

בבית המשפט השלום בירושלים

בעניין : 1. ברי, ת.ז.

2. ברי, ת.ז.

4. ברי, ת.ז.

6. ברי, ת.ז.

כולם מכפר יעבד נפת גינין

ע"י ב"כ עוה"ד לאה צמל ו/או גאדה חליחל

מרחוב אבו עוביידה 2, ירושלים

טלפון : 6273373 - 02, פקס : 6289327 - 02

התובע

נ ג ד

מדינת ישראל - משרד הביטחון

באמצעות פרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)

רח' הנרייטה סולד 1, תל אביב

טל : 03-6970222 ; פקס : 03-6918541

הנתבעת

מהות התביעה : כספית בגין נזק לרכוש.

סכום התביעה : 200,000 ₪.

כתב תביעה

כללי:

1. התובעים 1-4 הנס אחים, תושבי יעבד שבנפת גינין, נשואים ואבות לילדים.

2. התובעים הם הבעלים במשותף של חלקת אדמה, בתחום אדמות כפר יעבד, הנמצאת ליד

צומת מבוא דותן באזור יהודה ושמרון והידועה כגוש 39, חלקה 21.

מצ"ב נסה רישום ומסומן א'.

3. תיאור החלוקה : המדובר באדמה חקלאית בשטח של כ- 14 דונם, בחלקה היו נטועים כ-

400 עצי זית בני כ- 60 שנה לכל הפחות, המשמשים מקור הכנסה יחיד לתובעים ובני

משפחתם.

התובעים מעבדים את האדמה ומטפלים בעצים מזה שנים רבות יחד עם בני משפחתם.

4. ביום 19.1.04 הוציא מפקד כוחות צה"ל באזור צו המורה על כריתת עצי הזית השייכות לתובעים והנטועות באדמתם. יש לציין כי בצו לא צוין מספר העצים המועמדים לפגיעה ו/או העילה להוצאת הצו.

הצו הומצא לתובעים ביום 19.1.04 או בסמוך לאחר מכן.

מצ"ב העתק הצו ומסומן ב'.

5. ביום 21.1.04 הוגשה השגה מטעם משרד הח"מ, ליועמ"ש איו"ש, על הכוונה לפגוע בעצים של התובעים. ההשגה נדחתה בהחלטה מיום 28.1.04. באותה החלטה התחייבה הנתבעת ועל מנת לצמצם עד כמה שניתן את הפגיעה בקניין התובעים להעדיף גיזום ענפי העצים ו/או גיזום העצים מעל הגזע, בדרך של דילול על פני עקירתם או כריתתם. עוד הודיעה הנתבעת כי טענות התובעים לפיצויים יבחנו בנפרד לאחר צירוף אסמכתאות.

מצ"ב העתק ההשגה וההחלטה בה ומסומנים ג/1-2 בהתאמה.

6. לאחר הגשת השגה ודחייתה הוגשה ביום 9.2.04 עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק (בג"צ 1321/04). הנתבעת הגישה תגובה לעתירה. בסעיף 4 לתגובת פרקליטות המדינה לעתירה הובהר כי הצבא מתכוון לגזום 20 עצי זית בסך הכל וכי הכוונה היא לבצע גיזום של העצים בגובה כ- 1 מ' מעל פני הקרקע ולא עקירה או כריתה של העצים. יש לציין כי בסעיפים 9-10, 17, 18 ו-32, התגאתה הפרקליטות כי במקור, הדרישה המבצעית היתה לכריתת 50 עצים, ומשיקול של אי פגיעה בתובעים הוחלט לצמצם את הפגיעה בכך שתבוצע פעולה של גיזום במקום כריתה וכי לאחר מכן הוחלט להסתפק בגיזום ל- 20 עצי זית בלבד. בנוסף, ציינה הפרקליטות כי כדי לצמצם את הנזק הוחלט על גיזום העצים ולא על כריתתם.

ביום 1.3.04 ניתן פסק דין הדוחה את העתירה, תוך שבית המשפט מציין:

"... המלצת המפקד הצבאי מלכתחילה הייתה לכרות כחמישים עצים (בשתי שורות)... בסופה של בחינת הנתונים, ומתוך רצון למזער את הפגיעה ברכושו של העותר, הוחלט כי העצים לא ייכרתו אלא יבוצע גיזום של מספר קטן יותר של עצים, 20 עצים... בא כוח המדינה הצהיר כי אם תוגש תביעה לפיצוי בגין הנזק, התביעה תיבחו לגופה ויש להניח כי ברוח אוהדת."

מצ"ב העתק העתירה, התשובה לה ופסק הדין ומסומנים ד/1-3 בהתאמה.

7. ואכן, במהלך חודש 3/2004 או בסמוך לאחר מכן, עקרו כוחות הבטחון של מדינת ישראל כ- 20 עצי זית, וזאת בניגוד לפסק הדין שהורה על גיזום העצים ולא עקירתם.

8. לא זו אף זו, למרבה ההפתעה, ביום 27.8.05, הגיע כוח צבאי ועקר כ- 75 עצי זית נוספים, בלי כל הודעה מוקדמת, ומבלי לאפשר לתובעים זכות השגה! המדובר בהפרה בוטה של חובת השימוע, ואף של פסק הדין שאפשר גיזום של 20 עצים ותו לא, כשלא ייתכן כי הרשויות יבחרו לפי נוחיותם מתי הם ינקטו בהליך מסודר של שימוע ומתי יפגעו בקניינם של התובעים בהפתעה ובהיעדר כל הליך חוקי!!

פנייה התובעים לנתבעות:

9. התובעים פנו באמצעות בא-כוחם למשרד הבטחון בהתאם לסעיף 5 א' (2) לחוק הנוזקים האזרחיים (אחריות המדינה) תשי"ב-1952 וזאת במכתב מיום 14.11.04. כמו כן הוגשה בו ביום תלונה למתלקת בג"צים וכן לפרקליט הצבאי הראשי. התובעים ביקשו לחקור את האירוע ונסיבותיו ודרשו פיצוי הולם על נזיקהם.

10. הנתבעת אישרה את קבלת המכתב וטענה כי העניין בבירור וכי עם גמר הבירור תודיע לב"כ התובעים על תוצאותיו. לאחר מספר רב של תזכורות טענה הנתבעת במכתב מיום 6.7.05 כי חסרים לה פרטים שדרשה במכתב מיום 3.1.05 אשר לא הושלמו. יש לציין כי מכתב זה נשלח לב"כ התובעים לראשונה ביום 6.7.05 ובמכתבים הקודמים, בהם הודיעה הנתבעת כי העניין עדיין בבירור, לא הזכירה כי יש צורך בהשלמת פרטים.

11. ביום 18.7.05 נשלחו לנתבעת הפרטים החסרים. עד למועד הגשת תביעה זו המכתב לא זכה למענה, על אף התזכורות שנשלחו בעניין. בנוסף, לא מצאה המדינה לנכון לבצע חקירה ראויה ו/או להודיע על תוצאותיה לב"כ התובעים.

מצ"ב העתק חילופי המכתבים ומסומן ה'.

אחריות הנתבעת:

12. הנתבעת אחראית לשמירת הסדר הציבורי ובטחון תושבי השטחים וחבה אחריות ישירה לנוקי התובעים ו/או אחריות שלוחית לפעולות כוחות הביטחון שפעלו במקום האירוע בשמה ומטעמה.

13. התובעים יטענו כי על הנתבעת האחריות לפצותם בגין נזקיהם כתוצאה מהאירוע לעיל, וזאת בגין העילות שלהלן, כולן או מקצתן, בגין התנהגות הנתבעת ו/או בגין התנהגות חייליה ו/או עושי דבריה:

נזק ראייתי:

14. בעקבות האירוע שלטונות הנתבעת ביצעו או היו אמורים לבצע חקירה ועל פי ממצאיה ננקטו ו/או היו אמורים להינקט הליכים משמעותיים ו/או פליליים נגד מי מאנשי כוחות הביטחון.

15. כאמור, עד יום הגשת התביעה, המדינה לא מצאה לנכון לבצע חקירה ראויה ו/או להודיע על תוצאותיה לבי"כ התובעים.

16. התובעים טוענים כי במחדלי המדינה כאמור בסעיפים 9-11 לעיל היא גרמה לתובעים נזק ראייתי מהותי ו/או כל חסר מהותי יש לשקול לחובתה ו/או יש בהתנהגותה כדי להעביר אליה את נטל ההוכחה והשכנוע כי לא התרשלה ולא חבה בגין הנזק שנגרם לתובעים.

17. התובעים טוענים כי חקירה נאותה הייתה קובעת כי עקירת עצי הזית שלהם נעשתה בזדון ו/או בהתרשלות ובחוסר זהירות ו/או כפעולת נקם ו/או ללא כל הצדקה תוך הפרת הוראות החוק הישראלי ו/או המשפט הבין לאומי ו/או פסק דינו של בית המשפט העליון.

חקירה כזו לא בוצעה, ככל הנראה, ויש בכך התרשלות ו/או הפרת חובה חקוקה, שבגינם יש לחייב הנתבעת באחריות לאירוע.

18. התובעים יטענו כי הנתבעת הפרה חובה חקוקה בכך שלא חקרה את המקרה, ובין השאר הפרה את סעיף 282 לחש"צ, אשר זו לשונו:

"הגיעה לפרקליט הצבאי הראשי תלונה כאמור בסעיף 278, 279 או בדרך אחרת, יכול הוא לעשות אחד הדברים האמורים בסעיף 280 או 281 או להורות על עריכת חקירה מוקדמת אף אם כבר נערכה בה בדיקה. . ."

19. התובעים יטענו כי לאור חומרת התלונה, נשוא התלונה, ההגנה על הקניין והאינטרס הציבורי בבירורה, סמכות שברשות זו לפתוח בחקירה הופכת לסמכות שבחובה. ראו לעניין זה בספרו של יצחק זמיר הסמכות המינהלית (1996) א 224 (להלן: זמיר).

אכן, בית משפט זה פסק לא אחת, כי בנסיבות מקרה מסוים, כאשר כל השיקולים תומכים בהפעלת הסמכות בדרך אחת, הרי שעל אף לשון החוק, תתפרש הסמכות כסמכות שבחובה. כך נפסק בבג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, בעניין סמכותו של ראש הממשלה להעביר שר מתפקידו:

"יש נסיבות שבהן עולה המסקנה - גם לגבי סמכות שבשיקול-דעת כי הימנעות מהפעלת הסמכות היא בלתי סבירה במידה היורדת לשורשו של עניין... סמכות הרשות הופכת לסמכות שבחובה כאשר הנסיבות העובדתיות הן כאלה שערכי היסוד של השיטה החוקתית והמשפטית שלנו הופכים את אי-הפעלתה של הסמכות לבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין" (שם, בעמוד 421).

20. סמכות דומה לזו של הנתבעת ניתנה במשפט הפלילי למשטרת ישראל על-פי הוראת סעיף 59 (סיפא) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ). על-פי סעיף זה, כאשר נודע למשטרה על עבירה שהיא פשע, חייבת היא לפתוח בחקירה ואין החוק מותיר לה שיקול דעת ואפשרות לסרב לפתיחת החקירה.

הפרת התחייבות ו/או הודאת בעל דין ו/או הוראות פסק הדין:

21. כאמור הנתבעת הודיעה לבית המשפט כי הצבא מתכוון לגזום 20 עצי זית בסך הכל וכי הכוונה היא לבצע גיזום של העצים בגובה כ- 1 מ' מעל פני הקרקע ולא עקירה או כריתה של העצים (סעיף 4 לתגובה לעתירה).

22. הודעה זו קיבלה תוקף של פסק דין. ההודעה מהווה התחייבות של הנתבעת שלא לעקור את העצים ו/או לא לפגוע ביותר מ- 20 עצים. עוד מהווה הודעה זו הודאת בעל דין לפיה כל פגיעה נוספת, שאינה בהתאם להתחייבות, הינה זדונית ו/או רשלנית ו/או אינה כחוק ו/או אינה מוצדקת.

23. שתי ההתחייבויות של הנתבעת הופרו ברגל גסה: גם נעקרו עוד 75 עצים מלבד ה- 20, וגם בוצעה עקירה ולא גיזום!!!

24. המדובר גם בהפרה של פסק הדין של בית המשפט העליון שאפשר עקירת 20 עצים ותו לא, כשלא ייתכן כי הרשויות יבחרו לפי נוחיותם מתי הם ינקטו בהליך מסודר של שימוע ומתי יפגעו בקניינם של העותרים בהפתעה ובהיעדר כל הליך חוקי!!!

25. כמו כן המדובר בהפרת התחייבות ו/או הסכם שלא לגרום לנזק מעבר להיקף שהוצהר עליו המחייבת הנתבעת במלוא נזקי התובעים.

26. לחילופין יטענה התובעים כי עקירת העצים כפי שנעשה מהווה הודאת בעל לפיה העקירה הינה רשלנית ו/או זדונית ו/או אינה כחוק ו/או אינה מוצדקת ו/או אין לה כל עילה ולכן על הנתבעת לשאת במלוא נזקיהם של התובעים.

27. עוד התחייבה הנתבעת בבית המשפט העליון כי אם תוגש תביעה לפיצוי בגין הנזק, התביעה תיבחן לגופה ויש להניח כי ברוח אוהדת. התחייבות זו מהווה הודאת בעל דין של הנתבעת בזכאות התובעים לקבלת פיצויים וכן הודאה שלפיה אין תחולה למחסומים שמציב חוק הנזקים האזרחיים (אחריות המדינה) תשי"ב-1952 על תביעות כנגד המדינה.

רשלנות:

28. הנתבעת התרשלה בכך שעקרה את העצים ופגעה ברכוש התובעים, בלי כל עילה או הצדקה, ובכך, התנהגה באופן שרירותי בנסיבות העניין. הנתבעת הודתה בפני בית המשפט העליון כי הצורך הצבאי וההגנה על תושביה מחייבים גיזום של 20 עצים. כל הנזק שנגרם לתובעים מהווה פעולה זדונית ו/או אינה כחוק ו/או אינה מוצדקת ו/או אין לה כל עילה.

29. התובעים יטענו כי עקירת העצים והפגיעה ברכושם הינה צעד חמור ואכזרי ויש בו, אם הוא מעשה ענישה, משום ענישה קולקטיבית.

30. התובעים יטענו כי על פניו, לא הייתה כל עילה לעקירת העצים והפגיעה ברכושם, אולם, מכל מקום, וגם אם ייטען כי הייתה עילה כלשהי לעקירת העצים והפגיעה ברכושם, יטענו התובעים כי קיימת הודאת בעל דין שהפגיעה הנדרשת הנה כריתה של 20 עצים וכי הפגיעה שנעשתה בפועל הייתה בלתי מידתית, בלתי חוקית, ובניגוד לכללים שנקבעו בעניין זה.

בעניינו בית המשפט העליון אישר את הסמכות של הנתבעת לפגוע ברכוש התובעים דרך גיזום 20 עצי זית הא ותו לא. הפגיעה הנרחבת שנעשתה הלכה למעשה מלמדת על כך כי הפגיעה הייתה בלתי מידתית, בלתי חוקית, ובניגוד לכללים שנקבעו בעניין זה (להשוואה ראו דברי כב' השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 361/82 תמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 443).

בעניין אחר בחן בית-המשפט צו להריסת בית בו התגורר אדם שהורשע ברצח בדם קר. לאחר שקבע, כי בהפעלת הסמכות יש לנהוג על-פי עקרונות היחסיות והמידתיות, פוסק בית-המשפט מפיו של השופט (כתוארו אז) ברק:

נראה לי כי הריסת המבנה כולו תהווה אמצעי "לא יחסי" – ועל כן גם לא סביר- בין התנהגותו הרצחנית של מוחמד תורקמאן לבין הסבל שייגרם למשפחת האח הבכור. בנסיבות אלה נראה כי הדרך הסבירה הייתה זו הקובעת הריסה חלקית בלבד. כפי שראינו, דרך זו אינה אפשרית. בנסיבות אלו יש לנקוט את האמצעי הדראסטי פחות- שאף הוא חמור ביותר- של אטימה חלקית.

(בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מח(1) 217, 220) ורי גם את דבריו המפורטים של הנשיא ברק בדנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 490.

31. מכל מקום במקרה של עקירת עצים ופגיעה ברכושם של התובעים ובמיוחד לאור פסק דינו של בית המשפט העליון יש ליתן הודעה מוקדמת ולאפשר זכות שימוע.

32. ברור כי אין מדובר בעקירת עצים ופגיעה ברכוש לצרכים צבאיים חיוניים. אין לדעת למה התכוונה הנתבעת להשיג בעקירת העצים והפגיעה ברכושם של התובעים עת הצהירה כי התגנה על הצורך הבטחוני החיוני מתאפשרת דרך גיזום 20 עצים, הא ותו לא.

33. מכל מקום וליתר בטחון יטענו התובעים כי רשלנות הנתבעת תבטאה, בן היתר, במעשים ו/או במחדלים שלהלן:

א. הנתבעת לא נתנה לשלוחיה הוראות ברורות בדבר גיזום העצים ו/או איסור עקירת העצים ו/או הימנעות מגרימת נזק לשאר העצים ו/או לא נתנה הוראות נכונות ו/או כי הוראות העקירה אינן חוקיות ו/או הפעלתם בנסיבות העניין הייתה בלתי חוקית ו/או בלתי נחוצה ו/או מיותרת.

ב. הנתבעת לא יידעה את כוחות הבטחון לגבי פסק דינו של בית המשפט העליון לפיו אסור לעקור את עצי הזית וכי ניתן לגזום 20 עצים בלבד ו/או לא הנחתה אותם לפעול לפיו.

ג. הנתבעת לא פעלה לפי צו ו/או לא הציגה כל צו חוקי המתיר את המעשה.

ד. הנתבעת ו/או שלוחיה ביצעו מעשים בלתי מוצדקים לרכוש התובעים ונכסיהם ו/או לא הכרחיים בנסיבות העניין.

ה. שלוחי הנתבעת שביצעו את העקירה לא היו מיומנים ומקצועיים ו/או לא תודרכו כראוי ע"י הנתבעת כיצד לשמור על שאר העצים ו/או לא לעקור את העצים ו/או לא

פעלו בהתאם לחוות דעת מקצועית ו/או פסק דינו של בית המשפט העליון שהיו הכרחיים בנסיבות העניין.

ו. שולחי הנתבעת לא ביצעו את כל הבדיקות הנדרשות בטרם עקירת העצים, לרבות בדיקה ע"י מהנס ו/או מהנדס חקלאי.

ז. שיטת הפעולה שננקטה ע"י הנתבעת (עקירה במקום גיזום) לא הייתה סבירה ו/או לא הייתה חוקית בנסיבות המקרה דנן.

ח. שלוחי הנתבעת לא נקטו אמצעי הזהירות ו/או הפיקוח ו/או הכיוון הנדרשים על מנת למנוע עקירת העצים ו/או פגיעה בעצים האחרים, מעבר למה שהותר ו/או לצמצם את הפגיעה ברכוש התובעים, כשפי שהתחייבו בפני בית המשפט העליון.

ט. שלוחי הנתבעת לא עשו כל הניתן והאפשרי על מנת למנוע פגיעה ברכוש התובעים.

י. שלוחי הנתבעת לא נהגו כפי ששלוחים סבירים וזהירים היו נוהגים בנסיבות העניין.

יא. שלוחי הנתבעת לא מנעו מעשי הנזק לרכוש התובעים אשר ניתן היה להימנע ממנו בנסיבות המקרה ולאור פסק דינו של בית המשפט העליון.

יב. התנהגות הנתבעת ו/או שלוחיה מהווה הסגת גבול למקרקעין ו/או לרכוש של התובעים, הכל שלא כדין. בגין זאת על הנתבעת הראיה שהתנהגותה הייתה כדין ולא גרמה הרס ונזק לתובעים.

יג. החלטתה לעקור את העצים הייתה חסרת סמכות;

יד. החלטתה לעקור את העצים הייתה בלתי סבירה בעליל ו/או מיותרת ו/או בלתי מוצדקת בנסיבות העניין;

טו. החלטתה לעקור את העצים נעשתה משיקולים זרים, כנקם ו/או בהחלטה שרירותית ו/או בלי כל קשר למטרה ביטחונית מוצדקת כלשהי;

טז. החלטתה לעקור את העצים ניתנה בלי לברר את התשתית העובדתית הרלוונטית ו/או בלי לאפשר לתובעים זכות שימוע לפני ביצוע הפגיעה ברכושם.

יז. החלטתה לעקור את העצים נעשתה מבלי לאפשר לתובעים למצות את זכותם החוקתית לפנות לערכאות, להתנגד לעקירת העצים ו/או להציג את טיעוניהם והגנתם לפני ביצועה;

יח. הנתבעת לא השתמשה בעקירה כאמצעי אחרון ו/או לא נקטה באמצעים פחות חמורים כגון גיזום העצים כפי שציווה בית המשפט העליון, ככל שהייתה הצדקה לפגיעה שכזו.

יט. הנתבעת התירה לכוחות הבטחון לעקור את העצים בניגוד להוראות ו/או להחלטת בית המשפט העליון ו/א לצו גיזום העצים. לחילופין לא נתנה בידיהם הוראות ברורות ו/או לא הדריכה אותם ופקחה על ביצוען באופן סביר.

כ. הנתבעת לא הכשירה את כוחות הבטחון לגבי גיזום עצים ו/או לא פקחה על אופן ביצוע הגיזום, כך שבסופו של יום נעקרו העצים ולא גוזמו ומספר רב של עצים ניזוק, מעבר למה שהותר.

כא. הנתבעת לא הדריכה את כוחות הבטחון לגבי התנהגותם בנסיבות המקרה.

כב. הנתבעת הנהיגה שיטת פעולה לא זהירה ו/או נורמות לא סבירות בנסיבות נשוא המקרה ו/או לא צפתה את האירועים ו/או לא הדריכה את כוחות הבטחון על הסכנות בביצוע פעולותיהם.

כג. ההריסה בוצעה בחוסר זהירות וברשלנות וללא שנקטו אמצעי הזהירות המתחייבים בנסיבות העניין, על מנת להימנע מגרימת נזק לעצים אחרים בחלקה.

כד. הנתבעת ו/או שלוחיה לא עשו כל שניתן על מנת להימנע מגרימת נזק לתובעים.

כה. הנתבעת לא בצעה חקירת המקרים באופן נאות וכדין ו/או לא אספה ושמרה ראיות ובכך גרמה לתובע נזק ראייתי מהותי.

כו. הנתבעת התירה או אישרה את פעולת כוחות הבטחון בדיעבד.

34. כוחות בטחון התרשלו ו/או הפרו את חובת הזהירות כלפי התובעים במעשיהם ו/או במחדלים כמפורט להלן:

- א. עקרו את העצים ללא שהייתה בידיהם רשות ו/או ללא שהיה בידיהם צו עקירה כחוק.
- ב. עקרו את העצים כאמצעי ענישה ו/או לא כ"אמצעי אחרון" ו/או לא נקטו באמצעים פחוזת חמורים ו/או לא נקטו אמצעי זהירות המתחייבים מנסיבות המקרה.
- ג. עקרו את העצים ללא נקיטת אמצעי זהירות נאותים ו/או בניגוד להוראות ו/או לפסק הדין של העליון ו/או הצו המאפשר להם גיזום בלבד.
- ד. עקרו את העצים מבלי שקיבלו פקודה או אישור ו/או ללא נקיטת אמצעי זהירות נאותים שהתחייבו מהנסיבות.
- ה. התרשלו במילוי צו הגיזום וביצעו עקירה של 95 עצי זית במקום גיזום 20 עצים וזאת בניגוד לצו שהוצא ולפסק דינו של בית המשפט העליון.
- ו. לא פעלו ככוחות בטחון סבירים, נבונים וזהירים.
- ז. לא השתמשו באמצעים סבירים אחרים, פחות חריפים, במידה והיה צורך בכאלה שעמדו לרשותם או היו צריכים לעמוד לרשותם.
- ח. מי שעקר את העצים בפועל לא היה מוסמך לבצע את העקירה עפ"י ההוראות ו/או צו הגיזום.
- ט. עקרו את העצים מבלי שקיבלו פקודה או אישור ו/או ללא נקיטת אמצעי זהירות נאותים שהתחייבו מהנסיבות.
- י. לא נתנו לתובעים שהות לפנות את לערכאות בטרם העקירה.
- יא. לא צפו את האירועים ולא התכוננו כראוי לקראתם.
- יב. גרמו, במזיד וללא כל צורך בכך, לנזק ברכוש התובעים.
- יג. לא דווחו על האירוע לפי ההוראות ו/או בזמן אמיתי ובכך גם גרמו לתובעים נזק ראייתי מהותי.

הפרת חובה חקוקה:

35. התובעים יטענו כי התנהגותה של הנתבעת בוצעה תוך הפרת חובות חקוקות ו/או הוראות הדין הבינלאומי ובמיוחד הוראות אמת ג'נבה ואמנת האג שהפכו לחלק מהדין הישראלי ו/או החובות שעוגנו בפסיקות עקביות ומושרשות של בתי המשפט, ובמיוחד בית המשפט העליון, המטילות את החובות שלהלן, אותן הפרה הנתבעת ברגל גסה:

מתן זכות שימוע לפני העקירה:

36. התובעים יטענו כי היה על הנתבעת לאפשר להם זכות שימוע ו/או לאפשר פניה לערכאות, לפני ביצוע העקירה, בפעם השניה, וזאת לנוכח החלטת בית המשפט העליון בעניינם של התובעים. חובה זו מעוגנת בפסיקה מושרשת של בית המשפט העליון, כפי שיתואר להלן.

37. בבג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז (להלן: **פסק דין האגודה לזכויות האזרח**) נדרש בית-משפט נכבד זה ליישמו של השימוע במה שנוגע לסמכויות המשיב לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. בית המשפט פסק:

"...פרט למקרים של צורך צבאי-מבצעי [...] מן הראוי שתיכלל בצו לפי תקנה 119 הודעה בדבר מתן אפשרות למי שאליו מופנה הצו, לבחור פרקליט ולפנות למפקד הצבאי קודם להפעלת הצו, תוך זמן קצוב שיפורט, וכי לאחר מכן, אם ירצו בכך, תינתן להם שהות נוספת, אף היא קצובה בזמן, לפנות לבית-המשפט הזה בטרם יופעל הצו. המדינה תהיה, כמובן, רשאית לפנות לבית-משפט זה ולבקש במקרה ראוי כי לדיון בעתירה כגון זו תוענק זכות קדימה בשמיעתה. במקרים דחופים יכולה להתבצע אטימה על אתר עוד לפני קיום הערעור או שמיעת העתירה – להבדיל מהריסה, שהיא, כאמור בלתי-הפיכה. במקרה של ביצוע אטימה על אתר, כאמור, תנתן גם כן הודעה לנוגע בדבר, בה יובהר לו כי זכות ההשגה או הגשת העתירה בעינה עומדת".

בכך קבע בית-המשפט את האיזון בין האינטרס הביטחוני בביצוע מהיר ומרתיע של צווים מכוח תקנה 119 לבין ההכרח לקיים שימוע כאשר מדובר במה שתואר שם כאמצעי עונשין קשה וחמור, שאחת מתכונותיו המרכזיות היא היותו בלתי-הפיך.

אי מסירת צו עקירה:

38. לצד העדרו של שימוע, נגועה הכוונה לעקור את העצים בפגם נוסף, היורד לשורשם של סדרי שלטון תקינים. לתובעים לא נמסר כל צו – לא בעל-פה ולא בכתב – שיפרט את

החלטת הנתבעת בנוגע לעקירת עצי הזית שלהם. בהעדר צו, אין התובעים יודעים אם ניתנה הוראה מתוקף תקנות ההגנה לפגוע ברכושם, מה היקף הפגיעה שנקבעה ואלו הוראות נלוו – אם בכלל – להוראה העיקרית. ספק אם הנתבעת הוציאה צו מסודר, שינחה את החיילים העוסקים במלאכה. במצב שכזה "איש לא יידע ולא יוכל לדעת מה מותר ומה אסור, ולפיכך אי-אפשר יהיה לדרוש ממנו שיהא שומר חוק ושלא יעשה מעשה בלתי חוקי" (כדברי בית משפט נכבד זה בהקשר דומה בראשית המדינה – בג"ץ 220/51 אסלאן ואח' נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה' 1480, 1487). בנוסף, יש בהוצאת הצו בכתובים משום ערובה נוספת לשקילותה של החלטה.

הדבר מקבל משנה תוקף לאור העובדה כי בנוגע לאירוע הראשון ניתן צו ואף ניתנה לתובעים הזדמנות להגיש השגה, אך בסופו של יום כוחות הבטחון פעלו בניגוד להחלטת בית המשפט העליון הנכבד ובאירוע השני נמנעו כליל מלהוציא צו ו/או לאפשר לתובעים להשמיע את טענותיהם ו/או להשיג כנגד הכוונה לפגוע ברכושם.

39. החובה לפרסם את הצו באופן שיגיע לידיעת הנוגעים בדבר מעוגנת בסעיף 6 למנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), תשכ"ז-1967, סעיף 6:

מנשר, צו או הודעה מטעמי יפורסמו בכל דרך שתיראה בעיני.

בית המשפט העליון הדגיש, כי "סדרי מנהל תקינים מורים כי אף שיש היתר ליתן צו בעל-פה, עם עבור הדחיפות ובמקום שהדבר מוצדק, יש ליתן צו בכתב" (בג"ץ 469/83 חברת האוטובוסים המאוחדת הלאומית ואח' נ' שר הביטחון ואח' (תק-על 2) 92 (1477)).

פגמים בבניית התשתית העובדתית

40. בהחלטה חמורה מעין זו, של השחתת שטחים חקלאיים ועקירת עצי זית, הכרחי הוא שהנתבעת תיסמך על עובדות אמת, המיוסדות על איסוף נתונים ובחינתם כהלכה (בג"ץ 802/89 נסמאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, פ"ד מד(2) 601). על אלו נתונים עובדתיים ביססה הנתבעת את החלטתה – זאת אין התובעים יודעים, שהרי לא נמסר לידיהם צו כתוב ומנומק. עם זאת, מתעוררים ספקות בדבר יכולתה של הנתבעת להקים תשתית עובדתית שתאפשר לה לשקול את השיקולים שהיא מחויבת בשקילתם על-פי הפסיקה. בהעדר נוכחות צבאית במטע הזיתים, ובהעדר שימוע, אין בפני הנתבעת נתונים בדבר חלקת האדמה, עילת הפגיעה בה ועקירת עצי הזית, זהותם ונסיבותיהם המיוחדות של בעלי הקרקע.

41. כאמור, לתובעים לא ידוע דבר על העילה לכאורה שהביאה לפגיעה ברכושם. מכל מקום, ואם ייטען כי הפגיעה נעשתה בשל מעורבות של מאן דהוא במעשים אסורים כלשהם,

יטענו התובעים כי ההחלטה על עקירת העצים פוגעת בזכויות החוקתיות של התובעים לקנינם. ככזו, עליה להיסמך על ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות.

ר' : ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 250, 225

ובנוגע לסמכויות לפי תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 :
בג"ץ 159/84 שאהיו נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד לט(19) 309, 327 (צו גירוש נגד מסתנן);
בג"ץ 672/87 עתאמללה ואח' נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב(4) 708, 710 (צו הגבלה לפי תקנה 110);
בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מז(1) 267, 282 (צווי גירוש לפי תקנה 112).

בעניינו לא ידוע כלל לתובעים באופן ממשי מהי התשתית העובדתית.

מידתיות:

42. הלכה היא, שעל המדינה לבחון אם ניתן להשיג את אותה מטרה באמצעים פחות דרסטיים ופוגעניים ואם ניתן לעשות כן במינימום פגיעה בזכויות יסוד. אם אין הדבר ניתן, יש לשקול את אטימת השטח או גיזום ו/או כל אמצעי פחות חמור מעקירה. (בהקשר זה בית המשפט הנכבד מופנה לפסיקה בעניין הריסת בתים: עניין סביח בע' 360, ור' גם בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מח(1) 217 שם קבע בית-המשפט מפיו של השופט (כתוארו אז) ברק, כי יש לפגוע אך ורק ביחידת המגורים של החשוד, ומאחר שהריסה חלקית של המבנה אינה אפשרית, יש להסתפק באמצעי הדרסטי פחות של אטימה חלקית של המבנה).

כאשר מדובר בשטחים חקלאיים נרחבים עם עצי זית יקרי ערך אין לפגוע בכל המטע. במידה ויש צורך לפגוע במטע אזי יש להסתפק בדילול ו/או בגיזום חלקי ו/או עקירה חלקית ומינימלית.

43. ידועה גם עמדתו של כב' השופט חשין, בעניין הריסת בתים, לפיה המשיב כלל אינו רשאי להורות על פגיעה ביחידות דיור בנוסף ליחידת המגורים שניתן לייחסה לחשוד במעשי טרור.

ר' : בג"ץ 4772/91 חיזראו נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד מו(2) 150; בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 963 (שם מבהיר השופט חשין כי

הדברים יורדים לשורש הסמכות, כפי שיש לפרשה ברוח עקרונות היסוד של ישראל) וכן ר' בעניין נזאל.

44. התובעים יטענו כי לאור זאת, החלטת הנתבעת לעקור את העצים, במידה והייתה החלטה מוקדמת שכזו, הייתה בלתי חוקית.

45. התובעים יטענו כי כל טענה בדבר "המצב הביטחוני" אין בה בכדי לתת למדינה חופש פעולה מוחלט לפגוע פגיעות אכזריות בחפים מפשע, ולהשמיד את קורת גגם ו/או את מקור פרנסתם, בלי כל סיבה עניינית:

מחובתנו לשמור על חוקיות השלטון גם בהחלטות קשות. גם כאשר התותחים דועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מה מותר ומה אסור, מהו חוקי ומהו בלתי חוקי.

דברי הנשיא ברק בדנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד (4) 485, 491.

הנה, כאשר עלתה זעקת סדום ועמורה השמימה לא מיהר האל למחותן מעל פני האדמה. "אזדה נא ואראה, הכצעקתה הבאה אלי עשוי" הוא אומר (בראשית יח 21), ודבריו אלו נתפרשו על-ידי חכמינו כמעידים על החובה לבירור עובדתי ולשימוע לפני מעשה. (ר' בדברי המשנה לנשיא אלון, כתוארו אז, בבג"ץ 4112/90 הנ"ל בע' 638). ובאותו עניין נאמר:

חלילה לך מעשות כדבר הזה, להמית צדיק עם רשע, והיה כצדיק כרשע. חלילה לך! השופט כל הארץ לא יעשה משפט!
(בראשית יח 25)

46. ואף אם לשון החוק מתירה לעשות כדבר הזה, לפגוע בחפים מפשע למען יראו וייראו, הרי מחויבים אנו, ומחויבת המדינה, לפרש את הסמכות ולהפעילה ברוח דברים אלו. ומשלא ביררה הנתבעת את הטעון בירור, ומשלא שמעה את הזכאי להישמע, תיזהר מלהותיר משפחות שלמות ללא מקור פרנסה, ואת השלום והביטחון ימשיך וירדוף בדרך אחרת.

וכך הובאו הדברים בפסיקה של בית-משפט נכבד זה, על-ידי כב' השופט חשין:

"ואותו עקרון-יסוד כולנו ידענו ושנינו מאז היותנו: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. וכדבר הנביא: "הנפש החוטאת היא תמות בן לא-ישא בעונו האב ואב לא ישא בעונו הבן, צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת הרשע עליו תהיה" (הזקאל יח כ). אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריינ

לבדו. זו תורת משה והוא הכתוב בספר תורת-משה: "לא יומתו אבות על-בנים ובנים לא-יומתו על אבות כי אם-איש בחטאו יומת" (מלכים ב, יד, ו).
...מאז קום-המדינה – בוודאי כך מאז חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכנו הישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה".

(בג"ץ 2006/97 אבו פארה ג'נימאת ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 654-655; ור' גם את חוות-דעתו של כב' השופט חשין בבג"ץ 4722/91 חיזראו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פ"ד מו(2) 150); בבג"ץ 4722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (פ"ד מו(3) 693) ובבג"ץ 6026/94 נזאל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פ"ד מח(5) 338).

הפרת הדין הבינלאומי:

47. בנוסף ולחילופין יטענו התובעים כי פעולת הנתבעת וכוחותיה מהוות הפרה בוטה של הוראות החוק הישראלי, המשפט הבינלאומי והוראות המשפט ההומניטארי הבינלאומי (אמנת ג'נבה ואמנת האג משנת 1907) ומשכך חבה הנתבעת לפצות את התובעים על נזקיהם, וזאת כמפורט להלן:

א. הנתבעת נותרה הכוח הכובש בשטחים וככזה היא מחויבת לשמור על שלומה וביטחונה של האוכלוסייה הפלסטינית ולהתחשב בצרכיה. אמנם, הנתבעת חייבת להגן על אזרחים ישראלים ועל כוחות הביטחון, אולם הגנה זו אינה יכולה להתבצע באמצעות פגיעה כה נרחבת באוכלוסייה הפלסטינית.

ב. מדיניות הנתבעת בכלל, ובמקרה דנן בפרט, מהווה הפרה בוטה של הוראות המשפט ההומניטארי הבינלאומי. השחתת שטחים חקלאיים ועקירת עצי זית גרמה וגורמת לפגיעה נרחבת באוכלוסייה האזרחית, שתאלץ לשאת בתוצאות שנים ארוכות. פגיעה כזו באוכלוסייה האזרחית אינה יכולה להיות מוצדקת בטענה של "צרכים צבאיים דחופים", כפי שיטען ע"י הנתבעת. פעולות אלה הן ענישה קולקטיבית פסולה המכוונת נגד האוכלוסייה האזרחית, שגם הצבא אינו טוען למעורבותה בפעולות לחימה כלשהן נגד ישראל.

ג. הנתבעת עודנה הכוח הכובש בשטחים. ככזה היא מחויבת לקיים את החובות המוטלות על מדינה כובשת ולפעול לפי דיני הכיבוש. גם אם מתרחשים בשטחים אירועי לחימה, אין אלו מצדיקים התעלמות של הנתבעת מחובותיה ככוח הכובש, כאילו הסתייג הכיבוש. חובתו של כל צבא כיבוש היא להגן על האוכלוסייה המקומית

ולדאוג לשלומה ולרווחתה. ניתן אמנם לסייג חובה זו כאשר צרכים צבאיים מחייבים זאת, אולם גם אז טובת האוכלוסייה חייבת להיות השיקול המכריע. **הכוח הכובש חייב להגן גם על רכושה של האוכלוסייה האזרחית. תקנה 46 לתקנות האג קובעת כי יש לשמור על רכוש פרטי וכי אסור להחרימו. סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי אסור לכוח הכובש להרוס רכוש, "אלא אם כן היו פעולות צבאיות מחייבות לחלוטין את ההחרבה וההשמדה האלה". התובעים יטענו כי מאחר ויש לכוח הכובש חובות מיוחדות כלפי האוכלוסייה האזרחית, נטל ההוכחה כי הפגיעה הייתה הכרחית הוא כבד במיוחד ומוטל על כתפי הנתבעת. סעיף 147 לאמנה זו קובע כי "הריסתו והחרמתו של רכוש בקנה מידה רחב, שאין הכרח צבאי מצדיקן" יהוו הפרה חמורה של האמנה. גם כאשר קיימים צרכים צבאיים, העשויים להצדיק חריגה מהאיסור הגורף על הריסת רכוש, עדיין מוטלת החובה לפעול לפי שאר הוראות המשפט ההומניטארי הבינלאומי. יש לדחות, על הסף, את הטענה כי צרכים צבאיים גוברים על כל שיקול אחר ומבטלים את תחולתן של הוראות אלו. כל פעולה חייבת להיעשות במסגרת גבולות המשפט ההומניטארי הבינלאומי ואין הצדדים הלוחמים חופשיים לבחור את דרכי הלחימה ואת אמצעי הלחימה שלהם.**

ד. לפי תקנה 23(ז) לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית חל איסור לפגוע ברכוש כאמצעי מניעתי כאשר הסכנה עדיין לא התממשה. כמו כן הריסת רכוש אסורה אלא אם כן נוסו ונכשלו דרכי פעולה חלופיות שמידת פגיעתן פחותה. בנוסף, חל איסור מפורש על הריסת רכוש במטרה להרתיע, להפחיד או לנקום באוכלוסייה האזרחית. פגיעה ברכוש הנעשית בכוונה לגרום לנזק קבוע או ממושך אסורה אף היא. התובעים טוענים כי במקרה דנן נעשו הפעולות בשל שיקולים החורגים מצורך צבאי, במיוחד לאור פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין דנן. זאת ועוד מדיניות הנתבעת מהווה הפרה בוטה של כללים אתרים המעוגנים במשפט ההומניטארי הבינלאומי, שדי בהם כדי להפוך את מדיניותה לבלתי חוקית.

ה. התובעים יטענו כי פעולת הנתבעת נעשתה משיקולים זרים ואין לה כל קשר לפעולת לחימה כזו או אחרת.

ו. **פעולות הנתבעת אינו פרופורציונאליות:** אחד העקרונות הבסיסיים של המשפט ההומניטארי הבינלאומי הוא עקרון הפרופורציונליות, האוסר על פעולות שייגרמו לפגיעה מוגזמת באנשים שאינם משתתפים בלחימה וברכושם ביחס ליתרון הצבאי הצפוי מאותה פעולה. מכלל זה נובע כי קיימת חובה למזער את השימוש בכוח הנדרש לצורך השגת המטרה הצבאית, כדי להימנע מגרימת נזק בלתי נחוץ לאזרחים בצד השני. ינקרון זה חל גם על המדיניות בה נוקטת הנתבעת בשטחים המוחזקים. לפי **סעיף 53 לאמנת ג'נבה**, הריסת הרכוש תהיה בלתי חוקית אם לא נשמרה "מידה של פרופורציה בין היתרונות הצבאיים שיושגו לבין הנזק שנעשה" וזאת גם אם מתקיימים צרכים צבאיים. התובעים יטענו כי בחינה של יישום המדיניות על ידי

הנתבעת- ההיקף הנרחב של עקירת העצים והשחתת השטחים החקלאיים והדרך בה היא מבצעת אותה- מצביעים באופן ברור וחד משמעי על כך כי הפגיעה באוכלוסייה האזרחית מופרזת ביחס ליתרונות הצבאיים שהנתבעת מבקשת לכאורה להשיג במדיניות זו. עובדה זו מתחזקת שבעתיים לאור החלטת בית המשפט העליון בעניין דנן.

אחד התנאים העיקריים של עקרון הפרופורציונליות קובע כי פגיעה באזרחים תיעשה רק כאשר חלופות אחרות, שמידת פגיעתן פחותה, נבחנו ונדחו לאחר שהוחלט שהן לא ישיגו את היתרון הצבאי הנדרש. הנתבעת מתעלמת במדיניותה מכלל זה ונוקטת באמצעים שפגיעתם באזרחים היא חמורה ביותר, כך נעשה גם במקרה דנן. יתרה מזו, הנתבעת מצהירה על השחתת השטחים החקלאיים והריסת הבתים כמדיניות עתידית. עצם ההצהרה על פעולות אלה כמדיניות מצביעה על כך שאין כל כוונה לבחון חלופות אחרות לפני ביצוע פעולות ההשחתה ו/או גרימת הנזק.

ז. **פעולות הנתבעת מהוות ענישה קולקטיבית: סעיף 33** לאמנת ג'נבה הרביעית אוסר על ענישה קולקטיבית וקובע שאין להעניש אדם על עבירה שהוא עצמו לא ביצע. סעיף זה מתייחס במפורש לעונשים מנהליים שהוטלו על אנשים או על קבוצות בשל מעשים שהם עצמם לא ביצעו. **תקנה 50 לתקנות האג** קובעת הוראה דומת. התובעים יטענו כי מטרת הפעולה נשוא התביעה הנה הענשת האוכלוסייה הפלסטינית וזאת לנוכח האופי הגורף של מדיניות הנתבעת והשלכותיה ההרסניות על האוכלוסייה האזרחית. מטע הזית של התובעים בדומה להרבה מטעים שהרסו כוחות הביטחון, שייך למי שהנתבעת אינה טוענת כי היה מעורב בצורה כלשהי בפגיעה באזרחים ישראלים או בכוחות הביטחון. למרות זאת, כתוצאה מפעולות צה"ל, הם אלה, בדומה לאחרים, איבדו את מקור פרנסתם זאת אף מבלי שהתאפשר להם לשטוח טענותיהם בפני גורם כלשהו ומבלי ששולמו להם פיצויים. אי מתן זכות טיעון ו/או שימוע מלמדת שמדובר בפעולת ענישה קולקטיבית. התובעים יטענו כי המטרה בפעולה נשוא התביעה הייתה פעולת נקמה או ענישה והנה אסורה לחלוטין ומהווה הפרה בוטה **לסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית**, שמטרתו היא למנוע בדיוק פעולות שנועדו להרתיע את האוכלוסייה האזרחית מפני הפרת חוק בעתיד.

ח. **שלילת זכות הטיעון**: הפגיעה ברכושם של התובעים נעשתה מבלי שנתאפשר להם להביא את טענותיהם בפני גורם כלשהו טרם ביצוע העקירה. מתן זכות טיעון חשוב כדי לאפשר פיקוח ציבורי ומשפטי על פעולות צה"ל. אי מתן זכות טיעון מעבירה את הנטל לנתבעת להוכיח כי הפגיעה ברכוש נחוצה לחלוטין וכי חלופות אחרות לא השיגו את המטרה. שלילת זכות הטיעון עומדת בניגוד להחלטת בית המשפט העליון בישראל המחייב את הנתבעת ליתן זכות שימוע.

נטל ההוכחה:

48. התובעים טוענים כי האמצעים ששימשו את כוחות הבטחון לעקירת העצים הינם בגדר דבר מסוכן וכי הנתבעת הייתה בעליו של הדבר או ממונה עליו ועל כן על הנתבעת הראייה לגבי האמצעים ו/או השימוש בהם שלא הייתה התרשלות שתחוב עליה.

49. בנוסף ולחלופין יטענו התובעים כי לא הייתה להם ידיעה ו/או לא הייתה להם היכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק, וכי הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבעת הייתה שליטה מלאה עליו וכי האירוע מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבעת לא נקטה זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהנתבעת נקטה זהירות סבירה, ועל כן על הנתבעת הראייה שלא הייתה לגבי האירוע התרשלות שתחוב עליה, בהתאם לסעיף 38 ו-41 לפקודת הנוזיקין.

50. מכל מקום, וגם בלי להיזקק לחוקה הנ"ל, הרי בנסיבות העניין, יש להפוך את נטל הראייה, ולהעבירו לכתפי הנתבעת. כך קובע השופט מצא בע"א 241/89, ישראלפט (שירותים) תשלי"ג בע"מ נ' הינדלי רחל, פ"ד מט(1), 45, עמ' 88-89, דעה אליה הצטרף הנשיא ברק:

"לפנים מן הצורך אוסיף, שגם אלמלא נוכחתי כי סעיף 41 לפקודה חל במקרה שלפנינו, כסבור הייתי שדי היה בראיות הנסיבתיות שהובאו על-ידי המשיבות, בדבר דרך עלילותה של התאונה וביחס לסיבותיה האפשריות, כדי לבסס לכאורה את רשלנות המערערת במידה הנדרשת להעברת הנטל אל שכמה, ליישב את אירוע התאונה עם היעדר רשלנות מצדה (השווה: ע"א 101/81 דג נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(32) 1, דברי השופט בייסקי בעמ' 38; וע"א 206/89 רז נ' בית החולים אלישע בע"מ ואח', פ"ד מז(805) 3) דברי השופט מלץ בעמ' 812)".

51. בנוסף ומאחר ומעשי הנתבעת ו/או מתדליה מהווים השגת גבול במקרקעין ובמיטלטלין כמשמעות מושג זה בסעיפים 29 ו-31 לפקודת הנוזקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968 (להלן הפקודה), על הנתבעת נטל ההוכחה להראות כי לא הייתה התרשלות במעשיהם של כוחות הביטחון שלה לפי סעיפים 30 ו-32 לפקודה.

52. התובעים יטענו כי כל הוראה בדין הבאה לפגוע בזכויותיהם הדיוניות ו/או המהותיות דינה בטלות בשל היותה הוראה מפלה ו/או מניעה זרים ו/או מנוגדת לחוק יסוד: כבוד האדם והירותו.

נזקי התובעים:

53. כתוצאה מהאירוע נגרמו לתובעים נזקים כבדים: הרס מוחלט של 95 עצי זית, פגיעה קשב פרנסתם של בני משפחת ברי, הכל כמפורט בחוות דעתו של השמאי עקל זידאן, שהעתקה מצ"ב ומסומן ו'.

בנוסף לתובעים נגרמו נזקים קשים של אובדן עפר, בגין עקירת עצי הזית וחשוף השטח באמצעות כלי חפירה כבדים, דבר אשר חייב ביצוע יישור האדמה והוספת כמויות נכבדות של עפר.

54. התובעים יטענו כי בעקבות עקירת העצים נגרמו להם נזקים חמורים ביותר, שהם זכאים לפיצוי בגינם, כדלקמן:

א.	עלות נטיעת עצי זית חדשים וגיזולם עד למצב של תפוקה לרבות אובדן רווח	139,650 ₪
ב.	עוגמת נפש והוצאות נלוות אחרות (עלות יישור הקרקע והוספת עפר, הוצאות עבור חוות הדעת של השמאי... וכו')	60,350 ₪
	סה"כ	200,000 ₪

55. לבית המשפט הנכבד הסמכות המקומית והעניינית לדון בתביעה.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לזמן את הנתבעת לדין ולחייבה לפצות את התובעים במלוא נזיקיהם, בתוספת הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כחוק והפרשי הצמדה וריבית כדין ממועד הגשת התביעה ועד למועד התשלום המלא בפועל.

גאדה חליח עו"ד
לאה צמול
משרד עורכי דין