 [פורסם בנבו] שניתן על-ידי כבוד השופטת ד' קרת מאיר

תאריך הישיבה : א' באדר התש"ע (15.2.10)

בשם המבקשת : עו"ד א' גל

בשם המשיבים : עו"ד ד' ארד-אילון ; עו"ד ש' דניאלי

### פסק-דין

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. לפנינו בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כבוד השופטת ד' מאיר-קרת), שבה הוכרעה שאלת החבות בתביעת נזיקין שהגישו המשיבים נגד מדינת ישראל, היא המבקשת. התביעה הוגשה בגין נזקים שנגרמו למשיבים, לטענתם, עקב פעולת חישוף שביצעה המדינה בשנת 2000 בשטחים שבבעלות המשיבים ושבמסגרתם נהרסו משתלות שהיו בנויות על שטחים אלה.

2. בית המשפט המחוזי קבע כי פעולת החישוף אינה "פעולה מלחמתית", ועל-כן לא נתונה למדינה חסינות מפני תביעות בנזיקין לפי סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 (להלן: חוק הנזיקים האזרחיים). בית המשפט המחוזי מצא עוד כי המשיבים הוכיחו את התקיימות יסודות עוולת הרשלנות ולפיכך קבע כי יש לחייב את המדינה בגין נזקיהם. עם זאת, בית המשפט המחוזי קבע כי למשיבים אשם תורם בשיעור של 40%.

3. קביעתו של בית המשפט המחוזי כי פעולת החישוף אינה "מלחמתית" התבססה על הפרשנות שנתן בית המשפט העליון למונח זה בפרשת בני עודה (ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1 (2002)). בעת שניתן פסק-הדין בעניין בני עודה, לא כלל חוק הנזיקים האזרחיים כל הגדרה למונח "פעולה מלחמתית", ורק בשנת 2002 תוקן חוק הנזיקים האזרחיים כך שהוספה לו הגדרה למונח "פעולה מלחמתית" (חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב-2002, ס"ח 1862 (להלן: תיקון מס' 4)). תיקון מס' 4, כך קבע בית המשפט המחוזי, לא חל על תביעת המשיבים, שכן האירועים שבגינם היא הוגשה התרחשו בשנת 2000. בית המשפט המחוזי הוסיף כי תיקון מס' 4, כך נקבע, נועד לשנות את הדין שנהג ביחס ל"פעולה מלחמתית" ולא להבהירו. משכך הנחה עצמו בית המשפט המחוזי לפרש את המונח "פעולה מלחמתית" כפי שהתפרש בפסיקה שקדמה לתיקון 4.

ראשית דחה בית המשפט המחוזי את הטענה שלפיה יש לסווג את פעולת החישוף כ"מלחמתית" אך בשל שהיא בוצעה במהלך "האינתיפאדה השנייה", שהוכרה כבר בפסיקה כמצב של לחימה. בית המשפט המחוזי עמד על כך שכבר נקבע כי "לעניין סעיף 5 הנ"ל, אינה קובעת מהותה של התקופה, שבה מבוצעת העוולה, הווה אומר העובדה שהיא תקופת מלחמה, ולא די בכך כי בתקופה כאמור מבוצעת פעולה על ידי הצבא. אף בזמן מלחמה יש פעולות לרוב של הצבא, שאינן גוררות אחריהן פטור לפי סעיף 5" (ע"א 623/83 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 477 (1986)).

4. משכך נדרש בית המשפט המחוזי לסיווג הפעולה לפי מאפייניה הפרטניים. בית המשפט המחוזי קבע כי פעולת החישוף נדרשה עקב צורך צבאי-מבצעי וכי מטרתה הייתה מניעה, או למצער הפחתה, של פעילות חבלנית עוינת שבוצעה מן המשתלות או בחסותן וכוונה לעבר ציר התנועה הסמוך למשתלות. עוד נקבע כי פעולת

החישוף הייתה כרוכה בסיכון לכוחות הפועלים, סיכון שאף התממש עת בוצע ירי כלפי הכוחות שביצעו את החישוף. מנגד, כך נקבע, הכוח שביצע את פעולת החישוף היה כוח משולב של הצבא ושל המינהל האזרחי. בנוסף קבע בית המשפט המחוזי כי חרף מטרתה המבצעית-צבאית של הפעולה היא לא נשאה אופי של לחימה אקטיבית ולא הייתה פעילות "בזמן אמת", כפי שניסח זאת מח"ט הגזרה בעדותו. אופי זה של הפעולה נלמד גם מתוך תהליך ההתלבטות וההתייעצות שקדם לה. לאור מכלול שיקולים אלה, הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה כי פעולת החישוף לא הייתה "פעולה מלחמתית", ועל-כן המשיך לשלב השני שבו בחן אם פעולה זו של המדינה מקיימת את יסודות עוולת הרשלנות.

5. בית המשפט המחוזי קבע כי מקור סמכותה של המדינה לבצע את פעולת החישוף הוא בדין הבינלאומי, המתיר הריסת רכוש פרטי מקום בו קיים צורך מבצעי-צבאי בכך ומתקיים יחס סביר בין המטרה הצבאית לבין הפעולה שננקטה – וזאת בהסתמך על ההלכה שנקבעה בבג"ץ 24/91 תימרו נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מה (2) 325 (1991) (להלן: עניין תימרו). עם זאת, כך נקבע, בצד הסמכות הנתונה למדינה מתוקף הדין הבינלאומי, חלים על פעולותיה גם עקרונות המשפט המנהלי הישראלי, כאמור בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח (5) 807 (2004). עקרונות אלה, כך קבע בית המשפט המחוזי – לא קוימו במלואם. נקבע כי היה על המדינה להודיע לתובעים על כוונתה לבצע חישוף באופן רשמי ובדרך של מתן הודעה בכתב, ולא ניתן היה להסתפק בהזרות בעל-פה שניתנו לתובעים, ולפיהן אם לא תיפסק הפעילות החבלנית העוינת מתוך המשתלות אזי יאלץ הצבא להרסן. לעניין זה דחה בית המשפט המחוזי את טענת המדינה שלפיה כל הודעה מראש על ביצוע החישוף הייתה מעמידה את הכוחות הפועלים בסיכון של מלכוד או מארב, וזאת משנקבע כי ניתן היה ליתן הודעה כללית על הכוונה לבצע חישוף, מבלי לפרט את המועד המדויק שבו החישוף יבוצע. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי גם זכות הטיעון והשימוע של המשיבים לא קוימה כנאות. אמנם, כך נקבע, לא ניתן היה לקיים את זכות הטיעון באופן מלא לאור הסיכון כי מועד ביצוע החישוף ייוודע לגורמים עוינים. עם זאת, כך נקבע, היה מקום לאפשר טיעון קצר בפני המפקד הצבאי שהיה בשטח בזמן סיור מקדים שנערך במקום. המדינה לא הייתה רשאית, כך נקבע, להסתפק בשיחות ובדיונים קודמים שנוהלו עם המשיבים, שכן אלה התנהלו לפני שנפלה ההחלטה לבצע חישוף. לבסוף, נקבע כי החישוף אף לא היה "האמצעי שפגיעתו פחותה" לצורך הפסקת הפעילות החבלנית העוינת, שכן נקבע כי הגורם

המשמעותי ביותר בהפסקת פעילות חבלנית זו היה מוצב שהוקם באזור ואשר הקמתו לא הצריכה חישוב של השטח סביבו. לאור פגמים מנהליים אלה נקבע כי המדינה התרשלה בביצוע החישוב.

6. בית המשפט המחוזי המשיך וקבע כי מתקיים קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק, וזאת שכן ביצוע החישוב ללא מתן הודעה בכתב וללא אפשרות טיעון "סיכלה במידה רבה את אפשרותם של התובעים לפעול בניסיון להסיר את רוע הגזירה או למצער להקטין את מימדיה". לפיכך נקבע כי המדינה חבה בנזקי המשיבים.

בית המשפט המחוזי קבע עוד, מעבר לצורך, כי ניתן לחייב את המדינה בפיצויים גם מכוח הדין הבינלאומי. קביעה זו התבססה על כך שהמדינה נוהגת במקרים מסוימים לפצות את מי שנפגע עקב פעולות של הצבא לפני משורת הדין. בית המשפט המחוזי הוסיף כי בעניין תימרוז נקבע, לגבי מקרים של תפיסה והריסה, כי:

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 (עניין תימרוז, עמ' 335).

בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי במקרה שלפנינו אכן התבצעה "תפיסה והריסה" (ולא הריסה בלבד) ועל-כן המדינה חבה בפיצויים בגין נזקי המשיבים אף מכוח הדין הבינלאומי.

לבסוף, קבע בית המשפט המחוזי כי יש לייחס למשיבים אשם תורם בשיעור של 40%, בשל כך שחרף מודעותם לאפשרות שיבוצע חישוב, הם לא נערכו לה מראש ולא הקטינו את נזקיהם, למשל בדרך של איתור קרקע חלופית מבעוד מועד או היערכות להעברת ציוד מן המשתלה.

טענות הצדדים

7. טענותיה של המדינה מתרכזות בשני צמתים עיקריים: סיווג הפעולה ככזו שאינה "מלחמתית"; והקביעה כי בביצוע פעולת החישוב נפלו פגמים מנהליים.

המדינה טוענת כי מטרת הפעולה – מניעת ירי או פעילות חבלנית עוינת אחרת – מלמדת על היותה פעולה מלחמתית. עוד מדגישה המדינה את הסיכון הכרוך בפעולת החישוב, סיכון שכאמור התממש כאשר נורו יריות לעבר הכוחות הפועלים. עצם תכנון הפעולה מראש תוך התייעצות בגורמים משפטיים – כך טוענת המדינה – אינה מאיינת את אופייה "המלחמתי", והיעזרות ביעוץ משפטי במהלך פעילות מבצעית, מקום בו הדבר אפשרי, נחוצה דווקא לצורך שמירה על עיקרון המידתיות. עוד מוסיפה המדינה כי היה מקום לעשות שימוש בהגדרת "פעולה מלחמתית" לפי תיקון 4 על דרך ההיקש, והיא מבקשת להסתמך לעניין זה על פסק-הדין בע"א 9561/05 חטיב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.11.2008) (להלן: עניין חטיב).

ביחס לטענה כי לא נפלו פגמים מנהליים בפעולת החישוב, טוענת המדינה כי בית המשפט המחוזי חרג מן הכלל שלפיו אין בית המשפט שם את שיקול דעתו שלו תחת שיקול הדעת הנתון לגורם המוסמך – במקרה זה הצבא. לטענתה, מתן הודעה בכתב למשיבים על החישוב וקיום זכות טיעון היו עלולים להעמיד בסכנה את הכוחות הפועלים או לדחות את ביצוע החישוב, שהיה דחוף עקב הפעילות החבלנית המתמשכת שבוצעה ממנו. עמדה זו, כך טוענת המדינה, היא פרי שיקול דעתו הביטחוני של הצבא. גם הקביעה כי ניתן היה להסתפק תחילה בהקמת המוצב, ולבצע את פעולת החישוב לאחר מכן רק אם יתעורר צורך בכך, לא הוכחה כדבעי – כך נטען. המדינה מדגישה כי בית המשפט המחוזי קבע כי הפסקת הפעילות החבלנית העוינת באזור המשתלות היא תוצאה של שילוב מספר פעולות, ובהן הקמת המוצב ופעולת החישוב. לאור קביעה זו טוענת המדינה כי לא ניתן לומר שפעולת החישוב לא הייתה הכרחית. המדינה מוסיפה כי ככל שסברו המשיבים שנפלו בפעולתה פגמים מנהליים, היה עליהם למצות את המסלול המנהלי ועמדו לרשותם כיומיים לעשות כן, לאחר שניתנה להם התראה מפורשת בעל-פה. לבסוף, המדינה מבקשת לערער גם על קביעת חבותה לפי הדין הבינלאומי. לפי עמדתה, אין בעובדה כי היא נוהגת במקרים מסוימים לפצות נפגעים לפנים משורת הדין כדי להעניק למשיבים זכות פיצוי לפי דין.

8. המשיבים, מצידם, מתנגדים למתן רשות ערעור והם סבורים כי המדינה לא הראתה טעם של ממש מדוע אין להמתין עד למתן פסק-דין סופי, שלאחריו יוכלו שני הצדדים להגיש ערעור בזכות. לגוף הדברים טוענים המשיבים כי המדינה התחייבה, במסגרת הליך אחר (בג"ץ 1075/97) (פורסם בנבו) כי אם יוחלט להרוס את המשתלות, היא תודיע למשיבים על כך לפחות 30 ימים מראש. יוער, כי לפי גרסת המדינה אותו

הליך נגע להריסה מנהלית של המשתלות שנבנו, לטענתה, ללא היתר ועל-כן התחייבותה אינה חלה על הריסה עקב צורך מבצעי. ביחס לסיווג פעולת החישוף כפעולה שאינה "מלחמתית", סומכים המשיבים ידם על נימוקיו של בית המשפט המחוזי ומדגישים כי לפי הלכת בני עודה יש לבחון את הפעולה לפי מכלול מאפיינים, ואין די בקיומה של תכלית צבאית-מבצעית על-מנת לסווג פעולה כ"מלחמתית". המשיבים גורסים עוד כי תיקון 4 לחוק [הנזיקים האזרחיים](#) אינו חל על מקרים שקדמו לתחיקתו, ובכלל זה על המקרה שלפנינו, שכן מטרת התיקון הייתה להרחיב את הפרשנות המצרה שניתנה בעבר בפסיקה למונח "פעולה מלחמתית". עוד מציינים המשיבים כי במסגרת תיקון מס' 7 לחוק [הנזיקים האזרחיים](#) (שבוטל בחלקו ב**בג"ץ 8276/05** עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערב נ' שר הביטחון (פורסם בבנו), 12.12.2006)) נקבע כי תחולתו יכולה להיות גם למפרע (למן תאריך שיכריז עליו שר הביטחון) ועל-כן שתיקת המחוקק במסגרת תיקון מס' 4 מלמדת כי כוונתו הייתה שהתיקון יחול מכאן ולהבא.

ביחס לקיומה של רשלנות מצד המדינה, סומכים המשיבים ידם על קביעותיו של בית המשפט המחוזי.

המשיבים מוסיפים וטוענים כי בזמן הקצר שעמד לרשותם לאחר שקיבלו הודעה על כוונת המדינה להרוס את המשתלות, פנה בא-כוחם לפרקליטות המדינה בכתב ובעל-פה, אולם בטרם מוצו מגעים אלה בוצעה ההריסה. לפיכך, כך נטען, לא עמדה לרשות המשיבים השהות לפנות לבית המשפט על-מנת למצות את ה"מסלול המנהלי". לבסוף, מבקשים המשיבים כי לא ייעשה שימוש בתקנה 410 ל**תקנות סדר הדין האזרחי**, התשמ"ד-1984 (המתירה לדון בבקשה כבערעור), וזאת על-מנת להורות על צמצום גדר הטענות שיידונו בערעור ועל-מנת לאפשר למשיבים להגיש ערעור שכנגד.

9. החלטנו לדון בבקשה כאילו ניתנה הרשות לערער והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה. דין הערעור להתקבל. לאור תוצאה זו, ממילא אין נפקות לקביעות של בית המשפט המחוזי ביחס לקיומו של אשם תורם, ומכאן שלא מצאנו כי הדיון בבקשה כבערעור עצמו ייפגע בזכויותיהם הדיוניות של המשיבים. כמו-כן לא מצאנו כי בקשת המדינה היא בלתי ממוקדת באופן שפוגע ביכולתם של המשיבים להשיב לטענותיה.

שאלת הרשלנות

10. בית המשפט המחוזי העמיד את הקביעה כי קיימת רשלנות מצד המדינה כלפי המשיבים על שלושה מוקדים של התרשלות: אי מתן הודעה בכתב על הכוונה לבצע חישוף של המשתלות; אי מתן זכות שימוע לפני המפקד בשטח; ושימוש באמצעי פוגעני בלתי הכרחי (לאור קיומו של אמצעי אחר שפגיעתו פחותה). בחינת שלושה מוקדים אלה מובילה למסקנה כי הקביעה ביחס לרשלנותה של המדינה אינה יכולה לעמוד.

ביחס לשני המוקדים הראשונים – היעדר הודעה בכתב ושליטת זכות השימוע – אף אם נניח כי המדינה התרשלה באופן פעולתה (הנחה שאינה נקייה מספקות) – הרי שלא מתקיים קשר סיבתי עובדתי בין התרשלות זו לבין הנזק שנגרם למשיבים, הוא הנזק שבהריסת המשתלות. על-מנת שיתקיים קשר סיבתי עובדתי אין די בכך שהתרשלותה הנטענת של המדינה מנעה מן התובעים אפשרויות פעולה מסוימות, אשר אפשר שהיו מונעות או מפחיתות את נזקיהם. קשר סיבתי עובדתי יתקיים רק אם יוכח, לפי מאזן ההסתברויות, כי אפשרויות הפעולה שנמנעו מן המשיבים היו מביאות, הלכה למעשה, למניעת הנזק או לפחות חלק ממנו. סיכוי ערטילאי למנוע את הנזק לא מגבש קשר סיבתי. כפי שנקבע בעניין מלול (דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל-חיפה נ' מלול (פורסם בנבו), 29.8.2010), אף אין בו די על-מנת להקים זכות לפיצוי יחסי, לפי ההסתברות שהנזק היה נמנע אילו ניתנה למשיבים הודעה בכתב או זכות שימוע לפני המפקד בשטח. אלא שהמשיבים לא העלו כל טענה בעניין הפיצוי ההסתברותי ועל-כן לא נידרש לאפשרות זו בהרחבה.

במקרה זה, לא הוכח כי מתן הודעה בכתב למשיבים – לאחר שניתנו להם כבר הודעות בעל-פה ביחס לאפשרות כי המדינה תיאלץ להרוס את המשתלות עקב הפעולות החבלניות שבוצעו בחסותן – הייתה מביאה את המשיבים לנקוט בדרך פעולה שונה, ובוודאי שלא הוכח כי דרך פעולה שונה הייתה גם מובילה לתוצאה שונה. כך גם ביחס למתן זכות שימוע לפני המפקד בשטח. בית המשפט המחוזי קיבל את טענת המדינה לפיה לא ניתן היה לקיים שימוע "מלא", לפני קבלת ההחלטה על ביצוע פעולות החישוף, אלא שנקבע כי היה מקום ליתן למשיבים אפשרות להשמיע את טענותיהם לפני המפקד בשטח לאחר שהתקבלה ההחלטה לבצע חישוף. נראה כי סיכויי ההצלחה של שימוע בדיעבד, במהלך סיור בשטח או לאחר הגעת הכוחות הממונים על ביצוע ההריסה, הם נמוכים. אמנם, אין בכך כדי לומר כי שימוע מסוג זה הוא חסר ערך,

ואכן נקבע בפסיקה כי במקום בו אין אפשרות לקיים שימוע "מלא", יש מקום לאפשר שימוע אף במתכונת מצומצמת יותר. אלא שהפגם המנהלי שבשלילת הזכות לשימוע ולו במתכונת מצומצמת אינו בהכרח מקים זכות לפיצויים במישור הנזיקי. הזכות לפיצויים תלויה, כדרישה מינימאלית, בקיומו של קשר סיבתי מתאים בין מעשה ההתרשלות לבין הנזק. הסיכויים כי שימוע במתכונת שניתן היה לקיים במקרה שלפנינו היה מביא לתוצאות שונות אינו גבוה מספיק על-מנת להקים אחריות בנזיקין. מכל מקום, הנטל להוכיח את קיומו של קשר סיבתי מוטל על כתפי המשיבים – ואלה לא עמדו בו.

11. ביחס למוקד השלישי – הבחירה באמצעי בלתי הכרחי – קבע בית המשפט המחוזי כי "מערכת שלובה של צעדים הביאה להקטנת אפקטיביות הנזק" (עמ' 61 לפסק-הדין). צעדים אלה כללו, בין היתר, הקמת מוצב. בית המשפט המחוזי קבע, כאמור, כי הקמת מוצב לא מחייבת חישוף של השטח שמסביב לו. בית המשפט המחוזי התבסס לעניין זה על עדותו של מח"ט הגזרה, שהעיד כי:

"עדיף שיש שטח חשוף קומפלט, אבל אנחנו הרי חיים עם אוכלוסיה שאנחנו לא רוצים להרוס לה, כלומר הקמת מוצב לפחות מבחינתי לא אומרת מיד חישוף, שהוא צריך להראות שממה" (עמ' 118 לפרוטוקול)

לאור דברים אלה קבע בית המשפט המחוזי כי ניתן היה לנסות לבנות את המוצב מבלי להרוס את המשתלות. עם זאת, יש להבחין בין השאלה אם החישוף הכרחי לשם הקמת המוצב – שאלה אשר לפי עדותו של מח"ט הגזרה התשובה עליה היא אכן בשלילה, לבין שאלה שונה ונפרדת, והיא אם החישוף היה הכרחי לשם מניעת הפעילות החבלנית העוינת שבוצעה בחסות המשתלות, כצעד משלים להקמת המוצב. ודוק: ביחס לשאלה אחרונה זו נשאל מח"ט הגזרה בחקירתו הנגדית:

אז למה לא התחלתם בהקמת מוצב ואחרי זה הייתם מחליטים אם צריך איסוף [צ"ל חישוף]?

תשובתו של מח"ט הגזרה הייתה:



מענין שיקולים מבצעיים כאלה ואחרים. עובדה שלקח הרבה מאד ימים לחשוף, והרבה ימים להקים את המוצב. זה לא קרה ביום אחד.

לאחר תשובה זו, לא נשאל עוד מח"ט הגזרה ביחס לטיבם של אותם שיקולים מבצעיים שהזכיר. לכך יש להוסיף כי מח"ט הגזרה העיד בחקירתו הנגדית עוד כי החישוף "לא פתר באופן מלא [את בעיית הירי – א' ר'], הוא החזיק את הירי לתוך קלקיליה" (עמ' 115 לפרוטוקול) וכי מה שגרם ל"המעטה משמעותית" בירי "זה גם חישוף, גם מוצב, גם עמדת תצפית גבוהה, גם מעצרים וכו'". מח"ט הגזרה אישר אמנם כי מתוך שלל צעדים אלה "הגורם המכריע היה הקמת המוצב" וכי הייתה למוצב "תרומה משמעותית בתוך השילוב הזה", ואולם הוא גם העיד בבירור כי "אין פעולה אחת, טובה ככל שתהיה, להפסיק ירי. זה שילוב של כמה דברים" (עמ' 116 לפרוטוקול).

בחינה של מכלול דברים אלה לא מאפשרת לקבוע כי ניתן היה למנוע את הפעילות החבלנית שבוצעה בחסות המשתלות ללא ביצוע החישוף. כל שהוכח הוא, כי בניית המוצב עצמה לא הצריכה ביצוע חישוף; אין בכך כדי לומר כי החישוף לא היה הכרחי כצעד משלים נוסף לשם הפסקת הפעילות החבלנית. למעשה, מח"ט הגזרה הדגיש בעדותו כי אף אחד מן הצעדים שנמנו, כשהוא לבדו, אינו מספיק להפסקת הירי. בנוסף, מח"ט הגזרה ציין בעדותו כי הן לבניית המוצב הן לביצוע החישוף נדרש פרק זמן משמעותי. בהתחשב בכך שבכל העת המשיכה הפעילות החבלנית העוינת בחסות המשתלות ויצרה סיכון ממשי לפגיעה בחיי אדם, לא ניתן לקבוע על-סמך הדברים שהובאו לעיל מתוך עדותו של מח"ט הגזרה כי בניית המוצב ללא ביצוע החישוף הייתה מקיימת את המטרה שעמדה בבסיס הפעולה באותה מידה.

12. אין לכחד כי תשובתו של מח"ט הגזרה לשאלה מדוע לא נבדקה האפקטיביות של בניית מוצב לבדה טרם שהוחלט על ביצוע החישוף – "מענין שיקולים מבצעיים כאלה ואחרים" – היא תשובה עמומה במקצת. עם זאת, בא-כוח המשיבים הוא שבחר לא להוסיף ולחקור את המח"ט בנקודה זו. נוסף לכך, מהמשך תשובתו של המח"ט ניתן ללמוד כי "שיקולים מבצעיים אלה" כללו את השיקול שלפיו המתנה ממושכת לבדיקת האפקטיביות של בניית המוצב עלולה הייתה להוביל לסכנה ממושכת יותר לחיי אדם. מכל מקום, לאור העובדה כי מח"ט הגזרה העיד באופן שאינו משתמע לשני

פנים כי נדרש שילוב של צעדים על-מנת להתמודד עם הירי שבוצע בחסות המשתלות, לא ניתן לקבוע על-סמך עדותו כי ביצוע החישוף לא היה הכרחי.

ודוק: נטל הוכחת טענה זו – שהיא טענת התרשלות – מוטל על כתפי המשיבים. אמנם התרשלותה הנטענת של המדינה – הימנעות מנקיטה באמצעי שפגיעתו פחותה – מקימה גם עילה מנהלית, אלא שאין בכך כדי לשנות את הנטל המוטל על התובע במסגרת תביעה נזיקית להוכיח את יסודות העוולה במאזן ההסתברויות.

לבסוף יוער, כי בית המשפט המחוזי לא דן בסוגיית קיומה של חובת זהירות מצד המדינה כלפי המשיבים, וביתר פירוט – בשאלה אם הפרת חובה מנהלית המוטלת על הרשות משמעותה בהכרח גם הפרת חובת זהירות המוטלת עליה. לאור המסקנה אליה הגענו, שלפיה אין מתקיימים יסודות אחרים של עוולת הרשלנות – התרשלות וקשר סיבתי – אף אנו לא מצאנו מקום לדון בסוגיה מורכבת זו.

הגדרת "פעולה מלחמתית" ותיקון מס' 4

13. לאור קביעתנו כי לא מתקיימים כל יסודות עוולת הרשלנות ביחס לפעולת המדינה, מתייתר למעשה הדיון בשאלה אם פעולה זו היא "פעולה מלחמתית" המקימה למדינה חסינות מפני אחריות. עם זאת, מן הראוי להידרש בקצרה לטענת המדינה כי תיקון מס' 4 חל גם על מקרים שאירעו לפני תחילתו.

הגדרת "פעולה מלחמתית" עברה גלגולים מספר (לסקירה ראו [בג"ץ 8276/05](#))

עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, פס' 1-6 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק (פורסם בנבו), (12.12.2006), להלן: עניין עדאלה). בעניין עדאלה נקבע כי:

על רקע אירועים אלה [אירועי האינתיפאדה השנייה – א' ר'], ולנוכח הפירוש הצר מדי, לטעמה של הכנסת, שנתן בית המשפט העליון לביטוי "פעולה מלחמתית" בפרשת בני עודה, התחדש הניסיון להסדיר בחוק את סוגיית אחריות המדינה בגין נזקי האינתיפאדה... הפעם צלח ניסיון החקיקה, והכנסת קיבלה (ביום 24.7.2002) את [חוק הנזקים האזרחיים](#) (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב-2002 (עניין עדאלה, פס' 6 לפסק-דינו של הנשיא ברק; ההדגשות במקור).

פרשנות זו של תיקון מס' 4 קיבלה ביטוי גם בפסיקה מאוחרת יותר, ונקבע כי אין להחיל את תיקון מס' 4 על אירועים שהתרחשו טרם תחילתו. כך למשל [בע"א 8384/05](#) סאלם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.10.2008) נכתב כי "בית המשפט לא נדרש בהקשר זה לתיקון מס' 4 [בחוק הנזיקים האזרחיים](#) מתשס"ב, שהרחיב את הגדרת המונח 'פעולה מלחמתית' וצמצם באופן משמעותי את אחריות כוחות הביטחון הפועלים במסגרת העימות עם הפלסטינים" (פס' 3 לפסק-הדין). גם [ברע"א 10482/07](#) עלאונה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.3.2010) נכתב כי "[חוק הנזיקים האזרחיים](#), בנוסחו המקורי, לא כלל הגדרה לביטוי 'פעולה מלחמתית'. בשנת 2002 תוקן החוק במטרה להבהיר את המונח... המקרה שלפנינו אירע בשנת 1992, ולכן הגדרה רחבה זו אינה יכולה לסייע בידנו" (פס' 8 לפסק-הדין) (וראו גם: [רע"א 8484/06](#) ניצן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.6.2007)).

14. המדינה מבקשת, כאמור, להפנות לדברים שנכתבו בעניין חטיב הנ"ל לצורך תימוכין בעמדתה. באותו עניין נקבע כי בית המשפט המחוזי עשה שימוש בהגדרה של "פעולה מלחמתית" שנוספה במסגרת תיקון מס' 4 "על דרך ההיקש – בין היתר, מתוך הנחה שהיא אינה משנה מהמצב הקיים" (ראו פס' כ"ד לפסק-הדין). אלא שהמדינה אינה סבורה כי תיקון מס' 4 אינו משנה את ההגדרה שנקבעה על-ידי בית המשפט בפרשת בני עודה. המדינה מבקשת לטעון כי ההגדרה שנוספה ל[חוק הנזיקים האזרחיים](#) במסגרת תיקון מס' 4 תחול על מקרה זה דווקא משום שהיא רחבה יותר מן ההגדרה שהייתה נהוגה בפסיקה טרם התיקון. משכך, הדברים שנכתבו בעניין חטיב אינם תומכים בעמדת המדינה. יתר על כן, דווקא משום שבעניין חטיב הניח בית המשפט המחוזי כי תיקון מס' 4 לא שינה מן המצב הקיים, נקבע כי בפועל "שאלת תחולת הוראת הפטור נבחנה – בשתי הערכאות – בהתאם להלכות הרלבנטיות (בעיקר פרשת בני עודה)". משכך, יש לדחות את הטענה כי תיקון מס' 4 חל על המקרה שלפנינו.

חבות מכוח הדין הבינלאומי

15. בית המשפט המחוזי קבע כאמור כי עומדת למשיבים עילה כנגד המדינה גם מכוח הדין הבינלאומי. אין מקום לקבל טענה זו במסגרת ההליך שלפנינו. ההליך המתאים לבירור הטענה כי המדינה הפרה את החובות המוטלות עליה מכוח הדין הבינלאומי, ובכללן חובת פיצוי במקרים מסוימים, אינו הליך של תביעה אזרחית.

ודוק: אין חולק עוד כי המשיבים רשאים לתבוע, בעצמם וכפרטים, את זכויותיהם לפי אמנת האג, שהתקבלה כמשפט בינלאומי מנהגי בשיטת המשפט הישראלית (ראו [בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג\(2\) 113, 119-121 \(1979\)](#)). אלא שמקומה של הטענה כי המדינה חרגה מן הסמכויות המוקנות לה לפי הדין הבינלאומי (כגון, משום שלא עמדה בחובתה לשלם פיצויים בגין תפיסת מקרקעין) הוא בהליך מנהלי, לפי תחיקת הביטחון שהותקנה על-ידי המושל הצבאי באזורם של המשיבים, או במסגרת עתירה המוגשת לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (בכפוף לכללים הרגילים החלים על הליך זה).

אפילו נניח כי ככל שהמדובר בתביעה נזיקית, אין הרשות פטורה מחבותה אך בשל שהפרט לא מיצה את ההליכים המנהליים (אם כי עשויה להיות לכך משמעות מבחינת קיומו של אשם תורם) – הרי שהמצב שונה כאשר מבקש הפרט לעשות שימוש בעילה שאינה נזיקית, כי אם מנהלית או חוקתית. לפיכך, לא ניתן לבסס את זכותם של המשיבים לפיצויים באופן ישיר על הפרת חובה מן החובות המוטלות על מדינה מתוקף הדין הבינלאומי – למצער במסגרת הליך זה.

אשר-על-כן, הערעור מתקבל ופסק-דינו של בית המשפט המחוזי יבוטל. בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

## המשנה-לנשיאה

השופטת ע' ארבל:

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

שאלת אחריות המדינה בגין "פעולה מלחמתית" המקימה למדינה חסינות מפני אחריות, עברה גלגולים ונדונה במספר הזדמנויות על ידי בית משפט זה (ראו, בין היתר, [בג"ץ 8276/05](#) עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 12.12.06)). הכנסת סברה שבית המשפט העליון נתן פירוש צר מדי למונח "פעולה מלחמתית", וביום 24.7.2002 התקבל תיקון [לחוק הנזיקים האזרחיים](#) (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4) התשס"ב-2002 ס"ח 1862 (להלן: תיקון מס' 4), בו הוספה הגדרה למונח "פעולה מלחמתית".

אכן תיקון מס' 4 אינו חל על אירועים שהתרחשו טרם תחילתו, זאת גם בהתבסס על פסיקה קודמת של בית משפט זה, אליה מפנה חברי בחוות דעתו. המקרה שבפנינו אירע בשנת 1992, ולכן ההגדרה הרחבה של "פעולה מלחמתית" על-פי תיקון מס' 4 אינה חלה לגביו (ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פד"י נו(4) 1(2002)); ע"א 9561/05 חטיב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), (4.11.2008)).

אני מסכימה עם חברי המשנה לנשיאה, כי קביעת בית המשפט המחוזי ביחס לרשלנות המדינה אינה יכולה לעמוד. לא הוכח בפני בית המשפט המחוזי כי היעדר הודעה בכתב לתובעים על כוונה לבצע חישוף, שלילת זכות השימוע לפני המפקד בשטח, כמו-גם השימוש באמצעי פוגעני שאינו הכרחי, הם שגרמו לנזק שבהריסת המשתלות. לא הוכח הקשר הסיבתי בין ההתרשלות והנזק. נטל זה שהיה מונח על כתפי המשיבים לא הורם על ידם.

אני מסכימה ומצטרפת אפוא למסקנתו של חברי כי בחינת מכלול הדברים אינה מאפשרת לקבוע כי ניתן היה למנוע את הפעולה החבלנית שבוצעה בהריסת המשתלות ללא ביצוע החישוף, וזאת גם אם הוכח שבניית המוצב לא חייבה את ביצוע החישוף.

כאמור, גם אני כחברי סבורה שיש לקבל הערעור ולבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

## ש ו פ ט ת

### השופט ח' מלצר:

הנני מצטרף בהסכמה לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין.

גם אני סבור שאין למשיבים עילה בנזיקין כנגד המדינה, ואולם נראה לי שראוי – בשים לב לכלל נסיבות הענין – כי תישקל האפשרות לפצות בדרך כלשהי את המשיבים לפי תחיקת הביטחון שהותקנה על ידי המושל הצבאי באזורם, או לפנים משורת הדין (עיינו: בג"צ 24/91 תימרז נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מה(2) 325 (1991)).

ש ו פ ט

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

ניתן היום, י"א באב התשע"א (11.8.2011).

ע' ארבל 54678313-3675/09

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

המשנה-לנשיאה