

בית משפט השלום בירושלים

ת"א 9168-04 _____ מוצטפא נ' מדינת ישראל

בפני כב' השופט יואל צור

מוצטפא _____
ע"י עו"ד מיעארי

תובעת

נגד

מדינת ישראל
פ.מ. ת"א-אזרחי
ע"י עו"ד שרה בלו

נתבעת

פסק דין**התביעה וההגנה**

1. התביעה שלפנינו היא תביעה לפיצויים בגין נזקים שלטענת התובעת נגרמו לה ע"י חיילי צה"ל. לטענת התובעת ביום 30.3.2002 הגיע כוח של חיילי צה"ל לביתה. מי מחיילי הכוח פנה אליה ושאל אותה בשפה הערבית מי נמצא בבית והאם בעלה בבית. התובעת השיבה כי היא אלמנה ללא ילדים והיא מתגוררת לבדה בבית. בעקבות תשובתה, הכוח עזב את הבית אך כעבור זמן מה שב וערך בו חיפוש אשר במהלכו נגרמו הנזקים הנטענים בכתב התביעה. הטענה היא שכל תכולת הבית היתה הפוכה וחפצים רבים שבורים. מוצרי מזון היו שפוכים במטבח. עוד נטען שהחיפוש בוצע ללא צו ו/או הוראה בכתב ו/או התראה בכתב או בע"פ ו/או הודעה כלשהי מראש. בנוסף, נטען שהחיילים גרמו נזק למכוניתה של התובעת שחנתה בכניסה לבית בכך ששברו את חלונות הדלתות הקדמיות וגרמו לנזק לגוף הרכב ולפנס הקדמי.
2. התובעת פנתה, באמצעות המוקד להגנת הפרט, לפרקליטות הצבאית כחודש וחצי לאחר האירוע הנטען (ביום 2.5.02). ביום 24.8.03 נשלחה אל התובעת הודעה לפיה נסגר תיק החקירה. התובעת הגישה את התביעה נשוא דיוננו ביום 29.7.04. במסגרת הליכי גילוי המסמכים בתיק זה, נמסר לתובעת חומר החקירה.

3. הנתבעת טענה טענות כדלהלן:

- א. היא חלקה על עצם קרות האירוע הנטען. בהקשר זה נטען שהתובעת לא הוכיחה שחיילים נכנסו לביתה במועד הנטען בתביעה, כמו כן לא הוכיחה שהנזק הנטען היה במבנה ומיטלטלין שבבעלותה.
- ב. ככל שנערכו חיפושים היו אלה בגדר "פעולה מלחמתית" החוסים בהגנה מוחלטת.
- ג. ככל שהיו חיפושים שבעקבותיהם נגרם נזק, נטען, היו אלה בגדר "מעשה מדינה" (ACT OF STATE) ולפיכך קיימת לנתבעת הגנה בנוזקין.
- ד. אי הוכחת הנזק מצד התובעת.

נושא ה"נזק הראייתי"

4. בתיק זה הוגשה בזמנו בקשה [בבש"א 6119/08](#) לתיקון כתב התביעה ולהוספת טענה בדבר רשלנות בניהול חקירת מצ"ח וגרימת נזק ראייתי אלא שבקשה זו נדחתה בשל התיישנות¹ וההחלטה אושרה בחלקה בפסק דינו של ביהמ"ש המחוזי [ברע"ע 632/08](#) ובביהמ"ש העליון [ברע"א 3326/09](#). עם זאת, בסעיף 3 להחלטת ביהמ"ש המחוזי [ברע"א 3326/09](#) הני"ל, נקבע שדין הערעור להתקבל ככל שמדובר בתיקון כתב התביעה להוספת טענה של "נזק ראייתי" שלא במסגרת עילות תביעה חדשות שהתיישנו, אלא בהעברת נטל השכנוע בתביעה המקורית². היינו נפתחה הדלת בפני התובעת לטעון טענת "נזק ראייתי" ככל שמדובר בהעברת נטל השכנוע בתביעה המקורית.

5. במקרה שלפנינו טען ב"כ התובעת (בסעיף 18 לכתב התביעה) שהנזק הראייתי מתייחס לחקירת מצ"ח בכך שזו מנעה מהתובעת את האפשרות לאתר את החיילים שערכו את החיפוש וגרמו לנזקה, ולהוכיח את נסיבות האירוע נשוא התביעה. עוד הוסיף ב"כ התובעת וטען בהתבסס על [ע"א 361/00](#) **עאזם ד'אהר ואח' נ' סרן יואב ואח'**³ ש"הפן המהותי של גרימת הנזק הראייתי מחייב כי הנתבעת תישא בנזקה של התובעת, אשר מחדלי הנתבעת מנעו ממנה להוכיחם".

¹ ראו החלטת הח"מ מיום 2.9.08 וכן החלטה שניתנה [בבש"א 4206/07](#) אשר בה נדחתה הבקשה מפאת אי היותה נתמכת בתצהיר.

² קביעה זו מבוססת על פסק דינו של כב' השופט ריבלין בע"א [754/05](#) לבנה לוי ואח' נ' מרכז רפואי שערי צדק פסקה 9 לפסה"ד שם נקבע כדלהלן: " נבקש עם זאת להעיר, כי הביטוי "נזק ראייתי", בו עושה הפסיקה שימוש תדיר, צריך הבהרה. דוקטרינת הנזק הראייתי שבה הכירה שיטתנו, לעת הזו, איננה אלא ההוראה בדבר העברת נטל השכנוע במצבים שבהם התרשלותו של הנתבע מנעה מהתובע מידע חיוני להוכחת תביעתו. דוקטרינה זו שייכת לעולמם של סדרי הדין ודיני הראיות. היא מאפשרת, בנסיבות מסויימות, לקבוע חזקות עובדתיות. הפסיקה לא נדרשה לקיומו של ראש-נזק של "נזק ראייתי" אשר מקנה עילת תביעה עצמאית בגין אבדן מידע, כפי שהציעו המלומדים פרופ' פורת ופרופ' שטיין - הצעה שזכתה גם היא לכינוי "דוקטרינת הנזק הראייתי" (א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 191.

³ ע"א [361/00](#) **עאזם ד'אהר ואח' נ' סרן יואב ואח'**, פ"ד נט' (4) 310

6. בע"א 361/00 עאזם ד'אהר נ' סרן יואב שעסק בפגיעה גופנית קשה שנפגע התובע בעת שנסע במכונית, נפסק שהחלת הדוקטרינה של נזק ראייתי מותנית בקביעה כי מחדלה של המשטרה (באותו עניין, לבדוק את המכונית) היה, בנסיבות העניין, מחדל רשלני. באותו מקרה היה מדובר בכך שהמערער נפצע באופן קשה ביותר מפגיעת קליע שחדר לראשו. בדיקת המכונית היוותה אמצעי חיוני במסגרתה של החקירה, ונקבע כי אי-קיום הבדיקה מהווה מחדל רשלני של המשטרה. עוד נקבע באותו פס"ד כדלהלן:

"ההלכה הראייתית-דיונית בדבר הנזק הראייתי משמעה אפוא הקמת חזקה עובדתית כי אלמלא ניזוקו עקב רשלנותו של הנתבע, היו הראיות החסרות תומכות בגירסת התובע בנוגע לטענה העובדתית שנשנתה במחלוקת. אף שחזקה זו ניתנת לכאורה לסתירה, הרי שמטבע הדברים – ובדומה לחזקות אחרות המופעלות בסופו של המשפט – נזקים לה רק כאשר ידוע שאין בנמצא ראיות רלוונטיות אחרות, היינו: כשבאשר לטענה העובדתית שהראיות החסרות נדרשו לתובע להוכיחה מתקיים בין הצדדים "תיקו ראייתי".

7. אין הנדון במקרה שלפנינו דומה כל עיקר למה שהתרחש באותו עניין:

- א. התביעה דן עוסקת בנזקי רכוש ולא בנזקי גוף כבאותו מקרה.
- ב. במקרה דן מדובר בשעת פעולה מלחמתית (כפי שנראה בהמשך הדברים) כאשר כוחות צה"ל דלקו אחרי מחבלים וניסו לאסוף חומרי חבלה ונשק. במקרה נשוא ע"א 361/00 דובר בפעילות של פיזור התפרעות אלימה, ואף כי יש בפיזור כזה פוטנציאל אלים, אין היא להשוותה לפעילות מלחמתית.
- ג. אין במקרה שלפנינו כל נזק ראייתי לתובעת. במסגרת התביעה התובעת קיבלה העתק של יומנים ודיווחים רלוונטיים, לרבות תצהירי עדות ראשית של המפקדים במתחם שבו התגוררה התובעת. המפקדים שהגישו תצהירים בתיק זה (סמח"ט 500 ומ"פ בגדוד דוכיפת) היו אלה שפעלו במתחם מגורי התובעת. מפקדים אלה נכחו בשטח בזמן אמת כך שאין לטעון למחדלי חקירה שיכולים להשליך על תביעת התובעת.
- ד. אף כי התביעה דן הוגשה באיחור רב בכל זאת הנתבעת הצליחה לשחזר את החומר הנוגע לאירועים שהיו באיזור מגורי התובעת.
- ה. כדי להוכיח נזק ראייתי הכלל הוא שיש להוכיח "רשלנות רבתי" מצד הנתבעת.⁴ כפי שנראה בהמשך הדברים התובעת לא הוכיחה את מועד האירוע שהיא טוענת לו ואת עצם קרות האירוע וזאת לא בשל "נזק ראייתי" כלשהו אלא בשל אי עמידה בדרישות הלא גבוהות המוטלות עליה כתובעת במשפט אזרחי.
- ו. במקרה שלפנינו הביאה הנתבעת ראיות ברמה הנדרשת במשפטים אזרחיים שלפיהן, לא ייתכן שקרה האירוע נשוא התביעה. לעניין זה אתייחס בהמשך הדברים.

⁴ ראו לעניין זה את פסה"ד בת"א (מחוזי י-ם) 170/94 מוחמד אבו לחיה נ' מ"י

ז. הנטל שהיה מוטל על הנתבעת במקרה שלפנינו היה קשה במיוחד, שכן היה עליה להוכיח יסוד שלילי. היינו שהאירוע שטענה לו התובעת לא התרחש. הנתבעת עמדה בנטל. כל זאת, כפי שנראה בהמשך הדברים.

האם הוכחה התובעת את עצם קרות האירוע ?

8. כפי שנראה בפרק זה התובעת לא הוכיחה את העובדות הבסיסיות ביותר בתביעתה שהם: מועד קרות האירוע הנטען ועצם קרות האירוע. להלן טעמי:

א. משנשאלה התובעת לגבי מועד האירוע היא לא ידעה מתי התרחש ופטרה עצמה בתשובות כמו "אני לא זוכרת בדיוק" ו"אני לא יודעת"⁵.

ב. התובעת שלמעשה היתה עדת התביעה היחידה היא עצמה לא נכחה באירוע שטענה לו בכתב התביעה. מסתבר מעדותה שהמבנה שבו התגוררה היה מחולק לשתי דירות כאשר לכל חלק דלת נפרדת וכניסה נפרדת. בזמן החיפוש הנטען, התובעת לא נכחה במבנה שבו נערך החיפוש הנטען ע"י החיילים. הדבר גם משתקף מהטיעון המופיע בכתב התביעה בו נטען בסעיף 6 לכתב התביעה כדלהלן: "התובעת, אשר רגלה היתה שבורה, שהתה בחדר הסמוך לחדרה ברגיל, אשר יש לו כניסה נפרדת, זאת על מנת להימנע מעלייה במדרגות בכניסה לבית"⁶. אלא שהסתבר מחקירתה הנגדית של התובעת שלא מדובר ב"חדר סמוך" אלא, כפי שהתובעת הודתה בחקירתה הנגדית, ב"בית קטן שאני נמצאת בו ועוד בית שהוא צמוד לבית הראשון" כאשר לכל בית כניסה נפרדת⁷.

ג. מעבר לכך, התובעת, שטענה שבעת האירוע הנטען לא היה בבית איש מלבדה⁸, טענה שכאשר יצאו החיילים "הגיעו הרבה אנשים וראו את כל מה שהיה"⁹ התובעת אף הוסיפה וציינה שהיה אדם בשם חמאדה ג'ובראן שיכול היה להעיד מטעמה¹⁰ אלא שאיש מאותם אנשים לא הגיע לביהמ"ש כדי לאשש את עדותה. מעבר לכך, במקום אחר, תיקנה עדותה וטענה שאותם אנשים (שאיש מהם לא הובא לעדות בביהמ"ש) ראו את נזקיה יום או יומיים אחרי העוצר ולא לאחר האירוע הנטען¹¹. היו גם עדים אחרים שלטענת התובעת ראו את נזקיה ואיש מהם לא הובא לעדות בביהמ"ש כמו: צלמי תקשורת¹².

⁵ ראו פרוט' עמ' 24 ש' 6, עמ' 32 ש' 18-21 ועמ' 43 ש' 1-8.

⁶ ראו סעיף דומה בסעיף 6 לתצהיר העדות הראשית של התובעת.

⁷ ראו פרוט' עמ' 25 ש' 17-24.

⁸ ראו פרוט' עמ' 25 ש' 8.

⁹ ראו פרוט' עמ' 29 ש' 4-6.

¹⁰ ראו פרוט' עמ' 29 ש' 8-10.

¹¹ ראו פרוט' עמ' 30 ש' 3-10.

¹² ראו פרוט' עמ' עמ' 31 ש' 1-2.

ד. התובעת צירפה לכתב התביעה תמונות שונות שלטענתה צולמו על ידה במצלמה שמציגה תאריך¹³ אלא שאין כל תאריך על התמונות שצירפה. אין שמץ של הוכחה שהתמונות צולמו בכלל במבנה נשוא התביעה ובמועד האירוע הנטען.

ה. מעבר לכך, ישנה סתירה בין הגרסה שמסרה התובעת בכתב מטעמה שנשלח ע"י המוקד להגנת הפרט אל הפרקליטות הצבאית לבין הגרסה שהוצגה בבית המשפט. בעוד שלפי עדות התובעת בביהמ"ש שהתה התובעת בחדר אחר מזה שנעשה בו החיפוש כשרגלה מגובסת¹⁴ בכתב הנ"ל של המוקד להגנת הפרט שנעשה על בסיס טענותיה של התובעת¹⁵, נטען בסעיף 3 לכתב ש"חיילי צה"ל הוציאו את התובעת מביתה והושיבו אותה על הרצפה בכניסה לבית".

9. מעבר לכל האמור לעיל, שדי היה בו כדי להוביל לדחיית התביעה, התובעת לא הוכיחה את זכויותיה במקרקעין ובמיטלטלין נשוא התביעה. באשר לרכב נשוא התביעה, התובעת המציאה רישיון רכב (סומן נ/1), אלא שרישיון זה מצביע על בעלות התובעת ברכב מיום 24.7.02, אלא שהאירוע הנטען היה (לטענת התובעת) ב-30.3.02. התובעת אינה יכולה לטעון על נזקים ברכב לפני שהיתה בעלת הרכב.

האם הנתבעת-המדינה עמדה בנטל והוכיחה שלא נערך כל חיפוש אצל התובעת במועד שטענה לו התובעת

10. מטעם המדינה הוגשו שני תצהירי עדות ראשית. המדובר הוא בסא"ל (מיל) ד', סמח"ט 500 שנטל חלק בפעילות הצבאית במרכז רמאללה וברס"ן ת' אשר שימש כמ"פ בגדוד דוכיפת שפעל בגזרת רמאללה במהלך מבצע "חומת מגן". נותני התצהירים נחקרו בביהמ"ש בחקירה נגדית ע"י ב"כ התובעת.

11. נקודות חשובות העולות מתצהירו ומעדותו של סא"ל (מיל) ד':

- א. במועד הרלוונטי שטענה לו התובעת, לא הגיעו כוחות החטיבה לאזור שבו התגוררה התובעת וההתמקדות היתה בהשתקת מוקדי אש שסיכנו את כוחות צה"ל.
- ב. בטרם המבצע העד הנ"ל ביצע תדרוך מקיף לחיילים, ועברו על נוהל פתיחת אש, הושמו דגשים על המשימה, והוסבר לחיילים על הסיכונים הן בעת תנועה בצירים והן בעת שהות בבתיים שהתבקשו לבדקם. הן סא"ל ד' והן המח"ט הנחו באופן חד

¹³ ראו פרוט' עמ' 46 ש' 3-4.

¹⁴ ראו פרוט' עמ' 25 ש' 20-24 ועמ' 26 ש' 1-2.

¹⁵ ראו המכתב בנספח א לתצהיר העדות הראשית של התובעת.

- משמעו את החיילים לשמור על טוהר הנשק ולמנוע ונדליזם וביזה. ההנחיות היו למנוע במידת האפשר, נזק שאינו הכרחי¹⁶.
- ג. את מצב הלחימה ניצלו תושבים מקומיים אשר פרצו לבתים ומשרדים ובזזו¹⁷.
- ד. **בעת חקירתו הנגדית העיד סא"ל ד' ש"אין סיכוי" שנערך חיפוש בבית התובעת ביום בו טענה לו בתביעתה¹⁸.**

12. נקודות חשובות העולות מעדותו של רס"ן ת':

- א. במתחם שאותו ציינה התובעת קרו שני אירועים חריגים: הראשון היה סיכול פח"ע במסגד אל עמרי והשני במבנה הנמצא בין מסגד אל עאמרי למפקדת המודיעין המסכל. אף כי אירועים אלה היו באיזור מגורי התובעת, אלה לא היו בבית שטענה לו התובעת.
- ב. העד ציין שבמצב בו נכנסו לבית על מנת להסיר איום מידי, החיפושים נערכו במהירות תוך מעטה כבד וחשש לא מבוטל כי בכל רגע הכוח הסורק ייתקל במחבלים חמושים או במארב ומטען.
- ג. העד ציין בתצהירו שלא אחת נתקלו באירועים בהם כוחות פלסטינאים חמושים השתלטו על בתי תושבים מקומיים והפכו את הבית למקום מסתור ו/או בסיס ללחימה. בין השאר, עשו שימוש באמצעים שעמדו לרשותם בבית, כולל אוכל ולינה.
- ד. בעת עדותו בביהמ"ש ולאחר שהוצגו לו התמונות שצירפה התובעת לכתב התביעה העד ציין חד משמעית **"כל חיפוש לא ביצענו במרחב הזה בתקופה הזאת כי לא היה לנו מידע על דברים שצריך למצוא¹⁹"**.
- ה. רס"ן ת' העיד חד משמעית שלא נערך חיפוש בבית התובעת ביום שטענה לו באמרו כך: **"לא נכנסנו, פה אני אומר לך ממש בוודאות, לא היתה שום הוראה לבצע חיפוש לאור מידע מודיעיני שמדבר על חפצים שמסתתרים באיזשהו מקום..."**
- ו. במהלך עדותו של רס"ן ת' את הסבירות שכוח אחר ערך את החיפוש והוא לא ידע על כך. להלן דבריו שהם מאד חשובים לענייננו: **"...אין דבר כזה של כוח בתוך כוח...זה קטסטרופה שמובילה לטעויות נוראיות אז בזמן שאני הייתי כלומר מ-29 עד ה-1 עד הרגע שנפצתי בזמן שאני הייתי אחראי על המרחב הזה, לא זרם, כלום דרך המרחב שלי, שום כוח אחר"²⁰**. כאן יש להעיר שהתאריכים עליהם העיד העד היו 29.3.02 ועד 1.4.02 תאריך שבו נפצע קשות; כאשר האירוע נשוא התביעה נטען שהיה ב-30.3.02. העד הנ"ל המשיך והבהיר בעדותו שזה בלתי אפשרי שתהיה כניסה לבית מבלי שתואמה ומבלי שהוא היה יודע על כך. לדבריו **"כניסה לתוך בית**

¹⁶ ראו סע' 30 לתצהירו של סא"ל ד' וכן סע' 23 לתצהירו של רס"ן ת'.

¹⁷ ראו סע' 29 לתצהירו של סא"ל ד'. בנוסף ראו סעיף 20 לתצהיר העדות הראשית של רס"ן ת'.

¹⁸ ראו פרוט' עמ' 11 ש' 9-10.

¹⁹ ראו פרוט' עמ' 72 ש' 12-24 וכן עמ' 73 ש' 1-5.

²⁰ ראו פרוט' עמ' 59 ש' 1-6.

זה אירוע שדורש בתוכו מפקדים, המפקדים בדרך כלל בדרג יחסית גבוה, כלומר מינימום של זה, אנשים שעונים ישירות אלי. לא היה דבר כזה שלא היה מתואם כי זה סוג של קטסטרופה שהיתה נגמרת בהדחה של אנשים...²¹

פעולה מלחמתית

13. האירועים שהיו בתקופת מבצע "חומת מגן" היו "סכסוך מזויין" ו"מלחמה". בבג"ץ [7015/02](#) בג"ץ [7019/02](#) כיפאח מחמד אחמד עג'ורי (העותרים בבג"ץ 7015/02) נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (המשיבים בבג"ץ 7015/02)²², תיאר ביהמ"ש העליון את פעולות הלחימה שביצעה ישראל כך:

"במאבקה של ישראל כנגד הטרור היא נוקטת - מכוח זכותה להגנה עצמית - מבצעי לחימה מיוחדים (מבצע "חומת מגן" שהחל במאוס 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, נגמ"שים), ובהם מסוקי קרב ומטוסים".

14. בבג"צ [8276/05](#) עדאללה ואח' נ' מ"י ואח' נקבעו אמות מידה לצורך החלטה האם מדובר ב"פעולת לחימה" וכך קבע ביהמ"ש העליון מפי השופט ברק:

" השאלה שהתעוררה בפרשת בני עודה הייתה האם ירי של כוחות צה"ל לעבר מבוקשים שנמלטו, בלא שנשקפה לחיי החיילים כל סכנה, הינו בגדר פעולה מלחמתית. לעניין הגדרתה של פעולה מלחמתית נקבע כי:
'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' (שם, 7).
עם זאת, נקבע כי לא כל פעילות של כוחות הביטחון תיחשב כפעילות מלחמתית:
'רק פעולות מלחמה ממש במובנו הצר והפשוט של מונח זה ... שבהם בא לידי ביטוי האופי המיוחד של הלחימה על סיכוניה ובעיקר על השלכותיה ועל תוצאותיה, הם אלו אליהם כוונו מילותיו של סעיף 5' (דברי השופט שמגר בע"א [623/83](#) לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 477, 479). ... 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

²¹ ראו פרוט' עמ' 60 ש' 11-24 ועמ' 61 ש' 6-1.

²² בבג"ץ [7015/02](#) בג"ץ [7019/02](#) כיפאח מחמד אחמד עג'ורי (העותרים בבג"ץ 7015/02) נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (המשיבים בבג"ץ 7015/02)²², תק-על 2002(3), 1021, 1022 (2002).

באשר למחיקת סיסמאות 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 בפלוגני. פעולת הירי היא 'פעולה מלחמתית', שכן הסיכון שבפעולה זו הוא סיכון מיוחד. בין שני המצבים הקיצוניים הללו עשויים להתקיים מצבי ביניים' (שם), (8).

לפיכך נקבע כי:

'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 וניצפה ממנה, את עוצמת הכוח הצבאי הפועל והיקפו ואת משך האירוע' (שם, 9)".

ב"כ התובעת ניסה לטעון שמדובר ב"פעולת שיטור" להבדיל "מפעולה מלחמתית"²³. טענה דומה הועלתה למשל בע"א 523/03 לוי נ' מ"י²⁴ שם נקבע שכשם שתיתכן "פעולה מלחמתית" בשטח שאין בו מלחמה, כך גם קיומן של פעולות איבה ואף של מלחמה ממש, לא הופכות כל חלק מהמאמץ למיגור ההתנגדות ל"פעולה מלחמתית". אך, יש לראות את הקביעות שנקבעו בפרשת אשר לוי הנ"ל על רקע העובדות שהיו באותו מקרה, אשר שונות בתכלית מהמקרה שלפנינו. העובדות באותו עניין היו שבעת מלחמת יום הכיפורים התמקמה פלוגת דלק על מכליותיה בגן ילדים לצורך שימוש בשעת חירום. היחידה ששהתה בשטח כשלושה וחצי חודשים גרמה נזקים כבדים לעבודות פיתוח וסלילה ולחומרים שהובאו לשטח לצורך הסלילה. המדינה העלתה טענת הגנה של "פעולה מלחמתית". באותן נסיבות של אותו תיק נדחתה הטענה. באותו עניין ציטט ביהמ"ש את פסה"ד בע"א 311/59, 317 מפעל תחנת הטרקטורים בע"מ נ' חייט ואח' וערעור שכנגד²⁵, וקבע כך: " אין לדעת, לראות בפעולת שמירה פעולה מלחמתית, לא רק מפני שהיא פעולה של כל ימות השנה...אלא מפני שמטיבה ומטבעה אין בה אלמנט של לחימה; ואם כי אין 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". לא כך המקרה שלפנינו. מבצע "חומת מגן" היה מבצע רחב היקף שהחל ביום 29.3.02 בשטחי יו"ש והסתיים ביום 10.5.02. במסגרת מבצע זה גויסו כוחות מילואים רבים והוכנסו לראשונה נגמ"שים וכוחות שריון לערים פלסטינאיות. מטרתו היתה לפגוע בתשתיות הטרור ולעצור את גל הפיגועים שהתעצם. היה צורך להיכנס לקיני טרור ולתפוס ולעצור מחבלים, היה צורך לתפוס ולהחרים כלי נשק ואמצעי לחימה²⁶. אין בשום פנים להשוות את הפעולות של הכוחות במקרה דנן לפעולות שהיו בפרשת לוי הנ"ל של "שמירה" או ל"פעולות לוואי כמו אפסנאות". הפעולות שנעשו במקרה דנן הן פעולות לחימה בטרור ולחימה בטרור היא

²³ ראו סע' 58 עד 65 לסיכומים בכתב מטעם ב"כ התובעת.

²⁴ ע"א 523/03 לוי נ' מ"י. פ"ד מ(1) 477 (1986).

²⁵ ע"א 311/59, 317 מפעל תחנת הטרקטורים בע"מ נ' חייט ואח' וערעור שכנגד. פ"ד יד' 1609, 1613-1614.

²⁶ ראו סע' 6-8 לתצהיר העדות הראשית של סא"ל ד'.

"פעולה מלחמתית"²⁷ המזכה מדינה מפטור לפי [חוק הנזיקין האזרחיים](#) הנ"ל. לכן, גם אם נעשה חיפוש, וכמוסבר לעיל, אינני סבור כך, גם אז היתה הנתבעת יכולה ליהנות מהגנת "פעולה מלחמתית".

15. בנוסף, האירוע של חיפוש בדירה למציאת מחבלים או אמל"ח (ככל שהיה חיפוש כזה בבית התובעת) נכנס גם להגדרת "פעולת מלחמתית" שבחוק [הנזיקין האזרחיים](#) (אחריות המדינה) תשי"ב-1952 כפי שתוקן בשנת התשס"ב-2002 ואשר לפיו²⁸:

"פעולה מלחמתית" - 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;

כל הפעולות שנעשו במסגרת מבצע "חומת מגן" הן בבחינת "פעולה של לחימה בטרור", וכן "פעולה לשם מניעת טרור", שנעשו "בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף" וככאלה ראויות להגנת חוק הנזיקין הנ"ל, הפוטר את המדינה מאחריות בנזיקין. בהקשר זה יש לציין את דברי רס"ן ת' שהעיד על המצב בשטח בקרבת מקום מגוריה של התובעת (מסגד אל עומרי); וכך העיד²⁹:

"מה שזכור לי לגבי מסגד אל עומרי זה דבר כזה, אנחנו קיבלנו שם ידיעה מאד ספציפית שבתוך המסגד מסתתרים שוטרים פלסטינאים שברחו מתחנת משטרה סמוכה. אנחנו נכנסנו למסגד הזה לאחר איזשהו סבב של אישורים עם הכוונה מאד מדוייקת, מצאנו שם שישה שוטרים פלסטינאים באמת, חמושים עד לפה, הוצאנו אותם בשקט זה היה בקרבת המסגד".

16. במצב דברים מלחמתי כנ"ל שכולל חיפוש במסגרת מבצע צבאי אחרי מחבלים ואחרי אמצעי לחימה (ככל שהתרחש חיפוש כזה בבית התובעת-וכאמור אינני מקבל טענה זו כמובהר לעיל), אין דרישה (כפי שנעשה במקרה של חיפוש משטרתית) בצו או הודעה מראש וזאת בניגוד למה שטען ב"כ התובעת.

אי הוכחת רשלנות

²⁷ דוגמא נוספת לפסיקה התומכת בקביעה שפעילות מבצעית ללכידת מחבלים היא פעולה מלחמתית מצויה בע"א 542/75

עטאללה נ' מ"י. פ"ד לא (2) 522 [1977].

²⁸ כפי שהתיקון מעיד על עצמו "מטרתו להסדיר את הטיפול בתביעות נגד המדינה בשל פעילותם של כוחות הבטחון באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה נגד מעשי טרור, איבה והתקוממות בדרך של קביעת הוראות דיוניות שיחולו על תביעות כאמור, ולהבהיר את המונח "פעולה מלחמתית" שבחוק [הנזיקין האזרחיים](#) (אחריות המדינה), תשי"ב-1952";

²⁹ ראו פרוט' עמ' 51 ש' 17-23.

17. כבר בכל האמור לעיל, די היה כדי לדחות את התביעה. אך למעלה מהדרוש ייאמר שלא הוכחה כל רשלנות מצד המדינה. אפילו אם היתה רשלנות (ודעתי היא שלא רק שלא היתה רשלנות אלא שהיתה זהירות יתר), גם פעולה רשלנית הנעשית תוך כדי לחימה מוגנת בהיותה "פעולה מלחמתית" ואין אחריות בנזיקין לגביה³⁰. כפי שנפסק בעניין זה בבג"צ [8276/05](#), 11426/05, 8338/05³¹ "דיני הנזיקין הרגילים אינם מתאימים לדיון באחריות בגין מעשי נזיקין תוך כדי לחימה." באופן דומה שב ביהמ"ש העליון וקבע בע"א [5964/92](#) "דיני הנזיקין תוך כדי לחימה." באופן דומה שב ביהמ"ש העליון וקבע בע"א [5964/92](#) "דיני הנזיקין תוך כדי לחימה." באופן דומה שב ביהמ"ש העליון וקבע בע"א [6051/92](#) ג'מאל קאסם בני עודה (המערערים בע"א [5964/92](#)) נ' מדינת ישראל (המשיבה בע"א [5964/92](#)) ג'מאל קאסם בני עודה (המשיבים בע"א [6051/92](#)) כדלהלן:³²

"מהי התכלית המונחת ביסוד הפטור המוענק למדינה מאחריות בנזיקין בגין "פעולה מלחמתית" של הצבא? דומה שהגישה הינה, כי פעולות מלחמתיות הגורמות נזק לפרט, אינן צריכות להיות מוכרעות על ידי דיני הנזיקין הרגילים. הטעם לכך הוא כי פעולות מלחמתיות יוצרות סיכונים מיוחדים אשר הטיפול בהם צריך להיות מחוץ לגדריה של האחריות הנזיקית הרגילה. הסיכון הוא מיוחד מבחינת יוצר הסיכון (איש הצבא המבצע פעולה מלחמתית, המתכנן אותה והמדינה השולחת אותו למשימותיו); הסיכון הוא מיוחד מבחינת הניזוק (בין אם הוא "אוהב" ובין אם הוא "אויב"), והסיכון הוא מיוחד מבחינת היקף הנזק. התפישה הינה כי דיני הנזיקין הרגילים אינם מתאימים להסדרתו של סיכון מיוחד זה. חוסר התאמה זה נובע מעצם מהותם של דיני הנזיקין העוסקים בחלוקת סיכונים בגין פעולות מזיקות בחיי היומיום של אדם במדינתו. אין הם מתאימים כאשר הסיכון בפניו ניצבים הפרט והכלל הוא חריג ויוצא דופן. פעולות מלחמתיות יוצרות, מעצם טיבן וטבען סיכונים, אשר מערכת הדינים ה"שיגרתית" לא נועדה להתמודד עמם. המטרות המונחות ביסוד דיני הנזיקין הרגילים, אינן חלות כאשר הנזק נובע מפעולה מלחמתית שהמדינה מנהלת כנגד אויביה".

18. כפי שראינו לעיל היה תדרוך מיוחד של המח"ט וסגנו ואף של המ"פ באשר לנוהלי פתיחה באש, תוך הדגשת הצורך לשמור על ציוד ורכוש תושבי המקום. הכניסה לבתים נעשתה בתיאום עם המפקדים. במקרה דנן, אם כן, לא הוכח האירוע ולא הוכחה רשלנות מצד חיילי צה"ל.

אי הוכחת הנזק

³⁰ באותה רוח פסקתי בפרשת רסמי עויס ([8568/04 א.ת.](#) רסמי עויס נ' מ"י).

³¹ ראו בבג"צ [8276/05](#), 11426/05, 8338/05 עדאללה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' מדינת ישראל (פורסם באתר ביהמ"ש).

³² ע"א [5964/92](#) ע"א [6051/92](#) ג'מאל קאסם בני עודה (המערערים בע"א [5964/92](#)) נ' מדינת ישראל (המשיבה בע"א [5964/92](#)) ג'מאל קאסם בני עודה (המשיבים בע"א [6051/92](#)), פ"ד נו(4), 1, 5-6 (2002).

19. בת"א (שלום י-ם) 7295/03 אוניברסיטת אלקודס נ' שר הביטחון³³, הזדמן לי לדון בתביעה דומה לגבי נזקים נטענים שגרמו, כביכול, כוחות צה"ל וכך כתבתי לעניין מה שהתובע צריך להוכיח בתביעות כגון אלו שלפנינו, ככל שמדובר בגובה הנזק:

"אבהיר בעזרת משוואה מה היה על התובעת להוכיח באשר לנזקה: אם נסמן את הנזק הנטען ע"י התובעת באות D (מלשון Damage), את הציוד שהיה בסמוך לטרם כניסת כוחות צה"ל למבנה נשוא התביעה באות E (מלשון Equipment) ואת הציוד שנותר לאחר פינוי המבנה נשוא התביעה באותיות EX (מלשון Existing Equipment) הרי שהיה על התובעת להוכיח את המשוואה הבאה: $E-EX=D$ אם בתוך הציוד הקיים ישנו ציוד שהושחת לגמרי (להבדיל מציוד שחסר) שיסומן באות T (מלשון Total Loss) גם אותו יש להביא בחשבון ואז יש להוכיח את היסודות הבאים שנובעים מהנוסחה: $E - (EX-T)=D$ אם היה ציוד שהיה מקולקל לפני האירועים נשוא התביעה (שאותו נסמן באות N) הרי שהיה צורך להפחיתו מהנזק הטוטאלי הנטען, כך שאם נציג זאת בצורת משוואה, היה על התובעת להוכיח נזקה הנטען עפ"י המשוואה הבאה: $E - [(EX-T)+N]=D$. לגבי המכשור שקולקל (N) היה צריך להביא חוות דעת על רמת הקלקול ועלות התיקון".

התובעת לא הוכיחה לגבי אף פריט מאלה שטענה לגביו בכתב התביעה את הנדרש בהתאם לאמור לעיל. בה במידה וכפי שציינתי לעיל, התובעת לא הוכיחה את בעלותה על הרכב שלטענתה צה"ל גרם לו לנזק.

20. לאור כל האמור לעיל, הנני מחליט לדחות את התביעה נשוא [ת.א. 9168/04](#). הנני מחייב את התובעת לשלם לנתבעת הוצאות ע"ס 10,000 ₪ שהוא סכום ההפקדה שהוסכם בין הצדדים כערובה לכיסוי הוצאות אם תידחה התביעה. סכום ההפקדה על הסך הנ"ל המופקד בתיק זה, יועבר, איפוא, אל הנתבעת.

על המזכירות לשלוח עותק מפסה"ד לשני הצדדים.

ניתן היום, א' תמוז תשע"א, 03 יולי 2011, בהעדר הצדדים.

יואל צור 9168/04-54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

³³ ת"א (שלום י-ם) 7295/03 אוניברסיטת אלקודס נ' שר הביטחון, תק-של 2005(4), 6053, 6057 (2005).