

בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 6310-04 _____ הנדיה ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

בפני
תובעים כב' השופט משה רביד

1. הנדייה _____
2. הנדייה _____
3. הנדייה _____
4. הנדייה _____
5. הנדייה _____
6. הנדייה _____
7. הנדייה _____
8. הנדייה _____
9. הנדייה _____
10. הנדייה _____

נגד

1. מדינת ישראל
2. צבא הגנה לישראל

נתבעים

פסק דין

1. תביעה כספית לתשלום פיצויים בגין נזקים שנגרמו לרכוש - הריסת מבנה - במסגרת פעילות צה"ל בשכם במהלך מבצע "חומת מגן".

רקע

2. ביום 27.3.02, ערב ליל הסדר תשס"ב, נערך במלון פארק בנתניה סדר פסח כמדי שנה בשנה. במהלך ניהול הסדר נכנס טרוריסט פלסטינאי לחדר האוכל בתחפושת של אישה ופוצץ עצמו. בפיצוץ נרצחו 30 בני אדם חלקם ניצולי שואה. 140 איש נפצעו בפיגוע, חלקם נפצעו קשה.
- בעקבות הפיגוע החמור החליטה הממשלה ביום 28.3.02 על מבצע "חומת מגן" (להלן - "המבצע"). במסגרת המבצע נכנס צה"ל (להלן - "הצבא") למספר ערים - ג'נין, שכם, רמאללה, בית לחם, טול כרם וקלקיליה - כדי להרוס את תשתיות הטרור ולעצור את גל הפיגועים. המבצע החל ביום 29.3.02 והסתיים ביום 10.5.02. לשכם נכנס הצבא ביום 3.4.02.

הטיבה להגדיר את המצב שבפניו עמדה מדינת ישראל בכלל, ואת מצבה של האוכלוסייה האזרחית הנקלעת שלא בטובתה לאזור הלחימה, כב' הנשיאה ד' ביניש בבג"ץ 9132/07 אחמד נ' ראש הממשלה, לא פורסם [פורסם בנבו] (30.1.08):

"אכן, בעת לחימה ... האוכלוסייה האזרחית נקלעת שלא בטובתה לשטח בו מתנהלת הלחימה, והיא הקורבן הראשון והעיקרי של מצב לחימה, גם כאשר נעשים מאמצים לצמצום הפגיעה בה. גם בשטחה של מדינת ישראל, בעידן מתקפות הטרור המתמשכות מזה שנים, הקורבן המיידי והעיקרי של מצב הלחימה הנו האוכלוסייה האזרחית. אלא שבכל הנוגע לפעולות המבוצעות נגד ישראל אין מדובר כלל בפגיעה מקרית או בתוצאה נלווית, אלא בהתקפות טרור תכופות המכוונות ישירות כנגד האוכלוסייה האזרחית ומיועדות לפגוע באזרחים תמימים. זהו השוני שבין מדינת ישראל, מזינה דמוקרטית הנלחמת על נפשה במסגרת האמצעים אשר מקנה לה הדין, לבין לחימתם של ארגוני הטרור הקמים עליה. המדינה נלחמת בשם החוק ולשם שמירתו. הטרוריסטים נלחמים כנגד החוק ותוך הפרתו. המלחמה נגד הטרור היא גם מלחמתו של המשפט כנגד הקמים עליו."

וראו במיוחד הדברים שכתב גם כב' הנשיא (בדימוס) א' ברק בבג"ץ 7019/02 עגורני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 359-358 (2002); בבג"ץ 2461/01 כנעאן נ' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, לא פורסם [פורסם בנבו] (29.3.01); בבג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(2) 349, 356-355 (2003); בבג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נו(1) 385, 389 (2002).

העובדות שאין עליהן מחלוקת

3. 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 אלקוף.

4. 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.

5. בכתב התביעה תבעו התובעים את הנזקים בגין הרס הבניין, שהוא כאמור בבעלות התובעת 9, ואת הנזקים לרכוש שנתר בבניין שנהרס. בהחלטה שנתתי ביום 30.3.09 הוריתי כי תחילה אדון בשאלת אחריות המדינה לנזקים שנגרמו לתובעים, ואם אמצא כי המדינה אחראית לנזקיהם אדון בשאלת גובה הנזק. פסק דין זה דן, אפוא, בשאלת האחריות של המדינה לפצות את התובעים על נזקיהם.

דיון

6. לטענת המדינה, בהתאם להוראת סעיף 5 [לחוק הנזקים האזרחיים](#) (אחריות המדינה), תשי"ב-1952 (להלן - "חוק הנזקים האזרחיים"), אין היא אחראית בנזיקין בגין הריסת הבניין, הואיל ומדובר ב"פעולה מלחמתית" של הצבא. אפנה לבחון הטענה.

המתווה הנורמטיבי

7. הוראת סעיף 5 [לחוק הנזקים האזרחיים](#) מורנו לאמור: "אין המדינה אחראית בנזיקין על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא-הגנה לישראל". בתיקון מספר 4 לחוק, אשר פורסם ביום 1.8.02, הוספה לראשונה ההגדרה של "פעולה מלחמתית", כדלקמן: "לרבות כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף." ([חוק הנזקים האזרחיים](#)) (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), תשס"ב-2002 (להלן - "התיקון"). בענייננו, אירוע הריסת הבניין התרחש ביום 7.4.02, לפני כניסתו לתוקף של התיקון. לפיכך, התיקון אינו חל בענייננו (ראו [בג"ץ 8276/05 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון](#), לא פורסם, [פורסם בנבו] סעיף 35 לפסק הדין (12.12.06); אך ראו [ע"א 9561/05 חטיב נ' מדינת ישראל](#), לא פורסם [פורסם בנבו] (4.11.08)).

8. אלא שעוד בטרם נחקק התיקון נזקקו בתי המשפט להגדרה של "פעולה מלחמתית".

בע"א 311/59 מפעל טחנת טרקטורים בע"מ נ' חייט, פ"ד יד 1609, 1613-1614 (1960), עמד כב' השופט (כתוארו אז) ח' כהן על משמעות ההיגד "פעולה מלחמתית" בקובעו לאמור:

"לשם הכרעה בשאלה אם פעולה פלונית היא פעולה מלחמתית, עליך לבחון את הפעולה - לא את המלחמה; אם בפעולה ניכרים סימני היכר של לחימה, אם היא פעולה שנוהגים או רגילים לבצע תוך כדי מלחמה, כי אז היא פעולה מלחמתית, ואין נפקה מינה אם מתנהלת מלחמה אם לאו..."

בכדי להסיר אחריות מעל המדינה, חייבת הפעולה להיות פעולה מלחמתית של צבא הגנה לישראל, כלומר פעולה צבאית שבדרך כלל אין צבא מבצע אותה אלא בשעת לחימה בלבד. אפילו במדינה כשלנו המוקפת אויבים ומתנכלים בכוח (תרתני משמע), ואפילו במקום ובזמן המועדים לפורענויות - אין, לדעתי, לראות בפעולת שמירה פעולה מלחמתית, לא רק מפני שהיא פעולה של כל ימות השנה, וימי שלום בכלל זה, אלא מפני שמטיבה ומטבעה אין בה אלמנט של לחימה; ואם כי לא תיתכן מלחמה בלעדיה, הרי היא פעולת עזר או פעולת לוואי בלבד, משל לפעולות אפסנאות או עזרה רפואית שלא תיתכן מלחמה בלעדיהן ובכל זאת אינן בהכרח פעולות מלחמתיות.

אני מתחזק בדעתי זו לאור העובדה שהחוק המונח לפנינו לפירוש ולביצוע, תכליתו להעניק לאזרח שנפגע בידי שלוחי המדינה סעד ותרופה מאת המדינה; ונראה לי שיש לפרש את הסייגים, הבאים להגביל אחריות המדינה, פירוש קפדני, שלא יישלל מן האזרח סעדו אלא בה במידה שהמחוקק גילה רצונו בכך בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים. פירוש קפדני של הסייג שהמדינה לא תשא באחריות בשל פעולה מלחמתית של צבא הגנה לישראל מביאנו לידי הגבלת הסייג לאותן פעולות אשר הן מלחמתיות מטבע ברייתן ואשר מקומן ורישומן לא ניכר אלא תוך כדי לחימה בלבד".

שם ירה הנתבע, תוך כדי מילוי תפקידו כשומר בישוב ספר, בתובע ופצע אותו. כב' השופט ח' כהן קבע, כי השמירה על הישוב לא היתה פעולת מלחמה מטבע ברייתה ולכן יש לבחון אם המדינה והנתבע חבים לפצות את התובע. עוד נקבע שמכיוון שמדובר בחריג - פטור מאחריות - יש לפרש את הפטור בצמצום רב (ראו גם ע"א 345/85 מפעל טחנת טרקטורים בע"מ נ' אוחנה, פ"ד מב(3) 11, 12-13 (1988); שם נקבע שאי מניעת נסיעה של כלי רכב על כביש ממוקש אינה פעולה מלחמתית ואין לראות את פעולות המיקוש כחלק מפעולות המלחמה שכוונו נגד ישראל).

בע"א 623/83 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 477, 479-480 (1986) היו העובדות כדלקמן: במלחמת יום הכיפורים התמקמה פלוגת דלק על מיכליה בחיפה וגרמה לנזקים לעבודות סלילה. כב' הנשיא (בדימוס) מ' שמגר קבע שהתמקמות הפלוגה אינה פעולה מלחמתית וכדבריו:

"לעניין סעיף 5 הנ"ל [לחוק אחריות המדינה], 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. רק פעולת מלחמה ממש במובנו הצר והפשוט של מונח זה, כגון: כינוס כוחות לקרב, תקיפה לוחמת, חילופי אש, פיצוצים וכדומה, שבהם בא לידי ביטוי האופי המיוחד של הלחימה על סיכונים ובעיקר על השלכותיה ועל תוצאותיה, הם אלו שאליהם כוונו מלותיו של סעיף 5. ריכוזי רכב ותנועת רכב בעורף הרחוק, שאין בהם דבר ללחימה פרט לכך שתקופת המלחמה והגיוס גרמתן, אינם מפעילים את החסינות, שסעיף 5 הנ"ל ביקש ליצרה.

אין ספק, כי פרשנות זו לסעיף 5 היא פרשנות מצמצמת, אך זו גם הייתה, בצדק, הגישה, שבאה לידי ביטוי בפסיקה של בית-משפט זה מאז ע"א 311/59 הנ"ל, והפרשנות האמורה סבירה ואף רצויה, כאשר מדובר על חסינות מפני אחריות למעשה, שהוא לפי טבעו ובנסיבות רגילות, בגדר מעשה עוולה."

בע"א 542/75 עטאללה נ' מדינת ישראל, פ"ד לא (2) 552, 554 (1977), פסק כב' ממלא מקום הנשיא (כתוארו אז) השופט מ' לנדוי, כי מארב של יחידה צבאית בתקופת לחימה מוגברת באויב היא פעולה מלחמתית. פעולות לדיכוי ארגוני טרור שנעשות בידי הצבא יכולות ללבוש צורה של פעולה מלחמתית.

בע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל (להלן - פסק דין בני עודה), פ"ד נו (4) 1, 9-6 (2002), עמד כב' הנשיא (בדימוס) א' ברק על התכלית המונחת ביסוד הפטור המוענק למדינה מאחריות בנזיקין בגין "פעולה מלחמתית" של הצבא. לדבריו, פעולות מלחמתיות יוצרות סיכונים מיוחדים, חריגים ויוצאי דופן, אשר הטיפול בהם צריך להיות מחוץ לגדריה של האחריות הנזיקית הרגילה. התפיסה הינה כי דיני הנזיקין הרגילים - העוסקים בחלוקת סיכונים בגין פעולות מזיקות בחיי היומיום של אדם במדינתו - אינם מתאימים להסדרתו של סיכון מיוחד זה. על רקע התכלית המונחת ביסוד הפטור הקבוע בהוראת סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים, קבע כב' הנשיא (בדימוס) א' ברק המשמעות שיש ליתן להיגד "פעולה מלחמתית" כהאי לישנא:

"נקודת המבט מכוונת אל מהותה של הפעולה ואל הסיכון המיוחד שהיא מסבה. השאלה הינה אם הפעולה שגרמה נזק היא 'פעולה מלחמתית'... הפעולה היא מלחמתית אם זו פעולת לחימה, או פעולה מבצעית-צבאית, של הצבא. לא נדרש שהפעולה תבצע כנגד צבאה של מדינה. גם פעולות כנגד ארגוני טרור עשויות להיות פעולות מלחמתיות. כך, למשל, אופייה הלחימתי של הפעולה המכוונת כנגד אויב (בין צבא מאורגן ובין גופי טרור) המבקש לפגוע בחיילים הוא שעלול ליצור את הסיכון המיוחד המצדיק הענקת חסינות למדינה..."

הצבא מבצע באזורי יהודה, שומרון ועזה 'פעולות' שונות היוצרות סיכונים מסוגים שונים. לא כל פעולותיו הן 'מלחמתיות'. כך,

למשל, אם הניזוק נפגע מתקיפה שהותקף על-ידי חייל בשל סירובו למלא הוראה באשר למחיקת סממאות שהיו כתובות על הקיר, אין לראות בפעולת התקיפה 'פעולה מלחמתית', שכן הסיכון שפעולה זו יצרה הוא סיכון רגיל של פעולה לאכיפת החוק. לא כן אם סיור צבאי בכפר או בעיר נקלע למצוקה של סכנת חיים או סיכון חמור לגוף בשל ירי עליו וזריקות אבנים ובקבוקי תבערה, וכדי לחלץ את עצמו הוא יורה ופוגע בבלוני. פעולת הירי היא 'פעולה מלחמתית', שכן הסיכון שבפעולה זו הוא סיכון מיוחד. בין שני המצבים הקיצונים הללו עשויים להתקיים מצבי ביניים. טול מקרה של יחידה צבאית המסיירת באזור לשם שמירה על הסדר. כל עוד היא מבצעת תפקידי שיטור רגילים, ובגדר סיכונים רגילים של פעולת משטרה, אין לראות בפעולותיה 'פעולות לחימה'. לא כן אם מגיע שלב של התפרעות, רגימות אבנים ואף ירי, המעמיד את חיילי היחידה בסכנה. במצב דברים זה הפעולה חדלה להיות פעולת שיטור על סיכונים הרגילים והופכת לפעולת לחימה הכרוכה בסיכונים מיוחדים. טול יחידה צבאית החונה במקום פלוני כחלק משיגרת פעילותה. נזק לרכוש הנגרם בשל החניה אינו מהווה "פעולה מלחמתית"... הוא הדין אם הצבא משאיר אחריו, כחלק מהאימונים השוטפים, ברשלנותו, רימון המתפוצץ וגורם נזק. זהו סיכון רגיל לאימונים שהצבא מקיים, ואין בו פעולה מלחמתית על סיכונים המיוחדים. לעומת זאת אם הנזק נגרם בשל ירי ממארב שהכין הצבא, הנזק נגרם בשל 'פעולה מלחמתית', שכן 'כאן אנו עוסקים במארב של כוחות צבאיים שתפקידו הוא תפקיד פעיל של פגיעה בעת הצורך באויב שעלול היה להופיע' (מ"מ הנשיא השופט לנדוי, בע"א [542/75](#), הנ"ל). טול יחידה צבאית העוצרת חשוד. ייתכן שהפעולה מהווה פעולת שיטור רגילה, שאין בה אופי לחימתי. אך ייתכן שהנסיבות האופפות את הפעולה הן כאלה - כגון במהלך קרב המתרחש באזור מסוים - שיש בהן אופי לחימתי. הוא הדין ביחידה צבאית היורה לעבר נהג המנסה לחמוק מחסימה בכביש. ייתכן שפעולת היחידה כרוכה בסיכון רגיל, בדומה לסיכון הכרוך בחסימה משטרתית המבקשת לעצור עברייני סמים. ייתכן שפעולת היחידה כרוכה בסיכון מיוחד הנובע ממגע באש עם האויב, שבגדריה בוצעה החסימה.

הנה כי-כן, 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".

(ראו גם ע"א 9561/05, שם; ע"א 1071/96 עזבון אלעבד נ' מדינת ישראל, לא פורסם [פורסם בנבו] (6.2.06); ע"א 8599/02 חזימה נ' המפקד הצבאי באזור יו"ש, לא פורסם [פורסם בנבו] (26.2.06); ע"א 8384/05 סאלם נ' מדינת ישראל, לא פורסם (7.10.08); ע"א 5621/97 התהת נ' מדינת ישראל, לא פורסם [פורסם בנבו] (26.3.06)).

9. העולה מן המקובץ, בעבר בחן בית המשפט האם הפעולה, כשלעצמה, היא פעולה מלחמתית, תוך מתן פרשנות צרה להיגד "פעולה מלחמתית" - פעולה שנוהגים לבצעה תוך כדי מלחמה ואין נפקא מינה אם מתנהלת מלחמה אם לאו. בפסק דין בני עוודה הדגיש כבי הנשיא (בדימוס) א' ברק לא רק את אופי הפעולה, אלא גם את נסיבות האירוע, ובכלל זאת: מטרת הפעולה, מקום האירוע, האיום שקדם לפעולה, עוצמת הכוח הצבאי הפועל ומשך הפעילות. נתונים אלה שופכים אור על אופיו של הסיכון המלחמתי המיוחד שהפעולה גרמה. האופי הלחימתי של הפעולה המכוון כנגד אויב - בין שהוא צבא סדיר או צבא בלתי מאורגן או גוף טרור - המבקש לפגוע בחיילים הוא שעלול ליצור את הסיכון המיוחד המעניק חסינות למדינה. ההבחנה הינה בין סיכונים בגין פעולות מזיקות בחיי יום-יום, שעליהם חלה [פקודת הנזיקין](#), לבין סיכונים מיוחדים שאינם אופייניים לחיי יום-יום, שעליהם פקודת הנזיקין לא תחול.

10. ויוטעם, חסינות זו קיימת לא רק בישראל אלא גם במדינות אחרות. הוראת החוק בארצות הברית, המעניקה חסינות למדינה, פורשה על-ידי הפסיקה שם בצורה רחבה ביותר, ולעניות דעתי, אף מעבר לדרוש (ראו אסף [יעקב "חסינות תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מ'פעולה מלחמתית'"](#), משפטים כרך לג 107, 125-115 (תשס"ג-2003) (להלן - מאמרו של אסף יעקב)).

מבצע "חומת מגן"

11. בכתב התביעה ובתצהירי עדותם הראשית, התובעים אינם מתייחסים לנסיבות בעטיין נכנס הצבא לשכם בראשית חודש אפריל 2002. גם בחוות דעת המומחים מטעם התובעים, קובי שמעון ושמעון קניפל, ובתשובות שנתנו לשאלות באי-כוח המדינה, אין כל התייחסות למבצע, לפעולות הצבא בשטח ולהחלטות המפקדים שפעלו על פי נתונים שקיבלו בהתחשב באירועים שהתרחשו במהלך כניסת הצבא לשכם. במילים אחרות, אין כל התייחסות של התובעים לשאלה האם מערכת השיקולים של הצבא (המפקדים בשטח ובעורף) שונה בבואם להחליט האם להרוס את הבניין שלגביו ישנו מידע מודיעיני כי הוא ממולכד - כאשר מתנהלת לחימה בשכם ו"בעיתות שלום".

12. את הרקע למבצע סיפקו עדי ההגנה. ר', מפקד סיירת מובחרת של חיל ההנדסה (להלן - "ר'"), פירט בתצהירו את הרקע למבצע, פיגועים תכופים אשר גבו קורבנות

רבים מקרב האוכלוסייה האזרחית והצבא. לדבריו, מטרת המבצע היתה פגיעה בתשתיות הטרור, עצירה של גל הפיגועים ותפיסת מחבלים. סא"ל יורם (להלן - "יורם"), היה מפקד גדוד שריון במילואים בעת המבצע והיה אחראי על הגזרה שבה נמצא הבניין. הכוח אשר עליו פיקד פרץ לעיר שכם באותה גזרה. יורם הצהיר כי שכם היתה אחד ממרכזי הטרור הפלסטיני וממנה יצאו מחבלים רבים לפיגועי התאבדות. המחבלים דאגו להניח מטענים ומארבי צלפים לכוחות הצבא שפעלו בעיר שכם. התנועה של כוחות הצבא היתה תחת ירי וסכנת חיים בלתי פוסקת (ראו עדותו בעמ' 138 לפרוטוקול).

גם המומחה מטעם ההגנה, גיל אזוגי, התייחס בפתח חוות דעתו לנסיבות ההחלטה להכריז על המבצע. גם לדבריו, מטרת המבצע היתה לפגוע בתשתיות הטרור הפלסטיני. הכוונה היתה לעצור פעילים בארגוני הטרור ואת אלה שנתנו חסות, תמיכה ומימון לתשתיות הטרור. זאת, כדי למנוע מהמחבלים לפעול נגד הצבא וליזום פיגועי תופת בישראל. המלחמה התנהלה מול מחבלים בלבוש אזרחי או בלבוש חלקי של מדים, בתוך שכונות ורחובות שבהם הם התבצרו. הכוחות שנכנסו לשכם נאלצו להתמודד עם מאות מטענים שפוזרו והוסתרו בשטח. חלק מהמטענים היו גלויים וחלק הוסתרו.

13. לאור האמור לעיל, הנני לקבוע כי המבצע נשא אופי של מלחמה. כך כעולה גם מדברי כב' הנשיא (בדימוס) א' ברק בבג"ץ 7015/02, שם, 359, בקובעו כהאי לישנא:

"במאבקה של ישראל כנגד הטרור היא נוקטת - מכוח זכותה להגנה עצמית - מבצעי לחימה מיוחדים (מבצע 'חומת מגן' שהחל במארכ 2002 ומבצע 'דרך נחושה' שהחל ביוני 2002 וטרם הסתיים). מטרת המבצעים הייתה הכרעת תשתית הטרור הפלסטינית ומניעת הישנותם של פיגועי הטרור. במסגרת פעולות אלה נכנסו כוחות צה"ל לשטחים רבים שהיו בעבר בשליטתו מכוח תפיסה לוחמתית ואשר הועברו בהסכמים לשליטתה (המלאה או החלקית) של הרשות הפלסטינית. הצבא הטיל סגרים וכתרים על אזורים שונים. נאספו כלי נשק וחומרי חבלה. נעצרו מבוקשים. במסגרת מבצעים אלה גויסו כוחות מילואים רבים; הופעלו כלי נשק כבדים (טנקים, נגמשים), ובהם מסוקי קרב ומטוסים."

אלא שאין די בהיות המבצע בעל אופי מלחמתי. יש לבדוק האם הפעולה של פיצוץ הבניין והריסתו הינה בגדר "פעולה מלחמתית" וכי אינה פעולת שיטור.

האם הפעולה של פיצוץ הבניין הינה "פעולה מלחמתית"?

14. עדי התביעה טענו כי באזור הסמוך לבניין לא היו חילופי אש ורק הצבא הוא שירה. לאחר שצפיתי בקלטת שהוגשה מטעם התובעים, באתי לכלל מסקנה כי לא כך היו פני הדברים. בצפייה בקלטת רואים בבירור, כי לפני הריסת הבניין, בשעות החשיכה, התנהלו חילופי אש בין הצבא אשר ירה לעבר בתים שמהם נפתחה עליו אש. בשעות היום לא ניתן להבחין בירי מהבתים אבל רואים, כי הצבא ירה לעבר בניינים. רואים להבות אש, עשן שחור ועשן לבן. גם עד התביעה, עפאני יחיה חוסיני מנצור, העיד כי היו יריות בימים שהצבא היה בסמוך לבניין (עמ' 55 לפרוטוקול). לדבריו, כאשר נורו יריות הוא ומשפחתו התרחקו מהחלון. אין בידי לקבל את עדותו של סופיאן איסמעיל עלי דדין, כי לפני הריסת הבניין לא היו יריות וכי רק לאחר פיגועי המשפחות מהבניין החלו יריות. לטענת העד, הצבא הוא שירה. אלא שהדבר אינו מתיישב עם טענתו, לפיה בשעת הירי התחבא ולא ראה מי ירה (עמ' 60 לפרוטוקול). גם ר' כתב בתצהירו, כי תנועת הכוחות אל היעד ובעת פיצוץ הבניין לוותה בירי של מחבלים, וכי בצירים שבהם התקדם הצבא הונחו מטעני חבלה (ראו גם עמ' 66 לפרוטוקול).

15. יתרה מזאת, לטענת הצבא, היה בידו מידע אמין שהבניין היה ממולכד. אמנם ר' לא ציין בשום מקום, עד למתן עדותו בבית המשפט, היכן הונחו מטעני החבלה על-ידי המחבלים על-פי המידע שהיה בידו, אך אין מחלוקת שהחיילים שמיקשו את הבניין לא נכנסו לחדר המדרגות מכיוון שחשבו כי הוא ממולכד. גם מומחי ההגנה יצאו מהנחה, כי אם היו בבניין מטעני חבלה, הם היו בחדר המדרגות. עוד הסתבר מעדותו של ר', כי המהנדס שהכין את התוכנית לפיצוץ הבניין שינה אותה לאחר שר' קיבל מידע מדויק יותר כי גרם המדרגות ממולכד.

16. התובעים חלקו על אמינות המידע כי גרם המדרגות היה ממולכד באמצעות שתי חוות דעת של מומחים מטעם שהוגשו לתיק בית המשפט. לדעת המומחים, החיילים נכנסו לבניין, לקומה המסחרית, ושהו בה מספר שעות. בכך הם חשפו עצמם לסכנה כי ייהרגו בפיצוץ מטעני החבלה על-ידי המחבלים. התנהגות זו של החיילים והמפקדים בשטח סותרת את הטענה שהבניין היה ממולכד (סעיף 15 לחוות דעתו של קובי שמעון וסעיף 12 לחוות דעתו של שמעון קניפל, אשר סבר כי הכניסה לבניין סיכנה את חיי החיילים שלא לצורך).

17. קובי שמעון העיד בחקירתו הנגדית, כי היה סיכון לבניין והסיכון יכול היה להתממש תוך זמן קצר, ולכן היה צריך להרוס את הבניין ולא לסכן את חיי החיילים (עמ' 99 לפרוטוקול). המעבר בין מצב של מלכוד לבין מצב של פיצוץ יכול להיות בשניה (עמ' 99 לפרוטוקול).

100 לפרוטוקול). עוד הוסיף קובי שמעון, בניגוד לאמור בחוות דעתו, כי הוא מאמין לר' שקיבל מידע שהבניין ממולכד (עמ' 102, 103 לפרוטוקול). לדבריו, אין חשיבות למקור המידע. אם ר' קיבל מידע שהבניין ממולכד, הוא חייב לפעול בהנחה שהבניין ממולכד (עמ' 110 לפרוטוקול). אמירות אלה לא מנעו מקובי שמעון, לשנות את גרסתו ולחזור ולומר כי מאחר שהחיילים נכנסו לבניין, הוא למד כי הבניין לא היה ממולכד (עמ' 103 לפרוטוקול). בהמשך עדותו טען, כי ר' שיקר אם אמר כי קיבל מידע שהבניין ממולכד (עמ' 104 לפרוטוקול). סתירות אלה בחקירתו הנגדית פוגמות באמינות חוות דעתו ובמשקלה.

עוד אדגיש, כי קובי שמעון הסתמך בחקירתו הנגדית על דברים ששמע מהתובע 5 אודות מספר החיילים הרב שנכנס לבניין. עיון בתצהירו של התובע 5 ובחקירתו הנגדית מעלה, כי הלה לא נקב במספר החיילים שנכנסו לבניין (עמ' 92, 94, 96 לפרוטוקול). נתון עובדתי זה, שעליו הסתמך קובי שמעון, גם אינו מופיע בחוות דעתו. קובי שמעון אישר שאינו מכיר את דפוסי הפעולה של הסיירת שפוצצה את הבניין ולא קיבל מידע על שיטות הפעולה שלה. על שיטות הפעולה של הסיירת למד העד מהתחקירים, אך הוא לא ראה תחקירים המתייחסים לבניין (עמ' 99 לפרוטוקול).

גם הטענה כי יומן המבצעים זויף, מאחר שהוסיפו את המילה ממולכד ולא הוסיפה חתימה ליד התיקון, תלויה על בלימה, מאחר שקובי שמעון אישר כי מעולם לא מילא יומן מבצעים (עמ' 97-98, 110 לפרוטוקול). התובעים גם לא המציאו חוות דעת של גרפולוג לתמיכה בטענה זו, זולת אמירה בעלמא של קובי שמעון כי מדובר בזיוף. לאור זאת יש לקבל את הרישום ביומן המבצעים כראיה לכאורה לתוכנו (סעיפים 483 ו-488 [לחוק השיפוט הצבאי](#), תשט"ו-1955; [ע"א 8599/02 חזימה נ' מדינת ישראל](#), לא פורסם [פורסם בנבו] (26.2.06)).

18. בחקירתו הנגדית העיד שמעון קניפל, כי אם הבניין היה ממולכד היה צריך לפוצץ אותו, אבל לא נעשה דבר לאמת את המידע (עמ' 116 לפרוטוקול). המומחה חזר על האמור בחוות דעתו, כי סדר הפעולות מצביע על כך כי הבניין לא היה ממולכד ואם היה ממולכד סיכנו את חיי החיילים שנכנסו לתוכו. שמעון קניפל הסכים, כי הבניין יכול להפוך עד מהרה מסיכון פוטנציאלי לסיכון ממשי, הואיל ומדובר על העיר שכם (עמ' 122 לפרוטוקול). יצוין, כי שמעון קניפל שוחרר משירותו הצבאי בשנת 1990 או 1991 ואין הוא מעודכן בשיטות הפעולה של הצבא בכלל והסיירת בפרט.

19. הרושם העולה מקריאת חוות הדעת של המומחים מטעם התובעים הוא כי הם דאגו לשלום החיילים, וטרונייתם היא כי אפשרו לחיילים להיכנס לקומה המסחרית, כאשר קיימת אפשרות שהיא ממולכדת (עדות קובי שמעון עמ' 91 לפרוטוקול, עדות שמעון קניפל עמ' 111 לפרוטוקול). ההצעות של מומחי התובעים לטיפול במקרה שבו ההבניין ממולכד, מצביעות על כך שמה שהטריד אותם היה שהצבא הפר את חובת הזהירות שלו כלפי החיילים ולא כלפי התובעים.

אין ליתן משקל לחוות הדעת של המומחים מטעם התובעים, בין משום הסתירות המהותיות שהתגלו בחקירתם ובין מפני שהחלופות שהציעו אינן מעשיות ועל כך בהמשך.

20. כאמור, יורם שימש בעת המבצע מפקד גדוד שריון במילואים והוביל את כוחות הצבא שפרצו באותה גזרה שעליה היה אחראי. כעולה מתצהירו של יורם, הבניין היה מיועד לתפיסה בידי הצבא בשל כך שחלש על כל האזור ועל ציר הכניסה לעיר שכס. הבניין היה ממקום במיקום אסטרטגי ושלט באופן ברור על ציר הכניסה לעיר שכס, אשר עבר בסמוך לבניין (סעיף 8 לתצהיר). מהבניין ניתן היה לתצפת על חלקים נרחבים מאד באזור ועל הציר עצמו. בעת המבצע מרבית שיירות כלי הרכב, חיילים, טנקים ואמצעים לוגיסטיים נכנסו ויצאו מציר זה. לדבריו, צריך היה למנוע את האפשרות שמחבלים ישתלטו על הבניין, יחלשו על ציר הכניסה לשכס, יאיימו על הכוחות הנעים בציר ויקשו על הזרמת כוחות הצבא לשכס. הבניין נהרס מטעמים מבצעיים מאחר שהיה ממולכד, זאת תוך כדי ניהול המלחמה וכדי למנוע פגיעה בחיי אדם. המחבלים הבינו כי שיירות של הצבא עוברות בסמוך לבניין וכי הצבא מתכוון לתפוס אותו בשל היתרונות הטמונים בהחזקתו. לכן, המחבלים ביקשו לפוצץ את הבניין ולפגוע בחיילים שיכנסו לבניין לתפוס אותו.

יורם הוסיף והעיד כי לא ניתן היה לעשות את כל הפעולות שעליהן המליצו המומחים של התובעים, נוכח לוח הזמנים של המבצע אשר לא אפשר התמהמהות סרק. לדבריו, בשל מיקומו הגבוה של הבניין ושליטתו על ציר הכניסה, עדיף היה שלא להרוס הבניין, אלא שלא היה ניתן להמתין בביצוע ההריסה לאור המידע שהתקבל, לפיו היה צורך לפעול בלוחות זמנים מהירים בשל הלחימה שהתנהלה בעיר שכס. במלחמה תמיד יש מחסור בחיילים, בטנקים, בתחמושת, ובטרקטורים. יורם היה שותף לעיבוד המידע שהתקבל אודות מטענים בבניין (עמ' 152 לפרוטוקול).

21. המדינה הגישה חוות דעתו של גיל אזוגי, אשר שירת בחיל ההנדסה ובתפקידו האחרון היה רע"ן ביצורים במפקדת קצין הנדסה ראשי. בחוות דעתו כתב אזוגי כי

המחבלים התקינו בתוך הבניין מטעני חבלה מתוך כוונה לפגוע בחיילי הצבא. המחבלים ידעו כי יש חשיבות טקטית בשליטה על הבניין על סביבותיו. היו למחבלים שלוש מטרות במלכוד הבניין: האחת, לגרום לחיילים שייכנסו לבניין להפעיל את המטענים ולגרום להם אבדות רבות. השניה, להשתלט על הבניין לירות על החיילים או לחלוש על ציר הכניסה לשכם. והשלישית, למשוך את כוחות הצבא לבניין ואז להפעיל את מטענים ולגרום לקורבנות בנפש. השימוש בבניין כחלק מתשתית הלחימה של המחבלים הפכה אותו למסוכן וחייבה את פיצוצו כדי לנטרל את פוטנציאל שבהפעלת המטענים. הפיצוץ נבע מצורך מלחמתי מובהק. יתרה מזאת, במסגרת לוח הזמנים הצפוף של המבצע, שהייה ממושכת בשטח חשוף היתה גורמת לסיכון החיילים ולפגיעה בהשלמת המשימה של כיבוש וטיהור החלק המזרחי של שכם. פיצוץ הבניין בהתאם לתוכנית שהכין המהנדס היתה הדרך המתאימה ביותר להריסת הבניין.

בחקירתו הנגדית, נדרש גיל אזוגי לטענה כי הכניסה של החיילים לקומות המסחריות סיכנה את החיילים בשל החשש להטמנת מטעני חבלה בגרם המדרגות. לדבריו, בעת מלחמה נדרשים החיילים לסכן את עצמם (עמ' 128 לפרוטוקול). לא היה ניתן להמתין בביצוע ההריסה של הבניין, כי אין משאירים מלכודת מאחור בשטח שתסכן את החיילים (עמ' 131 לפרוטוקול). כמו כן, הכוחות נדרשו להשתלט על חלק מהעיר תוך פרק זמן מסוים ותוך עמידה בלוחות זמנים (עמ' 133, 134 לפרוטוקול). המשימה לפוצץ את הבניין הוטלה על הסיירת, שגיל אזוגי היה בעבר מפקדה, המסוגלת לבצע את המשימה של פיצוץ הבניין בסדר כוחות קטן ובפרק זמן קצר יותר (עמ' 129 לפרוטוקול).

מסקנות

22. העולה מן המקובץ, במהלך הלחימה של כוחות הצבא בעיר שכם במסגרת המבצע, קיבל הצבא מידע לפיו הבניין ממולכד. לאור עדותו של המכונה יורי, המידע היה אמין (עמ' 151 לפרוטוקול). בנסיבות אלה, באתי לכלל מסקנה כי פעולת הריסת הבניין הינה בגדר "פעולה מלחמתית", בהיותה חלק מהמערכה למיגור תשתיות הטרור בשכם. בעת מלחמה אין זמן לבחון את אמינות המידע ואת מקורו וגם אין זה מעשי לעשות כן. הצבא פועל על סמך נתונים שהיו ידועים לו בזמן אמת ולא בדרך של חוכמה לאחר מעשה (ע"א 6970/99 אבו סמרה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 185, 189 (2002); ע"א 3889/00 לרנר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 304, 312-313 (2002)). לצבא לא היה זמן ואפשרות לבחון את אמינותו של המידע, בהתחשב במידת הסכנה שנשקפה לחיילים. לא היה זמן לבדוק את המידע מפני שפרק הזמן שבו הסיכון

שהבניין יהפוך מסיכון פוטנציאלי של מלכוד לסיכון ממשי של פיצוץ היה קצר, ולכן בידי לקבל הטענה, לפיה אסור היה להמתין ולבדוק את אמינות המידע והיה הכרח לפוצץ את הבניין. בנסיבות אלה גם אין להמתין ולהזמין יחידה לסילוק פצצות, אשר ייתכן שפעלה במקום אחר (רע"א 5203/08 מדינת ישראל נ' אגבריה, לא פורסם [פורסם בנבו] (24.9.08)).

מטרת הפעולה - הריסת הבניין - היתה לסלק סיכון של פגיעה בחיילי הצבא שנכנסו לתוך שכם במסגרת מבצע צבאי מובהק למיגור תשתיות הטרור. באזור התנהלה לחימה. ברי כי במלחמה אין ליחידות הצבא הפועלות בשטח את הציוד, הנשק וכוח האדם המיטבי. כמעט תמיד יש מחסור בחיילים או אמצעי לחימה ולא תמיד ניתן לדעת אם הציוד או כוח האדם המבוקשים מצויים בהישג יד. לפיקוד מגיעות דרישות שונות מהשטח ועל המפקד לקבוע סדרי עדיפויות, שלא תמיד ישביעו את כל אחד מהפונים, ובמקרה זה ר'. מעל לכל יש לזכור, כי במלחמה יש לוחות זמנים והמטרה היא לפעול במהירות למיגור האויב.

23. כעולה מהתשתית הראייתית שהונחה לפניי, בשכם הונחו מטעני חבלה רבים. אילו הייתי מקבל את עמדת שני מומחי התביעה, הצבא לא היה עומד בלוחות הזמנים של המבצע, והיה מסכן, שלא לצורך, את החיילים ואת האוכלוסייה האזרחית. אין בידי לקבל גם הטענה, לפיה ככל שהיה מידע שהבניין ממולכד אסור היה לחיילים להיכנס גם לקומת המסחר. במלחמה על חיילים לסכן את חייהם כדי להשיג את מטרות הלחימה. כפי שעולה מעדותו של ר', שקובי שמעון נטה להסכים לה, מספר החיילים שהשתתפו במיקוש הבניין ופיצוצו היה קטן (עמ' 72 לפרוטוקול). העובדה שבעת שהחיילים נכנסו לבניין לא הופעלו מטעני החבלה יכולה להצביע על כך כי האבטחה של הצבא היתה טובה.

24. גם הנסיבות שהביאו לפיצוץ הבניין מצביעות על כך שמדובר בפעולה מלחמתית ולא בפעולת שיטור. בין יתר הנסיבות ניתן למנות: הצורך למנוע פגיעה בחיילים שמקורה בפעילות בבניין, שעמד כאמור במקום אסטרטגי; הצורך לאפשר את כיבוש כל הגזרה מבלי להשאיר מלכודות מאחור; והצורך לאפשר כניסה ויציאה של כוחות דרך ציר אלקוץ. לאור האמור, הנזק שנגרם לתובעים עקב פיצוץ הבניין אינו סיכון רגיל כי אם סיכון שנבע מהפעילות המבצעית של הצבא. זהו סיכון מיוחד האופייני לפעילות מלחמתית בהתחשב בנסיבות שבהן פוצץ הבניין. לכן, המקרה אינו יכול להיות מוכרע על-ידי דיני הנזיקין. ככל שמדובר בפעילות צבאית אין להטיל על הלוחמים מורא דיני הנזיקין שעלולים להרתיע אותם מלדבוק במשימתם, כל עוד

ברור שמדובר בפעילות מלחמתית להבדיל מפעילות שאין בינה לבין השגות מטרות הלחימה ולא כלום (*Shaw Savill and Albion Co. Ltd v. The Commonwealth*) 66 CLR 344 [1940]. אוסיף בהקשר דנא, כי אין חשש רב שהחיילים ינצלו את כוחם לרעה. החייל כפוף להוראות הדין הפלילי ולשיפוט המשמעותי, המגדירים את המותר ואת האסור, ויש בכך כדי להרתיעו (ע"א 507/79 ראונדאף (קורו) נ' תכים, פ"ד לו(2) 757, 780-779 (1982)).

25. לאור האמור לעיל, הנני לקבוע כי אירוע הריסת הבניין מהווה "פעולה מלחמתית", אשר בהתאם להוראת סעיף 5 לחוק הנויקים האזרחיים, המדינה אינה אחראית עליו בנוזיקין.

למעלה מן הצורך, אדון גם בטענות נוספות שהעלו התובעים, בהנחה כי האירוע דן אינו בגדר "פעולה מלחמתית".

עולת הרשלנות

26. כדי לחוב בעולת הרשלנות, יש להראות כי קיימת חובת זהירות מושגית וחובת זהירות קונקרטיה הנקבעות לפי מבחן הציפיות. ההנחה היא כי קיימת חובת זהירות מושגית וחובת זהירות קונקרטיה. חובת הזהירות נגזרת מיכולתו של אדם סביר לצפות, כי התנהגותו עלולה להביא לנזק שנגרם. המבחן מורכב הן מהיכולת הפיזית לצפות את התרחשות הנזק והן מהשאלה הנורמטיבית, האם סביר או ראוי לדרוש מאדם לצפות התרחשות נזק מסוים. הבחינה האם עמדו פעולות המזיק בסטנדרט התנהגות המצופה ממנו בנסיבות העניין נעשית בהתחשב במכלול נסיבות האירוע, לפי המידע שהיה מצוי בידי הנתבע באותה עת. לא מדובר על בדיקה ב"תנאי מעבדה" או בחכמה שלאחר מעשה. אין שואלים מה האמצעי שמבחינה פיסית היה מונע את הנזק, אלא מהם אמצעי הזהירות הסבירים שיש לדרוש כי ינקטו אותם בנסיבות העניין. השאלה שעל המדוכה הינה האם הופרה חובת הזהירות הקונקרטיה והאם יש קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין ההפרה לנזק (ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לו(1) 113 (1982); רע"א 5277/08 עזבון המנוח אליקשוולי נ' מדינת ישראל, לא פורסם [פורסם בנבו] (28.7.09)).

27. ובענייננו, לר' היה יסוד סביר להניח כי המידע שהבניין ממולכד הינו אמין, בהתחשב בעובדה שהמידע הגיע משירותי הביטחון. כאמור, לא היה לר' זמן לבדוק את נכונות המידע. ר' פעל בתנאי חירום, בשל הסכנה כי המטען או המטענים יופעלו בתוך זמן

קצר על-ידי המחבלים, כפי שאישרו המומחים של התובעים שהסיכון הפוטנציאלי להפעלת המטענים יכול היה תוך שניות להפוך לסיכון ממשי (השוו [ע"א 3889/00](#), **שם**, 313). בנסיבות חריגות אלה ר' היה צריך לסמוך על המידע שקיבל ולמלא את הפקודה שקיבל. לא רק שלא היה זמן לבחון את נכונות המידע גם לא ניתן היה לבחון לעומק חלופות אחרות ואת זמינותן כאשר באזור הבניין היו חילופי יריות. החלופות שהציעו מומחי התובעים לא היו מעשיות ולא שללו את הסכנה המיידית להפעלת המטענים, כפי שנראה להלן. החיילים שהגיעו לבניין פעלו בתנאי לחץ וחוסר וודאות ובמקרה של טעות חיהם היו בסכנה (ראו מאמרו של אסף יעקב, **שם**, 138, 170).

לא הרי רמת זהירות בתנאי חירום ובכלל זה בעת מלחמה, כרמת זהירות ממי שעתותיו בידיו לקבוע באופן מחושב את דרכי פעולתו. לכן, בנסיבות כאלה, יש להתחשב בטעויות בשיקול דעת שאינן מגיעות לכדי התרשלות ולא לבחון את פעולתו של המפקד בחוכמה שלאחר מעשה אלא בראייה של חוכמה בעת מעשה ([ע"א 6732/97 אלעש נ' מדינת ישראל](#), לא פורסם [פורסם בנבו] 15.3.06); [ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח\(2\)](#) 498, 507-508 (2004); [ע"א 751/68 רעד נ' מדינת ישראל, פ"ד כה\(1\)](#) 197, 214 (1971); [ע"א 1071/96 עזבון אל עבאד נ' מדינת ישראל, פ"ד ס\(4\)](#) 337, 358-356 (2006); [ע"א 5621/97, שם](#); [ע"א 6521/98 בואטנה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט\(4\)](#) 218, 226-227 (2005); [ע"א 7995/02 המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון נ' שענובי](#), לא פורסם [פורסם בנבו] (25.9.07).

יש לזכור, כי בית המשפט אינו שם עצמו כמומחה ואין הוא בוחן באיזה צעד על המפקד בשטח לנקוט כדי לקדם את פני הסכנה, כל עוד מה שהחליט המפקד הצבאי הוא בתחום הסבירות. כך גם אישר קובי שמעון (עמ' 99, 102 לפרוטוקול). עמד על כך כב' הנשיא (בדימוס) מ' שמגר ב**בג"ץ 24/91 תימרו נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מה(2)** 325, 336 (1991) בקובעו לאמור:

"אין צריך להוסיף, כי בנושא צבאי-מבצעי אין בית המשפט שם עצמו כמומחה צבאי חלופי, כדי לבחור מחדש מבין החלופות הצבאיות-המבצעיות החוקיות האפשריות את זו שהיא הטובה ביותר לדעתו. לשון אחר, בית המשפט אינו שם עצמו כמפקדת-על צבאית כדי ליישם ידיעותיו והבנתו לפתרון של בעיות צבאיות-מבצעיות. גישה כזו הייתה נוגדת הן את התפיסות החוקתיות שלנו והן את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי".

בית המשפט אינו מחליף את שיקול הדעת של המפקד בשיקול דעתו שלו. בית המשפט אינו בוחן את תבונת ההחלטה אלא את חוקיותה. השאלה היא האם החלטות המפקד הן החלטות שמפקד סביר היה יכול לקבלן. כאשר החלטת מפקד

הצבאי נשענת על ידע צבאי, בית המשפט נותן משקל מיוחד למומחיותו הצבאית. יחד עם זאת, אם הפעולות של המפקד הצבאי פוגעות בזכויות האדם הן שפיטות. כאשר החלטת המפקד הנשענת על מקצועיות צבאית פוגעת בזכויות, תיקבע מידתיות הפגיעה על-פי המבחנים המקובלים בעניין זה, כפי שנראה להלן ([בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס\(2\) 477, 508-507 \(2005\)](#); [בג"ץ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נ\(6\) 352, 375-376 \(2002\)](#); [בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, נח\(5\) 807, 843-842 \(2004\)](#); [בג"ץ 9132/07 גבר אל בסיוני נ' ראש הממשלה, לא פורסם \[פורסם בנבו\]](#) (30.1.08); [רע"א 5203/08, שם](#)).

29. גם בהנחה כי בית המשפט היה בוחן את פעולותיו של ר', החלטתו לפוצץ בנסיבות העניין את הבניין והדרך שבחר לעשות כן לא חרגו מתחום הסביר. האמצעים שאותם הציעו המומחים של התובעים לנטרול הסכנה אינם ישימים במקרה זה. אפרט: רובוטים אינם יכולים לגלות מטען המוסלק בקירות הבניין (עדות קובי שמעון עמ' 105 לפרוטוקול; עדות שמעון קניפל עמ' 118 לפרוטוקול), מה גם שבאותה עת לא היו לסיירת רובוטים (עדות קובי שמעון עמ' 101 לפרוטוקול; עדות שמעון קניפל עמ' 111 לפרוטוקול). תצפיות על הבניין לא רק שהיו מעכבות את התקדמות הכוחות, הן אינן יעילות, שכן הן חושפות את החיילים בשטח לפגיעה. איטום הבניין או העמדת נגמ"ש בפתח הבניין אינם מונעים כניסה של מחבלים לתוכו באמצעות סולמות מהפתחים האחרים בבניין. תחקור, כאמור של הדיירים, היה גוזל זמן מיותר, מה עוד, שהתובעים טוענים במרץ כי לא היה להם מידע על הטמנת מטענים ממולכדים בבניין. השוו [לבג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג\(2\) 529, 540, 541, \(1989\)](#), הדן בזכות השמיעה כאשר רוצים להפעיל סנקציה עונשית לפי תקנה 119 [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945, ולהרוס או לאטום מבנה. נקבע, כי כאשר יש צורך צבאי מיידי המחייב פעולה על אתר, אין מקום לשימוע של הנפגע.

הטענה בסיכומי התובעים כי היה מקום להשתמש "בנוהל שכן" ולבקש מאחד הדיירים להיכנס לגרם המדרגות כדי לבחון את אמינות המידע, מוטב היה לה שלא תיטען, ובשים לב כי באותו זמן טרם הוכרז על אי חוקיותה ([בג"ץ 3799/02 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל](#)), לא פורסם [פורסם בנבו] (6.10.05). יתרה מזאת, אין מחלוקת כי מהבניין לא ירו על הצבא ולכן לא היו מחבלים בבניין. אפילו היה נכנס דייר לבניין, רבים הסיכויים כי לא היה מוצא דבר מאחר, שככל הנראה, המטען היה מוסלק. אם חס וחלילה דייר

היה נכנס לבניין והיה נפצע או נהרג בפיצוץ, היו באים באי הכוח של משפחתו בטרוניה מדוע עשה הצבא שימוש ב"נוהל שכן".

בנוסף, לאור שטחו, גודלו וגובהו של הבניין לא ניתן להרסו באמצעות טרקטורים והשימוש בהם עלול לסכן את החיילים (עדות שמעון קניפל, עמ' 120 לפרוטוקול). לסיירת גם אין טרקטורים ולא היה ניתן להמתין להגעתם, בהנחה שניתן היה לשלוח טרקטורים, בשל הסיכון המידי שנשקף מהבניין, כאמור. כלבים, שאין לסיירת, אינם מריחים חומרי נפץ כאשר יש ריח אבק שריפה באוויר (עדות שמעון קניפל עמ' 122 לפרוטוקול). בנסיבות העניין, ירי טילים ממסוקים או ממטוסים אינו מידתי ועלול לפגוע בסביבה ולגרום לקורבנות חפים מפשע (ראו ההחלטה שנתנה חברתי, השופטת חנה בן עמי בבש"א 6266/09 (ת"א 9332/07) **מדינת ישראל נ' עזבון המנוחה והבה**, לא פורסם [פורסם בנבו] (31.8.09)). ירי פגזים מטנקים על הבניין היה עלול לפגוע ביציבותו (עדות קובי שמעון עמ' 91, 107 לפרוטוקול) ובכך לסכן את החיילים לו היו נכנסים לחדר המדרגות. גם אין בירי זה למנוע את הפעלת המטענים. גם לא ירדתי לסוף דעתם של המומחים מטעם התובעים בדבר פיצוץ הבניין על-ידי מיקושו. הריסת הבניין בירי טילים על-ידי מסוקים או מטוסים, או בכל דרך אחרת היה מביא לאותה תוצאה שבה לא חפצים התובעים. אם כך מה הועילו חכמים בתקנתם!?

אוסף, כי במקרה זה ר' קיבל הוראה להפעיל את התוכנית לפוצץ את הבניין. בהגיעו למקום הוחלט כי המהנדס יכין תוכנית חדשה, לאחר שהסתבר ממידע מעודכן שהתקבל כי גרם המדרגות ממולכד. כפי שהעיד קובי שמעון "הפיצוץ של הבית היה זהב" (עמ' 102 לפרוטוקול). בנסיבות אלה, אין זה רלוונטי אם ניתן להכין תוכנית לפיצוץ הבניין על סמך תצ"א, שכן המהנדס היה בשטח והכין תוכנית חדשה, שמומשה בצורה הטובה ביותר (עדות ר', עמ' 64 לפרוטוקול ותצהיר עדותו הראשית).

לסיכום, אין לומר כי ר' פעל בחוסר סבירות כאשר הורה לפוצץ את הבניין (ע"א [6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט\(1\) 16, 21, 22 \(2004\)](#)).

30. העולה מן המקובץ, הצבא לא הפר את חובת הזהירות כלפי התובעים. הצבא פעל בסבירות ובאורח מידתי לנטרול הסכנה. אם הבניין לא היה נהרס היה חשש רציני שייפגעו חיילים, ואילו הפיצוץ גרם רק לנזקים כלכליים לתובעים. מניעת סכנה לחיים עדיפה על נזק כלכלי. לפיכך, הנני לקבוע כי בנסיבות המקרה דן לא התקיימו יסודות עוולת הרשלנות.

עוולות של הסגת גבול

31. העוולות של הסגת גבול במיטלטלין ושל הסגת גבול במקרקעין כוללות יסוד "שלא כדין". בע"פ 2/73 סלע נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 371, 374 (1974), נפסק שלא כדין משמעו "בלא שיימצא בדין הצדק למעשה שנעשה" (ראו גם מישאל [חשין מיטלטלין בדין הנויקו](#), עמ' 84 (תשל"א). בענייננו, לא מתקיים היסוד "שלא כדין", שכן היה הצדק לצבא לפוצץ את הבניין בשל הסכנה שמטעני חומר הנפץ יופעלו ויפגעו בחיילי הצבא.

הפרת חובה חקוקה

32. אינני רואה מקום לדון בעוולה של הפרת חובה חקוקה, משהתובעים לא הפנו באופן ספציפי להוראת חיקוק שאותו הפרה המדינה (ראו תקנה 74(א) [לתקנות סדר הדין האזרחי](#), התשמ"ד-1984). לא סגי בהפניה כללית להוראות [חוק העונשין](#), התשל"ז-1977, מבלי לפרט את הוראות החוק הספציפיות עליהן מסתמכים באי כוח התובעים. זולת זאת, לא די בהצבעה על הוראת חוק זו או אחרת. ממילא לא עלה בידי התובעים להוכיח כי התקיימו כל יסודות העוולה בסעיף 63 [לפקודת הנויקו](#) [נוסח חדש]: (1) הופרה חובה חקוקה; (2) שנועדה לטובת תובע; (3) נגרם לתובע נזק מן הסוג שהחיקוק התכוון אליו; (4) אין בחיקוק המופר דבר הבא לשלול זכות תביעה זו (ראו גם דפנה לוינסון-זמיר [הפרת חובה חקוקה](#), מהדורה שניה, עמ' 10 (תשמ"ט-1989) (להלן - מאמדה של דפנה לוינסון-זמיר); [ע"א 610/02 מפעל הפיס נ' לוטונט מועדון חברים בע"מ, פ"ד נו\(5\) 97, 106-107 \(2003\)](#)).

עוולה חוקתית

33. בכתב התביעה נתבעו פיצויים בגין הפגיעה בזכות לכבוד ובזכות לחיי משפחה ובגין הפגיעה בפרטיות. השאלה האם יש זכות לתרופה חוקתית בגין פגיעה בזכויות חוקתיות היא נגזרת של האמרה: מקום בו יש זכות יש גם תרופה (ubi ius ibi remedium). הגישה בעבר היתה כי מקום שיש תרופה קיימת זכות (ubi remedium ibi ius) (ראו אהרון [ברק, פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית](#), עמ' 703 (1994-תשנ"ד); [רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה\(1\) 199, 268 \(1999\)](#); [בג"ץ 5131/03 ח"כ ליצמן נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נט\(1\) 577, 585 \(2004\)](#); [ע"א 6370/00 קל בנין נ' ע.ר. מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו\(3\) 289, 298 \(2002\)](#)).

34. על השוני בין התרופה הנזיקית לבין התרופה המינהלית, עמד כב' השופט א' לוי בע"א [10078/03 שתיל נ' מקורות חברת מים לישראל](#), לא פורסם [פורסם בנבו] (19.3.07), בקובעו לאמור:

"תכליתו הדומיננטית של הסעד המנהלי היא החזרתה של הרשות לתלם החוקיות בעוד שבאחריות נזיקית טמון גם יסוד הרתעתי-חינוכי, הצופה פעולות עתידיות. הדין מוכן אמנם להכיר ברעיון של חיוב בתשלום 'פיצויים מנהליים', שאינם נסמכים על הוכחתה של עוולה אזרחית כי אם על קיומו של פגם מנהלי בפעולת הרשות (ראו גם בג"צ [688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו\(4\) 85, 97 \(1982\)](#); ברק-ארז עוולות חוקתיות, בעמ' 51). גם ברק-ארז סבורה כי סעד זה אינו בשימוש תדיר (ראו שם, בעמ' 62) ומכל מקום אין הוא מיתר את זה הנזיקי".

35. הראשון שהדגיש כי יש להפוך את היוצרות ולקבוע כי קיומה של הזכות צריך להוביל להענקת סעד היה כב' השופט צ' ברנזון בע"א [140/53 אדמה חברה בינלאומית בישראל בע"מ נ' לוי, פ"ד ט, 1666, 1672 \(1955\)](#) (להלן - פסק דין אדמה). בפסק הדין נקבע כי אדם זכאי לסעד בהתמלא שלושה אלה: (1) הנתבע עשה מעשה בלתי חוקי; (2) המעשה גרם נזק כספי לתובע או פגע בנוחיותו או בהנאתו מרכושו; (3) הנזק או הפגיעה הם תוצאה ישירה וטבעית של מעשהו הבלתי חוקי של הנתבע. כב' השופט (כתוארו אז) מ' לנדוי צמצם את התפרשותה של הלכה כללית זו של פסק דין אדמה למסגרת של עוולת הפרת חובה חקוקה (ע"א [415/58 ג'דעון נ' סלימאן, פ"ד יג 916, 921 \(1959\)](#)) (ראו מאמרה של דפנה לוינסון-זמיר, ה"ש 6). כב' השופט צ' ברנזון, שישב גם הוא בהרכב זה, הסכים לתוצאה תוך הסתייגות כי אין לומר שפיקודת הנזיקין ממצה את כל דיני הנזיקין. כב' השופט מ' שמגר (כתוארו אז) נקט גם הוא בגישה המצמצמת וסבר שרשימת העוולות בפיקודת הנזיקין היא רשימה סגורה (ע"א [732/80 ארנס נ' בית אל - זכרון יעקב, פ"ד לח\(2\) 645, 654 \(1984\)](#)).

36. פיתוח של עוולה נוספת על יסוד פסק דין אדמה ברוח הדברים, לפיה מקום שבו יש זכות יש תרופה, נעשה על-ידי כב' השופט צ' ברנזון בבג"ץ [101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כח\(2\) 449, 455 \(1974\)](#), אשר קבע כי לאזרח שנפגע שלא כדין מפעולתה של רשות ציבורית יש תרופה במישור המנהלי:

"מובן מאליו, שכאשר הענין נופל בגדרה של פיקודת הנזיקין, לא נראה עצמנו זכאים להרחיב את אפיקי החוק ולהטיל אחריות מעבר לזו הקיימת לפי הפקודה. ואולם, ברוב המכריע של המקרים המגיעים כדין לבית-משפט זה, לא מתעוררת כלל שאלה של אחריות לפי דיני החוזים או לפי דיני הנזיקין. אף-על-פי-כן, עשוי האזרח להיפגע ולסבול נזק כתוצאה מפעולה בלתי-כשרה או בלתי-נאותה או מהימנעות מפעולה שלא כדין או מאיחור בלתי-

סביר ובלתי-מוצדק בעשיית הפעולה, ומן הצדק שגם במקרים אלה תישא הרשות באחריות כדי לפצות על הפגיעה או הנזק שנגרם. בכך נתקרב לאחריות מינהלית כללית של המימשל, ובמקרה של נזק הנגרם עקב התנהגות שלא כשורה, לא הפרט הניזוק יישא בו, כי אם הגוף אשר בשמו, למענו או מטעמו הוא נגרם. אחריות כללית כזו היא לא רק צודקת כשלעצמה, אלא היא צורך חיוני בעידן המודרני, שבו המימשל מרחיב כסדר את תחומי פעולתו וחודר יותר ויותר לספירות חיים שונות של הפרט והחברה גם יחד. זה עלול גם להעלות את טיב וכושר המעשה של המנגנון הציבורי, להגביר את רגש האחריות והיעילות שלו, להביא ליתר זהירות וזהירות בטיפול בענייני האזרחים ובהיענות לצרכיהם, ובכלל לקדם ולשפר את רמת השירות הציבורי במדינה."

כב' השופט צ' ברנזון קבע כי רשות ציבורית צריכה לפצות את האזרח בגין פעולה לא כשרה. הלכה זו לא זכתה כמעט לפיתוח פסיקתי. אין תימא כי כב' השופט א' רובינשטיין - עמו הסכימו כב' המשנה לנשיאה השופט א' ריבלין וכב' השופט י' דנציגר בע"א 9561/05, שם - ציטט רק את הרישא מדבריו של כב' השופט צ' ברנזון בבג"ץ 101/74, כי כאשר העניין נופל בגדריה של פקודת הנזיקין, אין להרחיב את האחריות מעבר לזו הקיימת לפי הפקודה. לעומת זאת, בע"א 10078/03 שם, קבע השופט א' לוי, כי פעולה של רשות מינהלית שלא בתחום הסבירות במישור המינהלי, מעניקה לאזרח הנפגע מפעולתה הבלתי חוקית, תרופה מינהלית. הוא הדין לגבי פגיעה בזכויות יסוד. השופט לוי מסווג את התרופה לפגיעה בזכות החוקתית במסגרת המשפט המינהלי, בעוד שאני סבור, בכל הכבוד, כי מקומה בתחום של עוולות חוקתיות.

37. בבג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית משפט השלום בחדרה, השופט ע' שרון, פ"ד נב(3) 721, 751 (1998), סברה כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן בדעת מיעוט, כי לעד שנפגע מאמירות של שופט בפסק דין שפגעו בכבודו מעבר לנדרש עומדת הזכות לערער על קביעות אלה. בבג"ץ 1921/94 סוקר נ' הוועדה לבנייה למגורים לתעשייה, מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 237, 250 (1994), סבר כב' המשנה לנשיא (כתוארו אז) א' ברק, כי אין קשר בין ההלכה שנפסקה על-ידי כב' השופט צ' ברנזון בפסק דין אדמה לבין העוולה של הפרת חובה חקוקה, וכי הלכה זו עומדת על רגליה ולא ירחק היום והיא תישלף יום אחד מעומקי האדמה שאליה הוכנסה, ותוצב באיגרא רמא של תורת הסעדים בישראל. כב' השופט (כתוארו אז) מ' חשין היה מוכן להרחיב את פרישתה של הלכה זו לתחום דיני הקניין מעבר לנושאי תכנון ובנייה (שם, 261-262). לאמור, מי שהוא בעל קניין בכברת קרקע זכאי לסעדים המגנים על זכות זו (ראו גם ספרו הנ"ל של חשין, 371-368; טדסקי, ברק, אנגלרד, חשין דיני הנזיקין, תורת הנזיקין הכללית מהדורה שניה, 109 (תשל"ז)).

(ראו דיון מפורט בנושא קיומן של עוולות שהן יצירה שיפוטית בספרם של טדסקי, אנגלרד, ברק, חשין, דיני הנזיקין תורת הנזיקין הכללית, 111-105 (1976)); עוד נזכיר, כי כב' השופט צ' ברנזון התאכזב מכך שההלכה שקבע בג"ץ 101/74 לא זכתה לפיתוח פסיקתי (ברנזון בג"ץ כפוסק פיצויי נזקים, ספר יצחק פֶהן, 280 (תשמ"ט-1989)).

38. הנושא של עוולות חוקתיות טרם הגיע לגיבוש ולפיתוח פסיקתי מלא. סיכום של התפתחות ההלכה בנושא עוולות חוקתיות נמצא בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פסקאות 136-137 לפסק הדין, לא פורסם [פורסם בבנו] (9.6.05):

"מאז פרשת בג"ץ 274/81 בן ברוך נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נט(2) 481, 590-589 (1981) חוקקה בישראל 'מגילת זכויות סטטוטורית'. אלה הם חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. הם חלים במקרה שלפנינו. הם מכירים בזכויות חוקתיות-על-סטטוטוריות'. אמת, לא נקבע בחוקי היסוד עצמם סעד באשר לפגיעה בהם. הועלו בעניין זה אפשרויות שונות בספרות המשפטית. אפשרות אחת הינה כי הסעד יינתן במסגרת דיני הרשלנות שבפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (ראו ד' ברק-ארז בספרה עוולות חוקתיות (תשנ"ד) או במסגרת דיני הפרת החובה שבהם (ראו ברק בספרו הנ"ל, פרשנות חוקתית, בעמ' 787). אפשרות שנייה מבקשת להסתמך על ע"א 140/53 אדמה בע"מ נ' לוי. יש שראו בדבריו של השופט ברנזון בפרשת אדמה נ' לוי ביטוי לעוולה בדבר הפר חובה חקוקה ולא כעילת תביעה עצמאית ... אחרים מדגישים את האופי העצמאי של עילת תביעה זו ... גישה זו מבקשת למקם את פרשת אדמה נ' לוי במסגרת רחבה, שעניינה הכלל כי מקום שבו זכות שם גם תרופה (ubi ius ibi remedium). על-פי גישה זו, 'הסעד הוא פונקציה של הזכות' (ראו ע"א 579/83 זונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בנין פ"ד מב(2) 278, בעמ' 292 (1988)). "הלך הסעד אחר הזכות" (ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, בעמ' 687 (1993)). לפי תפיסה זו, משהופרה זכות חוקתית יש להכיר בסעד חוקתי הנגזר ממנה. כך הדין למשל בארצות-הברית לעניין הפרת הזכויות הקבועות במגילת הזכויות האמריקנית (ראו ברק בספרו הנ"ל, פרשנות חוקתית, בעמ' 703). אין סיבה שלא להכיר בדין דומה בישראל (ראו ברק, שם, בעמ' 703, 704).

נראה לנו אפוא כי עמדת המדינה שלפיה 'המסגרת המשפטית הכללית אינה מעמידה עילת תביעה מוגדרת, אם בכלל' ... אינה משקפת את המצב המשפטי הקיים, עם זאת המסגרת המשפטית הכללית טרם הגיעה לגיבוש מלא. זאת ועוד, בעיות לא פשוטות עשויות להתעורר באשר להערכת הנזק וקביעת הפיצוי."

ראו עוד [ע"א 9185/03 טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ](#), לא פורסם [פורסם בבנו] (22.10.03); [ע"פ 1767/94 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג' \(1\) 518, 505 \(1999\)](#); [ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה, פ"ד נג' \(4\) 526, 584-583, 617 \(1999\)](#); ראו גם מאמרו של הנשיא אהרן ברק ["הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט" מחקרי משפט יג \(תשנ"ו-1996, 5, 24\)](#); ע' גרוס "תרופות חוקתיות" [משפט וממשל ד, 433, 440 \(תשנ"ח-1998\)](#). מהאמור בפסקי הדין של בית המשפט עליון ומעיון בספרות המשפטית, נראה כי הנטייה בפסיקה, הינה כי במקום בו הופרה זכות חוקתית עשוי להינתן סעד חוקתי.

39. [בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' תובע צבאי ראשי, פסקה 52 לפסק הדין](#), לא פורסם [פורסם בבנו] (4.5.06), עמדה כב' השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש על הצורך בגיבוש סעדים בגין הפרתן של זכויות חוקתיות, בקובעה לאמור:

"חוקי היסוד בדבר זכויות האדם אינם קובעים כל הוראה בדבר תרופות או סעדים בגין פגיעה בזכויות המוגנות במסגרתם. את שתיקתו של חוק היסוד בעניין זה אין לפרש כהסדר שלילי. כידוע, סעיף 1א [לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) קובע כי תכליתו של חוק היסוד הינה 'להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית'. בלא סעדים בגין הפרת הזכויות המוגנות במסגרת חוק היסוד, תתרוקן ממשמעותה התכלית שעניינה הגנה על זכויות אלה. אכן, התפקיד של גיבוש הסעדים בגין הפרתן של זכויות חוקתיות מוטל בראש ובראשונה על כנסת ישראל. בידיה הכלים הראויים ליצירת הסדר כולל שיוביל להתאמה בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין הסעד בגין כך. עם זאת, בהעדר קביעה סטטוטורית בעניין זה, מוסמך בית-המשפט לעצב סעדים מתאימים בגין הפרת הזכויות המוגנות בחוקי היסוד. זאת, מכוח חובתו הפוזיטיבית להגן על זכויות אלה ובהתאם לתפיסה הכללית של שיטתנו המשפטית כי במקום שבו הזכות - שם התרופה (ubi ius ibi remedium) ...

ואמנם, במספר פסקי-דין אימץ בית-משפט זה את התפיסה הפרשנית לפיה שתיקתו האמורה של חוק היסוד, אינה מהווה הסדר שלילי לעניין ההכרה בסעדים שתכליתם להגן על הזכויות המוגנות בו... [בע"א 2781/93 דעקה הנ"ל](#) פסק בית-משפט זה בדעת-רוב כי פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית מוגנת (הזכות לאוטונומית הרצון של הפרט), עשויה להוות ראש נזק עצמאי בר-פיצוי במסגרת עוולת הרשלנות הנזיקית. יש להניח כי בעתיד נדרש לשאלת ההכרה בסעדים נוספים בגין הפרת זכויות חוקתיות ולשאלת הדרך באמצעותה יעוצבו סעדים כאמור - האם ייגזרו הם במישרין מחוק-היסוד או שמא יהא עליהם למצוא את מקומם במערכות דינים חיצוניות לו (על הדרכים האפשריות לעיצוב סעדים בגין הפרת זכויות חוקתיות, ראו: [ברק פרשנות חוקתית הנ"ל, בעמ' 780-781](#); עוד ראו: ברק-ארז הנ"ל, בעמ' 149 ואילך; גרוס תרופות חוקתיות הנ"ל, בעמ' 439-440).

40. לאור הנסיבות שפורטו לעיל, והבחינה המשולשת של מבחן המידתיות, באתי לכלל מסקנה כי התובעים אינם זכאים לפיצוי כספי. האמצעי שננקט למניעת הסכנה והסרתה התאים להשגת התכלית של מניעת פגיעה בחיילים. ראינו שהצבא לא היה יכול להשיג את המטרה של מניעת הסכנה באמצעי חלופי שזקוק קטן מהנזק שנגרם. כל האמצעים שעליהם המליצו המומחים מטעם התובעים היו מכוונים להריסת הבניין והמחלוקת ביניהם לבין העדים מטעם המדינה הוא רק מה האמצעי שפגיעתו בחיילים ובאזרחים קטנה יותר. מסקנתי היתה כי האמצעים החלופיים שהציעו מומחי התביעה היו עלולים לגרום לנזק חמור יותר ועלותם גבוהה היותר, או שאלה כלל לא מעשיים. במכלול נסיבות העניין, התועלת שבהריסת הבניין רבה יותר מאשר השארתו עומד על תילו, ובכך להוות סיכון פוטנציאלי וממשי לכוחות בשטח ([ע"א 10078/03, שם](#)).

פועל יוצא, ככל שקיים סעד במקרה שבו הופרה עוולה חוקתית, לא מצאתי כי בנסיבות המקרה דנן זכאים התובעים לפיצוי בגין הפגיעה בזכותם לכבוד ולפרטיות. המדינה היתה חייבת לפוצץ את הבניין, ופעלה להשגת מטרה זו באופן סביר ומידתי. אוסיף כי לא ירדתי לסוף דעתם של התובעים שתבעו פיצוי בשל הפגיעה בזכות לחיי משפחה. זכותם של התובעים לחיות חיי משפחה בשוויון לא נפגעה ([בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים](#), לא פורסם [פורסם בבנו] (14.5.06)).

הזכות לפיצוי כספי מכוח הוראות אחרות

41. אין לקבל את הטענה כי התובעים זכאים לפיצוי בשל הריסת הבניין מכוח הוראות דין אחרות - תקנות האג. טענות האג. טענות אלה נטענו בסיכומי באי-כוח התובעים מבלי שהועלו בכתב התביעה, בבחינת הרחבת חזית אסורה ([ע"א 6799/02 יולזרי נ' בנק המזרחי, פ"ד נח\(2\) 145, 151 \(2003\)](#)). למעלה מן הצורך, אוסיף כי פסק הדין עליו מסתמכים התובעים, [בג"ץ 401/88 אבו ריאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב\(2\) 767, 770 \(1988\)](#), דן במקרה של תפיסה זמנית של מקרקעין לצרכים צבאיים, כדי להבטיח תנועה חופשית של ציר תנועה העובר בישוב חלחול. בית המשפט פסק שבמקרה זה זכאי התובע לפיצוי בגין התפיסה הזמנית לפי תקנות 23 ו-52 לתקנות האג. במקרה דנן לא נתפס הבניין אלא פוצץ בשל העדר חלופה אחרת למנוע את הסכנה של פגיעה בחיי אדם. מכל מקום, התובעים לא השתיתו את עילת תביעתם על עילה זו (ראו גם [בג"ץ 2461/01 כנען נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש](#), לא פורסם [פורסם בבנו] (29.3.01)).

יפים דבריו של הנשיא (בדימוס) מ' שמגר בבג"ץ 24/91 שם, 333-335 בקובעו לאמור:

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

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 הראשונים אינה ניתנת לתיקון, בו בזמן שעבור רכוש ניתן לפצות ומבנה ניתן להקים מחדש".

לאור האמור, אין לתובעים פתחון פה על כך שהבניין נהרס, שכן המדובר בצורך מבצעי. אמנם בפסק הדין נאמר, כי רשויות הצבא נוהגות לפצות את הניזוקים ברוח האמור בתקנה 52 לתקנות האג ובין לפני משורת הדין, אך זאת בהליך אחר ולא בפני בית משפט זה, וזאת גם בכפוף לכך שאין מדובר ב"פעולה מלחמתית" (שם, 335).

סוף דבר

39. לאור האמור לעיל, התביעה נדחית. התובעים ישלמו למדינה את הוצאות המשפט, וכן שכר טרחת עורך דין בסך של 25,000 ₪ בתוספת מע"מ כדין.

המזכירות תשלח העתק פסק הדין לבאי-כוח הצדדים.
ניתן היום, כ"ג אב תש"ע, 3 אוגוסט 2010, בהעדר הצדדים.

משה רביד 54678313-6310/04