

12.9.11 08:17

רע"א 6706/11

בית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כביהמ"ש לערעורים אזרחיים

בעניין שבין:

1. עימד, דרכון אמריקאי מס'
2. עימד, דרכון אמריקאי מס'
3. עימד, דרכון אמריקאי מס'
כולם ע"י ב"כ עוח"ד שלמה לקר
מטעם "המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר", ע.ר.
מרח' הסורג 2 בירושלים
טל': 02-6233695, פקס: 02-6257546

המבקשים

- נ ג ד -

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. שר הביטחון
3. מדינת ישראל
ע"י ב"כ אהרון גל מפרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)
רח' הנריטה סולד 1, תל-אביב 64924
טל': 03-6970222, פקס: 03-6918541

המשיבים

בקשת רשות ערעור

מוגשת בזה בקשת רשות ערעור על פס"ד ביהמ"ש המחוזי בירושלים (בהרכב כב' השי' א. אפעל-גבאי, השי' א. פרקש והשי' ר. כרמל) בע"א 5390-01-11 מיום 2.8.11 אשר נמסר למשרד הח"מ ביום 8.8.11. בפס"ד נתקבל ערעור המשיבים, בוטל פס"ד כב' השי' א. רובין מביהמ"ש השלום בי-ם בת"א 8801/04 מיום 3.11.11 וכן נדחה ערעור שכנגד של המבקשים. מצ"ב פס"ד בע"א 5390-01-11 מיום 2.8.11 ומסומן נ/1 מצ"ב פס"ד בת"א 8801/04 מיום 3.11.11 ומסומן נ/2

בית המשפט שלערעור מתבקש ליתן למבקשים רשות ערעור, לדון בבקשה כבערעור, לקבל הערעור, לבטל את פסק דינו של כבוד בית המשפט קמא, ולחייב המשיבים בהוצאות המבקשים ובשכ"ט עו"ד ומע"מ כחוק.

יודגש כבר עתה כי אין מדובר בערעור ב"גלגול שלישי" קלאסי, שכן בית משפט השלום קיבל את תביעת המבקשים ואילו בית המשפט המחוזי הפך החלטה זו וקיבל את ערעור המשיבים, ומשכך, מהווה הליך זה למעשה ערעור רק בגלגול שני.

ואלה נימוקי הבקשה:

פתח דבר

1. כפי שיפורט בהמשך, בעניין נשוא בר"ע זו מתקיימות העילות העיקריות המצדיקות מתן רשות ערעור על פסק דין שלערעור:

- א. פס"ד של כב' ביהמ"ש קמא סותר את ההלכות מימים ימימה לעניין "פעולה מלחמתית" ובין היתר מבטל את ההלכה לפיה השאלה האם פעולה הינה פעולה מלחמתית צריכה להיות מוכרעת בהתאם לנסיבות הקונרקטיות של כל מקרה ומקרה.
- ב. בפס"ד כב' ביהמ"ש קמא נקבעה באופן עקרוני "הגנה מוחלטת" למשיבים מאחריות בגין נזקי רכוש הנגרמים במהלך הפעלת נוהל "סיר לחץ" על רכושם של תושבים מוגנים ואוכלוסייה בלתי מעורבת בשטחים.
- זאת ועוד, המשיבים בעצמם ניהלו את התיק כתיק עקרוני בעניין נוהל "סיר לחץ", בעניין זכותם של תושבים מוגנים לפיצוי בגין הפעלת הנוהל, ובעניין תחולת הדין הבינלאומי באזור.
- ג. מדובר בשאלות משפטיות כבדות משקל, אשר קיימת חשיבות ציבורית בהתייחסות אליהן של ביהמ"ש נכבד זה, התייחסות אשר יש לה השלכות על כלל התושבים המוגנים באי"ש ולא רק על הצדדים לתיק זה.
2. יובהר, כי בתביעה בת"א 8801/04 לא הועלתה טענה נגד הלגיטימיות וחוקיות נוהל "סיר לחץ" למעצר מבוקשים בשטחים, נוהל אשר נועד לצמצם עד כדי מינימום את הסיכון לכוחות הביטחון המבצעים מעצר חשוד או מבוקש המסתתר במבנה מאוכלס. בד בבד טענו המבקשים כי בנסיבות האירוע נשוא התביעה לא היה מקום לעשות שימוש בנוהל זאת בהתקיים אמצעים פוגעניים פחות ולחילופין נטען כי הפעלת הכוח באירוע הייתה בלתי מידתית ו/או רשלנית. לחילופי חילופין, נטען כי גם אם לא יימצא פגם באופן הפעלת הנוהל על המשיבים לפצות את המבקשים בגין הרס המבנה ונזקיהם ע"פ כללי הדין הבינלאומי כפי שאומצו בהלכות בתי המשפט בישראל.
3. פס"ד כב' ביהמ"ש קמא הינו חריג ביותר. כב' ביהמ"ש קמא סקר תחילה בפסק דינו, לאורך שישה העמודים הראשונים, את עיקר עובדות האירוע כפי שקבע אותן כב' ביהמ"ש השלום וכן את מסקנות כב' השי' רובין בדבר אחריות המשיבים לנזקי המבקשים ע"פ הדין הבינלאומי.
- על אף שפס"ד כב' השי' רובין ניתן לאחר ששמע והתרשם מעדויות הצדדים ולאחר בחינת מכלול הראיות שהוצגו בפניו, בשני העמ' האחרונים לפסק דינו כב' ביהמ"ש קמא התעלם לחלוטין מהמסקנות העובדתיות והמשפטיות של כב' השי' רובין אשר נסקרו קודם לכן, וקיבל את הערעור של המשיבים אך ורק על סמך קביעה עקרונית, שלא לומר ערכית, כי מדובר ב"פעולה מלחמתית", קביעה חסוגרת את הגולל על הזכות לפיצוי כאשר מופעל נוהל "סיר לחץ".
- למעשה, ביהמ"ש קמא התעלם מהעובדות הקונקרטיות של המקרה, נתן "הגנה מוחלטת" למשיבים וקבע קביעה עקרונית כי כל הפעלה של נוהל "סיר לחץ" במטרה לעצור חשוד חמוש המסתתר בתוך מבנה הינה "פעולה מלחמתית" בין אם הסתבכה או לאו.
4. הן בהליך בביהמ"ש השלום והן בהליך בביהמ"ש קמא המשיבים ובא כוחם ניסו לעוות את המציאות העובדתית, ליצור יש מאין "אווירה מלחמתית" לאירוע נשוא הבר"ע וכן ניסו לחלץ אימים על ביהמ"ש בדבר השלכות הרוחב היכולות לנבוע מקבלת תביעת המבקשים.
- במהלך ההליכים המשפטיים התברר כי למהלכים אלה אין ביסו כלשהו.
- כך, במסגרת ההליך המשפטי בתיק 8801/04 הוציאו המערערים תעודת חיסיון חתומה ע"י שר הביטחון (מיום 3.2.05) על פרטי נוהל המעצר באירוע.
- מהראיות שהוגשו ונשמעו בפני כב' ביהמ"ש השלום התברר כי באירוע נשוא הבר"ע נעשה שימוש בנוהל "סיר לחץ" והתבהרה תמונה מפורטת של אופן הפעלת הנוהל בכלל ובאירוע נשוא הבר"ע בפרט. התברר כי נוהל "סיר לחץ" הינו תרגולת צה"לית אשר נעשה בה שימוש שבשגרה ופותחה

למעצר מבוקש בעודו בחיים כשקיים חשד או מיזע כי הוא מסתתר בבית דירות או בבניין מגורים מאוכלס.

כן, התברר בפני כב' ביהמ"ש השלום (וכב' ביהמ"ש קמא לא קבע עובדות אחרות) כי הפעילות למעצר המבוקש (שבדיעבד נתברר שלא היה בכלל בבניין בזמן הפעילות) נמשכה במשך **כ-16 שעות!!**, כולל במשך שעות יום רבות, מבלי שהסתבכה בשום צורה ומבלי שהתנהלה לחימה מזוינת כלשהי, כשבחלוף 16 שעות של מצור על הבניין והריסתו ההדרגתית התקפל הכוח מבלי שראה להשלים את נוהל "סיר לחץ".

זאת ועוד, על אף שמדובר בנוהל שנעשה בו שימוש תכוף וחלק מעדי המשיבים העידו כי השתתפו בעשרות פעולות בהן הופעל נוהל "סיר לחץ", כאשר נשאל ב"כ המשיבים, עו"ד אהרון גל, בדיון שנתקיים ביום 28.6.11 בביהמ"ש קמא, האם מוכרות לו תביעות דומות השיב ב"כ המשיבים כי מוכרות לפרקליטות אך ורק שתי תביעות בגין הפעלת הנוהל (כולל האירוע נשוא בר"ע זו).

ברור כי לאור דיני ההתיישנות הנוקשים הרלוונטיים והרגיעה היחסית השוררת באיו"ש מזה מספר שנים כי קבלת בר"ע זו אינה צפויה לפתוח גל של תביעות נגד המדינה. מלבד לעשות צדק עם המבקשים הספציפיים, קבלת בר"ע זו בעיקר יכולה להשפיע על עיצוב התנהגות כוחות הביטחון בעתיד כך שתתאים עצמה לסטנדרטים הקבועים בדיון הבינלאומי החל באזור.

5. הלכה למעשה, נוהל "סיר לחץ" נועד להחליף את "נוהל שכ"ן או "נוהל אזהרה מוקדמת" אשר נקבעו כבלתי חוקיים ע"י ביהמ"ש נכבד זה בשבתו כבג"צ (בגץ 3799/02 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלון פיקוד מרכז בצה"ל, (פורסם בנבו) (6.10.05); דג"צ 10739/05 שר הבטחון נ' עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי, (פורסם בנבו)).

הח"מ התרשם בדיון שנתקיים בפני כב' ביהמ"ש קמא כי בקרב כב' שופטי ההרכב שדן בערעור גובשה הדעה השגויה כי משנקבע כי לא ניתן לסכן חיים של אוכלוסייה חפה מפשע ולהשתמש בה "כמגן אנושי", נוהל "סיר לחץ" אשר נעשה בו שימוש בנכסים של אוכלוסייה חפה מפשע "כמגן רכוש" הינו אמצעי ראוי וחוקי לצמצום סיכון הפגיעה בחיילים אשר אין להטיל עליו מגבלות שונות (כדוגמת מתן פיצוי לנזקי רכוש בגין הפעלת הנוהל).

המבקשים כאמור אינם טוענים כי השימוש בנוהל איננו חוקי אך ביהמ"ש הנכבד מתבקש להיכנס לעובי הקורה של הנוהל המיוחד ומאפייניו המיוחדים (אשר יפורטו בהמשך) ולקבוע כי **בנסיבות המקרה הספציפי חלה חובה לפצות את המבקשים בגין השימוש ברכושם "כמגן רכוש" והמבקשים אינם צריכים לשאת לבדם בנטל פעילות המשיבים** (בעניין זה ראה ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מ"י, (פורסם בנבו), (19.8.04)).

6. משקבע כב' ביהמ"ש קמא כי מדובר ב"פעולה מלחמתית" לא נידונה שאלת חבות המשיבים ע"פ הדין הישראלי והבינלאומי וכן נדחה הערעור שכנגד אשר עיקרו בשאלת גובה הנזק שנפסק. על מנת לייעל את הדיון, המבקשים יפרסו בבר"ע זו את מלוא טענותיהם כולל בשאלת הרשלנות וגובה הנזק תוך הפנייה לעיקרי הטענות שהוגשו בביהמ"ש קמא אשר הינם חלק בלתי נפרד מבר"ע זו.

ההליך בבית משפט השלום בי-ם (ת"א 8801/04)

7. בפס"ד של כב' הש' רובין מביהמ"ש השלום בי-ם (ת"א 8801/04) אשר בוטל ע"י כב' ביהמ"ש קמא נקבע כי הפעולה הנדונה לא הייתה "פעולה מלחמתית" ומשכך נקבעה אחריות המשיבים ע"פ כללי הדין הבינלאומי כפי שאומצו בפסיקת בג"צ.
- כב' הש' רובין פסק לאחר שהתנהל הליך משפטי במשך כ-6 שנים בת"א 8801/04, כי על המשיבים לשלם למבקשים סך של 429,902 ש"ח בצירוף הפרשי ריבית והצמדה כחוק מיום 13.5.08 ועד ליום התשלום ובפועל וכן, קבע כי המשיבים ישפו את המבקשים בגין סכומי האגרה ששולמו על ידם בתוספת הצמדה וריבית כחוק מיום ביצוע כל תשלום, ובתוספת הוצאות בסך של 5,000 ש"ח. כמו כן, נקבע כי המשיבים שכנגד ישלמו שכ"ט עו"ד בסך של 50,000 ש"ח בצירוף ריבית והצמדה כחוק מיום מתן פסק הדין. ניתן היתר לפיצול סעדים לעניין הפיצוי עבור אובדן השתכרות מהשכרת דירות המגורים ובית העסק שבבניין. סכום הפיצוי נקבע על פי חוות של השמאי מטעם המדינה, מר דגון, אשר כב' ביהמ"ש השלום התבסס עליה כהודאת בעל דין לשם קביעת נזקי המבקשים.
8. יודגש כי פס"ד כב' הש' רובין, ניתן לאחר ששמע והתרשם מעדויות הצדדים במהלך שלושה ימי דיוני הוכחות מלאים ולאחר בחינת מכלול הראיות שהוצגו בפניו. מדובר בפסק דין מנומק ומפורט תוך התייחסות לכל טענה מטענות המשיבים אשר נבחנו ונדחו. מעיון בפסק הדין המשתרע על פני 11 עמודים עולה בבירור כי רובו ככולו מבוסס על ממצאים עובדתיים אשר נקבעו באופן בלעדי בעקבות שמיעת עדי הצדדים ומהתרשמות ביהמ"ש הנכבד.

ההליך בבג"צ 7316 וסמכות ביהמ"ש הנכבד לדון בפיצוי ע"פ דין הבינלאומי

9. ביום 13.9.09 הגישו המבקשים יחד עם עותרים נוספים מקלקיליה עתירה עקרונית (בג"צ 7316/09) בה נתבקש ביהמ"ש הנכבד להורות למשיבים ליתן טעם מדוע לא יפצו אוכלוסייה אזרחית חפה מפשע ו/או בלתי מעורבת אשר נגרמו לה נזקי רכוש בעקבות הפעלת נוהל "סיר לחץ" למעצר מבוקשים בשטחי הגדה המערבית לפי הדין הבינלאומי והדין מקומי.
- לב העתירה העקרונית עסק בחובות המשיבים ע"פ הדיו הבינלאומי.
- לעתירה צורפה חוות דעת מקיפה של פרופ' יובל שני, מאוני' העברית בי-ם, מומחה ובר סמכא בתחום המשפט הבינלאומי ההומניטארי, אשר קבע את חובת המשיבים לשלם פיצוי למבקשים ע"פ הדין הבינלאומי הרלוונטי.
- מצ"ב חוות דעת פרופ' יובל שני ומסומנת 3/3
10. עמדת פרקליטות המדינה כי יש לדחות על הסף את העתירה העקרונית בעילה של קיום סעד חילופי בבית המשפט האזרחי נתקבלה וביהמ"ש הנכבד שם דחה את העתירה בפס"ד מיום 17.1.11 בקובעו כי "במסגרת תביעה רגילה ניתן לבקש סעד כספי ממש וכן ניתן לברר בגדרה את השאלות השונות שמועלות בעתירה". בין היתר ביהמ"ש הנכבד שם הפנה לכך שהמשיבים זכו בתובענה הכספית שהגישו בת"א 8801/04.
11. המשיבים בסי' 29 לעיקרי הטיעון שהגישו בביהמ"ש המחוזי טענו כי הסמכות לקבוע אחריות על פי המשפט הבינלאומי הינה בידי בג"צ בלבד. טענה זו סותרת חזיתית את עמדת פרקליטות המדינה כמתואר בבג"צ 7316/09 לפיה הסמכות לדון בשאלת חובת המדינה לפצות אוכלוסייה בלתי

מעורבת בגין נזקי רכוש אשר נגרמו לה במהלך הפעלת נוהל "סיר לחץ" ע"פ הדין המקומי והבינלאומי נתונה לבתי המשפט האזרחיים.

12. בין לבין, ביום 11.8.11 ניתן פס"ד רע"א 3675/09 מדינת ישראל-משהב"ט נ' מוחמד מחמוד סאלח דאוד (פורסם בנבו). כב' סגן הנשיאה השי' ריבלין על אף שהכיר למעשה בעילת התביעה מכוח הדין הבינלאומי, קבע שם הלכה הסותרת את פס"ד בבג"צ 7316/09 (שניתן כשבעה חודשים קודם לכן): "...מקומה של הטענה כי המדינה חרגה מן הסמכויות המוקנות לה לפי הדין הבינלאומי (כגון, משום שלא עמדה בחובתה לשלם פיצויים בגין תפיסת מקרקעין) הוא בהליך מנהלי, לפי תחיקת הביטחון שהותקנה על-ידי המושל הצבאי באזורם של המשיבים, או במסגרת עתירה המוגשת לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (בכפוף לכללים הרגילים החלים על הליך זה)".

13. המשיבים יטענו כי מהגישו עתירה לבג"צ ונשלחו בפס"ד שניתן בעניינם בחזרה לערכאה האזרחית, אין להחיל עליהם את פס"ד של כב' סגן הנשיאה השי' רבלין ברע"א 3675/09, ולביהמ"ש הנכבד הסמכות לדון באחריות המשיבים ע"פ הדין הבינלאומי החל באזור.

זאת ועוד, יש היגיון מוצק בדיון בפיצוי ע"פ הדין הבינלאומי בערכאה האזרחית, שכן, כדי לפסוק פיצוי יש צורך לבחון תחילה את השאלה האם מדובר ב"פעולה מלחמתית". כידוע בג"צ ו/או הליך מנהלי אינם הערכאה המתאימה לבחון ראיות ולדון בשאלות העובדתיות הסבוכות העולות בתיקים מסוג זה.

ההליך בבית המשפט המחוזי (ע"א 11-01-5390)

14. המשיבים הגישו ערעור על פס"ד ביהמ"ש השלום אשר עיקרו בטענתם הבלתי מבוססת כי נזקי המבקשים נגרמו ב"פעולה מלחמתית" וכן בחובת המשיבים לשלם פיצוי ע"פ הדין הבינלאומי. המבקשים, על אף שתמכו במסקנותיו של כב' ביהמ"ש השלום ככל שאלו מתייחסות לקביעת האחריות לפי הדין הבינלאומי, הגישו ערעור שכנגד בעניין הקביעה כי החיילים לא התרשלו באירוע וכן לגבי גובה הנזק שנפסק.

15. כאמור, הח"מ התרשם בדיון שנתקיים בפני כב' ביהמ"ש קמא ביום 28.6.11 כי בקרב כב' שופטי ההרכב שדן בערעור גובשה הדעה כי משנקבע כי לא ניתן לסכן חיים של אוכלוסייה חפץ מפשע ולהשתמש בה "כמגן אנושי", נוהל "סיר לחץ" אשר בו נעשה שימוש בנכסים של אוכלוסייה חפה מפשע "כמגן רכוש" הינו אמצעי ראוי וחוקי לצמצום סיכון הפגיעה בחיילים ואין להטיל על הנוהל מגבלות כלשהן (כגון קביעת חובת פיצוי לנזקי רכוש).

16. כב' ביהמ"ש קמא טעה כאשר קבע כי הרס הבניין היה "תוצאת לוואי" של הפעולה ללכידת המבוקש. הן מהדיון ביום 28.6.11 והן מפס"ד עולה בברור כי כב' השופטים בהרכב לא ירדו לעומקו של עניין ולא הבינו את הנוהל המיוחד ומאפייניו המיוחדים. כב' השופטים בהרכב בחנו באופן שגוי את המקרה באמצעות המשקפיים הסטנדרטיות של "פעולה מלחמתית" כאשר הנזק שנגרם הינו "תוצאת לוואי" של הפעולה ולא חלק אינהרנטי לפעולה.

כב' ביהמ"ש קמא טעה כאשר קבע כי נסיבות הפעלת נוהל "סיר לחץ" אינן דומות להפקעה ולתפיסת רכוש (עמ' 8 לפס"ד כב' ביהמ"ש קמא), זאת בהתעלם ממאפייניו המיוחדים של נוהל "סיר לחץ" והיות הפגיעה ברכוש אינהרנטית לנוהל.

17. נראה כי כבי' השופטים בהרכב נרתעו מטענת השלכות הרוחב הבלתי מבוססת. השלכות שכאמור הוכחו כמפורכות שכן מדובר בנוהל מיוחד במינו ובמועד הדיון בבר"ע זו יהיה תיק זה היחיד בו נידונה שאלת הפיצוי בגין הפעלת נוהל "סיר לחץ".
- כמו כן, מהערות כבי' ביהמ"ש קמא נדיון שנתקיים ביום 28.6.11 עלה באופן ברור כי כבי' השופטים בהרכב סברו כי שאלת תשלום הפיצויים מכח הדין הבינלאומי הינה עניין לבג"צ לענות בו, זאת בניגוד לקביעת הרכב כבי' השי' גרוניס, השי' חיות והשי' פוגלמן בבג"צ 7316/09.
18. כבי' ביהמ"ש קמא קיבל את ערעור המדינה ודחה את הערעור שכנגד.
- כבי' ביהמ"ש קמא התעלם מקביעותיו העובדתיות של כבי' ביהמ"ש השלום וקבע קביעה עקרונית כי **"פעולה שנועדה למעצר מי שעל ידיו דמם של אזרחים ישראלים, מקום שהוא חמוש ומסתתר ואינו נענה להוראה להסגיר עצמו, כמו גם לאמצעים המדורגים הכרוכים בהפעלת נוהל "סיר לחץ"- הינה פעולה מלחמתית"**.
- בקביעה זו עשה כבי' ביהמ"ש קמא מספר טעויות בולטות ותריגות כפי שיפורט בהמשך בהרחבה:
- א. כבי' ביהמ"ש קמא טעה כאשר התעלם מקביעותיו המבוססות והמפורטות של כבי' ביהמ"ש השלום לגבי כל רכיב ורכיב מהגדרת "פעולה מלחמתית" על פי הראיות שהוצגו בתיק וכן על פי הפסיקה הרלוונטית לעניין "פעולה מלחמתית".
- ב. כבי' ביהמ"ש קמא קבע קביעה עקרונית לגבי נוהל "סיר לחץ" וקבע "הגנה מוחלטת" מפיצוי בניגוד להלכה מקדמת דנא לפיה יש לבחון את הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה.
- ג. כבי' ביהמ"ש קמא טעה כאשר חרג מההלכה מקדמת דנא כי ניסיון מעצר שלא הסתבך הינו פעולה משטרית.
- ד. **כבי' ביהמ"ש קמא טעה וקבע כי המבוקש היה חמוש, וכי הסתתר במבנה במהלך הפעולה ולא נענה להוראה להסגיר עצמו, זאת בניגוד לראיות שהוצגו בפני ביהמ"ש השלום ולקביעה המפורשת של פס"ד כבי' השי' רובין כי המתבל לא אותר בבניין וכי מדובר היה במידע מודיעיני בלבד.** זאת גם בניגוד להלכה כי נדרש סיכון ממשי ואין די בתחושת סיכון "סובייקטיבית".
- לא ברור מניין נלקחה הסמכות לקבוע קביעות עובדתיות שגויות בעליל במסגרת הערעור משלא נטען כלל ע"י המשיבים כי הוכח שהמבוקש היה בבניין במהלך הפעולה, ועל בסיס הנחה שגויה זו לקבוע כי פעולה למעצר מבוקש כלשעצמה הינה "פעולה מלחמתית".
19. כמו כן, כבי' ביהמ"ש קמא ביהמ"ש קמא טעה וקבע כי הפעולה בוצעה בעיר רמאללה בשטח המצוי בשליטה ביטחונית פלסטינאית, זאת בניגוד לראיות שהוצגו בפני כבי' ביהמ"ש השלום ולקביעה המפורשת של פס"ד כבי' השי' רובין, וזאת מבלי שהוצגו בפני כבי' ביהמ"ש קמא ראיות חדשות הסותרות את הראיות שהוכחו בביהמ"ש השלום.
20. ביהמ"ש הנכבד מתבקש לבטל את פס"ד של ביהמ"ש קמא אשר סותר את קביעותיו העובדתיות של ביהמ"ש השלום מבלי להתמודד איתן וכן סותר את ההלכה מקדמת דנא בעניין "פעולה מלחמתית". המבקשים יטענו כי מדובר בפס"ד שגוי מיסודו בסוגיות עקרוניות אשר מן הדין ומן הצדק כי ביהמ"ש הנכבד ייתן עליהן את הדעת.

טענות המבקשים בבקשה זו

I נוהל "סיר לחץ" הינו נוהל מיוחד במינו

21. כבי ביהמ"ש קמא טעה כאשר קבע כי הרס הבניין היה "תוצאת לוואי" (עמ' 8 לפס"ד ביהמ"ש קמא).

כבי ביהמ"ש קמא לא ירד לעומקו של עניין ולא הבין את הנוהל המיוחד ומאפייניו המיוחדים. כבי השופטים בהרכב בחנו באופן שגוי את המקרה באמצעות המשקפיים הסטנדרטיות של "פעולה מלחמתית" כאשר הנוק שנגרם הינו "תוצאת לוואי" של הפעולה ולא חלק אינהרנטי לפעולה.

22. כמפורט בס' 12-13 בעמ' 5-7 לסיכומי המבקשים בביהמ"ש השלום, במסגרת ההליך המשפטי בתיק 8801/04 הוציאו המשיבים תעודות חיסיון חתומה ע"י שר הביטחון (מיום 3.2.05) על פרטי נוהל המעצר באירוע.

מהראיות שהוגשו ונשמעו בפני כבי ביהמ"ש השלום התברר כי באירוע נשוא הבר"ע נעשה שימוש בנוהל "סיר לחץ" והתבהרה תמונה מפורטת של אופן הפעלת הנוהל בכלל ובאירוע נשוא הבר"ע בפרט.

התברר כי נוהל "סיר לחץ" הינו תרגולת צה"לית אשר פותחה למעצר מבוקש בעודו בחיים כשקיים חשד או מידע כי הוא מסתתר בבית זירות או בבניין מגורים מאוכלס. מטרת הנוהל הינה מעצר המבוקש באופן שיסגיר את עצמו לידי כוחות הביטחון, תוד צמצום מירבי של חשש הפגיעה בחיילי צה"ל.

יודגש ויובהר כי המטרה לעצור את המחבל בעודו בחיים!! (אחרת היו ננקטים אמצעים אחרים) כך העיד ח', עד הגנה מס' 3 בעמ' 18 לעדותו: "המשימה שלנו לעצור את המחבל בחיים למעט מצב של סיכון הכוחות. דרדור האמצעים זה כדי שהוא יצא. אם הייתי רוצה להרוג אותו הייתי מקריס את הבניין עם חומר נפץ. זאת לא הייתה המשימה. לכן כרזנו לו כל הזמן לצאת. אם הוא היה יוצא הוא לא היה נפגע ולו במעט." (הדגשה ש.ל)

במהלך הפעלת הנוהל נעשה "דרדור אמצעים" מהקל אל הכבד (כריזה, אבנים לכיוון החלונות, ירי נקי"ל על קיר בטון, ירי לעבר חלונות, ירי מקלע טנק לקירות הבית, ירי פגזי טנק ואם המבוקש עדיין מסרב לצאת יחרסו את המבנה עליו באמצעות דחפור) דבר שלא קרה בענייננו).

על אף שהשימוש בנוהל הוכחש במהלך ההליכים המקדמיים (תשובות לשאלון וכדומה), במהלך חקירת עדי המשיבים הם אישרו כי החיפוש אחר המבוקש במבנה נשוא הבר"ע, אשר ניזוק קשות, בוצע לפרטי פרטי ע"פ הנוהל המכונה "סיר לחץ" (ראה ס' 18 לתצה"ר סא"ל ח', עד הגנה מס' 3 ; ס' 11 ו-26 לתצה"ר אלי"מ מוטי, עד הגנה מס' 1 ; ראה עדות אלי"מ מוטי, עד הגנה מס' 1 בעמ' 6 לפרו' ; ראה עדות סא"ל ח', עד הגנה מס' 3, בעמ' 16 ו-18 לפרו').

23. עוד יבהירו המבקשים כי אף בהתעלם מבחינת הנסיבות הספציפיות של הפעלת נוהל "סיר לחץ" באירוע נשוא הבר"ע, גם מבחינה עקרונית אין בעצם הפעלת הנוהל "פעולה מלחמתית". להבדיל מפעולות אחרות אשר נדונו בבתי המשפט בישראל בערכאות שונות בהם עלתה שאלת הגדרת ומהות "פעולה מלחמתית" (למשל במקרה שחפים מפשע נפגעו עקב ירי של כוחות הביטחון במהלך מארב לצורך לכידת מבוקש, במהלך מרדף אחר חמושים או מידי אבנים ועוד), שם הפגיעה בחפים מפשע הייתה תוצאה נלווית לפעולה ביטחונית, הרי שבהפעלת "נוהל סיר לחץ" הפגיעה בקניין של חפים מפשע אינהרנטית למהות הנוהל ובכל מקרה שיופעל הנוהל תהיה פגיעה בקניין של בלתי מעורבים אף אם בעוצמות שונות והיא איננה תוצאת לוואי של הפעולה.

24. לצורך הפעלת נוהל "סיר לחץ" נדרשת פגיעה ברכושם של בעלי הבניין, ופגיעה בקניין של חפים מפשע בלתי מעורבים. בהפעלת נוהל "סיר לחץ" המשיבים עשו "שימוש" בקניין אשר המבקשים טוענים כי מגיע להם פיצוי בגינו על פי דין. הלכה למעשה, שימוש בנוהל "סיר לחץ" דומה בהגדרתו ובאופן הפעלתו לתפיסה זמנית של מבנה או מקרקעין לצרכי ביטחון "החלטיים" מכוח ס' 90 לצו בדבר הוראות ביטחון, תפיסה המזכה כל מי שנגרם לו נזק כתוצאה ממנה לפיצוי כספי.

II אין מדובר בפעולה מלחמתית

25. כבי ביהמ"ש קמא טעה כאשר התעלם מקביעותיו העובדתיות של כבי ביהמ"ש השלום וקבע קביעה עקרונית כי "פעולה שנועדה למעצר מי שעל ידיו דמם של אזרחים ישראלים, מקום שהוא חמש ומסתתר ואינו נענה להוראה להסגיר עצמו, כמו גם לאמצעים המדורגים הכרוכים בהפעלת נוהל "סיר לחץ" – הינה פעולה מלחמתית" (עמ' 7 לפס"ד כבי ביהמ"ש קמא).

קביעה זו נטולת כל היגיון כשאינן כל הוכחה שהמבוקש שהה בבניין במהלך הפעולה, שכן כיצד כבי ביהמ"ש של ערעור יכול היה לדעת מה תהיה תגובתו לנוהל סיר לחץ.

26. על פי הראיות שהוצגו בתיק וכן על פי הפסיקה הרלוונטית לעניין "פעולה מלחמתית" צדק ביהמ"ש השלום בקובעו קביעה מרשימה בדיוקה כי "יישומם של העקרונות האמורים לעיל על המקרה הקונקרטי שלפניי מוביל למסקנה שלא עסקינן בפעולה מלחמתית. עסקינן במבצע צבאי לתפיסת מחבל מסוכן. מבצע כזה טומן בחובו סיכון ממשי לחיי חיילי צה"ל, ברם סיכון זה איננו "סיכון מלחמתי" החורג מסוג הסיכונים האורבים, למשל, ליחידות משטרתיות הנערכות למעצר עבריין פלילי מסוכן." (ס' 7 לפס"ד כבי ביהמ"ש השלום).

27. כבי ביהמ"ש קמא טעה כאשר קבע קביעה עקרונית לגבי נוהל "סיר לחץ" וקבע "הגנה מוחלטת" למשיבים מפיצוי, זאת בניגוד להלכה מקדמת דנא, בפס"ד המנחה ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4)1, לפיה השאלה האם פעולה הינה פעולה מלחמתית צריכה להיות מוכרעת בהתאם לנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה.

28. כבי ביהמ"ש קמא טעה כאשר קיבל את טענת המשיבים ובא כוחם בפרשנותם מרחיקת הלכת לעקרונות פסיקת בתי המשפט לגבי הגדרת "פעולה מלחמתית". כבי ביהמ"ש קמא הלכה למעשה העלה מהאוב בפסק דינו את ניסיונם של המשיבים להקנות באמצעות שינוי חקיקתי "הגנה מוחלטת" לפעולות כוחות צה"ל בשטחים. ניסיון זה נדחה בפס"ד בבג"צ 8276/05 עדאללה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי ואח' נ' שר הביטחון (פורסם ביום 12.12.06) אשר ביטל את תיקון מס' 7 לחוק הנויקים האזרחיים.

29. הגדרה קוהרנטית של המונח "פעולה מלחמתית" נקבעה לראשונה בע"א 311/59 מפעל תחנות הטורקטורים נ' חייט, פ"ד יד(2) 1609, שם נפסק, כי "יש לבחון את הפעולה ולא את המלחמה". לאחר פסק-דין הזה התגבשה אבחנה בין "פעולה מלחמתית" לבין "פעולת עזר" או "פעולת שיטור", שאינה מלחמתית במהותה, כדוגמת שמירה (ר': ע"א 542/75 רבחי איסמעיל עטאללה נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 552; ע"א 2176/94 מדינת ישראל נ' טבנג'יה, פ"ד נו(3) 693; ת"א (מחוזי-ירושלים) 317/93 אבו ג'בר נ' מדינת ישראל, תק-מח 95(3) 516). פסק-הדין המנחה בשאלה מהי "פעולה מלחמתית" ניתן בע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1 (להלן: "פרשת בני עודה").

30. פסק-הדין בפרשת בני עודה לא הסיר לחלוטין את מעטה העמימות באשר לגבולות החסינות של המדינה בגין פעולות צה"ל בשטחים, שכן הכרעת בית-המשפט בעניין נסמכת בעיקרה על נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה.

מאחר והאירוע נשוא הבר"ע נרחש לפני תיקון מס' 4 לחוק ואינו מדובר בתיקון רטרואקטיבי נותר פסק הדין בפרשת בני עודה כאבן הבוחן להגדרת "פעולה מלחמתית" בענייננו. כאמור, כבי' ביהמ"ש השלום קבע כי בנסיבות העניין הקונקרטי ובהתייחס לראיות שהוצגו בפניו אין מדובר בפעולה מלחמתית כפי מובנה בפרשת עודה ובפסיקה הנרחבת שלאחריה.

31. כבי' ביהמ"ש קמא טעה כאשר חרג מההלכה מקדמת דנא כי ניסיון מעצר שלא הסתבך הינו פעולה משטרתית. לא יכולה להיות מחלוקת כי נוהל "סיר לחץ" נועד על מנת לעצור את המבוקש המסתתר במבנה בעודו בחיים ותוך כדי מועור הסיכון לחיילים.

בעניין זה ראה עא 9561/05 עאוני עבד אלרחים חטיב נ' מדינת ישראל שם קבע כבי' השי' א' רובינשטיין כי ניסיון למעצר שלא הסתבך איננו פעולה מלחמתית:

" בנסיבות המקרה דנא, סבורני כי צדק בית המשפט המחוזי בקבעו, כי ירי שבוצע מתוך מוצב על מנת למנוע חדירת המון מתפרע לתוכו עולה כדי פעולת מלחמתית. אין המדובר בנסיון לבצע מעצר (כפרשת חמד) או להבטיח את התנועה בצירים (כפרשת עכאשה, אם כי שם לא עמדה המדינה על הטענה) - אף שגם פעולות אלה עלולות להידרדר לסיטואציה בה "הפעולה חדלה להיות פעולת שיטור על סיכונים הרגילים והופכת לפעולת לחימה הכרוכה בסיכונים מיוחדים" (הדגשה ש.ל).

וראה גם ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498.

מבחן הסיכון

32. טעה כבי' ביהמ"ש קמא כאשר קיבל את טענת המשיבים הטועה והמטעה כי לא נדרשת "סכנת חיים מיידית" בכדי להגדיר את הפעולה כפעולה מלחמתית. טעה כבי' ביהמ"ש קמא טעות בולטת כאשר הסתפק בבחינת שאלת "מבחן הסיכון" בקיומו של מידע מודיעיני ובתחושת סיכון "סובייקטיבי" בלבד, מבלי שדרש הוכחת "סיכון אובייקטיבי" ממשי המיוחד למצבי לחימה אשר איננו מתקיים בענייננו בו האירוע לא הסתבך בשום צורה ואופן.

פסול ביותר התנאי שקבע כבי' ביהמ"ש קמא למתן "הגנה מוחלטת" למשיבים לפיו המבוקש "אינו נענה להוראה להסגיר עצמו", זאת מבלי לדרוש כי יוכח כי המבוקש נמצא בכלל במקום הפעולה ומבלי לדרוש כי יוכח שהמחבל התנגד התנגדות אקטיבית כלשהי להסגרתו.

מדובר בהרחבה מרחיקת לכת של הגדרת "פעולה מלחמתית" באמצעות ריקון מתוכן של "מבחן הסיכון". לכאורה, לשיטת כבי' ביהמ"ש קמא המשיבים יוכלו לחוס בהגנת "פעולה מלחמתית" בכל פעולה שבה המבוקשים לא יניחו את האזיקים בעצמם על ידיהם ולא יעלו ביוזמתם על הזינואנה.

33. בפסיקה שימש מבחן ה"סיכון המלחמתי" כמבחן עזר מרכזי להכרעה בשאלה האם מדובר בפעולה מלחמתית. בענייננו, כבר בראשית הדרך נבחנה מהות הפעולה ע"י סגן הנשיא כבי' השי' ר. כרמל ובהתלטתו בבשא (י-ם) 2323/05 נדחתה עמדת המשיבים:

"בשאלת הסיכון לשלומם של החיילים, יש להקדים ולקבוע כי אין בידי לקבל את טענת המדינה, לפיה הגדרת "פעולה מלחמתית" אינה דורשת קיומה של סכנה מיידית לשלומם של החיילים, אלא די כי מדובר בפעולה יזומה של תקיפת אדם המבקש לפגוע בחיילי צה"ל ושיש לה אופי מלחמתי. פסק-הדיו בעניין עודה קובע כי יש לבחון את שאלת הסיכון שנשקף לחיילי הצבא."

34. רק לאחרונה ביום 6.3.11 נדחתה עתירה של המערערים לקיום דיון נוסף (דנ"א 8425/10) בפסק-דין של בית המשפט העליון בע"א 3991/09 מדינת ישראל - משרד הביטחון נ' עזבון פאטמה אברהמים עבדאללה אבו סמרה ז"ל (מיום 8.11.2010) (לחלן : "פרשת אבו סמרה"). בפס"ד שניתן על ידי הרכב כב' המשנה לנשיאה השי' אי ריבלין, השי' סי' גובראן והשי' י' דנציגר, חזרו על ההלכה כי מוגבלת תחולת הסייג לאחריות המדינה בנויקין בשל "פעולה מלחמתית" אך למצבים של איום אמיתי לחיים או לגוף ואין די בתחושת איום סובייקטיבי בלבד. העתירה לדיון נוסף נדחתה וכב' הנשיאה השי' ד.בייניש הוסיפה ואמרה שהיא לא שוכנעה כי "יש בקביעות פסק הדין כדי לפרוץ את המסגרת המשפטית הנוהגת בהתאם להלכותיו של בית משפט זה". לא למותר לציין כי למסקנתו בדבר העדר קיומה של הגנת "הפעולה המלחמתית" הגיע בית המשפט הנכבד שם גם בהתחשב בעובדה כי דובר באירוע שהתרחש במהלך מבצע "חומת מגו"!!

35. עוד נוסף בעניין זה כי גם למשיבים עצמם ברור היה במהלך ההליכים המשפטיים בביהמ"ש השלום כי אין בנסיבות המקרה (הפעולה נמשכה כ-16 שעות, לא הסתבכה בשום צורה ואופן ולא התנהלה כל התקפה מזויינת על החיילים במהלך אותן שעות ארוכות) די במידע המודיעיני ובתחושת האיום הסובייקטיבית של החיילים כדי להקים את הגנת "הפעולה המלחמתית". לכן, המשיבים ניסו לבסס "איום אובייקטיבי" ממשי יש מאין ושמו יהבם באירוע ירי צרור אקראי ובלתי יעיל במרחק של מאות מ' שאין שמץ ראייה כי היה קשור להתרחשות נשוא הבר"ע. יודגש גם כי אירוע הירי אינו מצויין ביומן המבצעים שהוגש! יומן האמור לתעד כל הפרת סדר באזור.

36. כב' ביהמ"ש קמא טעה כאשר התעלם מקביעותיו המבוססות והמפורטות של כב' ביהמ"ש השלום לגבי כל רכיב ורכיב מהגדרת "פעולה מלחמתית" על פי הראיות שהוצגו בתיק וכן על פי הפסיקה הרלוונטית לעניין "פעולה מלחמתית".

כב' ביהמ"ש השלום דחה בפסק דינו את טענות המשיבים אחת לאחת לעניין "מבחן הסיכון" לאחר בחינת מכלול הראיות ותוך התייחסות לכל טענה מטענות המשיבים אשר נבחנו ונדחו :
טענות אלו אינן משכנעות...נוכחות הכוח בשטח באור יום במשך שעות ארוכות מלמדת על כך שהכוח לא חשש מהתקפה מזויינת ומאורגנת כנגדו. על פי עדויות החיילים הצרור שנורה לעברם היה צרור אקראי ובלתי יעיל שנורה מטווח רחוק יחסית של מאות מטרים (עדות י' עמ' 40 ש' 16 ואילך). הכוח שביצע את המשימה היה אומנם כוח צבאי שנעזר באמצעים צבאיים מובהקים, כגון טנק, אך אין בכך כדי להכריע את הכף, כיוון שהשאלה העיקרית הינה מה הייתה דרגת הסיכון שנשקפה לכוח. לטעמי בהעדר חילופי אש בפועל, למעט אותו צרור אקראי, מדובר בפעולת שיטור מסוכנת מאוד, אך לא בפעולה מלחמתית." (ראה סי' 8 לפס"ד כב' יבמה"ש השלום).

37. המבקשים יפרטו בקצרה מדוע באירוע נשוא הבר"ע לא נשקף כל סיכון ממשי לכוח המאפיין פעולה מלחמתית ובעניין זה אין לנו אלא להפנות שוב להלכה הפסוקה הותיקה שלא שונתה (ע"א 311/59) כי "יש לבחון את הפעולה ולא את המלחמה":

א. האירוע לא הסתבך בשום צורה ואופן והכוח לא הותקף במשך 16 שעות הפעילות

צדק כב' ביהמ"ש השלום כאשר קבע כי "נוכחות הכוח בשטח באור יום במשך שעות ארוכות מלמדת על כך שהכוח לא חשש מהתקפה מזויינת ומאורגנת נגדו." (ראה סי' 8 לפס"ד כב' ביהמ"ש השלום).

מכל עדויות הצדדים עולה כי האירוע נשוא הבר"ע לא הסתבך בשום צורה ואופן במשך כ 16 שעות(!!) של הפעלת נוהל "סיר לחץ" על הבניין נשוא הבר"ע.

משלא הביאו המשיבים ראיות קבילות כלשהן הסותרות את העדויות מטעם המבקשים בדבר השקט המוחלט אשר שרר בגזרה, תלו המשיבים יתבם באירוע של ירי צרור בודד, ירי לא מכוון שנורה לחלל האוויר מרחק **מאות מטרים!!** ממקום האירוע נשוא הבר"ע (כאשר מדובר בשטח עירוני הבנוי בצפיפות אין לכך משמעות כלשהי), ירי לא יעיל, אשר לא הוכח קשר ישיר כלשהו בינו לבין האירוע נשוא הערעור ואין שמץ של ראיה כי כוון לעבר הכוח שתפס את המבנה (ראה עדות החייל יי בעמ' 40 בשי' 16 ואילך).

יודגש, כי ביומן המבצעים אשר הוגש מטעם המשיבים לביהמ"ש השלום **אין ציון של אירוע ירי כלשהו** כלפי הכוחות שביצעו את הפעולה או כלפי כל כוח צה"לי אחר בגזרה ואזכור ראשון לאותו צרור אקראי הופיע בכתב ההגנה. למותר לציין כי חובה לציין ביומן האירועים ירי מכל סוג שהוא.

לאור כל האמור, ברור כי צדק כבי' ביהמ"ש השלום כאשר דחה את טענות המשיבים וקבע כי צרור הירי הבודד לא סיכן בשום צורה ואופן את הכוח שסגר על המבנה ויודגש כי כבי' ביהמ"ש קמא לא קבע אחרת.

ב. מדובר בניסיון למעצר בו המבוקש לא נמצא

כבי' ביהמ"ש קמא טעה וקבע כי המבוקש היה חמוש, הסתתר במבנה במחלף הפעולה ולא נענה להוראה להסגיר עצמו, זאת בניגוד לראיות שהוצגו בפני ביהמ"ש השלום ולקביעה המפורשת של פס"ד כבי' השי' רובין כי המחבל לא אותר בבניין וכי מדובר היה במידע מודיעיני בלבד.

אין מחלוקת כי המבוקש לא נתפס והכוח התקפל בחלוף **פ 16 שעות!!** מבלי לבצע את השלב האחרון של נוהל "סיר לחץ" שהינו הריסת המבנה באמצעות דחפורים שהיו במקום, זאת מתוך הבנה כי המבוקש אינו נמצא במקום האירוע וכפי שהעיד אל"מ מוטי בסי' 27 לתצהירו ייתכן שהמבוקש כלל לא היה בזירת האירוע בזמן הפעולה. **הרי שלכל היותר מדובר בניסיון למעצר שלא הסתבד אשר אינו עונה על הגדרת "פעולה מלחמתית"**.

לתמיכה באמור, ראה החלטת סגן הנשיא כבי' השי' ר. כרמל בתיק זה (בבשא (י-ס) 2323/05) הדוחה את בקשת המערערים לדחיית התביעה על הסף: **"אין די בניסיון ללכוד חשוד על מנת לשוות לפעולה צביון מלחמתית. ניסיון לעצור מבוקשים אינו עולה לכשעצמו כדי "פעולה מלחמתית" ויש לראות בו "פעולה משטרתית" שמבוצעת על-ידי יחידה משטרתית או הצבא."**

בר"ע על החלטת כבי' השי' כרמל **נדחתה** ע"י כבי' השי' צור תוך הטלת הוצאות (בר"ע 3220/07). כמו כן, ראה עא 9561/05 **עאוני עבד אלרחים חטיב נ' מדינת ישראל** שם קבע כבי' השי' א' רובינשטיין כי ניסיון למעצר שלא הסתבך אינו פעולה מלחמתית.

38. טעה כבי' ביהמ"ש קמא כאשר ייחס להשתתפות טנק באירוע כמתזקת את יסודות הגנת "הפעולה המלחמתית".

המבקשים יטענו כי צדק כבי' ביהמ"ש השלום בקביעתו כי אין בהשתתפות טנק באירוע נשוא הערעור בכדי לסייע למשיבים.

המבקשים יטענו כי עצם הימצאות כוחות בקנה מידה ניכר כולל טנק, אינם מקנים לאירוע אופי של "פעולה מלחמתית" שכן נוהל "סיר לחץ" אשר פותח בצה"ל **מעצם טיבו** מחייב הכנסת כלים כבדים לשטח לצורך הפעלת **"לחץ פסיכולוגי"** על המבוקש לצאת מהבניין ולהסגיר את עצמו (ראה סי' 30 לתצהירו של אל"מ מוטי וכן, עדותו של החייל ת', עד הגנה מס' 3, בע' 18 לפרו' כי הופעל נוהל "סיר לחץ" על פי התרגולת).

לפי עדויות המשיבים עצמם מדובר בתרגולת!!! משמעות המונח הצבאי תרגולת הינו סדר פעולות קבוע שנוצר עקב ניסיון העבר במקרים דומים. ברגע שנוצרות הנסיבות להפעלת התרגולת היי שסדר הפעולות בעיקרון קבוע מראש. אין כל קשר בענייננו בין סדר הכוחות לבין האירוע עצמו.

39. לאור כל האמור לעיל, ברור כי צדק כב' ביהמ"ש השלים בקובעו כי לא ניתן להגדיר את הפעולה נשוא הבר"ע כפעולה מלחמתית אלא כפעולה משטרית, זאת לאחר שנכנס לעובי הקורה ובחן את הראיות שהוגשו תוך כדי דחיית טענות המשיבים אחת לאחת. יודגש גם כי כב' ביהמ"ש השלים סקר פסיקה הרלוונטית למקרה הנדון ובפרט צדק בהתייחסותו לפס"ד כב' סגן הנשיאה השי' ריבלין ברע"א 10842/07 עלאונה נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו) מיום 17.3.2010 הרלוונטי לנסיבות האירוע נשוא הערעור (להלן: "פרשת עלאונה").

בפרשת עלאונה נקבע כי המדינה לא תהיה זכאית לחסינות בגין פגיעות באזרחים שנגרמו אגב הפוגה במהלך פעולה מבצעית, במהלכה נתבקשו האזרחים המקומיים לפנות את האזור. משמעותה הרחבה של קביעת כב' ביהמ"ש העליון בפרשת עלאונה הינה כי לא כל סיטואציה מבצעית, "נפיצה" ככל שתהיה, תיחשב באופן אוטומטי כחוסה בצל חסינות "הפעולה המלחמתית".

לא ניתן לראות כיצד הסיכון שנשקף לכוחות צה"ל בפעולה נשוא בר"ע זו, בה לא נורו יריות במהלך כ-16 שעות!! והכוחות לא הותקפו התקפה מזויינת. היה חמור יותר מזה שנשקף לכוחות שפעלו בג'ניו בפרשת עלאונה, שם התחולל קרב יריות.

III במועד האירוע נשוא הבר"ע האזור היה נתון בתפיסה לוחמתית

40. טעה כב' השי' קמא בקבלו את טענת המשיבים כי מדובר בשטח שהיה במועד האירוע בשליטת הרשות הפלסטינית ולכן חלים עליו דיני המלחמה בלבד (ראה עמ' 7 לפס"ד של ביהמ"ש קמא). המבקשים יטענו כי לאחר שמיעת הראיות ובידור התביעה לגופה קבע ביהמ"ש השלים בפסד דינו בצדק כי הפעילות התבצעה בלב רמאללה בעת שהאזור נמצא תחת שליטה ותפיסה לוחמתית של מדינת ישראל:

"לטענת הנתבעת מדובר בשטח שהיה בשליטת הרשות הפלסטינית ולכן חלים על האירוע דיני המלחמה. טענה זו אינה משכנעת. באין ספור פסקי דין נקבע, בין היתר בהסכמת המדינה, כי השטחים מצויים במצב של תפיסה לוחמתית על ידי מדינת ישראל מאז שנת 1967 (ראו, למשל, פס"ד עג'ורי הנ"ל) במצב דברים זה אם הנתבעת חפצה להוכיח כי בנקודת זמן מסוימת שטח מסוים לא היה נתון לתפיסה לוחמתית אזי היה עליה להביא ראיות לכד". (פסקה 11 עמ' 8-9 לפס"ד ביהמ"ש השלים).

41. טעה כב' השי' קמא בקבלו את טענת המשיבים כי מדובר בשטח שהיה במועד האירוע בשליטת הרשות הפלסטינית בהסתמכו אך ורק על הסכם הביניים הישראלי-פלסטיני והמפה המהווה חלק ממנו. מלבד הפנייה להסכמי אוסלו המשיבים לא הביאו ראיה כלשהי לכך שהשטח לא היה נתון לתפיסה לוחמתית של ישראל במועד הפעולה נשוא הבר"ע.

כידוע, קיומו של מצב כיבוש הינו בעיקרו שאלה עובדתית ולא משפטית.

- כלל הוא כי בית משפט של ערעור לא יתערב בקביעותיו העובדתיות של הערכאה הקודמת, אלא במקרים חריגים (ראה ע"א 5200/06 אלקיס יבוא ושייך בע"מ נ' מנחל מע"מ ת"א 1, [פורסם בג'1] דינים עליון 2009 (110) 654; ע"א 3537/03 בר בע"מ נ' מנחל מס ערד מוסף, פ"ד נט(4) 568 (2005)).
42. טענות המשיבים לענין הסכם הביניים עמדו לנגד עיניו של כב' ביהמ"ש השלום במתן פסק דינו. המבקשים בעצמם טענו כי מדובר בשטח A ע"פ הסכמי אוסלו, אך הוסיפו כי בעקבות מבצע "חומת מגן" צה"ל חזר לשטחי A ובפרט לאזור מקום הפעולה בעיר רמאללה במועד האירוע נשוא בר"ע זו. לאור האמור, צדק כב' ביהמ"ש השלום כאשר קבע משבחן את ראיות הצדדים כי "אין ראייה שהשטח היה בשליטה ביטחונית דה פקטו של הרשות הפלסטינית". (פסקה 8 עמ' 6 לפסק דינו). המשיבים לא סתרו בשום צורה ואופן את ראיות המבקשים וכך גם לא הוצגה ראייה חדשה בפני כב' ביהמ"ש קמא המצדיקה התערבות בקביעותו העובדתית של כב' ביהמ"ש השלום כי השליטה הפלסטינית במועד הפעולה נשוא הבר"ע ברמאללה הייתה "על הנייר בלבד" ודה פקטו השטח היה נתון לתפיסה לוחמתית של ישראל.
43. במרץ 2002 פתחה ישראל במבצע "חומת מגן" שהחל ב 29.3.02 אשר בו לראשונה מזה שנים חזרו כוחות צה"ל לשטחי A אשר הועברו לשליטה ביטחונית ואזרחית של הרשות הפלסטינית ב"הסכמי אוסלו". בחלק מערי הגדה המערבית החל צה"ל לפעול עוד לפני מבצע "חומת מגן". כך כוחות צה"ל השתלטו על העיר רמאללה, שם הופעל נוהל "סיר לחץ" על קניינם של התובעים. לענין חזרת צה"ל לשטחים במבצע "חומת מגן" ראה בג"צ 7015/02 עיגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, עמ' 359, פסקה 3 :
- "...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."**
44. לא למותר לציין כי על פי הדין והפסיקה די בהשתלטות הצבא על שטח פלוני באופן מעשי ויעיל ואין בזמניותה של השהייה בשטח או בכוונה לקיים אך שליטה צבאית ארעית כדי לגרוע מכך שהשטח נמצא בתפיסה לוחמתית. החובות והסמכויות של הכוח הצבאי, הנובעות מתפיסתו היעילה של שטח פלוני, קמות ונוצרות בשל עצם השליטה הצבאית בשטח (ראה בג"צ 69/81 אבן עיטה ואח' נגד המפקד אינ"ש ואח', פ"ד לז(2) 197, בעמ' 373 לפסק הדין).
45. הפעולה לתפיסת מבוקש במבנה המבקשים אשר במהלכה הופעל נוהל "סיר לחץ" בוצעה בתאריך 10.06.02. כלומר, כ-3 חודשים לאחר כיבוש רמאללה והריסת המוקטעה במבצע "חומת מגן"!! במועד ביצוע הפעולה נמצא האזור תחת תפיסה לוחמתית של מדינת ישראל. הקרבות ברמאללה שכבו זמן קצר לאחר כיבושה ולא יכולה להיות מחלוקת כי אין מדובר באירוע במהלך לחימה. כמו כן, ובעניין זה לא יכולה להיות מחלוקת, לאחר "חומת מגן" הריבון באזור היה צה"ל, שליטת הרשות הפלסטינית מכוח הסכמי אוסלו ברמאללה התפוגגה לחלוטין וההכרה בלגיטימיות שלה התחלפה בכיבוש מחודש ע"י כוחות צבא של מדינת ישראל. בנסיבות אלה חזר המקום להיות שטח הנמצא תחת תפיסה לוחמתית שהריבון בו הינו המפקד הצבאי הפועל מטעם מדינת ישראל.
46. מעדויות המבקשים אשר לא נסתרו נלמד כי הגזרה הייתה בתפיסה לוחמתית של מדינת ישראל, הגזרה הייתה שקטה בתקופה עובר לאירוע וכי בזירת האירוע עצמה בזמן הפעולה שרר שקט מוחלט. מנגד, לא הביאו המשיבים ראיות קבילות כלשהן הסותרות את העדויות מטעם המבקשים. זאת ועוד, עדי המשיבים העידו כי הגיעו לגזרה לצורך הפעולה הספציפית וכי אינם מכירים את

הגזרה!! (ראה עדות אל"מ מוטי בעמ' 1-2 לפרו'; ראה עדות החייל ח', עד הגנה מס' 3, בעמ' 13-14 לפרו').

משלא טרחו המשיבים להביא ראיות קבילות כלשהן הסותרות את העדויות מטעם המבקשים בעניין הדבר עומד בעוכריהם וצדק כב' ביהמ"ש השלום כאשר קבע כאמור.

47. לא למותר לציין, כי על פי הגישה המקובלת בקרב רוב המשפטנים הבינלאומיים הסכמי אוסלו לא הביאו לסיום הכיבוש הישראלי בגדה, לרבות בשטחי A. יש לראות לכל היותר את שטחי הרש"פ כאזורים בתוך שטח הכבוש ע"י ישראל הכפופים לניהול עצמי במידה מסויימת. זו גם הייתה עמדת ביה"ד הבינלאומי בהאג אשר קבע מפורשות כי הסכמי אוסלו לא הביאו לסוף הכיבוש הישראלי בגדה (פסקה 78 לחוות הדעת בנושא גדר ההפרדה משנת 2004).

IV חבות המשיבים ע"פ הדין הבינלאומי הרלוונטי

48. מאחר שכב' ביהמ"ש קמא קבע כי המשיבים חוסים תחת הגנת "פעולה מלחמתית" יתייתר הדין בקביעת כב' ביהמ"ש השלום את אחריות המשיבים לפצות את המבקשים ע"פ הדין הבינלאומי הרלוונטי. מטעמי יעילות הדין המבקשים יפרטו בקצרה את טיעוניהם לאחריות המשיבים ע"פ הדין הבינלאומי הרלוונטי.

49. צדק כב' ביהמ"ש השלום כאשר (לאחר שקבע כי לא מדובר ב"פעולה מלחמתית" וכי בענייננו חלים דיני התפיסה הלוחמתית) פסק כי על המשיבים לפצות את המשיבים ע"פ הדין הבינלאומי הרלוונטי.

כב' ביהמ"ש השלום הגיע לקביעה זו על סמך ראיות הצדדים שנפרסו לנגד עיניו ולאחר בחינת טענות הצדדים המשפטיות לעניין חלות הדין הבינלאומי הרלוונטי.

50. בין היתר, לעניין החובה לפצות את המבקשים בגין נזקיהם פנה ב"כ המבקשים לפרופ' יובל שני מאוני' העברית בי-ס, מומחה מוכר בארץ ובעולם בתחום המשפט הבינלאומי ההומניטרי, וביקש את חוות דעתו המשפטית בשאלה האם על המדינה לפצות חפים מפשע/בלתי מעורבים שנגרמו להם נזקי רכוש וקניין בעקבות הפעלת נוהל "סיר לחץ". חוות הדעת שהוכנה תומכת בעמדת המשיבים ובפס"ד כב' ביהמ"ש השלום.

פרופ' שני קבע כי על פי דיני זכויות האדם ודיני התפיסה הלוחמתית, בנסיבות העניין, כאשר אין מדובר בפעולה לחימתית והמבקשים הינם חפים מפשע, חלה חובה על המשיבים לפצות את המבקשים בגין הפגיעה ברכושם במהלך פעולת ניסיון המעצר נשוא בר"ע זו. זאת גם מאחר שהפעלת נוהל "סיר לחץ" דומה במאפייניה לפעולת תפיסה של קניין פרטי של אזרחים בלתי מעורבים לצורך צבאי המצמיחה חובת פיצוי של בעל הקניין ע"פ הדין הבינלאומי.

יצוין כי, פרופ' שני קבע שייתכן שבדיני הלחימה החלים על פעולות לחימתיות מובהקות (במצב של סכסוך מזויין) ניתן למצוא חריג לכלל המחייב פיצוי בשל מנהג מדינות רבות שלא ליתן פיצוי בגין נזק הנלווה לפעולות לחימתיות חוקיות, אז מכל מקום, אין לראות בנוהל "סיר לחץ" בכלל ובפעולה נשוא הבר"ע בפרט כפעולה לחימתית!!

51. כמתואר, טעה כב' ביהמ"ש קמא טעות בולטת כאשר ביטל את קביעת ביהמ"ש השלום כי האזור היה תחת תפיסה לוחמתית במועד האירוע נשוא הבר"ע.

לפיכך, סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי שעניינם תפיסה לוחמתית. אלה מעוגנים בעיקר בתקנות הנספחות להסכם האג הרביעי מ-1907 (להלן – תקנות האג). תקנות אלה משקפות משפט בינלאומי מנהגי. כן מעוגנת סמכותו של המפקד הצבאי באמנת גינבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן: "אמנת גינבה הרביעית").

52. כב' ביהמ"ש השלום צדק כאשר הפנה להלכה מימים ימימה המובאת בדברי כב' הנשיא שמגר בבג"צ 24/91 תימרז נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה פד"י מ"ח 325 2 (להלן: "בג"צ תימרז"). שם נסבה העתירה סביב החלטת המשיבים לתפוס מבנה הגובל בגדר של מאחז, כדי להרסו וכדי לאפשר את העברת גדר המאחז. הנשיא שמגר קבע כי "תפיסה או הריסה של רכוש הפרט בשטח מוחזק אסורים, אלא אם כן התפיסה או ההריסה נחוצות באופן החלטי בשל צורכי הצבא המלחמתיים" והפנה לתקנה 23 (G) לתוספת לאמנת האג, תקנה 52 לתקנות האג ולהוראות של סעיף 53 לאמנת גינבה הרביעית.

53. אומנם כב' ביהמ"ש השלום הפנה גם לפס"ד בתא (ת"א) 1409/02 מוחמד מחמוד סאלח דאוד נ' שר הבטחון (להלן: "פרשת המשתלות") אשר בוטל ברע"א 3675/09 ביום 11.8.11, אך אין בכך כדי לשמוט את היסודות מפסק דינו של כב' הש' רובין.

נהפוך הוא, כב' סגן הנשיאה הש' ריבלין קבע בפס"ד ברע"א 3675/09 כי יש לתובעים שם עילה מכח המשפט הבינלאומי, אך קבע כי הסמכות לדון בעילה הינה בהליך מנהלי ולחילופין בבג"צ. מכל מקום, כב' הש' רובין קבע את אחריות המשיבים ע"פ הדין הבינלאומי הרלוונטי ולאחר בחינת הנסיבות הקונקרטיות. כמו כן, להבדיל מפרשת המשתלות שם נקבעה רשלנות, כב' הש' רובין קבע את אחריות המשיבים ע"פ הדין הבינלאומי באופן עצמאי מבלי שקבע שהמשיבים התרשלו.

54. כב' ביהמ"ש קמא טעה כאשר קבע כי נסיבות הפעלת נוהל "סיר לחץ" אינן דומות להפקעה ולתפיסת רכוש (עמ' 8 לפס"ד כב' ביהמ"ש קמא), זאת בהתעלם ממאפייניו המיוחדים של נוהל "סיר לחץ" והיות הפגיעה ברכוש אינה רנטית לנוהל כמפורט לעיל. זאת ועוד, כב' ביהמ"ש השלום צדק כאשר דחה את טענת המשיבים כי אין למבקשים זכות לקבל פיצוי משום שהמבנה נשוא התביעה לא נתפס ע"י החיילים (ראה ס' 12 לפס"ד ביהמ"ש השלום). צדק כב' ביהמ"ש השלום בקובעו כי טענה זו איננה משכנעת שכן חובת הפיצוי אינה נובעת מעצם תפיסה המבנה, אלא מן הנזק שנגרם לו כאמור בפרשת תימרז.

55. עקרון המידתיות הוא עיקרון בסיסי של המשפט הבינלאומי בכלל, ושל דיני התפיסה הלוחמתית בפרט, והוא גם אמת מידה מרכזית במשפט המינהלי הישראלי החל באזור הנתון לתפיסה לוחמתית. על-פי עקרון המידתיות, המשיבים יטענו כי המבחן השני אשר נקבע בבג"צ בית סוריק "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה" אינו מתקיים. כפי דברי הנשיא שמגר בבג"צ תימרז: "...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" (הדגשה של הח"מ), אכן, הצורך להגן על חיי חיילים הינו צורך חשוב אך כדי להכשיר את הפגיעה בנפש או ברכוש יש ליתן פיצוי בגין הפגיעה בקניין של תושבים מקומיים חפים מפשע.

56. ניתן ללמוד על הכשרת פגיעה בקניין והפיכתה למידתית וסבירה הן מהדין בישראל הקובע פיצוי בגין הפקעה והן ממדיניות המשיבים עצמם הנוהגים לפצות תושבים מקומיים כאשר מוצאים צווי תפיסה והריסה. כך הנשיא שמגר אמר בבג"צ תימרז כי בנסיבות בהן מדובר בתפיסה והריסה מכוח הדין הבינ"ל, נוהגות רשויות צה"ל לפצות את הניזוקים:

"סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית איננו קובע חובה של פיצוי. אולם רשויות צה"ל נוהגות לפצות את הניזוקים, ברוח האמור בתקנה 52 לתקנות האג (בין לפי הצו בדבר תובענות (אזור חבל עזה) (מס' 425), תשל"ב - 1972, כפי שתוקן, ובין לפני משורת הדין." (הדגשה ש.ל.)
(ראה עוד בג"צ 401/88 מחמד אברהים מחמד אבו ריאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון).

כמו כן, ראה עמדת ביהמ"ש בבג"צ 4639/02 קצראווי ואח' נ. המפקד הצבאי. העתירה שם הוגשה בעקבות סגירת שווקים פלסטינים בסמוך לשכונות אברהם אבינו בתברון בצו המפקד הצבאי. לאחר שבדין בעתירה הביעו שופטי ההרכב שדן בתיק) כבי' השופטים חשין, דורנר וגרוניס) עמדה נחרצת לפיה אין לפגוע בכלכלתם ובפרנסתם של סוחרים ובעלי דוכנים בשוק בשל הצורך הביטחוני להוציא את צווי הסגירה שנועדו למנוע פגיעה במתנחלים ובחיילי צה"ל, המשיבים בעתירה הודיעו (בין היתר) בכתב התשובה לעתירה על נכונותם "לאפשר משא ומתן לבחינה של פניית בעלי החנויות הסגורות לפיצוי כספי... המשיבים יבחנו את הפניות וינסו להגיע להסכמה בנוגע לתשלום פיצוי עבור הנזקים המוכחים ותשלום בהתאם לנוהל הנוהג לגבי תפיסת שטחים לצרכים צבאיים."

במו"מ בין ב"כ הצדדים הושג הסכם בחתימת המשנה ליועמ"ש, מר מלכיאל בלס, לפיצוי חלקי של העותרים בגין נזקי רכוש (מטעמים שאינם רלוונטיים כלל לענייננו ההסכם לא יושם).

57. צדק כבי' ביהמ"ש השלום כאשר הפנה לפרשת "הסיכול הממוקד" (בג"צ 769/02).

בפרשת "הסיכול הממוקד" אמר כבי' הנשיא בדימוס א. ברק כי לאחר פעולה מסוג זה, שגרמה לפגיעה באזרחים אשר אינם מעורבים בפעילות טרור, יש לשקול במקרים מתאימים תשלום פיצוי.

ראה גם בג"צ 10356/02 יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד המרכז, נח(3) 443. המדינה טענה שם כי זכות הפיצוי בגין הפגיעה לקניין הופכת למידתית לנוכח קיומה של זכות פיצוי כספי בגין פגיעה זו: "הפגיעה הבלתי נמנעת בקניינם של העותרים עקב כך הינה מידתית בהתחשב בעובדה כי מדובר במיבנים נטושים מזה זמן, ונוכח קיומה של זכות לפיצוי כספי בגין פגיעה זו." העתירה נדחתה ועמדה זו של המדינה התקבלה ע"י כבי' השופטת פרוקציה.

(ראה עוד: בג"צ 72/86 ג'אלב ג'ודי חסן זלום נ' המפקד הצבאי לאיזורן פורסם בנבו); בג"צ 7957/04 זהראן יונס מחמד מראעבה נ' ראש משלת ישראל, (פורסם בנבו).

58. המבקשים יטענו כי אך בהינתן פיצוי ראוי עבור הפגיעה בקניין של אוכלוסייה חפים מפשע בעקבות הפעלת נוהל "סיר לחץ" יתקיים מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה" ובהעדר פיצוי ראוי ברוח האמור בתקנה 52 לתקנות האג הרי שהפעלת נוהל "סיר לחץ" תהווה פגיעה בלתי מידתית ובלתי סבירה.

פטור ממתן פיצויים בעקבות הפעלת נוהל "סיר לחץ" בנסיבות שאינן "פעולה מלחמתית" כמוהו כמתן הכשר לפגיעה בלתי מידתית בקניינם של תושבי השטחים, שישראל אחראית לשלומם מתוקף היותה הריבון בשטחים.

V שאלת רשלנות המשיבים

59. על אף שמאחר שקבע כב' ביהמ"ש קמא כי מדובר "בפעולה מלחמתית" נדחה הערעור שכנגד ולא נידונה שאלת רשלנות המשיבים, מטעמי ייעול הדיון המבקשים יפרסו את טיעוניהם בעניין.

60. המבקשים יטענו כי טעה בית המשפט השלום בקובעו כי חיילי הכוח לא התרשלו בהפעלת נוהל "סיר לחץ".

כב' ביהמ"ש השלום לא מצא שכוח צה"ל אשר גרם לנזקי המבקשים התרשל במהלך השעות הרבות בהן בוצע ירי נק"ל, מכונת יריה ופגזי טנקים לעבר המבנה. דרדור אמצעים שאין מחלוקת שבוצע ע"פ נוהל "סיר לחץ" למעצר מבוקש השוחה בבניין מגורים מאוכלס.

קביעה זו אינה מקובלת על המבקשים הסבורים כי בנסיבות העניין לא היה מקום לבצע ירי פגזי טנקים כפי שנעשה לעבר הבניין וניתן היה לבצע את ניסיון המעצר (בסופו של דבר נתברר שהמבוקש לא שהה בבניין במהלך הפעולה) מבלי להביא להרס בית הדירות ולפגיעה הקשה במבקשים וב-18 המשפחות שהתגוררו בבניין טרם נהרס.

כפי שהוכח במהלך המשפט בביהמ"ש השלום, חיילי כוחות הביטחון שפעלו באירוע צפו כי הפעלת נוהל "סיר לחץ" תגרום נזק רב לרכוש המבקשים ותשלול קורת גג מ-18 המשפחות שהתגוררו שם שהרי מדובר בנוהל אשר השימוש בו נפוץ ותוצאותיו (הרס המבנה) צפויות.

(לעניין אמות המידה לבחינת התנהגות כוחות הביטחון וסבירות פעילותם ראה ע"א 5604/94 אוסמה תמד ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498; ע"א 751/68 רעד נ' מדינת ישראל, פ"ד כח' (1) עמ' 197).

61. טעה כב' בית המשפט השלום בדחייתו את טענת המבקשים כי היה על הכוח להפסיק את הפעילות לפני ירי הפגזים /או לירות כמות מצומצמת של פגזים. כן, טעה כב' ביהמ"ש השלום בקובעו כי לא הוכח כי נורו לעבר המבנה עשרות פגזים.

יכול ונסיבות התרחשות האירוע הראשוניות הצדיקו את ראשית הפעולה- כיתור הבניין וחיפוש בדירה החשודה, אך הפעולות אשר ננקטו לאחר מכן ואשר הביאו להרס קשה של הבניין היו בלתי סבירות בעליל כשמדובר בניסיון למעצר מבוקש על בסיס מידע מודיעיני שלא הוכח שהיה מבוסס.

בראיות המשיבים לא ניתן הסבר מניח את הדעת לשאלה מדוע כוחות הביטחון לא הפסיקו את הפעלת הנוהל "סיר לחץ" אשר נמשך כ-16 שעות לפני ביצוע ירי פגזי טנקים שגרם לעיקר הנזק לבניין ומדוע לא היה די בירי נק"ל או לחילופין בירי פגז או שניים בכדי להשיג את מטרת הנוהל, שהינה הפעלת "לחץ" כדי לגרום למבוקש להסגיר את עצמו.

בעניין זה יובהר כי הוכח בעדויות המבקשים (ראה עדות מוחמד פראגי בעמ' 21 בש' 15-7 לפרוי), בתמונות ובסרט וידיאו שאורכו כ-120 דק" אשר הוגשו לתיק ביהמ"ש השלום אשר לא נסתרו בראיות ממשיות כלשהן, כי נורו עשרות פגזים לעבר הבניין. כמו כן, לא נסתרו בשום אופן עדויות המבקשים כי כל דייר נשאל איפה הדירה שלו, הוא סימן אותה ונורה לעברה פגז. כך העיד גם החייל ח' בעדותו בפני ביהמ"ש השלום בע' 16 לעדותו מיום 31.12.08:

ש. הפגזים נורו במהלך היום;

ת. למיטב זכרוני כן.

ש. הפגזים כוונו לחלונות של כל דירה? העידו פה.

ת. לכל אורד הבניין. זה לא משנה אם זה לקיר או לחלון.

62. טעה כבי' בית המשפט השלום בקובעו כי החיילים לא התרשלו בכך שלא הצטיידו מראש בכלב גישוש.

המבקשים יטענו כי המשיבים התרשלו בכך שלא הובא כלב לשם ביצוע סריקה בבניין תוך הפחתת הסיכון לחיילים.

מעדות החייל ח' מיום 31.12.08 בע' 20-21 לפרו' עולה כי היה מחסור בכלבים ביחידה שפעלה, הייתה בעייה של הקצאת כלבים לפעילות וכי היה רצוי שהכלב יימצא בידי הכוחות הפועלים עוד קודם לכן. לא ניתן הסבר סביר כלשהו מדוע כוחות הביטחון לא גייסו כלב כדי שייכנס לבית עם אמצעי שהיה מאפשר לבדוק את הנעשה ולהקטין את הסיכון לחיילים הסורקים עוד קודם לירי פגזי הטנקים. בהתחשב בכך שאין מחלוקת בין הצדדים כי על המשיבים לצמצם פגיעה באוכלוסייה אזרחית הרי שההסבר כי יש בעיות בהקצאות הכלבים של היחידה איננו סביר ומכול מקום מצביע על רשלנות המשיבים.

63. בנסיבות האירוע דנן, בו בוצע ניסיון למעצר שעדי המשיבים עצמם העידו כי לא הסתבך בשום צורה, ברור כי ניתן היה להשלים את האירוע ללא פגיעה קשה בקניין המבקשים שכן לרשות המשיבים עמדו אמצעים פוגעניים פחות ויעילים באותה מידה לביצוע (שימוש בכלב, ניתן היה להסתפק בירי נק"ל, בכריזה, בעדכון המידע המודיעיני ועוד).

VI קביעת נזק ע"פ "הודאת בעל דין" בחוות דעת השמאי מטעם המשיבים

64. על אף שמאחר שקבע כבי' ביהמ"ש קמא כי מדובר "בפעולה מלחמתית" נדחה הערעור שכנגד ולא נידונה שאלת גובה הנזק, מטעמי יעול הדיון המבקשים יפרסו עיקר את טיעוניהם בעניין.

65. כבי' ביהמ"ש השלום קבע כי "מאחר וחוות דעת זו הוגשה ע"י הנתבעת ניתן להתבסס עליה כהודאת בעל דין לשם קביעת נזקם של התובעים" (ראה סי' 15 לפסק הדין). כך גם הודיעו המשיבים בעמ' 23 בס' 82 לסיכומיהם: "אף אם התקבל תביעת התובעים לענין זכותם לפיצוי, הרי שגובה הפיצוי המגיע להם הוא לכל היותר 429,902 ש"ח כקבוע בחוות דעתו של השמאי דגון." (הדגשה ש.ל.)

66. מאחר והמשיבים הגישו חוות דעת מפורטת (אם כי פגומה ובלתי מהימנה כפי שפורט בערעור שכנגד) וכן עורך חוות הדעת מטעמם, השמאי מר דגון, התייצב בפני ביהמ"ש ונחקר בחקירה נגדית, לא יכולה להיות מחלוקת כי ע"פ הפסיקה רשאי היה כבי' ביהמ"ש השלום לראות בחוות הדעת מטעם המשיבים הודאת בעל דין (בעניין זה ראה את דברי כבי' השי' י.גריל בתא (חי') 10555/97 חנה ודוד אזולאי נ' יובל הנדסה בע"מ (פורסם בנבו); ראה גם דברי כבי' השי' א.בכר בתא (ת"א) 734530/02 צפון (מ.ר.מ) מוצרי רפואה ומעבדה בע"מ נ' אביר המנופים תעשיות בע"מ (פורסם בנבו) בביהמ"ש השלום בת"א). המבקשים יטענו כי בנסיבות העניין לא היה מקום לעשות כן.

67. המבקשים יטענו כי חוות הדעת מטעמם של השמאי פטל נדחתה שלא כדין. בית-המשפט הוא שמכריע כדבר שבשיגרה בין חוות-הדעת הסותרות באמצעות הכלים השיפוטיים העומדים לרשותו, והוא קובע על בסיסן את האמת המשפטית. מידי יום ביומו בוחנים בתי המשפט חוות דעת סותרות וקובעים את גובה הנזק על בסיס מלוא הנתונים שהוצגו להם גם כשאינם סומכים ידם על אחת מחוות הדעת. קביעת גובה הנזק ע"פ חו"ד צד מעוניין בהעדר קביעה כי חוות הדעת מהימנה על בית המשפט או לפחות מהימנה יותר מחו"ד הצד שכנגד, הינה מהלך הפוגע

בחוש הצדק שכן, ברור כי חו"ד צד מעוניין שנקבע לגביה שאינה מהימנה אינה יכולה לשקף את מלוא הנזק האמיתי שנגרם לצד הנפגע.

68. טעה כבי בית המשפט השלום כאשר בנסיבות העניין לא עשה שימוש בסמכותו לבחון את חוות-הדעת הסותרות באמצעות הכלים השיפוטיים העומדים לרשותו ולפסוק פיצוי ע"פ אומדן המבוסס על הנתונים שהוצגו לו. לעניין זה, ראה דברי סגן הנשיא (בתוארו אז) ש.ברנר פסק דינו בביהמ"ש המחוזי י-ס בת.א 247/93 עלי מוחמד מוסטפא אברהים ואחי נ' סלעית האדומים מחצבה ומפעל לעיבוד אבן בע"מ: "אי קבלת חוות דעתו של מר אבני איננה מחייבת, בהכרח, אימוץ חוות דעתו של מר תמוז- על קרבה ועל כרעיה..."

ראה גם ע"א 161/79 שר האוצר נ' זילברשטיין וערעור שכנגד, פ"ד לד(3) 225, עמ' 227: " אין בית-המשפט חייב לאמץ במלואה אחת מחוות הדעת ועליו לקבוע על יסוד כל הראיות מהו הפיצוי הנכון...ובכל מקרה ומקרה חייב השופט היושב לדין לבור את דרכו בין חוות דעת קוטביות שהדמיון ביניהן הוא קלוש ביותר"

(ראה עוד ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215)

69. המבקשים יטענו כי העובדה כי חוות הדעת נערכה מבלי שהשמאי פטל ביקר פיזית במבנה, אינה רלוונטית, משום שהומצאו לו תמונות וסרט וידיאו באורך כ-102 דק' שצולמו זמן קצר לאחר הריסת המבנה. תקירתו הנגדית של השמאי פטל מלמדת כי חוות דעתו מקצועית, מפורטת ומהימנה, ומבוססת על בדיקה פרטנית של ממצאים. כמו כן, השמאי פטל ביסס כדבעי את הערכותיו בנוגע לעלות ביצוע עבודות הבנייה והתיקונים בשטחים.

70. טיעוני המבקשים לגבי גובה הנזק ועלות ביצוע עבודות הבנייה והתיקונים למבנה מפורטים בפירוט רב בעיקרי הטיעון בערעור שכנגד אשר הינם חלק בלתי נפרד מבר"ע זו.

מצ"ב עיקרי הטיעון בערעור שכנגד ומסומן 4/1

VII הרחבת החזית בעניין דמי השכירות

71. על אף שמאחר שקבע כבי ביהמ"ש קמא כי מדובר "בפעולה מלחמתית" נדחה הערעור שכנגד ולא נידונה שאלת הרחבת החזית, מטעמי ייעול הדיון המבקשים יפרסו את עיקר טיעוניהם בעניין.

72. טעה כבי ביהמ"ש השלום עת התעלם מבקשתם של המבקשים להכריע בשאלת הרחבת החזית בעניין דמי השכירות.

בכתב התביעה התייחסו המבקשים שכנגד לשאלת דמי השכירות וביקשו היתר לפיצול סעדים. המבקשים לא עמדו בתחילה על קבלת החלטה בבקשה לפיצול סעדים עקב הציפייה כי ביהמ"ש יכריע ראשית בשאלת האחריות ורק לאחר מכן בשאלת גובה הפיצוי, אך כבי בהמ"ש השלום החליט לא לפצל את הדיון ולהכריע תחילה בשאלת האחריות.

מאחר שנשמעו הראיות הרלוונטיות בעניין דמי שכירות במהלך המשפט המבקשים סבורים היו כי המסלול הנכון והיעיל להכרעה בשאלת הפיצוי בגין אובדן דמי שכירות הינו במסגרת ההליך שנתקיים בביהמ"ש השלום, זאת לאחר שלא הייתה התנגדות ממשית להרחבת חזית והמשיבים הגישו ראיות מטעמם בשאלת אובדן דמי השכירות. עמדת המבקשים לא התקבלה וניתן בפסק הדין היתר לפיצול סעדים.

73. טעה כב' ביהמ"ש השלום בהתעלמו מכך שהראיות הרלוונטיות בעניין דמי שכירות הוגשו בלי שתושמע התנגדות מטעם המשיבים בהזדמנות הראשונה.

כלל ידוע בפסיקה כי יש להעלות טענה של הרחבת חזית בהזדמנות הראשונה (לעניין החובה להעלות טענת הרחבת חזית בהזדמנות הראשונה ראה תא (נצ') 536/06 איילת עין גל נ' קיבוץ יפתח אגודה שיתופית בע"מ (פורסם כנבו); תא (י-ס) 22460/99 משה עמרם אסולין נ' יורם חכים (פורסם כנבו); א' גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי, מהדורה שביעית, תשס"ג - 2003, בעמ' 79).

ב"כ המשיבים הודה בס' 23 לתשובה לתגובה לבקשה לסילוק על הסף אשר הוגשה ביום 18.4.11 בת"א 42994-02-11 כי "כבר בתחילת דיון ההוכחות ביום 17.12.08 הודיע ב"כ המשיבים כי הוא מתנגד לשינוי והרחבת חזית" (הדגשה ש.ל). מתואר השתלשלות העניינים כמפורט להלן עולה באופן אשר לא יכול להיות שנוי במחלוקת כי במשך למעלה משמונה חודשים!!! בהם התקיימו הליכים שונים בביהמ"ש השלום מטעמים השמורים עימם לא העלו המשיבים טענה כלשהי של הרחבת חזית ולאור האמור ברור כי פספסו את "ההזדמנות הראשונה".

74. טיעוני המבקשים לגבי שאלת הרחבת החזית מפורטים בפירוט רב בעיקרי הטיעון בערעור שכנגד אשר הינם חלק בלתי נפרד מבר"ע זו.

75. לאור כל האמור לעיל, בית המשפט שלערעור מתבקש ליתן למבקשים רשות ערעור, לדון בבקשה כבערעור, לקבל הערעור, לבטל את פסק דינו של כבוד בית המשפט קמא, ולחייב המשיבים בהוצאות המבקשים ובשכ"ט עו"ד ומע"מ כחוק.

שלמה לקר, עו"ד

ב"כ המבקשים