

בתי המשפט

א 001409/02		בית משפט מחוזי תל אביב-יפו	
26/03/2009	תאריך:	כבוד השופטת ד' קרתמאיר	
		בפני:	

		1 . דאוד	בעניין:
		2 . עטה	
		3 . עטה	
		4 . שרים	
התובעים	ארד-אילון דרור	ע"י ב"כ עו"ד	
		נ ג ד	
		1 . שר הבטחון	
		2 . מפקד כוחות צה"ל בשטחי יהודה ושומרון	
		3. מתאם פעולות צה"ל בשטחי יהודה ושומרון	
		ורצועת עזה	
		4. קמ"ט משרד הביטחון במינהל האזרחי,	
		איו"ש	
הנתבעים	מחוז תל-אביב אזרחי	ע"י פרקליטות	

פסק-דין חלקי

(בשאלת החבות)

עמ'	תוכן ענינים
3-6	1. מהות התביעה
6-7	2. טענות הנתבעים
7-9	3. ניהול הדיון
9-17	4. טענות מקדמיות
17-65	5. עילת הרשלנות
18-20	א. קיום עילה בנוזיקין עקב מעשה או מחדל מנהלי
20-35	ב. חריג לרשלנות: פעולה מלחמתית
64 - 35	ג. התרשלנות

64	ד. קשר סיבתי
65	ה. רשלנות תורמת
65-70	6. חבות מכוח הדין הבינ"ל
70-71	7. צו עשה
71	8. סיכום ומסקנות

1. מהות התביעה

במסגרת התביעה עתרו התובעים כי בית משפט ייתן צו עשה המתיר להם להפעיל את המשתלות על שטחיהם.

כמו כן, התבקש בית משפט לפסוק לתובעים פיצוי בסכום ששיעורו נאמד, נכון ליום התביעה, בסך של 5,858,019 ש"ח, בתוספת מע"מ הצמדה וריבית כחוק מיום הגשת התביעה ועד ליום התשלום בפועל.

על פי האמור בכתב התביעה, כל אחד מן התובעים הנו בעלים או מחזיק במקרקעין המצויים בסמוך לצומת אלפי מנשה, הידוע בכינוי צומת הפירות המצוי בפאתיה של העיר קלקיליה, עליהם מוקמו המשתלות הבאות:

התובע 1 (להלן: "מחמד") הוא הבעלים והמפעיל של משתלת אלחוראני.

התובע 2 (להלן: "קאיד") הוא הבעלים והמפעיל של משתלת אלפרדוס.

התובע 3 (להלן: "מעין") הוא הבעלים והמפעיל של משתלת קלקיליה.

התובע 4 (להלן: "תחסיין") הוא הבעלים והמפעיל של משתלת הבוסתן או שקרו.
(להלן יחד: "המשתלות").

משתלות התובעים, אשר כללו משתלות ושטחי גידול פתוחים, מהוות חלק ממתחם המכונה "מתחם המשתלות" המשתרע על פני שטח של כ- 25 דונם.

בין השנים 1993 - 2000 הפעילו התובעים את המשתלות. התובעים 1, 2 ו- 4 הפעילו את המשתלות על מקרקעין הנמצאים בבעלותם ובבעלות משפחתם, ואילו התובע 3 שכר לשם כך את המקרקעין עליהם הופעלה משתלתו.

בשנת 1997 פנו התובעים בעתירה לבג"צ (בג"צ 1075/97 – להלן: "הבג"ץ"), בעקבות כוונת השלטונות להרוס את המשתלות בנימוק בטחוני ותכנוני. בעקבות כך, הושג הסדר בין הצדדים לפיו תמנע המדינה מלהרוס את המשתלות ואם עמדה זו תשתנה בעתיד, תינתן לתובעים הודעה של 30 יום מראש על מנת לאפשר להם לנקוט בכל צעד שימצאו לנכון.

מאז ההודעה המוסכמת חזרה הפעילות במשתלות להיקף מלא וזאת עד להריסתן בנובמבר 2000.

בחודש אוקטובר 2000, פנו התובעים למנהל האזרחי לאור הריסת שורת עצי זית בשטחם. בעקבות פנייתם, נמסר להם על ידי איש המנהל האזרחי (בשם יעקב) כי הריסת העצים נעשתה בתגובה לזריקת בקבוק תבערה על כביש אלפי מנשה משטחי המשתלות של התובעים.

נאמר לתובעים על ידי איש המנהל האזרחי, כי הוא סמוך ובטוח שאיש מביניהם לא היה מעורב בזריקת בקבוק התבערה או באירוע חבלני אחר. עם זאת, הוזהרו התובעים כי אם לא יעשו ככל שביכולתם למנוע פעילות עוינת מתוך השטח - יהרסו כוחות הביטחון את השטח כולו על תכולת המשתלות.

התובעים טענו בכתב התביעה כי שמרו על המשתלות יומם ולילה באמצעות פטרולים וכן התקינו פנסים על גבי עמודים במשתלות, הגובלים בכביש אלפי מנשה. למרות זאת, ביום 12.11.2000 הודיע נציג המינהל האזרחי לתובעים כי בעקבות סיור שערך מפקד כוחות צה"ל באזור, הוחלט שעל התובעים לפנות תוך יממה את שטחי המשתלות. נציג המנהל לא שעה לבקשות התובעים כי ינתן להם זמן סביר להתארגנות ולפינוי. גם דרישת התובעים לקבל צו הריסה בכתב נדחתה. למחרת בבוקר הודע לתובעים כי לא ניתן לבטל את רוע הגזירה.

בשעות הצהריים התייצבו במקום אנשי המנהל האזרחי והודיעו לתובעים שעליהם לפנות את כל מתחם המשתלות, ולא הסתפקו בפינוי רצועה ברוחב של כמה עשרות מטרים בצמוד לכביש.

התובעים טענו כי התראה זו עומדת בניגוד להתחייבות שניתנה להם במסגרת הבג"צ. התובעים עמדו על זכותם לקבל ארכה סבירה על מנת לעתור בשנית לבג"צ. אולם, הם נאלצו לפנות מן המשתלות שתילים ומעט עצים. בהעדר שטח אדמה חלופי וציוד מכני מתאים, לא ניתן היה להעביר את חלק הארי של הציוד והצמחים והם נהרסו בלילה שבין ה- 13.11.00 ל- 14.11.00.

פניית בא כוחם של התובעים לתשלום פיצויים בגין ההריסה נדחתה במכתבו של עוזר היועמ"ש.

לטענתם של התובעים, אחריותם של הנתבעים לנזקיהם קמה מכוח מספר מקורות דין ובהם אחריות מכוח הסכם הביניים הישראלי - פלסטיני, מכוח הדין הבינ"ל וכן מכוח הדין בישראל.

התובעים טענו כי הודעת נציג המינהל האזרחי שנמסרה להם טלפונית, לפיה עליהם לפנות את המשתלות תוך 24 שעות, נגועה בחוסר סבירות קיצוני היורד לשורש חוקיותה. זאת מאחר שההודעה ניתנה בניגוד להתחייבות המפורשת של המדינה בבג"ץ ליתן התראה מראש של 30 יום, התחייבות אשר קיבלה תוקף של החלטה. כמו כן, התראה בת 24 שעות הינה חסרת כל משקל, שכן אין אפשרות להציל את תכולת המשתלות בפרק זמן זה.

מכאן עולה כי הנתבעים הפרו את חובת הזהירות כלפי התובעים ואת חובתם לנקוט באמצעי שפגיעתו בקניינם של התובעים תהיה מצומצמת ביותר.

עוד נטען כי הודעת ההריסה היתה בלתי חוקית; כי ההריסה נגועה בחוסר סבירות ובחוסר מידתיות קיצוניים, וכן כי היקף ההריסה נגוע בחוסר סבירות ובהעדר מידתיות.

שלילת זכות הטיעון מהנתבעים לנוכח קיומה של התחייבות מפורשת ליתן להם התראה בת 30 יום, מטילה על כתפי הנתבעים את מלוא האחריות לנזקם של התובעים.

הריסת המשתלות היתה צעד חמור וקיצוני ובגדר ענישה קולקטיבית, כאשר חוסר האיזון בין היקף הפגיעה לבין המטרה הוא קיצוני. איזון זה הופר לא מתוך רשלנות גרידא אלא מתוך מודעות מלאה לתוצאה המיידית של ההריסה.

אי מתן התראה בטווח הזמנים שנקבע על ידי בג"צ מהווה הפרה של הבטחה שלטונית שהנה בעלת משקל מיוחד.

לטענת התובעים, נסיבותיו המיוחדות של המקרה מחייבות את התערבותו של ביהמ"ש שכן יש לקבוע שהנתבעים פעלו בחריגה מסמכותם המנהלית והציבורית.

2. **טענות הנתבעים**

בכתב ההגנה נטען כי טענת התובעים, לפיה התחייבה המדינה בבג"ץ למתן ארכה בת 30 יום בטרם ביצוע צו ההריסה של המשתלות, מערבת בין מחלוקת שהייתה בין המדינה לבין התובעים עקב בניית המשתלות שלא על פי דיני התכנון ובנייה (אשר היא שהיתה על הפרק בבג"צ) - לבין ההריסה בשנת 2000, שביצועה נבע מטעמי בטחון בעקבות שינוי בנסיבות הביטחוניות שהתחוללו לאחר ספטמבר 2000.

לכן, ההבטחה שניתנה בבג"ץ לגבי ארכה בת 30 יום התייחסה לעילת ההריסה בהעדר היתר בנייה, כך שטענת התובעים מחטיאה את המציאות שנוצרה בשטח. כמו כן, התייחסו התובעים למשתלות במנותק מהאזור כולו, שעה שבסמוך אליהן מצויה העיר קלקיליה שבשליטת הרשות הפלסטינית.

התביעה אינה מגלה עילה או יריבות כלפי הנתבעים ועל כן דינה להדחות על הסף. עפ"י [החוק לתיקון סדרי הדין האזרחי](#) (המדינה כבעל דין), תשי"ח – 1958, הליך שהמדינה היא צד לו יוגש ויתנהל נגד מדינת ישראל (להלן: "הנתבעת").

כמו כן, נטען כי האירועים הנטענים בכתב התביעה התרחשו תוך כדי ועקב פעולה מלחמתית הפוטרת את המדינה מחבות בנזיקין.

עוד נטען כי בית המשפט אינו מוסמך ליתן צו עשה כמבוקש בתובענה וגם מטעם זה יש לדחות את התובענה על הסף.

טענה נוספת אשר הועלתה על ידי הנתבעת היא כי חלק מן השטח עליו ניצבו המשתלות נתפס ע"י המדינה מספר שנים לאחר הריסתן לצורך הקמת גדר ההפרדה, והתובעים או מי מהם קיבלו או יקבלו פיצוי בגין כך.

לדברי הנתבעת, עולה מכתב התביעה כי כבר בראשית חודש אוקטובר 2000 היו התובעים מודעים לאפשרות שהמשתלות תהרסנה, ככל שלא ימנעו את אירועי הטרור. חודש ימים קודם לחישוף היו התובעים מודעים לכך אולם, לא פנו לבית המשפט ולא פעלו לפינוי הרכוש מבעוד מועד.

במאזן השיקולים שבין רווח כלכלי של התובעים לבין סיכון חי אזרחים וחיילים - גבר השיקול של הבטחת שלומם של האחרונים.

כמו כן, בנסיבות העניין לא ניתן היה לתת לתובעים ארכה מעבר לזו שניתנה בפועל. הנתבעת אף טענה כי עבודות החישוף בוצעו במועד שונה מזה שנטען בכתב התביעה. עילת התביעה של התובעים מקורה בבנייה בלתי חוקית של המשתלות ולכן אין להם עילת תביעה.

עוד נטען כי על האירועים במקום חלים דיני המלחמה ואין לבחון אותם לפי דיני הנזיקין או משפט האזרחי.

הוראות הדין הביני"ל אינן מקנות לאדם פרטי זכות תביעה אלא במקרים מסוימים וקיצוניים, שאינם דוגמת המקרה נשוא התביעה. במקרה זה הופעל שיקול דעת מקצועי לצורך איזון בין האינטרס הכלכלי של התובעים - לבין הגנת שלמות הגוף והחיים של אזרחים אחרים.

הנתבעת טענה כי על הפעילות נשוא התביעה חל תיקון מספר 4 [לחוק הנזיקים האזרחיים](#) (אחריות המדינה) תשי"ב-1952 (להלן: **"תיקון מספר 4 ו-חוק הנזיקים האזרחיים"**) אשר במסגרתו הוגדרה **פעולה מלחמתית** המהווה חריג לחבות המדינה בנזיקים.

הנתבעת או שלוחיה פעלו במקרה זה בתחום הרשאה חוקית או בתום לב, תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית ולא התרשלה בדבר.

הנתבעת העלתה טענות שונות בדבר תרומת התובעים לנזקם.

3. ניהול הדיון

כתב התביעה המקורי הוגש ביום 7.2.2002 על ידי התובעים 1-3 ובסאם שריף שרים, שהיה התובע מס' 4.

ביום 13.11.2002 התבקש תיקונו של כתב התביעה המקורי, בין היתר על ידי החלפתו של התובע מס' 4 אשר הלך לעולמו, על ידי שותפו- התובע 4 בכתב התביעה המתוקן.

מטעם התובעים בכתב התביעה המתוקן הוגשו תצהירי עדות ראשית של ה"ה יאסר מחמוד סאלח דאוד (להלן : "יאסר"), ואיל אבו אלעאדל (להלן : "ואיל"), התובע 2 וחסן שריף שרים (להלן : "חסן").

בתצהירו של יאסר נאמר כי הוא אחיו ושותפו של מחמד, התובע מס' 1.

בתצהירו של ואיל נכתב כי הוא שותפו של מועין, התובע מס' 3.

בתצהירו של חסן נאמר כי הוא אחיהם של תחסין, שהנו התובע מס' 4 בכתב התביעה המתוקן, ושל בסאם שריף שרים, שהיה התובע המקורי בתובענה ואשר הלך לעולמו.

מטעם הנתבעים הוגשו תצהיריהם של איתן, אשר שימש כמפקד חטיבת אפריים בזמנים הרלבנטיים לתובענה, רן, אשר שימש כסמח"ט אפריים בזמנים הרלבנטיים לתובענה, חנן אשר שימש כקצין מודיעין של חטיבת אפריים בין 7.2001 ל – 8.2003, רמי זיו אשר שימש כממונה אזור שומרון ביחידת הפיקוח המרכזית של המנהל האזרחי, חיים ארד ששימש כפקח ביחידת הפיקוח המרכזית וכן סמיר אשר שימש כקצין תשתיות מת"ק טול כרם בזמנים הרלבנטיים לתובענה.

במסגרת דיון הוכחות שהתקיים ביום 6.3.2007 נחקרו המצהירים 1, 3 ו – 4 (אשר, כאמור, אינם התובעים) ביחס לזכויותיהם במשתלות.

בעקבות הקו שננקט בחקירת המצהירים, עתרו התובעים להגשתם של תצהירים משלימים בנוגע לסוגיית הבעלות והשותפות במשתלות ובמקרקעין, ולהורות על זימונם הם, להעיד ביחס לסוגיות העולות מן התצהירים המשלימים.

הנתבעת התנגדה למבוקש בטענה כי סוגיית בעלותם או שותפותם של התובעים במשתלות נשוא המחלוקת אינה לב המחלוקת, אלא התוצאה המשפטית הנובעת מכך לגבי זהות התובעים הראויים והנכונים, הזכאים לתבוע.

התרתי את הגשתם של תצהירים משלימים בהתייחס לסוגיות הבעלות והשכירות במקרקעין, לקיומם של הסכמי שותפות וביחס לאישורים בדבר קיומן של המשתלות כעסק חקלאי ומסחרי ברשות הפלסטינית.

בעקבות כך הוגשו תצהירים משלימים על ידי מחמד מחמוד סאלח דאוד, יאסר מחמוד סאלח דאוד, מועין עבד אלכרים עלי עטא, ו – ואיל אבו אלעאדל, תחסין שריף שרים ו – חסן שריף שרים

בדיון שהתקיים ביום 12.7.2007 הודיע ב"כ הנתבעת, עו"ד גל, כי הוא מתנגד להגשתם של התצהירים מאחר שהם מהווים שינוי חזית יסודי מכתב התביעה. כמו כן, הודיע ב"כ הנתבעת באותו מעמד כי הוא מתנגד למסמכים שונים שצורפו לתצהירים.

בעקבות כך קבעתי בדיון כי ההתנגדות לשינוי חזית נרשמת וכי חקירת המצהירים לא תיחשב כהסכמה לשינוי הנטען.

4. טענות מקדמיות

א. שינוי חזית וטענת השותפות

הנתבעת טענה כי בעוד שבכתב התביעה נאמר שהתובעים 1-3 הם הבעלים של המשתלות, הרי שבהמשך ההליכים נטען כי הם שותפים במשתלות יחד עם תובעים נוספים אשר לא צורפו להליך.

תובעים 1 ו- 3 המופיעים בכתב התביעה הנס, למעשה, תובעים בגדר נציג אולם עובדה זו לא פורטה בכתב התביעה.

כמו כן, בכתב התביעה המתוקן התבקש ותוקן שמו של תובע 4 אשר נפטר כאשר תחתיו בא אחיו - תחסין שריף שרים, התובע הנוכחי. אולם, באותה ההזדמנות לא צורפו לכתב התביעה יורשיו של תובע 4 המקורי והתובע 4 אינו יכול לתבוע בשם העיזבון.

התובעים לא תבעו כנציגים, כנדרש לפי תקנה 11 לתקסד"א, ואף לא פירטו בכתב התביעה את טענת השותפות כדי שהנתבעת תוכל לפעול לפי הוראת תקנה 87 לתקסד"א - ולהכחיש את קיום השותפות או את זכותו של תובע לתבוע בשמה.

כמו כן טען ב"כ הנתבעת כי לא הוכח הדין החל על שותפויות במקום מושבם של התובעים. ככל שמדובר בבחינת שאלת השותפות על פי הדין הישראלי, לא הוכחה שותפות רשומה וכן לא הוכח קיומה של שותפות.

בהתייחס לתיעוד שצורף לתצהירים, נטען כי מדובר בתיעוד שהגיע מתחום הרשות הפלסטינית שחלקו מתורגם וחלקו אינו מתורגם. בכל מקרה, לא הוכחו התנאים להיותם של איזה מן המסמכים שצורפו רשימה מוסדית, כנדרש.

בכל הנוגע לתובע 4, הרי שבתביעה לא נטען כי מונה מנהל עיזבון לאחר פטירתו. על מנת שחלק מן היורשים יתבעו בשם כל היורשים - נדרשת הסכמה של כל היורשים האחרים או אישורו של בית המשפט. כתב התביעה אינו מפרט את שמות היורשים ואף לא ניתן אישור על ידי בית המשפט.

התובעים טענו מנגד, כי מן התצהירים המשלימים שהוגשו עולה בבירור כי כל התובעים הם שותפים מלאים בזכויות ובחובות של המשתלות : תובע 1, מחמד דאוד הנו שותפו של אחיו, יאסר דאוד. תובע 3, מועין עטא, הנו שותפו של וואיל אבו אלעאדל ואילו תובע 4, תחסיין שרים, הנו שותפו של אחיו חסין שרים. הנתבעת לא טענה בשלב כלשהו כי לתובעים לא קמה זכות התביעה בגין מלוא הנזק שנגרם למשתלות, אלא שמרה טענה זו לשלב החקירות הנגדיות. התובעים ציינו כי מוסכם שהשותפים יתחלקו באופן שווה בכל סכום שייפסק לזכותם.

עוד נאמר על ידי התובעים בסיכומי התשובה כי גם אם היה חוסר בהירות בעניין השותפות בכתב התביעה, הרי שחוסר בהירות זו הובהרה ואין בכך כדי להוות שינוי חזית.

בשלב ראשון יש לבחון את טענתה של הנתבעת כי טענת השותפות לא נטענה בכתב התביעה, ולכן מדובר בשינוי חזית שאין להתיר אותו. אינני רואה מקום לקבל טענה זו.

ברע"א 9123/05 אדמוב פרוייקטים (89) בע"מ (בפירוק מרצון) נ' סיטי סטייט מקבוצת אלפו בע"מ, [פורסם בנבו]] נקבע בהקשר של הרחבת חזית כי :
 "רשימת הפלוגתאות העומדת לדיון מעוצבת בכתבי הטענות שמגישים הצדדים. משכך, טענה שמעלה בעל דין שלא הועלתה מלכתחילה בכתבי טענותיו מהווה "שינוי חזית" או "הרחבת חזית", ויש לדחותה...
 יחד עם זאת מכיר הדין בשני מקרים בהם יותר שינוי חזית. הראשון הוא תיקון כתבי הטענות באישורו של בית המשפט, לפי סעיף 91-92 לתקנות, והשני הוא שבעל הדין שכנגד נתן לכך את הסכמתו, מפורשות או מכללא (ראו למשל: **ע"א 37/48 בנק הפועלים בע"מ נ' קרבצ'וב, פ"ד ב 143, 146 (1949); ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד מט(2) 843, 874 (1995).**)

הרציונאל העיקרי העומד בבסיסה של הלכה זו הוא מניעת עיוות דין, והדברים מקבלים משנה תוקף שעה שמשנה החזית הוא התובע. מבחינת הנתבע, משקפים כתבי הטענות של התובע את עילת התביעה נגדו, ועל בסיסם הוא בונה את קו הגנתו. אם יאפשר בית המשפט לתובע לשנות את גרסתו במהלך הדיונים, הרי שיכולתו של הנתבע להתגונן עלולה להיפגע.

יוצא אפוא, כי בהלכה זו, כמו גם בהוראות אחרות שעניינן סדרי דין, הפרוצדורה אינה אך קביעת "כללי המשחק", ופעמים רבות יש והיא באה להגן על זכויותיהם המהותיות של הצדדים".

בית המשפט ממשיך וקובע באותו עניין כי -
 "אין חולק כי אכן חל שינוי מהותי בטענותיהם של המשיבים, באשר למעמדו של פלדמן. ברם, לא ניתן להסתפק בממצא זה בלבד, ויש לבחון את הדברים מבחינה מהותית. יפים לעניין הדברים הבאים:
 "...הפרוצדורה היא מסגרת רחבה וגמישה למדי המכוונת לתת לבעל-דין את מלוא האפשרות להציג ולפתח את ענינו בצורה מלאה ושלמה. היא חייבת להישאר כך גם כאשר קורית תקלה או כשבעל-דין עושה שגיאה במהלך המשפט הניתנת לתיקון בלי לגרום עוול לבעל-הדין האחר, ועל בית המשפט להרשות תיקון כזה בנדיבות וברחבות..." (ע"א 189/66 ששון נ' "קדמה" בע"מ, פ"ד כ(3) 477, 479 (1966)).

בנסיבותיו של אותו עניין קבע בית המשפט כי דובר בטענה משפטית הנובעת מן העובדות שהונחו בפניו עוד בכתבי הטענות, ולכן לא מדובר בשינוי חזית אסור.

מצב דברים זה שונה אמנם מן הנסיבות שבפני, בהן לא צויין בכתב התביעה דבר קיומם של בעלים נוספים במשתלות.

עם זאת, לנוכח העובדה כי מתצהירי התובעים ושותפיהם עולה כי התובעים 1 ו- 3 הורשו על ידי שותפיהם לתבוע את נזקי השותפות בתביעה, כך שלפסק הדין שיינתן תחולה גם כלפי השותפים, הרי אף ככל שיש שינוי חזית - לא ייגרם כתוצאה מכך כל עיוות דין לנתבעת, חרף העובדה שתביעתו של התובע בחזקת נציג לא הוזכרה במפורש בכתב התביעה.

העדר העוול אשר ייגרם לנתבעת כתוצאה מהבהרת שאלת השותפות עולה גם מעמדתה של הנתבעת עצמה, כפי שהיא עולה מהתגובה לבקשה להוספת התצהירים בעניין השותפות, בה נאמר כי "לא סוגיית בעלותם ו/או שותפותם של התובעים במשתלות, נשוא המחלוקת, היא לב המחלוקת, אלא התוצאה המשפטית הנובעת מכך לגבי זהות התובעים הראויים והנכונים הזכאים לתבוע".

יש לבחון עתה את הטענות באשר לעצם קיום השותפות. בסיכומים טענה הנתבעת כי ככל שקיימת שותפות בין התובעים לבין אחרים, היא קיימת בשטח עליו לא חל המשפט הישראלי, ולא הוכח מה קובע הדין במקום מושבם של התובעים לגבי שותפות. אי הוכחת הדין היא מחדל של התובעים. הדין החל ביהודה ושומרון הינו בגדר דין זר, אשר יש להוכיח אותו בדרכים המקובלות להוכחת דין זר.

ראה לעניין זה [רע"א 8569/04 רזוק נ' הפטריארכיה הקופטית האורתודוקסית](#), [פורסם בנבו].

באותו מקרה נקבע כי משלא הוכח הדין הירדני בדרך הראויה, אין מקום לבוא בטרוניה עם בית משפט שלום שנעזר בחזקת שוויון הדינים.

ראה גם [ע"א 1227/97 סלעית האדומים מחצבה ומפעל לעיבוד אבן בע"מ נ' איברהים פד"י נג \(3\) 247 בעמ' 252](#).

כב' השופט אנגלרד קבע כי אין מקום לטענה כי משלא הוכיחו התובעים את הדין החל, דהיינו דין יהודה ושומרון, דין תביעתם להידחות.

בית משפט רשאי לפסוק על פי הדין הישראלי מכח חזקת שוויון הדינים, כאשר הנתבע איננו מעורר בכתב התביעה טענה בדבר תחולת דין זר ומנהל את המשפט לפי הדין הישראלי.

נראה כי גם הנתבעת במקרה שבפני סברה שיש להחיל את חזקת שוויון הדינים ובחנה את נושא השותפות במקרה הנוכחי על פי הדין הישראלי.

לאור זאת, יש לבחון את טענתם של התובעים לעניין השותפות, על פי הדין הישראלי.

[פקודת השותפויות](#) [נוסח חדש], תשל"ה - 1975 מכירה בעצם קיומה של שותפות ובמעמדה המשפטי אף ככל שזו לא נרשמה (סעיפים 4 ו-5 [לפקודת השותפויות](#)).

בכל הנוגע ליכולתו של שותף לפעול בשמה של השותפות במסגרת הליכים משפטיים, הרי שהסעיפים הרלבנטיים לענייננו הם סעיף 14 [לפקודת השותפויות](#)

[נוסח חדש], תשל"ה - 1975 וסעיף 5 [לחוק השליחות](#), תשכ"ה - 1965.

סעיף 14 [לפקודת השותפויות](#) קובע כי:

"כל שותף הוא שלוח של השותפות ושל שאר שותפיו לכל עניין של עסקי השותפות.... זולת אם למעשה אין לו הרשאה לפעול בשם השותפות באותו עסק".

מסעיף זה עולה כי יש לפנות ל**חוק השליחות**, תשכ"ה - 1965 הקובע בסעיף 5(א) בו:
**"השליחות חלה - באין הגבלה בהרשאה - על כל פעולה הדרושה באופן
 סביר לביצועו התקין של נושא השליחות, אולם אין היא חלה - באין
 הרשאה מפורשת לכך - על הליכים לפני בית משפט, בית דין או בורר,
 ולא על פשרה או ויתור או פעולה בלי תמורה".**

בע"א [5466/97](#) יעקב עוזיאל-עו"ד, כונס הנכסים של ערד נאות בנגב בע"מ נ' ש.א.ע. אבני ירושלים בע"מ [פורסם בבנו] (מיום 18.11.99) קבע בית המשפט העליון כי לנוכח לשונו של סעיף 5 ל**חוק השליחות** נדרשת הרשאה מפורשת של שותף לשותפו לניהול הליכים משפטיים בשם השותפות. הרשאה מפורשת שכזו עולה מסעיף 8 לתצהירים המשלימים שהוגשו מטעם התובע 1 ושותפו יאסר וכן התובע 3 ושותפו וא"ל. בסעיף 8 לתצהירים אלה נאמר כי התביעה הוגשה בשם השותפות בגין הנזק שנגרם למשתלה בהסכמת השותפים. כמו כן, צויין כי הוסכם שכל סכום שייפסק יחולק בין השותפים באופן שווה. האמור בתצהירים אלה לא נסתר בחקירה נגדית. לכן, הוסמכו התובעים 1 ו- 3 על ידי שותפיהם לתבוע בשם השותפות.

משהוכח כי התובעים ושותפיהם הם הזכאים לתבוע, הרי שלא קופחה כל זכות מהותית של הנתבעת. לכן, אני דוחה את טענות הנתבעת בהתייחס לתביעות התובעים 1 ו- 3 בשמה של השותפות.

שונה המצב בכל הנוגע לטענות שהועלו ביחס למעמדו של התובע 4 (תחסין שריף שרים).

בתצהיר המשלים שהוגש מטעם תחסין, נאמר כי במועד הרלבנטי לתביעה היו הוא, התובע 4 המקורי (אחיו בסאם שנפטר) ואח נוסף בשם חסן, הבעלים והמנהלים במשותף של המשתלה. לאחר מותו של בסאם נכנס תחסין לנעליו של בסאם כתובע בשם השותפות, בהסכמת האח - השותף הנוסף, חסן. בסעיף 8 לתצהיר המשלים נאמר כי כל סכום שייפסק יתחלק בינו לבין אחיו - שותפו - לבין ילדיו של האח המנוח בסאם, בחלקים שווים. בתצהיר המשלים שהוגש מטעם חסן נאמרו דברים זהים.

יש לציין, כי בשני התצהירים המשלימים הבהירו השותפים באופן חד משמעי, כי התביעה אשר הוגשה על ידי התובע 4 המקורי אשר נפטר, היא תביעה אשר הוגשה בשם השותפות.

לכן, גם אם ניתן לומר כי הוכחה שותפות בין חסן ותחסין, עדיין צריכה הייתה להינתן הסכמת כל השותפים להגשת התביעה בשם השותפות – ובכלל זה יורשיו של בסאם.

בפסק דין **עוזיאל** הדגיש בית משפט את הוראות סעיף 5 **לחוק השליחות**, אשר קובע כי אין השליחות חלה באין הרשאה מפורשת על הליכים בפני בית משפט, בית דין או בורר.

הסכמה כאמור, אשר ניתנה מפורשות על ידי השותף חסן, לא הוצגה בפני בית המשפט ביחס למי שנטען שהם יורשיו של התובע 4 המקורי, כלומר ילדיו. בעניין היורשים העיד תחסין כי אחיו, התובע מס' 4 המקורי, נפטר במצרים, וכי יורשיו הם שתי נשים והילדים שלו.

תחסין נשאל בעמ' 231 לפרוטוקול :

"ש. למרות שהתביעה תוקנה ואתה תובע במקום אחיך, לא צירפת את היורשים שלו.

ת. הם רשומים במשרד הכלכלה מהיום הראשון. לפני שהוא מת הם רשומים. אחרי שהוא מת, כתבו במשרד הכלכלה השם שלי והשם של אח שלי, והשם של הילדים שלו, כתובים."
(שם, ש' 26-22).

לבית המשפט הומצאו תרגומים של מסמכים שונים בערבית, אשר צורפו לתצהירי התובעים, כולל תרגומו של נספח ג' לתצהירם של חסן ותחסין שהוא מהווה לטענתם רישום לשכת המסחר והתעשייה החקלאית בדבר הזכויות במשתלה. עם זאת, אין באותו מסמך פירוט כלשהו של זהות היורשים, אלא נאמר באופן כללי **"יורשיו של באסם שריף יוסף שרים"**.

אין במסמכים אלה כדי להצביע בדרך כלשהי על זהות היורשים ואף לא על הסכמתם לניהול ההליך בשם השותפות.

בעדותו טען תחסין כי אביו הוא האפוטרופוס של ילדיו של בסאם (עמ' 23 ש' 6-5). אולם, לא הוצגה כל ראיה לעניין זה וחסן אף השיב כי אינו יודע האם יש צו של בית הדין השרעי לענין יורשיו של בסאם (עמ' 233 ש' 22-18).

לנוכח האמור לעיל, לא הוכח מיהם יורשיו של בסאם ומקל וחומר לא הוכח כי יורשים אלה הסמיכו את התובע 4 לתבוע גם בשמם.

בנסיבות אלה, אני מוחקת את תביעתו של תובע 4.

ב. מעילה בת עוולה לא תצמח עילת תביעה

טענה נוספת שהועלתה על ידי הנתבעת, היתה כי הואיל והמשתלות הוקמו מלכתחילה שלא כדין, הרי שאף אם פעולת הריסתן אינה נופלת לגדר פעולה מלחמתית - ממילא אין הריסתן יכולה להקים עילה בנזיקין לתובעים. אינני רואה מקום לטענה זו.

במסגרת ההליך המשפטי שהתקיים בבג"צ נחלקו הצדדים במספר עניינים, ובהם בשאלה האם במתן רישיונות למשתלות יש משום הסכמה מכללא להקמת חממות, והאם יש לראות בחממות משום מבנה על פי דיני התכנון והבניה וכיו"ב. סוגיות משפטיות אלה ואחרות שהועלו על ידי הצדדים לא זכו, למעשה, לכל הכרעה שיפוטית. זאת לאור סיומו של התיק בהודעת המדינה כי אינה עומדת על ביצועה של ההריסה לנוכח שינוי הנסיבות.

בנסיבות אלה, בהן לא הייתה כל הכרעה שיפוטית הדוחה את טענות התובעים, לא ניתן לצאת מנקודת הנחה מקדמית השוללת את זכות התביעה של התובעים ויש להידרש לטענות לגופן.

5. עילת הרשלנות

התובעים טענו, כאמור, כי הריסת המשתלות מקנה להם עילת תביעה על פי דיני הנזיקין.

אחריותה של המדינה בנזיקין מוסדרת ב**חוק הנזיקים האזרחיים** (אחריות המדינה), תשי"ב - 1952 (להלן: "חוק הנזיקים").

סעיף 2 לחוק הנזיקים קובע כי:

"דין המדינה לענין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מאוגד, פרט לאמור להלן בחוק זה".

סעיף 3 לחוק הנזיקים מסייג וקובע כי :

"אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית, מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית; אולם אחראית היא על רשלנות שבמעשה".

א. קיום עילה בנזיקין עקב מעשה או מחדל מנהלי

התפתחותה של הפסיקה העוסקת באפשרות הפרט לתבוע את המדינה בעילה נזיקית עקב מחדל מנהלי, נסקרה בהרחבה בת.א. (י"ם) 7191/05 בירה בוקסר ישראל בע"מ ואח' נ' משרד התעשייה המסחר והתעסוקה [פורסם בנבו] (מיום 14.1.2009) (להלן: **"ענין בירה בוקסר"**) וכן בת.א. (ת"א) 2292/00 ש.ח. מהנדסים ויועצים בע"מ נ' משרד הבריאות [פורסם בנבו] (מיום 22.1.2009). במסגרת דיונים אלה נדחו תביעות נזיקין שהוגשו כנגד המדינה בגין טיפול רשלני בבקשת התובעים לייבא לארץ בירה ובגין סירוב לרשום תכשיר וטרינרי, בהתאמה.

בית המשפט הפנה לדברי כב' השופט א' א' לוי בע"א 10078/03 אורי שתיל נ' מ"י (פורסם בנבו) [מיום 19.3.07] לפיהם -

"פעולה של רשות מנהלית – למצער כזו שפגעה בזכויות – יסוד של אדם – ומקורה בהפעלתו של שיקול הדעת המסור בידי הרשות, אך היא אינה מידתית או שאין הורתה בתכלית ראויה, מן הדין כי תחשוף את הרשות לא רק לביקורת שיפוטית במישור המנהלי, כי אם גם לאפשרות הטלתה של אחריות במישור הנזיקי".

מכאן עולה בבירור, כי פעולה של רשות מנהלית יכולה להוות בסיס להטלת אחריות בדיני נזיקין.

בהקשר זה יש לציין, כי הנתבעת טענה שאם לתובעים יש זכויות מנהליות לדרישת פיצויים וערעור על דחיית דרישה כזו, היה עליהם לנקוט בהליכים המנהליים הכרוכים בכך, לפי תחיקת הבטחון באזורם שהותקנה על ידי המושל הצבאי ולפנות לבית המשפט המוסמך לשם כך.

טענה זו יש לדחות משני טעמים :

ראשית, מדובר בטענה שהועלתה רק בשלב הסיכומים ולא נטענה במסגרת כתב ההגנה.

שנית, מעיון בנספחי כתב התביעה עולה כי לאחר ביצוע ההריסה פנה ב"כ התובעים ללשכת היועמ"ש באיו"ש בדרישה לקבלת פיצויים.

דרישה זו נדחתה ע"י עוזר היועמ"ש, בטענה כי לפי דיני המלחמה במשפט הבינלאומי, נזק הנגרם לרכוש פרטי במהלך תקופת לחימה - אינו מזכה את הנפגע בפיצוי.

משנדחתה פניית התובעים על ידי הגוף המטפל לא היתה מוטלת עליהם חובה לנקוט בהליך משפטי כאמור.

בענין בירה בוקסר לעיל ציין כבוד השופט שפירא כי –

"חובת מיצוי ההליך המנהלי כשמו כן הוא, במיצוי ההליך המנהלי בפני הרשות המינהלית, ואינו מטיל חובה על הפרט לפנות בעתירה מנהלית (או עתירה לבג"צ)"

ועוד נאמר על ידו שם כי –

"מדיניות שיפוטית ראויה אינה מצדיקה הטלת נטל על הפרט לפנות בהליך כאמור, ואין הרשות יכולה לפטור עצמה בטענה שאין עליה אחריות בנזיקין למעשיה או מחדליה בשל אי פניה בהליך מנהלי. לכל היותר ניתן לומר כי מקום בו עומדת לפני הפרט האפשרות לנקוט בהליך של השגה או ערר כנגד הרשות, עליו לנקוט בהליך זה כדי לצורך מיצוי ההליך המינהלי".

לאור האמור יש לדחות את טענת הנתבעת בדבר אי מיצוי ההליך עקב אי נקיטת הליך של ערעור.

ב. חריג לרשלנות: פעולה מלחמתית

- - המצב המשפטי החל –

סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים קובע כי -

"אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא-הגנה לישראל"

תיקון מס' 4 לחוק זה, קבע הגדרה של פעולה מלחמתית כלהלן:

"לרבות כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשה איבה או התקוממות שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים ולגוף".

הצדדים נחלקו ביחס לשאלה האם תיקון מס' 4 והגדרת פעולה מלחמתית שבו חלים על התובעים: לטענת הנתבעת תיקון זה חל בעוד שלטענת התובעים המצב המשפטי החל הוא כפי שהובהר על ידי כבוד הנשיא ברק [בע"א 5964/92 ג'מאל קאסם בני עודה נ' מ"י פד"י נ"ו](#) (4) 1 (להלן: **"הלכת בני עודה"**).

בסעיף 9 לאותו פסק דין הוסבר כי התכלית המונחת ביסוד הפטור המוענק למדינה מאחריות בנוזקים בגין פעולה מלחמתית של הצבא, היא הגישה על פיה פעולות מלחמתיות הגורמות נזק לפרט אינן צריכות להיות מוכרעות על ידי דיני הנזיקים הרגילים. פעולות מלחמתיות יוצרות סיכונים מיוחדים אשר הטיפול בהם צריך להיות מחוץ לגדרי האחריות הנזיקית הרגילה.

"התפיסה הינה כי דיני הנזיקין הרגילים אינם מתאימים להסדרתו של סיכון מיוחד זה... אין הם מתאימים כאשר הסיכון בפניו ניצבים הפרט והכלל הוא חריג ויוצא דופן. פעולות מלחמתיות יוצרות מעצם טיבן וטבען סיכונים, אשר מערכת הדינים ה"שיגרתיים" לא נועדה להתמודד עמהם."

עם זאת, ציין הנשיא ברק, כי הגישה איננה שפעולה מלחמתית היא מחוץ למערכת הדינים המשפטית, אלא כי בעיית האחריות האזרחית בגין פעולות מלחמתיות צריכה להיקבע מחוץ לדיני הנזיקין הקלאסיים. במסגרת פסק הדין פירש בית המשפט את המונח פעולה מלחמתית, פרשנות אליה אתייחס מאוחר יותר.

בבג"צ [8276/05](#) **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הבטחון ומדינת ישראל** [פורסם בנבו] (פורסם ביום 12.12.06) (להלן: **"בג"צ עדאלה"**), הבהיר הנשיא ברק כי הלכת בני עודה נקבעה במטרה לבאר את משמעותו של המונח פעולה מלחמתית, כפי שהופיע [בחוק הנזיקים האזרחיים](#), על רקע תביעות שהוגשו בתקופת האינתיפאדה הראשונה:

"תביעות האינתיפאדה" עוררו את השאלה מהי הפרשנות אותה יש ליתן למונח "פעילות מלחמתית". פסקי הדין שניתנו בתביעות אלה בבתי המשפט המחוזיים נעו, ביחס לשאלה זו, בין "המגמה המרחיבה" ל"מגמה המצמצמת" (ראו א' יעקב, "חסינות תחת אש: חסינות המדינה

בשל נזק שנגרם כתוצאה מ"פעולה מלחמתית", משפטים לג(1) (תשס"ג) 107, 172-158; להלן – חסינות תחת אש). שתי הגישות קבעו כי פעילות כוחות הביטחון לשמירת הסדר והביטחון באזור במהלך האינתיפאדה הראשונה עשויה לחסות תחת חסינות זו. הגישה המרחיבה נטתה לראות במרבית הפעילות המבצעית של כוחות הביטחון, שנועדה לשמירת הסדר והביטחון, כפעילות מלחמתית. הגישה המצמצמת הבחינה בין פעולות שיטור לבין פעולות מלחמתיות, וביקשה לבחון את נסיבותיה של כל פעילות על מנת לקבוע האם מדובר בפעילות מלחמתית. שאלה פרשנית זו הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון בתחילת שנות התשעים, בפרשת בני עודה. במהלך הדיון בערעור, הודיעו המשיבים כי ככוונתם להסדיר את סוגיית אחריות המדינה בגין נזקי האינתיפאדה בחקיקה של הכנסת. במסגרת זו פורסמה הצעת חוק ממשלתית לטיפול בתביעות של כוחות הביטחון ביהודה והשומרון וחבל עזה, התשנ"ז-1997 (ה"ח 2645, ע' 497). החוק המוצע ביקש להרחיב את האופן שבו מתפרש המונח "פעילות מלחמתית". הוצע כי יראו כפעולה מלחמתית "כל פעילות מבצעית של צבא הגנה לישראל שתכליתה לחימה בטרור או מניעתו, וכל פעולה אחרת של שמירה על הביטחון ומניעת פעולת איבה והתקוממות שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף...". אולם, הליכי החקיקה לא צלחו, והצעת החוק לא הבשילה כדי מעשה חקיקה. בנסיבות אלה, נדרש בית המשפט העליון לתת את הכרעתו בפרשת בני עודה". (ההדגשה שלי ד.ק.).

לאחר שסיים לסקור את פסיקתו בבני עודה הוסיף הנשיא ברק (במסגרת דיונו בבג"צ עדאלה) והבהיר כי על רקע אירועי האינתיפאדה השנייה "ולנוכח הפירוש הצר מדי, לטעמה של הכנסת, שנתן בית המשפט העליון לביטוי פעולה מלחמתית בפרשת בני עודה, התחדש הניסיון להסדיר בחוק את סוגיית אחריות המדינה בגין נזקי האינתיפאדה.

הצעת החוק הממשלתית שגובשה בשנת 1997 שבה והונחה על שולחן הכנסת. הפעם צלח ניסיון החקיקה, והכנסת קיבלה (ביום 24.7.2002) את חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4)... (ההדגשה שלי - ד.ק.).

מדברי הנשיא ברק לעיל עולה, כי הגדרת המונח פעולה מלחמתית בתיקון מס' 4, מהווה בגדר הרחבה לפרשנות המונח כפי שנתנה לו בפסיקתו של בית המשפט העליון בהלכת בני עודה.

מקובלת עליי בעניין זה גם הפניית ב"כ התובעים לדברי נציגת משרד המשפטים עו"ד קלהורה בוועדת חוק ומשפט בכנסת בישיבת מיום 15.6.05 אשר צורפה לתגובת התובעים לבקשה לדחייה על הסף, אשר הגישה הנתבעת.

פרוטוקול זה מתייחס בתוכנו בצורך בתיקון מס' 7 אשר בוטל בשלב מאוחר יותר. בעמוד 6 לפרוטוקול נאמר על ידי ב"כ משרד המשפטים כי ההצעה נועדה לקבוע עקרון רחב יותר מאשר פעולה מלחמתית והבהירה כי "שהצעת החוק הזאת גובשה לראשונה לא היה ידוע מה היא פעולה מלחמתית, כי לא היה תיקון מס' 4 ולא היתה הגדרה. אני מצטערת לומר שגם אחרי תיקון מס' 4 לא ברור לאף אחד מה זה "פעולה מלחמתית", ונציגי הפרקליטות אולי יסבירו זאת אחר כך. זה לא ברור למרות פסיקת בית המשפט העליון. גם המבחן של בית המשפט העליון הוא מבחן לא טוב, ובתי המשפט הנמוכים, לצערי, להשקפתנו, לפי מה שאנחנו רואים, עושים מ"פעולה מלחמתית" משהו מאוד לא ברור ומאוד קשה להגדרה. אנחנו רוצים שהפעולות כמו חישוף שטחים, תפיסת בתים לצורכי תצפיות או לצורכי עמדות, מחסומים, וכן פעולות מהסוג הזה, שלא נופלות לגדר המבחן הצר מאוד, המבולבל והלא ברור של "פעולה מלחמתית" – גם בגינן לא ניתן יהיה לתבוע."

נראה כי בדברים אלה יש משום תמיכה במסקנה כי כוונתו של תיקון מס' 4 הייתה להרחיב את ההגדרה הצרה אשר היתה קיימת קודם לכן. אין לכן מקום לטענת הנתבעת, על פיה אין תיקון מס' 4 קובע הגדרה חדשה לפעולה מלחמתית, אלא שהוא בא אך ורק כדי להבהיר את המונח כפי שהיה בחוק המקורי – ולכן אין כל מניעה מלהחילו גם על המקרה הנוכחי.

אין גם מקום לטענת הנתבעת על פיה, גם אם מדובר בחוק חדש, הרי שאין פגם בהחלתו על המקרה הנוכחי, שכן אין מדובר בהחלה למפרע של חוק פלילי אלא בנושא שבמהותו הוא אזרחי.

מנוסחו של סעיף 4 (ב) לתיקון 4, עולה כי המחוקק ביקש להחיל את נוסח התיקון על תובענות שעילתן מעשים שאירעו לפני תחילתו של החוק. הסעיף קובע כלהלן:

"על אף האמור בפסקה (3) של סעיף 5א' לחוק העיקרי, כנוסחו בסעיף 3 לחוק זה, לעניין תובענה שעילתה מעשה שאירע לפני תחילתו של חוק זה וטרם התיישנה, יימנו המועדים האמורים בפסקה (3), מיום תחילתו של חוק זה, ובלבד שבכל מקרה לא תעלה תקופת ההתיישנות על תקופת ההתיישנות שחלה לפי הדין ביום המעשה". (ההדגשה שלי - ד.ק.).

מנוסח זה עולה כי מועד תחילתו של החוק הוא היום הקובע. התיקון עצמו לא קבע כל הוראה בדבר תחולה רטרואקטיבית.

מנוסח החוק אף לא נובעת כל הוראה שיש בה כדי להביא למסקנה שהוראות החוק יחולו על מעשים אשר לא רק אירעו לפני תחילתו של החוק - אלא שהתביעה בגינם אף הוגשה לפני שהחוק נכנס לתוקף.

במקרה שבפניי אירעו האירועים בשנת 2000 והתביעה הוגשה באפריל 2002, בעוד שתיקון מס' 4 התקבל רק ביולי 2002. מכאן עולה כי יש להחיל במקרה הנוכחי את המצב המשפטי, כפי שהיה בתוקף לפני התיקון.

בהקשר זה יש להתייחס לטענה נוספת של הנתבעת על פיה, על רקע הכרת בית המשפט העליון בהיות האינתיפאדה השנייה מצב של לחימה, יש להתייחס לפעולת החישוף כאל פעולה מלחמתית.

בעניין זה הפנתה הנתבעת ל**בג"צ 7015/02 עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'** [פורסם בנבו] (להלן: "**פסק דין עג'ורי**").

בפסק דין עג'ורי נאמר אכן על ידי כב' הנשיא ברק כי מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה ושומרון וחבל עזה לחימה קשה "**אין זו פעילות משטרית זה סכסוך מזויין**" (סעיף 1 לפסק הדין).

על דברים אלה חזר בית המשפט העליון גם ב**בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' פד"י נ"ח** (5) 807, בו נדונו טענות כנגד תוואי גדר ההפרדה, בקובעו כי ההחזקה באיו"ש הנה תפיסה לוחמתית.

גם אם יש בקביעות אלה, כדי להשפיע על בחינת עצם היותה של פעולה פעולה מלחמתית במהותה, אין בהן כדי לקבוע מלכתחילה כי יש לראות בפעולת החשיפה בגדר פעולה מלחמתית. ההלכה בעניין זה ברורה וחד משמעית.

אין ההגנה החלה על המדינה בגין פעולה מלחמתית לפי הוראות סעיף 5 לחוק, נקבעת על פי מהותה של התקופה בה מבוצעת הפעולה.

"לעניין סעיף 5 הנ"ל, אינה קובעת מהותה של התקופה, שבה מבוצעת העוולה, הווה אומר העובדה שהיא תקופת מלחמה, ולא די בכך כי בתקופה כאמור מבוצעת פעולה על ידי הצבא. אף בזמן מלחמה יש פעולות לרוב של הצבא, שאינן גוררת אחריהן פטור לפי סעיף 5..."

אין ספק, כי פרשנות זו לסעיף 5 היא פרשנות מצמצמת, אך זו גם היתה, בצדק, הגישה שבאה לידי ביטוי בפסיקה של בית משפט זה מאז [ע"א 311/59](#), [1] 317 הנ"ל, והפרשנות האמורה סבירה ואף רצויה, כאשר מדובר על חסינות מפני אחריות למעשה, שהוא, לפי טבעו ובנסיבות רגילות, בגדר מעשה עוולה."

ראה לעניין זה [ע"א 623/83 לוי נ' מדינת ישראל פדי מ\(1\) 477](#).

על קביעה זו חזר בית המשפט העליון גם לאחר תיקון מס' 4 וזאת בע"א [9561/05 חטיב נ' מדינת ישראל](#) [פורסם בנבו] (מיום 4.11.2008).
כב' השופט רובנשטיין חוזר ומבהיר בעמ' 8 לפסק הדין כי הוראת הפטור המצויה בסעיף 5 מתפרשת בצמצום תוך הפנייה לפסק דין לוי.

אין, לכן, מקום לקביעה גורפת על פיה יש לראות בפעולה שבפניי פעולה מלחמתית אך ורק לאור העובדה כי אירעה בשלהי שנת 2000.
משמעותה של קביעה זו היא כי גם במסגרת האינתיפאדה השנייה, נדרשת בחינה נקודתית של הפעולה הספציפית שבוצעה כ- פעולה מלחמתית, וזאת בהתאם להלכת בני עודה.

- האם האירועים נשוא התביעה הם בגדר פעולה מלחמתית

הקריטריונים לבחינת מהותה של פעולה כפעולה מלחמתית נקבעו כאמור על ידי הנשיא ברק בפרשת בני עודה:

"הנה כי כן, במתן תשובה לשאלה אם פעולה היא 'מלחמתית' יש לבחון את כל נסיבות האירוע. יש לבדוק את מטרת הפעולה, את מקום האירוע, את משך הפעילות, את זהות הכוח הצבאי הפועל, את האיום שקדם לה וניצפה ממנה, את עוצמת הכוח הצבאי הפועל והיקפו ואת משך האירוע".
קריטריונים אלה הוחלו על ידי בית המשפט העליון גם בפסק דין חטיב לעיל.

התובעים טענו כי עפ"י פרמטרים אלה עולה באופן חד משמעי כי פעולת ההריסה לא היתה פעולה מלחמתית.

במענה לכך טענה הנתבעת כי ביצוע חישוף בנסיבות המתוארות בתביעה, הוא בגדר פעולה מלחמתית שכן כמוהו כהשמדת עמדת אויב. אין להבחין לעניין זה בין השמדת עמדת אויב ממנה מבוצעים מעשי פח"ע - לבין השמדת סבך צמחייה המשמש למטרה האמורה.

הנתבעת טענה כי גם ללא תיקון מס' 4, אלא על דרך פרשנות ראויה ועדכנית של המונח פעולה מלחמתית בחוק הנזיקים האזרחיים, יש לראות באירוע החישוף פעולה מלחמתית.

יש לבחון להלן את טענות הצדדים באשר להיותה של הפעולה פעולה מלחמתית, על פי המבחנים שנקבעו בהלכת בני עודה.

- מטרת הפעולה

יש לבחון, בראש ובראשונה, את המטרות שעמדו ביסודה של הפעילות הספיציפית. טענתה של הנתבעת היא מתצהיריהם של המח"ט איתן והסמח"ט רן עולה כי חישוף המשתלות בוצע הואיל ואלה שימשו לביצוע פעילות חבלנית עוינת, אשר סיכנה את הנוסעים בציר התנועה.

מנגד, טענו התובעים כי הנתבעת לא הוכיחה את טענתה על פיה שימשו המשתלות של התובעים בפועל לשם ביצוע פיגועי ירי או זריקת בקבוקי תבערה. בעוד שהשאלה האם הוכח כי בפועל בוצע הירי מתוך המשתלות עצמן אם לאו, עשויה להיות רלבנטית לשאלת הרשלנות (ככל שיהיה עלי לדון בה בהמשך), אין לה משמעות בבחינת המטרה שעמדה ביסודה של הפעולה.

זאת לאור העובדה כי מעדויות רן ואיתן עלה בבירור כי מטרת ביצוע פעולת החישוף הייתה למנוע את איום הפח"ע על ציר התנועה הסמוך, כפי שהסביר רן בעדותו:

"זה יכול להיות התובעים, זה יכול להיות חממות אחרות.

ת. כן. אותי זה לא עניין. אותי עניין כל המרחב שאויס"

(עמ' 66 לפרוטוקול ש' 15-14 וכן שורות 26-16)

כאשר נשאל איתן "את החישוף הזה עשו למטרה של ענישה או למטרה של מניעת סכנת פיגועים? ענישה של מישהו בגלל משהו שהוא עשה בעבר, או מניעה צופת עתיד?"

השיב – "חד משמעית לא ענישה, אלא מניעה באיזור שממנו חד משמעית בוצע ירי לפני, וגם אחרי. גם לעברי, וגם לעבר אזרחים," (עמ' 94 ש' 8-3)

מכאן, הכוונה שעמדה ביסוד הפעולה הייתה בבירור שמירת ביטחונם של אזרחים וחילי צה"ל העושים שימוש בציר התחבורה הסמוך, להבדיל מן הכוונה להרוס מבנים בלתי חוקיים אשר נבנו על ידי התובעים.

- הכוח המשתתף בביצוע הפעולה

בסיכומים טענו התובעים כי העובדה שהחישוף בוצע בהשתתפות גורמים מן המנהל האזרחי וכי נעשה בהשתתפות פעילה של כלים של המנהל האזרחי - מהווה אינדיקציה מכרעת להיותה של הפעולה פעולה אזרחית של ממש.

לדברי הנתבעת, העידו עדי המנהל האזרחי כי נודע להם על פעולה ברגע האחרון וכי לא היו צד לייזומה של הפעולה.

הנתבעת הפנתה לסעיפים 11-14 לתצהירו של רמי זיו, אשר היה במועד הרלוונטי לתביעה ממונה אזור שומרון ביחידת הפיקוח המרכזית של המנהל האזרחי. תפקיד יחידה זו היה לפקח על נושאים שונים וביניהם בניה בלתי חוקית על קרקעות בשטח C.

בתצהיר נאמר על ידי זיו כי הוזעק למקום לאחר תחילת ביצוע הפעולה, בעוד כאשר מדובר בפעולת הריסה המבוצעת על ידי המנהל - מתוכנן הדבר מראש וידוע לו בדיוק מועד ההריסה (סעיף 13 לתצהיר).

זיו גם העיד בחקירתו הנגדית בעמ' 190 לפרוטוקול כי הוזעק להריסה מלימודיו. נראה כי בהפנייה זו אין כדי לשלול את מעורבותו של המנהל האזרחי בביצוע הפעולה גם אם הפעולה לא היתה יזומה על ידו. גם אם עלה מדברים אלה כי לא המנהל הוא שיזם את הפעולה, הרי שאין בכך כדי לשלול את מעורבותו בביצוע הפעולה:

במכתבו של מר דוד קישיק, נושא תאריך מיום 15 בנובמבר 2000, שהוא מנהלו של רמי זיו, אשר צורף לתצהירו, נאמר בין היתר כי -

"בהריסה עצמה השתתפו מטעם היחידה, ממונה שומרון ושלושה רכזים שלבשו אפודים נגד ירי וכן שופל גלגלים של היחידה.

צהל היקצה שופל ו-D.9 והאחרון הגיע באיחור לאחר תחילת הביצוע בשלוש שעות. הפעילות של שופל היחידה היה קרדינלי ועמד במרכז

עבודות ההריסה. בהגיע ה – D.9 למתחם נתקע בגלל תקלה במוביל, השופל של היחידה חילץ אותו ורק אז נכנס לפעולה" (ההדגשה שלי – ד.ק).

ממכתב זה עולה כי הביצוע הדומיננטי היה של כלי של המנהל האזרחי. זיו אישר את הדברים בעדותו כאשר אמר כי - "עד שלב מסוים אנחנו היינו הכלי הדומיננטי, משלב הירי, השיגו את הכלי שלנו אחורה, הוא לא היה ממוגן ירי והממוגן ירי הצבאי עשה את העבודה" (עמ' 191 ש' 19-17).

כמו כן, למרות שאיתן העיד כי נוכחותם של אנשי המנהל נדרשה לצורך ניהול דו שיח מול האזרחים (עמ' 134 ש' 26 – עמ' 135 ש' 6), הרי שבסעיף 14 לתצהירו של זיו נאמר כי נוכחותו במקום היתה נחוצה כדי להצביע על המבנים שהיו טעונים הריסה. מעדותו של זיו עלה כי נוכחותו במקום נועדה על מנת לאפשר את סגירת התיקים של הבנייה הבלתי חוקית ובמסגרת כך נערך הדיווח על ידו :

"ש: אז אני עוד פעם שאלתי אותך אם בב"ח (בניה בלתי חוקית – ד.ק.) זה הסיבה להריסה, אמרת לי לא, אמרת זה הדיווח. אז הדיווח הוא לפי בב"ח אבל ההריסה זה כל המקרים שנהרסו, להלן פרטי המקרים שנהרסו.

ת: לא אדוני, לא. אני אסביר לך. לנו יש תיקים פתוחים אנחנו צריכים לסגור אותם, כדי לסגור תיק אתה מוציא דיווח יש הריסה. יכול להיות שנהרסו עוד משתלות אבל הן לא קשורות לפה"
(עמ' 195 ש' 16-9)

מהעדויות לעיל עולה כי מדובר למעשה בפעולה שהיא פעולה משולבת ואין לקבל במלואה את טענת התובעים על פיה מדובר בפעולה שהיא בהכרח פעולה שמטרותיה אזרחיות.

עצם נוכחותם של אנשי המינהל האזרחי, כמו גם השתתפות של כלי של המינהל האזרחי בביצוע פעולת החישוף, אפילו הייתה זו השתתפות פעילה ביותר, אין בהם כדי לשלול את הטעם המבצעי – צבאי שעמד ביסודה של אותה פעולה כאמור לעיל. אולם, קשה לראות בפעולה אשר במסגרתה משתתפים אנשי המנהל האזרחי, על מנת לסגור תיקים פתוחים של תכנון ובנייה, כפעולה מלחמתית במהותה.

- האיום שנצפה מן הפעילות ועוצמת הכוח הצבאי

למרות ההיבטים המבצעיים הברורים שעמדו ביסודה של הפעילות, הרי שאין מדובר בענייננו בפעולה שנעשתה תוך כדי לחימה אקטיבית. פעולת ההריסה בוצעה לאחר התייעצות וקבלת חוות דעת משפטית (כעולה מסעיף 19 לתצהירו של המח"ט (איתן)), כמו גם לאחר שקילת המצב הביטחוני מזה והפגיעה הכלכלית בתובעים, מזה (כעולה מסעיף 11 לתצהירו של המח"ט).

זאת בשונה מהמצב "בפעולה שמתרחשת בזמן אמיתי" כפי שהסביר המח"ט בעדותו:

עו"ד אילון: מדברייך בסעיף 11 או 12 אני מבין שאתה תקופה מסויימת התלבטת אם להרוס או לא להרוס. לא מיהרת בהחלטה.

ת: אמת.

ש: זה שהשיקול של נזק כלכלי והאישי לתובעים ולאנשים אחרים שיהרסו את המשתלות שלהם עמד מול עיניך.

ת: כן.

ש: ומנקודת המבט שלך בזמן אמיתי, שאלת הנזק היא שיקול ענייני. אתה במבצע, אבל שאלת הנזק מבחינתך היא שיקול ענייני. אתה רוצה להפעיל את הכוח שלך באופן שיגרום את מינימום הנזק הדרוש. נכון?

ת: מפעיל שיקול דעת שאני הולך לבצע פעולה כזאת, בשעת הנזק. שהעקרון הוא גם כמובן בטחון אזרחינו וחיילינו, אבל גם מידתיות.

ש: עכשיו אני רואה גם עם המינהל האזרחי והיועמ"ש של איו"ש.

ת: לפני כל פעולה.

ש: לא כל פעולה. פעולת הריסה.

ת: לפני כל פעולה כזאת, עם המינהל האזרחי,

ש: למה פעולה כזאת מחייבת התייעצות?

ת: א. אני עובד תחת נהלים ופקודות צבאיות. אמנם אני מח"ט גזרה, אלוף משנה בצה"ל, לא יכול להרוס שום דבר, גם לא עץ בלי שמפקדיי והיועץ המשפטי מאשר לי.

ש: אני אתן לך דוגמא. אם עומד תחתך מחלקת טנקים לרשותך לצורך הענין, או רכב משוריין אחר בצומת הפירות, ולפתע יש ירי מסיבי שמסכן את המוצב ואת כל האנשים, וירי דרמטי מאוד, שהפתרון שלו לצורך הענין בסיפור שלי הוא שמחלקת טנקים תעשה "קדימה הסתער" לכיוון הירי, אתה לא פונה ליועץ המשפטי. אתה נותן הוראה ונוסע.

ת: בפעולה שמתרחשת בזמן אמיתי, שמסכנת את חיי האזרחים שאני
 אמון על שמירתם וחיי החיילים, כל פעולה מבצעית שנדרשת, גם אם היא
 הורסת תשתיות אזרחיות, מותר. מותר למפקד להחליט. דרך אגב, לא רק
 המח"ט. גם המט"ק בשטח או המש"ק בשטח, אבל לא נעלמת מעיניו כל
 נושא המידתיות וכו' וכו'. אבל זה בפעולה מבצעית שאורכה דרך אגב, לא
 ארוך מדי. זה לא ימים. זה דקות ובדקות לא הורסים איזורים שלמים. גם
 לא היתה לי מחלקת טנקים, אבל זה סיפור אחר."

(עמ' 114 ש' 10 - עמ' 115 ש' 19)

אמנם, מתצהיריהם של רן ושל מאיר זיו עלה, כי היה על הפעולה להתבצע בתוך זמן
 קצר ללא אפשרות למתן התראה ושימוע, עקב חשש למלכודו של השטח או אפשרות
 כי יוכן מארב באותו מקום (סעיף 31 לתצהירו של רן, סעיף 18 לתצהירו של רמי זיו)
 כך שברור שמדובר בפעולה שטמון בה סיכון.

עם זאת, לא יכול להיות חולק כי גם פעולת סיור של כוחות באזור איו"ש במטרה
 לשמור על הסדר, אשר הוגדרה על ידי בית המשפט העליון בבני עודה כפעולת שיטור
 רגילה, צופנת בחובה סיכונים למשתתפים בסיור אשר יכול ויתממשו ויכול שלא
 יתממשו.

עצם קיומו של הסיכון אין בו כדי להפוך את הפעולה לפעולה מלחמתית. לכן,
 הפעולה שבפניי כשלעצמה, בנסיבות אשר תוארו לעיל על ידי המח"ט, אין בה כדי
 להיות פעולה מלחמתית כהגדרתה בהלכת בני עודה.

יש לבחון עתה את הטענה כי במהלך החישוף בוצע בפועל ירי לעבר מבצעי החישוף.
 טענה זו הועלתה בסעיף 32 לתצהירו של רן הסמח"ט, בו נאמר כי בזמן ביצוע
 עבודות החישוף בוצע הירי מתוך המשתלות.

גם בסעיף 16 לתצהירו של רמי זיו נאמר כי במהלך ביצועה של הפעולה בוצע ירי
 מכיוון המשתלות.

התובעים טענו כי לא הוכח ביצוע הירי מתוך המשתלות במהלך החישוף.

נראה כי טענה זו כלשעצמה איננה משוללת יסוד.

בעדותו חזר זיו על דבריו כי הירי היה מכיוון המשתלות. עם זאת, לא יכול היה
 לומר האם הירי בוצע מתוך המשתלות או מחוץ להן (עמ' 196 ש' 19 - עמ' 197 ש' 8,
 עמ' 197 ש' 24 - עמ' 198 26).

כמו כן, למרות עמדתו של רן בעדותו כי הירי אכן בוצע מתוך המשתלות ממש וכי "כשיריס עליו (צ.ל. – עליו) אני יודע להעריך בערך מאיפה יורים", הרי שלטענתו בדבר ירי מתוך המשתלות לא נמצאו תימוכין ביומן המבצעים, שכן האירוע שדווח ביומן הנו ירי מכיוון קלקיליה.

אולם, גם אם לא הוכח אכן ביצוע ירי מתוך המשתלות עצמן בעת ביצוע ההריסה, הרי עולה מהעדויות כי המשתלות היוו תווך אשר הקל על מבצעי הירי. אין גם ספק כי ירי כאמור אכן בוצע לעבר הכוחות אשר ביצעו את החישוב.

השאלה הרלוונטית בנסיבות אלה היא האם יש לראות את הירי שבוצע לעבר מבצעי החישוב, ככזה "הצובע" את פעולת החישוב בצבעים של פעולה מלחמתית.

נראה כי על שאלה זו יש להשיב בשלילה.

הנזק אשר נגרם לתובעים לא נגרם כתוצאה מאותה פעולה של ירי. פעולת החישוב, אשר היתה כאמור פעולה מתוכננת, היא זו אשר גרמה לנזק הכלכלי הנטען. הפעולה תוכננה כאמור על רקע פעולות ירי קודמות והצורך לשמור על ביטחון הנוסעים בציר התנועה.

מעדותו של המח"ט איתן בעמ' 125 עולה כי מדובר למעשה בהצטברות של אירועים אשר גרמו לקבלת ההחלטה בדבר ההריסה.

אין פעולת ההריסה שגרמה את הנזק, דומה לדוגמאות השונות אשר ניתנו על ידי הנשיא ברק במסגרת פסק דין בני עודה, כפעולות אשר הפכו לפעולות מלחמתיות. המאפיין את אותן פעולות הוא הפיכתה של פעולה צבאית לפעולה לחימה כאשר מגיע שלב של התפרעות או ירי, וכאשר במסגרת תגובה לכך נעשית פעולה של הצבא כגון ירי אשר פוגעת בפלוגי.

כך למשל נקבע בפסק דין חטיב כי פגיעתו של המערער בכדור גומי בראשו, כתוצאה מירי שביצע כוח צה"ל מתוך מוצב בשאטי אשר נתקף בידי המון מתפרע, מהווה פגיעה כתוצאה מפעולה מלחמתית.

בית משפט קמא דחה באותו עניין את טענתו של המערער כי הוא נורה מתוך גיפ עומד.

בית המשפט העליון קבע כי צדק בית משפט מחוזי כאשר קבע כי ירי שבוצע מתוך מוצב על מנת למנוע חדירת המון מתפרע לתוכו עולה כדי פעולה מלחמתית.

מדובר היה בהתפרעות של מאות משתתפים אשר תוקפים חיילי צה"ל הנמצאים בתוך מוצב ומסכנים את חייהם.

אין לראות בסיטואציה מעין זו, קבע בית המשפט העליון, כניסיון לבצע מעצר (כפי שהיה בפרשת חמד) או להבטיח את התנועה בצירים.

לשם השלמת התמונה יש להתייחס לע"א 5604/94 **חמד נ' מדינת ישראל פדי נח** (2) 503, אליו הפנה בית המשפט העליון בעניין **חטיב**.

באותו עניין התרחשו בשנת '90 מהומות והתפרעויות במחנה פליטים בגנין אשר, כפי שציין הנשיא ברק, נתון לתפיסה לוחמתית. המתפרעים רגמו באבנים את מחנה המפקדה הצבאית המצוי בקרבת מחנה הפליטים, את מגדל השמירה ואת אוהל העצורים. צוות ממונה של שטורי מג"ב נסעו למחנה הפליטים ונתקלו במחסום אבנים ואף נרגמו באבנים. הגיף המשיך לנסוע ושני שוטרים ירדו וביצעו פעולת איגוף רגלית על מנעת להרחיק את זורקי האבנים וללכוד אותם. מידי האבנים החלו לזרוק אבנים והשוטרים רדפו אחריהם וקראו להם לעצור, במהלך המרדף ירה אחד השוטרים שלושה כדורי גומי ולא הבחינו כי קטין אשר היה באזור נפגע בראשו מקליע גומי.

בית המשפט קבע כי אותו קטין, הוא המערער, היה עובר אורח תמים. בנסיבות אירועים אלה, נקבע כי יש לראות בפעילות השוטרים פעילות שיטור רגילה ואין לראות בפעילות פעולות לחימה על פי ההלכה שנקבעה בהלכת בני עודה. **"הסיכון שירי כדורי הגומי יצר בנסיבות המקרה הינו סיכון רגיל שדיני הנזיקין מטפלים בו"**. (עמ' 505 לפסק הדין).

נראה כי מקל וחומר יש לקבוע שהריסת המשתלות הן בגדר סיכון רגיל שדיני הנזיקין אמורים לטפל בו.

התוצאה מכל האמור לעיל, היא כי אין לראות בפעולת ההריסה פעולה מלחמתית, המהווה חריג לאחריותה של המדינה בנזיקין ויש לבחון את התנהלות הנתבעת לגופה.

ג. התרשלות

בכתב התביעה נטען, כאמור, כי הנתבעת נושאת באחריות מנהלית לאוכלוסיה האזרחית הנתונה לשליטתה.

עוד נטען כי הנתבעת חבה חובת זהירות קונקרטיית כלפי התובעים, כעולה מהודעתה לבג"ץ, על פיה תנתן התראה מוקדמת של 30 ימים בטרם תתבקש הריסת המשתלות.

התובעים טוענים כי בהתנהלות הנתבעת נפלו פגמים רבים - אי הוצאת צו כחוק, שלילת זכות הטיעון, אי מתן הסבר לשלילת זכות הטיעון, הפרת ההתחייבות

שניתנה על ידי המדינה בבג"צ – כאשר כל אלה מצביעים על התרשלותה של הנתבעת.

במענה לכך טענה הנתבעת כי פעלה כריבון והפעילה סמכות של מפקד צבאי מתוך צורך צבאי בעת סכסוך מזוין, כדי למנוע סכנה לגוף ולחיי אדם, ולכן אינה חבה כלפי התובעים כל חובת זהירות על פי הדין האזרחי. לחילופין, פעלה הנתבעת באופן מאוזן והוגן, בהתחשב בנסיבות, ולא התרשלה במאום.

הנתבעת טענה כי נושא חישוף השטח נשקל והוחלט על ידי גורמים צבאיים מקצועיים שהפעילו ידע מקצועי ושיקול דעת ענייני, לאחר שכשל ניסיון לתת לתובעים לפתור את הבעיה בעצמם.

לאור [ע"א 878/06 טרויהפט נ' עטיה](#) [פורסם בנבו] (פורסם ביום 4.1.2009) ניתן לדון בשאלת ההתרשלות קודם לבחינת שאלת קיומה של חובת זהירות. על מנת לקבוע האם התרשלה הנתבעת, יש לבחון בשלב ראשון, מהו מקור הסמכות החוקי לביצועה של פעולת ההריסה.

מקור הסמכות לביצועה של הריסה

התובעים טענו כי המקור החוקי לביצועה של ההריסה הנו תקנה 119 [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#) 1945 (להלן: "תקנות ההגנה").

הנתבעת דחתה טענה זו וטענה כי תקנה 119 עוסקת בהחרמה של מקרקעין, מה שאין כן בענייננו, בו דובר בהריסה על רקע מבצעי בלבד.

כמו כן, נטען על ידי הנתבעת כי הוכח שמטרת הפעולה נשוא הדין היתה מניעת התקפת טרור, ולא פעולת ענישה אשר במסגרתה מופעלת תקנה 119 [לתקנות ההגנה](#).

הנתבעת הוסיפה וטענה, כי ההריסה בוצעה באישור מפקד האוגדה, אלוף הפיקוד והיועמ"ש ועל כן לא נדרשו שימוע או מסירת צו לתובעים.

אין זה גם נכון לומר כי עמדת הפסיקה היא ברורה וכי על פיה נדרש צו בכתב, לפי תקנה 119 [לתקנות ההגנה](#).

כמו כן, לא הוכח על ידי התובעים כי על שטח המשתלות נבנה מוצב או מאחז, להבדיל מהיותו שטח אסור בבניה. מנגד הוכח כי התובעים מחזיקים כיום מחדש באותם שטחים ועושים בהם שימוש.

אין מקום לקבל את טענת התובעים כי מקור הסמכות לביצוע ההריסה הנו תקנה 119 [לתקנות ההגנה](#).

תקנה 119 [לתקנות ההגנה](#) קובעת כדלקמן –

(1) (1) **מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל כל בית, מבנה או קרקע, שיש לו טעם לחשוד בהם שמהם נורה כל כלי יריה שלא כחוק, או שמהם נזרקו, פוצצו, התפוצצו או נורו באופן אחר פצצה, רימון יד או כל חומר נפיץ או מבעיר שלא כחוק...**

ומשיוחרמו כל בית או מבנה או קרקע כנ"ל רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה, בקרקע או עליהם...

(2) **חברים לחילות הממשלה או לחיל המשטרה, הפועלים בהרשאתו של המפקד הצבאי, רשאים לתפוס ולהחזיק, ללא פיצויים, כל רכוש בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב כאלה הנזכרים בתקנת-משנה(1), לאחר שיפנו משם, ללא פיצויים, את המחזיקים הקודמים, אם ישנם כאלה".** (ההדגשה שלי – ד.ק.)

מלשון התקנה עולה, על פניו, כי ניתן לבצע הריסה לאחר החרמה, ובעקבות צו שניתן על ידי המפקד הצבאי. זאת, בין היתר, כאשר מדובר בנכס אשר בוצעה ממנו פעילות עויינת, כפי שנטען במקרה שבפניי.

אינני סבורה כי בנסיבות העניין היוותה תקנה 119 את מקור הסמכות החוקי לפעולת ההריסה של המשתלות:

ראשית, בשורה ארוכה של פסקי דין קבע בג"ץ כי השימוש בסמכות ההריסה על פי תקנה זו נעשה לצרכי הרתעה (ראו דברי כבוד השופטת דורנר בבג"צ [1730/96 עאדל סאלם ע'רבו סביח נ' האלוף אילן בירן, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון פד"יי נ\(1\) 353, 359](#)).

מנסיבות ביצועה של ההריסה נשוא פסק הדין הנוכחי עולה כי המטרות שעמדו

ביסודה היו מטרות מבצעיות צבאיות של מניעת ירי על ציר התחבורה מן האזור, להבדיל מפעילות שמטרתה הרתעתית גרידא.

מסקנה זו עולה, בין היתר, מחוות הדעת של המשנה ליועמ"ש, סא"ל יאיר לוטשטיין, אשר צורפה כנספח 7 לתצהירו של רן (להלן: "חוות הדעת").

בחוות הדעת, המתייחסת למספר חלקות מקרקעין, ביניהן אלה של התובעים, נדונה תפיסת המקרקעין, הריסתם של מבנים, הצבת מחסומי בטון והקמת מאחז צבאי במטרה למנוע את פיגועי הירי לעבר הנוסעים בכביש.

גם במכתבו של רן מיום 13.11.00 (נספח 6 לתצהירו) נאמר כי בכוונת החטיבה לחשף את השטח כדי להרחיק את האיום מהתנועה האזרחית.

העובדה כי המטרה שעמדה ביסוד הפעולה הייתה מבצעית להבדיל מהרתעתית, תומכת בטענת הנתבעת כי לא דובר בפעולה שבוצעה מכוח תקנה 119.

שנית, תקנה 119 מדברת על הריסה לאחר החרמה של רכוש -

ב.ת.א. (י-ם) 4105/00 אחמד עבד אלחמיד אחמד בריגית נ' מדינת ישראל, אשר צורף לסיכומי הנתבעת, ציין כבוד השופט מוסק כי "...החרמה" להבדיל מצו תפיסה, הוא הליך שונה לגמרי. אמנם בשניהם הסמכות נתונה למפקד הצבאי לצוות על הוצאת רכוש הפרט מידי ו להעבירו לידי רשויות השלטון, אך ההבדל נעוץ בסנקציה ובהשלכות הנובעות ממנה. צו תפיסה, לעולם יוצא בכפוף למתן פיצויים, בעוד שצו החרמה לעולם יוצא ללא מתן פיצויים. כאמור בפסיקה שהובאה לעיל, צו החרמה שניתן על פי תקנה 119 **לתקנות ההגנה** (שעת חרום), ניתן כאשר ישנן חשדות נגד מי מדיירי המבנה כי עבר עבירת ביטחון. הסנקציה בתקנה 119 היא צעד הרתעתי. ככזה, אין הצדקה למתן פיצויים ולכן נקבע במפורש (תקנה 199 (2)) כי לא יינתנו פיצויים בגין צו שהוצא ושימוש שנעשה לפי תקנה 119 (1)."

בהערת אגב יצוין כי בהתייחס למונח המקורי המופיע בתקנה 119 **לתקנות ההגנה**, FORFEITURE, הרי שבספרו "מאבקה של דמוקרטיה בטרור - היבטים משפטיים ומוסריים" מפרש עמנואל גרוס את המונח כ"הפקעה" (בעמ' 231). זאת, בעוד שבענייננו, לנוכח טענת הנתבעת כי אף לא התקיימה תפיסה של הרכוש, ודאי שאין מדובר בפעולה מכוח תקנה 119 העוסקת בהריסה לאחר החרמה. השאלה האם נתפסה הקרקע בפועל תידון על ידי בהמשך.

נראה, לכן, כי לא ניתן להגיע למסקנה כי מקור הסמכות החוקי לביצועה של הפעולה הוא תקנה 119. עם זאת, קיים מקור דין אחר - הוא הדין הבינלאומי, אשר מאפשר גם הוא ביצועה של הריסה.

בהקשר זה ניתן להזדקק לדברי הנשיא שמגר בבג"צ 24/91 תימרוז נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה פד"יי מ"ה 2 325 (להלן: "בג"צ תימרוז") העוסקים בסעיפים הרלבנטיים לענייננו.

באותו עניין נסבה העתירה סביב החלטתו של המשיב לתפוס מבנה הגובל בגדר של מאחז צה"ל במחנה ג'בליה, כדי להרסו וכדי לאפשר את העברת גדר המאחז באופן שיבטיח את המאחז וחייליו מפני התקפה.

הנשיא שמגר קבע באותה עתירה כי :

"תפיסה או הריסה של רכוש הפרט בשטח מוחזק אסורים, אלא אם כן התפיסה או ההריסה נחוצות באופן החלטי בשל צורכי הצבא המלחמתיים; כלשון תקנה 23 (G) לתוספת לאמנת האג בקשר לדיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשת משנת 1907 (להלן תקנות האג) מותרים –

Destruction or seizure.... Imperatively demanded by the necessities of war

ההיתר מכללא לתפיסה או להריסה, שיסודו בצרכי צבא חיוניים, עולה גם מהוראותיו של סעיף 53 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן – אמנת ג'נבה הרביעית) האוסר הריסת רכוש הפרט, דניידי או דלא ניידי אולם זאת,

Except where such destruction is rendered absolutly necessary by military operations."

כלומר, על פי הדין הבינ"ל החל באיו"ש קיימת אפשרות חוקית להרוס רכוש פרטי, וניתן לעשות כך מקום בו קיים צורך מבצעי – צבאי ומקום שיש יחס סביר בין המטרה הצבאית לבין הפעולה שננקטה.

קביעתי לעיל לפיה מקור הסמכות לביצועה של הפעולה בנסיבות שבפנינו, אינו נעוץ בתקנה 119 לתקנות ההגנה, כפי שטוענים התובעים, אלא בהוראות המשפט הבינלאומי, אין בה כדי לשנות לעניין סמכותו של בית המשפט לבחון את דרך הפעולה של הנתבעת על פי הקריטריונים אלה של המשפט המנהלי הישראלי.

מסקנה זו עולה מבג"צ בית סוריק שם הבהיר הנשיא ברק כי בצד ההוראות של המשפט הבינלאומי חלים על פעולות המפקד הצבאי "...עקרונותיו של המשפט המנהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור...", על כן חלים על המפקד הצבאי כללי ההגנות המהותית והדיונית (כגון מתן זכות שמיעה לפני ההפקעה, תפיסה או פעולה שלטונית אחרת); החובה לנהוג בסבירות; כללי המידתיות.... אכן "...כל חייל ישראלי נושא עימו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי והמנהגי, שעניינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המנהלי והישראלי..." (סעיף 24 לפסק הדין).

לאור זאת, יש לבחון את טענות התובעים באשר לקיומם של הפגמים אשר נפלו בפעולות הנתבעת בעניין הריסת המשתלות, פגמים אשר מביאים לטענתם למסקנה כי הנתבעת התרשלה כלפי התובעים.

האם הוכיחו התובעים את טענת ההתרשלות בהריסת המשתלות.

- אי הוצאת צו הריסה כדין

הפגם הראשון אשר נפל, לטענת התובעים, בהליך ההריסה הוא כי לא נמסר לתובעים צו הריסה כדין. זאת, בשעה שעמדת הפסיקה היא ברורה ולפיה הריסה מכוח תקנה 119 לתקנות צריכה להעשות בצו. בעניין זה הפנו התובעים לבג"צ [8262/03 אבו סלים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פד"י נ"ז](#) (6) 569 (להלן: "בג"צ אבו סלים").

לטענת התובעים, מדובר בחובה מהותית שהפרתה פוגעת קשה בזכויותיהם של הנפגעים מן ההריסה. זאת, למעט במקרים בהם מדובר בביצוע הריסה בעת לחימה פעילה, כשהפעולה נדרשת לביצוע מיידי, ואלה אינן נסיבות העניין שבפנינו. הנתבעת טענה, כאמור, כי הואיל וההריסה לא בוצעה מכוח תקנה 119 הרי שמדובר בהריסה מבצעית אשר לדעת המח"ט לא נדרש בגינה צו הריסה. כמו כן, הפנתה הנתבעת בהקשר זה לסעיף 17 לתצהירו של רן. בסעיף נאמר כי מאחר שחישוף השטח בוצע עקב צורך בטחוני ולא מסיבה מנהלית של בנייה בלתי חוקית, לא היה צורך בהמצאתו של מסמך כתוב. די היה בהודעה לבעלי המשתלות, הודעה שבאה לאחר אזהרות רבות וקודמות ולאחר שבוצעו באזור כבר קודם לכן מספר עקירות עצים.

לנוכח קביעתי כי ההריסה לא בוצעה מכוח תקנה 119, הרי שטענותיהם לעיל של התובעים אינן רלבנטיות לענייננו. בהקשר זה ראוי לציין כי מחקירתנו של איתן עלה כי הסיבה שעמדה ביסוד אי מתן הצו היתה הנחת העבודה כי אין צורך בצו שכזה, מקום שמדובר בפעולה שהרקע לה הנו מבצעי (להבדיל מהריסה לפי תקנה 119 המבוצעת למטרות הרתעה):

”ש: אני רוצה לעבור איתך לפעולת ההריסה. לתהליך של ההריסה. קודם כל תאשר לי שלא נחתם צו בכתב לביצוע ההריסה. לא נחתם צו בכתב לביצוע ההריסה.

ת: אני לא מבין את השאלה או את ההתייחסות.

ש: אני אלך צעד צעד. אתה יודע מה זה צו בכתב שחותם עליו המפקד הצבאי בשטח?

ת: כן.

ש: ואתה יודע שהריסה מבצעים עם צו בכתב?

ת: הריסה אני מבצע עם צו בכתב. צו שמאשר לי מפקדי והיועמ"ש.

ש: ואתה יודע או לא יודע שבמקרה הזה אין, לא נחתם צו בכתב, לא על ידך ולא על ידי מפקדך ולא על ידי פקודך?

ת: אין צו לביצוע הריסה? אני לא בטוח שאני מבין מה זה צו בכתב לפעולה הזאת. היה לי אישור של מפקדי, מפקד האוגדה ואלוף הפיקוד ואישור של היועץ המשפטי.

ש: אבל לא היה צו בכתב. אתה אומר שאתה יודע מהו.

ת: צו בכתב. לא יודע אם לפעולה הזאת היה צו בכתב.

ש: אתה לא יודע שהיה צו. לא ראית. אתה לא זוכר צו כזה. לך לא זכור צו כזה.

ת: היה צו.

ש: אם היה צו, אני מרשה לך להעזר בעו"ד גל, אתה יכול להמציא לנו אותו? כי בתצהיר גילוי מסמכים לא מצאנו צו כזה.

כב' השופטת: יש צו כזה, אדוני?

ת: לא שאני יודע. מבחינתי צו, זאת אומרת, יש מסמך כתוב ויש אישור של מפקדי.

כב' השופטת: אנחנו מדברים על מסמך כתוב.

ת: אני לא זוכר אם היה מסמך כתוב. ” (ההדגשה שלי- ד.ק.)

(עמ' 112 לפרוטוקול ש' 22 – עמ' 113 ש' 22) .

השאלה העולה היא האם מקום בו בוצעה הריסה מכוח צרכים מבצעיים ובהתאם להוראות הדין הבינ"ל, היה מקום להוציא צו הריסה.

מעדותו של איתן לעיל, כמו גם מדבריו של רמי זיו אשר יובאו על ידי להלן, עולה כי בנסיבות שבפנינו לא ניתנה לתובעים הודעה מסודרת, מאחר שבאותה עת לא היו קיימים נהלים צבאיים מפורשים בעניין זה:

במענה לשאלת ב"כ התובעים, מדוע לצורך בניית גדר ההפרדה נותן הצבא לבעלי השטחים התרעה מספיק זמן מראש ומאפשר להם להגיש השגות על ההחלטה לתפוס את שטחם, ומדוע לא נעשה הדבר טרם הריסת משתלות התובעים בנובמבר 2000 השיב זיו כי "הנהלים שהיו אז, זה לא הנהלים שחלים היום". (עמ' 186 ש' 16-17).

בהמשך הסביר כי "בכל מה שקשור לגדר ההפרדה היא מבוצעת ע"י זה שהצבא תופס את השטח ומורה לאנשים לפנות טובין וחפצים מהשטח. אם אני לא מעורב בדבר הזה, הצבא יכול לעשות את זה, לבוא ולעשות להם סיור מקדים ולהגיד להם שהוא נותן להם כמה שהוא נותן להם, אני לא אחראי על הנהלים של הצבא. ואם ככה עשו, אז ככה עשו. בכל מה שקשור אליי, הדבר היחיד שהשתנה מאז שנת 2000 ועד היום, זה נושא ההשגה. בג"צ חייב את רשויות המדינה לתת השגה, זאת אומרת אם עברה תקופה של למעלה משנה מאז שמסרת את צו ההריסה, תן השגה. תודיע: בכוונתי לבצע את ההריסה. לא מתי, לא יום ולא תאריך. זה הכל, פשוט כדי שלא יהיה מצב שאדם קיבל צו הריסה ואחרי 5 שנים פתאום הורסים לו, זה היה המצב הקודם. כיום בן אדם מקבל השגה לפחות שנה מראש מיום ההריסה." (עמ' 188 ש' 22 – עמ' 189 ש' 8).

מכאן עולה השאלה הנוספת והיא האם העדרו של נוהל בעניין זה במועד הרלבנטי, מכשירה את פעולת הצבא שבוצעה בלא למסור צו בכתב או הודעה מסודרת בכתב. בהקשר זה טוענים התובעים בסיכומיהם, כי ככל שהיה שינוי לעניין מתן זכות הטיעון אצל הנתבעת, אין בדבר כדי להכשיר את ההפרה הגסה של זכות הטיעון של התובעים בשנת 2000.

פסק דין שעשוי להיות רלבנטי בהקשר זה הנו [בג"ץ 3301/91 ברדעייה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית](#) [פורסם בבנו] (מיום 31.5.92). שם דחה בית המשפט העליון עתירה שעניינה צו החרמה והריסה, בציינו כי המקרה נשוא העתירה אירע ביום 18.5.89, עוד לפני מתן פסק דינו של בית המשפט העליון [בבג"צ 358/88 \(האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד המרכז פד"יי מ"ג \(2\) 529\)](#), ובטרם שונו הנהלים הצבאיים שקבעו קווים מנחים בעניין השגות ועתירות עובר לביצוע צו הריסה לפי תקנה 119 הנ"ל.

בשל כך, קבע בית המשפט העליון בענין [ברדעייה](#) לעיל, כי אין מקום להסיק כי פעולתו של המפקד הצבאי נגדה את הנהלים הצבאיים שחלו בעת ההיא.

למרות שהחלת הרציונל שהוחל בבג"צ [ברדעייה](#) לעיל, מתבקשת, לכאורה, גם בענייננו, הרי שמבג"צ [תימרה](#) עולה כי אין לעשות כן.

גם בנסיבות בג"צ [תימרה](#), כמו במקרה שבפניי, בוצעה ההריסה שלא מכוח תקנה 119 [לתקנות ההגנה](#). באותו מקרה נמסרה הודעה בכתב למשיבים על ידי מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה בדבר כוונתו לתפוס את המבנה בשל צרכים צבאיים הכרחיים ולהרסו, כאשר ההחלטה אושרה על ידי הרמטכ"ל ושר הביטחון.

מבג"צ [תימרה](#) עולה גם, כי בהודעה נכתב שכל אחד מן העותרים רשאי לפנות לקצין המטה לענייני משרד הביטחון במינהל האזרחי כדי לקבל פיצוי כספי. כמו כן, ניתנה לעותרים אפשרות להגיש השגה למשיב והם עשו כן בכתב ובע"פ כאשר זומנו למימשל לפי בקשתם. לאחר שהשגתם נדחתה הם פנו לבג"צ, לאחר שניתנה להם שהות מתאימה לכך.

כלומר, מעצם העובדה כי בבג"צ [תימרה](#), בה היתה סיטואציה דומה לענייננו במובן הצרכים הצבאיים אשר עמדו ביסוד ההריסה, דובר בנסיבות בהן הוצאה הודעה מסודרת בכתב אשר אושרה על ידי הגורמים הרלבנטיים, עולה כי אפשרות זו יכולה או צריכה היתה להיות גם בפני המפקדים הצבאיים בנסיבות שבפנינו, כדרך ראוייה לביצועה של ההריסה.

לכן, אף ככל שלא קיימת בענייננו דרישה לצו בכתב, הרי שהיה מקום ליתן לתובעים הודעה מסודרת בכתב בדבר ההריסה, גם אם ללא ציון מועד ההריסה המתוכנן. זאת לא נעשה על ידי הנתבעת.

בהקשר זה יש לדון בטענת הנתבעת על פיה די היה בכך שהתובעים הוזהרו בעבר כי אם לא יפסקו מעשי הירי יהרסו משתלותיהם, וכי מאחר שבוצעה עקירת עצים והריסה במקום ממנו הושלכו בקבוקי תבערה, התובעים ידעו שאין מדובר באיום סרק.

בתצהירים טענו התובעים כי ניסו לפעול למניעת אירועי הפח"ע מן המשתלות, על ידי קיום שמירות במשתלות. עוד העידו התובעים כי התקינו פנסים במקום (סעיפים 55-56 לתצהיריהם של קאיד ומחמד, סעיפים 51-52 לתצהירו של ואיל, סעיפים 28-31 לתצהירו של תחסין). התובעים חזרו על טענות אלה בחקירותיהם וטענות אלה היו מהימנות עליי.

רן טען אמנם בחקירתו כי לא דובר בשמירה אינטנסיבית כפי שנטען על ידי התובעים (עמ' 65 ש' 20-22), ואף העיד כי "**ושמירה ודאי שלא היתה**" (שם מול שורה 27). אולם, מקובלת עליי טענת התובעים כי ננקטו מצדס מאמצים למניעת פעילות חבלנית מן השטחים שבבעלותם.

התובעים טענו אומנם כי איש המנהל האזרחי שיבח את פעילותם בעניין. אולם, עדותו של גורם זה לא הובאה על ידם למרות שהיה בכך לתמוך בטענתם. (זאת בניגוד לטענתם כי היה על הנתבעת להזמין עד זה).

מכל מקום, ככל שסברו כוחות הצבא באזור כי פעילות השמירה שבוצעה על ידי התובעים אינה מספקת או מניחה את הדעת, היה עליהם להודיע לתובעים באופן רשמי כי אין די בפעולות שבוצעו וליתן להם על כך הודעה מסודרת בכתב.

בנסיבות אלה אני קובעת כי אכן נפל פגם באי המצאתה של הודעה בכתב על ידי הנתבעת לתובעים. בכך נפגעה חובתו של הצבא לפעול בהגינות כלפי התובעים.

עם זאת, מבג"צ **אבו סלים** אליו הפנו התובעים (גם אם בהקשר של תקנה 119 אשר אינו רלבנטי כאמור לענייננו), עולה כי אין באי מתן צו בכתב (שהנו בגדר פגם מנהלי) כדי לפסול את ההליך המנהלי כולו, מקום שמבחינה מהותית נשמרו זכויותיהם של התובעים.

מקביעה זו, אשר התייחסה למצב בו דרישת הצו בכתב מופיעה בלשון תקנה 119 שהנה מקור הסמכות לביצוע פעולה, ניתן להקיש על דרך של קל וחומר לענייננו. לפיכך, יש להמשיך ולבחון האם התקיימו שאר היסודות של הליך מנהלי תקין בענייננו, שכן ככל שהתקיימו עשוי הדבר לתקן את הפגם שנפל באי מתן ההודעה בכתב.

- הפרת זכות הטיעון

טענה נוספת שהועלתה על ידי התובעים היתה כי נשללה מהם האפשרות לטעון כנגד הריסת המשתלות, כאשר הדרג הצבאי שהחליט על ביצוע עבודות ההריסה לא טרח לשוחח עמם ולשמוע את השגותיהם טרם קבלת ההחלטה. לטענתם של התובעים, התנהלות הנתבעת בהקשר זה הייתה בלתי תקינה באופן קיצוני, והיה בה כדי לפגוע פגיעה אנושה בזכויות היסוד שלהם.

הנתבעת טענה כי מדובר בטענה מתחכמת וחסרת תום לב, שהרי התובעים ידעו מזה שנים על צו ההריסה שהוצא כנגדם בגין בניה בלתי חוקית ובשל כך קיבלו זכות טיעון וזכות שימוע. התובעים ידעו על אפשרות קרובה לוודאי של הריסה כבר בתחילת חודש אוקטובר, אם לא יימנעו הארועים הבטחוניים מן המשתלות. זאת לאחר שקוימו עמם מפגשים ודיונים, עליהם העידו עדי הנתבעת.

כמו כן טענה הנתבעת כי ממילא לא היה בשימוע כדי לחדש דבר, בעוד שהיה סיכוי קרוב לוודאי כי כתוצאה מניסיון למנוע את החישוף - היו נגרמים מוות או פגיעה של עובר אורח.

מעמדה של זכות הטיעון נדון בהרחבה במסגרת [בג"צ 6696/02 עאמר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פד"י נ"ו \(6\) 110](#), שם נדונה עתירה של בני משפחה של מחבלים אשר ביצעו פיגועי התאבדות כנגד אפשרות הריסתם של בתיים על ידי המשיב.

בית המשפט, מפי כבוד הנשיא (בדימוס) ברק קבע כי -

"אין תחולתה של הזכות לטיעון במקרה של פעולה צבאית מבצעית נגזרת מהאיזון שבין הזכות של היחיד לטיעון בגין פגיעה בגופו או ברכושו, מזה, לבין הצורך הציבורי החיוני בהגשמת הפעולה הצבאית בהגשמת הפעולה הצבאית - צורך שמאחוריו מונחת, בין השאר, הדאגה לבטחון החיילים וחייהם - מזה. על - כן אם קיים חשש רציני כי הענקת זכות טיעון יש בה כדי לסכן את חיי החיילים ולסכל את הפעולה עצמה, נדחית זכות הטיעון מפני צרכי הלחימה החיוניים. אך במקום שהסיכון (לחיילים) והסיכוי (לאי - הגשמת הפעולה) אינם קיימים, חוזרת זכות השמיעה למקומה, ומן הדין להגשימה גם במקרים של פעולות לחימה. על - כן אם בנסיבותיו של מקרה ספציפי אין קיים חשש ממשי לחיי החיילים או להצלחת הפעולה, יש לקיים את זכות השמיעה. זאת ועוד, גם במקום שבו אין לקיים את זכות השמיעה במלואה יש לעשות הכול כדי לקיימה בחלקה,

כגון שמיעה בפני המפקד הצבאי המצוי במקום בטרם ייפגע הרכוש. לבסוף ככל שכוחה של זכות השמיעה הולך ופוחת במצבים של צורך צבאי חיוני, כך גדל הצורך להבטיח כי בידי המפקד הצבאי יהיו נתונים בדוקים ומבוססים כי אכן מתקיימות הנסיבות המצדיקות מבחינתו את השימוש באמצעי המבצעי.

על יסוד מסגרת נורמטיבית זו מתבקשת המסקנה כי אין לקבוע מראש שבשל פעולות הלחימה אין מקום ליתן לעולם זכות שמיעה למי שטוען כנגד הריסת מבנה שבו התגורר מחבל שביצע פיגועים קשים שגרמו להרג ושפיכת דם. בדומה, אין לקבוע מראש כי על אף פעולות הלחימה יש ליתן תמיד זכות שמיעה כאמור. הכל תלוי בנסיבות העניין ובאיזון הראוי בין זכות השמיעה מזה, לבין הסיכון (לחיילים) והסיכוי (להגשמת הפעולה), מזה."

בתצהירו של רן (בסעיף 31) נאמר כי אילו ניתן לתובעים פרק זמן ארוך יותר לפינוי המשתלות ומועד מדויק של הפעולה, היה הדבר עלול להיוודע גם לגורמים עוינים אשר היו עלולים למלכד את המקום או לארוב לכוח אשר בא לבצע את הפעולה. העובדה כי בעת ביצוע החישוף אכן בוצע ירי לעבר מבצעי הפעולה, אכן מחזקת דברים אלה.

עם זאת, נראה כי היה מקום לאפשר טיעון קצר בפני המפקד הצבאי אשר נמצא בשטח באותה העת.

בסעיף 6 לתצהירו של סמיר, אשר שימש בתקופה הרלוונטית כקצין תשתיות מת"ק טול כרם, נאמר כי התובעים זומנו לשיחות עם הרמת"ק. שיחות אלה התקיימו בשטח ובמסגרתן הוצבע בפניהם על המקומות מהם בוצעו פעולות הפח"ע. כמו כן, והוסברה להם המשמעות והתוצאות העלולות לנבוע מאי הפסקת הפעולות. עם זאת, צוין על ידי סמיר במפורש כי שיחות אלה התקיימו לפני שנפלה ההחלטה להרוס את המשתלות עקב ארועי הפח"ע.

זאת, למרות שמעדותו של סמיר עולה כי התנהל סיור מקדים בשטח אשר בעקבותיו הוחלט על ביצוע פעולת החישוף. וכך העיד (בעמ' 157 ש' 19-עמ' 158 ש' 5):

ש: אני רואה שהתכנית להריסה של המשתלות בעצם אושרה ע"י סגן מפקד האוגדה?

ת: לא, היה סיור מקדים עקב כל האירועים שהיו, והרבה אירועים היו בנקודה הזאת, בוא לא נשכח את זה. אז אני לא יודע אם היו אירועים שבהם אפילו אזרחים נפצעו, אבל היה עקב כל האירועים האלה נקבע סיור לראות מה קורה שם, האקט הזה הגיע אחרי כל השיחה עם האדוונים ואזהרות רבות שעברו אליהם ואז הוחלט להגיע למקום לראות את האזור הזה, ועפ"י החלטת המפקדים בשטח זה מה שהחליטו ש: אתה היית בסיור הזה?

ת: כן.

ש: התובעים היו בסיור הזה? בעלי המשתלות?

ת: אני לא יודע מה זה תובעים אבל אני לא זוכר. אני לא זוכר, גם הם לא צריכים להיות, "

ובהמשך נשאל :

"עו"ד דניאלי: סגן מפקד האוגדה, הנחה אתכם להזמין את בעלי המשתלות לשיחה איתו?

ת: סגן מפקד האוגדה ברמה שלו לא מתעסק ברמת השטח, יש מפקד ריבון לשטח הוא זה שנותן את ההנחיות.

ש: מי היה המפקד?

ת: מי שנתן את ההחנות (צ.ל. - הנחיות - ד.ק.) זה המח"ט, והמח"ט הנחה לזמן את האנשים ולהסביר להם, ועל סמך זה בוצע.

ש: הוא לא הנחה את האנשים בשטח, אתכם, אתם אנשי הקשר, הוא לא הנחה אתכם לזמן אותם לבוא ולשכנע שלא צריך להרוס, מה בדיוק הוא הנחה?

ת: כן, הוא אמר, לזמן ולהעביר את המסמרים (צ.ל. - מסמרים), שהמקום הזה עקב כל האירועים האלה אם ימשיכו אירוע פח"ע באזור הזה המשתלות יהרסו, והמסר הזה עבר אליהם.

(עמ' 158 ש' 14 - עמ' 158 ש' 26)

מדברים אלה עולה, כי למרות שבוצע סיור בשטח בו השתתף המפקד הצבאי ולמרות שניתן היה לכאורה לקיים זכות טיעון במקום בעת הסיור, שהיא זכות

הטיעון המצומצמת עליה הצביע בית המשפט בפסק דין **עמאר** לעיל, הרי שאפשרות זו לא ניתנה בפועל לתובעים.

לנוכח האמור לעיל – העובדה כי לתובעים ניתנה הודעה בעל פה בלבד ולא ניתנה להם כל אפשרות טיעון מסודרת בפני המפקד בשטח, יש לקבוע כי נפל פגם מהותי בהתנהלותו של הצבא בעניין זה.

- טעות בשיקול הדעת

טענה נוספת שהועלתה על ידי התובעים הייתה כי שיקול הדעת שהופעל על ידי הנתבעת בחישוב המשתלות היה פגום.

לדבריהם, למרות שלטענת הנתבעת נהרסו המשתלות מאחר שהיו מוקד של פעילות חבלנית - הרי שטענה זו לא הוכחה. לא הוכח כי אירועי הפח"ע בוצעו במשתלות של התובעים ולא במשתלות אחרות הסמוכות לצומת הפירות. בנסיבות אלה, בהן לא הוכח כל קשר סיבתי בין האירועים לבין הרס משתלות התובעים - הרי שהוכחה טעות בשיקול דעת הנתבעת.

התובעים טענו כי יומני המבצעים מעידים על אירוע אחד של זריקת בקבוק תבערה שארע בתחילת חודש אוקטובר 2000, שאולי התרחש סמוך למשתלות התובעים; על אירוע נוסף של ירי שהתרחש בכלל בגזרה אחרת מרוחקת מן המשתלות, ועל מקרה בודד של ירי לכיוון המשתלות שאין ראייה למי מהתובעים הם שייכות, בעת שחיילים ביצעו שם סריקות.

כמו כן טענו התובעים, כי עדותם על פיה במשך ארבעים ימים שקדמו למועד ההריסה לא בוצעו פעולות פח"ע מן המשתלות, לא נסתרה.

במענה לכך טענה הנתבעת כי בעניין המצב הביטחוני העידו מפקדים בכירים שהיו בשטח מכלי ראשון, על מאורעות אותם חוו בעצמם עת ירו עליהם. יומני המבצעים הובאו כראיית עזר, בעוד שהתובעים מנסים להפוך את ראיות העזר לראיות העיקריות ולבטל את עדויות הראייה של העדים.

מובן שעקב חלופי הזמן טושטשו פרטים מסויימים בזיכרונם של העדים. אולם, מכאן ועד הטלת ספק במהימנותם של העדים, רק משום שלא יכלו להצביע על האירוע הספציפי אותו זכרו בדפי יומני המבצעים – המרחק גדול.

העדים העידו על מה שחוו בעצמם ולא על תוכנו של יומן המבצעים, מה גם שלעדים אלה אין ענין אישי בתוצאותיה של התביעה.

למרות ניסיונות התובעים לערפל את עדותם לגבי מקום הארוע ולגבי הארועים אליהם הם מתייחסים עמדו העדים על דעתם. כמו כן, מעדויותיהם של התובעים

עצמם ניתן היה להבין כי אזור המשתלות שלהם לא היה שקט מבחינה בטחונית, לאור העובדה כי התקינו זרקורים וביצעו סיורים.

היקף ביקורתו של בית המשפט על שיקול הדעת הצבאי של המפקד בשטח נדון, בין היתר, בבג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאונה אלמחודדה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה והשומרון נגד מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון פד"י ל"ז (4) 785.

בפסק דין זה נקבע כי שיקול הדעת הצבאי כפוף לביקורת בית המשפט, בכפוף לכך כי בענייני ביטחון לא יחליף בית המשפט את שיקולי הביטחון של המפקד הצבאי בשיקולי הביטחון הנראים לבית המשפט עצמו.

ביטוי נוסף להיקף הביקורת של בית המשפט על שיקול דעת של מפקד צבאי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית מצוי בבג"צ 2056/04 בית סוריק.

הנשיא ברק הבהיר כי אחד מעקרונות היסוד המאזנים בין מטרה ראויה לבין אמצעים להגשמתה, הוא עקרון המידתיות.

עקרון המידתיות איננו רק עקרון כללי של המשפט הבינלאומי אלא הוא עקרון כללי של המשפט המנהלי הישראלי.

עקרון המידתיות קובע כי החלטת רשות מנהלית היא כדין רק אם האמצעי השלטוני אשר ננקט לשם הגשמתה של התכלית השלטונית הוא במידה הראויה.

נקבעו שלושה מבחני משנה עקרוניים אשר מעניקים תוכן קונקרטי לעקרון המידתיות:

- - קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי.
- - האמצעי אשר הרשות נוקטת צריך לפגוע בפרט במידה קטנה ביותר.
- - הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המנהלית נוקטת בו צריך להיות ביחס ראוי לתועלת.

רק אם שלושת מבחנים אלה מתקיימים ניתן לומר כי האמצעי הוא מידתי. באשר למבחן הראשון, אשר התייחס באותו מקרה לטיבו הצבאי של מתווה גדר ההפרדה הוא מעורר בעיות במומחיות צבאית.

בית המשפט העליון קבע כי אין הוא מומחה לענייני צבא, ואין לבחון אם תפיסתו הצבאית של המפקד הצבאי תואמת את תפיסתו שלו.

מדובר בשאלה שבמומחיות ולכן "כל שעלינו לקבוע הוא אם מפקד צבאי סביר היה יכול לקבוע מתווה כפי שקבעו המפקד הצבאי".

הנשיא ברק הפנה בעניין זה לקביעתו הקודמת בענין עג'ורי.

כך יש לעשות גם במקרה שבפניי.
 בית משפט לא ישים את שיקול דעתו במקום שיקול דעתו של המפקד הצבאי אשר החליט על עצם נחיצותה של פעולת ההריסה.
 עם זאת, על בית משפט להעביר את הפעולה במבחן הסבירות.
 התובעים טענו כאמור כי שיקול הדעת היה פגום שכן לא הוכח כאמור קשר סיבתי בין אירועי הירי הנטענים לבין הרס המשתלות.
 אינני רואה מקום לקבל טענה זו של התובעים.

בתמיכה לטענות הנתבעת בדבר קיומם של ארועים במשתלות, הוגשו מטעמה מסמך מודיעין המכונה הסטוריה מחסום הפירות שנערך על ידי קצין המודיעין חנן ואשר בו תומצתו ארועי פח"ע באזור צומת הפירות וכן יומן מבצעים.
 כמו כן, בתצהיריהם מסרו רן ואיתן פרטים לגבי ארועי פח"ע מן המשתלות (סעיפים 9-12, 16-17 לתצהיר רן, סעיף 3 לתצהיר איתן).
 למרות שרן ואיתן העידו שניהם כי יומן מבצעים הנו מסמך שאמור לשקף את הפעילות, כפי שקרתה בזמן אמת, הרי שלא הצליחו להצביע על אירועים ביומן אשר משקפים את האירועים שתוארו בתצהיריהם.
 כך, למשל נשאל איתן, אשר תיאר ירי לכיוונו בעת שסייר במקום, האם יכול להיות אירוע נגד מח"ט או סמח"ט שלא נרשם ביומן המבצעים. לכך השיב כי קשה לו להאמין וכי דבר זה לא נשמע סביר. איתן גם אמר כי מדובר ברוב המקרים בתיעוד טוב. (עמ' 96 ש' 15-25).

איתן העיד כי "היומן אמור להוות תיעוד טוב. אני רוצה רק להזכיר שמכיוון שהיו עשרות אירועים ביום, אולי משהו נבצר מזה, אבל אין לי ספק שאירוע על מח"ט או סמח"ט היה מוצא את מקומו ביומן." (עמ' 97 ש' 6-3)
 גם רן העיד כי דיווח על האירוע בו היה מעורב (עמ' 47 לפרוטוקול שורות 23-25), אולם לא ידע להסביר מדוע אין תיעוד לאירוע האמור ביומן המבצעים (עמ' 49 ש' 10-11). עם זאת, רן העלה את האפשרות כי ייתכן והיומן אינו שלם (עמ' 63 ש' 7,5).

ואכן, מעיון ביומן המבצעים החטיבתי אשר צורף לתצהירו של רן עולה כי חסרים בו, למשל, דפים המתייחסים לתאריכים שונים בחודש אוקטובר – 3.10, 6.10, 12.10, 19.10, 21.10, 23.10, 24.10, 27.10, 28.10.

כמו כן, הטענה בדבר חוסר בדפי יומן המבצעים שהומצאו, מתחזקת לנוכח העדר חפיפה בין הדיווחים המופיעים במסמך המודיעין לבין אלה המופיעים ביומן המבצעים -

כך, לשם דוגמא, ניתן לאתר את אירועי הירי מימים 4.10, 5.10, 6.10, 12.10, 20.10 אשר סוכמו במסמך המודיעין, את אירוע זריקת הבקת"ב מיום 1.10 משעה 1616 את אירועי זריקת הבקת"ב מיום 2.10 בשעות 09:33, 15:52 ו- 20:12 גם בדפי יומן המבצעים.

עם זאת, ביחס לאירועים אחרים אשר מופיעים במסמך המודיעין: דוגמת זריקת בקת"בים ביום 1.10 בשעה 17:08 ובשעה 20:20 וכן זריקת בקת"ב ביום 4.10 בשעה 16:25 ובשעה 19:55, לא ניתן למצוא תיעוד בדפי יומן המבצעים.

יש לציין כי בע"א [8384/05](#) **מסרי מוניר סאלח נ' מ"י** [פורסם בנבו] (פורסם ביום 7.10.2008) נקבע כי יומני מבצעים עשויים לשמש ראיה אובייקטיבית, חשובה ואותנטית בתביעות נזיקין. באותו עניין העבירה המדינה למערער העתקי יומנים המתייחסים לאירוע. אולם, המערער בחר להציג שני דפים בלבד מתוך יומנים אלה, אשר תמכו לכאורה בגרסתו. בית המשפט קבע כי על מנת להסיק מסקנה ממצה יש להתייחס לדפי היומנים כולם.

לכן, העדרו של תיעוד ביומן המבצעים שהוגש ביחס לאירועים אשר תוארו על ידי איתן ורן בדבר ירי מן המשתלות, אין בו כדי לחייב את המסקנה כי טענותיהם של רן ואיתן אינן אמת.

זאת, מאחר שבנסיבות בהן יתכן וחסרים דפים של יומן המבצעים, לא ניתן לומר כי העדרם של האירועים שתוארו על ידי רן ועל ידי איתן מן התיעוד שאכן הוגש, מקעקע את טענות הנתבעת בדבר קיומם של האירועים.

זאת ועוד. למרות העדר ההתאמה בין מסמך המודיעין לבין יומן המבצעים, אין לומר כי מסמך המודיעין איננו מסמך מהימן וכי אין הוא משקף את האירועים שאירעו בצומת הפירות.

ראשית, מעדותו של חנן אשר שימש כקצין מודיעין של חטיבת אפריים החל מיולי 2001, אשר ערך את מסמך המודיעין, עולה כי בשעה שערך את מסמך המודיעין הרי שעשה זאת בהסתמך על יומן המבצעים המקורי, בטרם הושחרו חלקים ממנו על ידי הצנזורה הצבאית (עמ' 206 לפרוטוקול ש' 17-23).

שנית, חנן העיד כי היומן שהתקבל לאחר הצנזורה (כלומר זה שהוגש בהליכים אלה) היה **"מבולגן"** (עמ' 207 ש' 3-2).

שלישית, תמיכה מסויימת לכך שהאירועים שתומצתו במסמך המודיעין אכן משקפים את האירועים כפי שהופיעו ביומן המבצעים הלא מצונזר, עולים מעדותו של המח"ט איתן. במסמך המודיעין מופיעה התייחסות לאירוע ירי מיום 31.10 בשעה 19:34 כאשר נכתב **"בוצע ירי לעבר אוטובוס בציר אלפ"ש ל - - - - , כתוצאה מהירי נפגע אזרח בכתף"** על ארוע זה אשר, כאמור, אינו מופיע בדפי יומן המבצעים אשר הוגשו, העיד המח"ט איתן - **"אני יכול להגיד בוודאות שלשני אוטובוסים לפחות ימים לפני הלילה מדובר, נפגעו פיזית כולל אזרח פצוע בכתף, אני זוכר את זה כאילו זה היה אתמול, מכיוון שהמשתלות האלה."** (עמ' 101 ש' 21-23)

לסיכום האמור עד כה, יש לקבוע כי למרות העדרם של אירועים שונים המופיעים במסמך המודיעין מדפי יומן המבצעים שהוגשו, הרי שאין בכך כדי להביא למסקנה כי תמצות האירועים המופיע במסמך המודיעין אינו מהימן.

מעבר לכך, רן ואיתן דבקו בעמדתם כי מאזור המשתלות בוצעה פעילות חבלנית עוינת כלפי אזור צומת הפירות, גם אם לא יכלו להצביע על מועדים מדויקים של האירועים (חקירתו של רן עמ' 42-43, עמ' 44 ש' 17-22 ועמ' 45 ש' 22-23, עמ' 46 ש' 24-6, עמ' 48 ש' 15-20) (חקירתו של איתן עמ' 95-96), ועדויותיהם אלה, בדבר עצם ביצוען של אותן פעולות מן המשתלות, היו מהימנות עליו לגופן.

מכל מקום, גם אם יש ממש בטענת התובעים, על פיה המונח משתלות המופיע ביומן המבצעים החטיבתי שצורף יכול שיתייחס למרחב המשתלות הסמוך לצומת הפירות, אשר כולל משתלות נוספות שאינן בהכרח משתלות התובעים (כאשר רן אישר זאת בעדותו בעמ' 55 ש' 9-12) - הרי שמעדותו של איתן עלה בבירור כי לגבי המשתלות שנהרסו היה קיימת אינדיקציה שהירי בוצע מהן:

"ש: תצביע לי בבקשה על המקום שבו מצאת תרמילים בשטח."

ת: אני לא יודע להצביע לכם על המקום.

ש: הכי טוב שאתה יכול.

ת: אני לא יודע להצביע על המקום. עברו 6 שנים, אפשר גם לצפות

שאחרי 6 שנים לא נוכל להצביע לך על מקום מדוייק. זאת אומרת, יכול

להיות שזה לא היה בתוך אף אחד מן המשתלות שנהרסו בפועל. זה היה במשתלה סמוכה, בחממה סמוכה. הרי אתה לא זוכר בדיוק.

ת: מה השאלה? שלא ירו עלי מהאזור הזה?

ש: הביטוי "האזור הזה" הוא רחב מדי. שלא ירו עליך מאף אחת מארבעת המשתלות הספיציפיות של האדונים שהגישו את התביעה.

ת: במשתלות האלה נמצאו תרמילים.

ש: באיזה מהם?

ת: אני לא יודע להגיד לך.

ש: איך אתה יודע להגיד שזה דווקא באלה ולא בשכנה?

ת: אני הייתי שם. ואני לא יודע להצביע לך היום, במרחק של ששת שנים על זה. זה דרישה מוגזמת.

ש: אני אסביר לך את הקושי. באיזור הזה יש יותר מ-4 צמודות. בדבוקה הזאת יש יותר מ-4 משתלות. יש עוד משתלות, אדם אחר שלא הגיש תביעה. יש עוד משתלה של אדם אחר, אחד של 50 או 30 מטר לכל הכיוונים. יש עוד כמה עסקים וכמה משתלות. חלק מהמשתלות האלה נהרסו, וחלק מהמשתלות לא נהרסו. קודם כל, האם אתה יכול לומר לי אם ירו עליך, אם מצאת את התרמילים במקום שאחרי זה נהרס?

ת: אני לא יכול להתחייב לתשובה.

ש: יכול להיות שלא הרסו אותו אחר כך?

ת: לא בכל המקומות שנמצאו תרמילים נהרסו, ואני יכול להתחייב, כי זה היינו מחוייבים תחת הנחיה משפטית מול יועץ משפטי, שמקום שנהרס היתה פה אינדיקציה שמשם ירו והוא מסכם" (צ.ל- מְסָכָן –

ד.ק.) (עמ' 109 ש' 7 – עמ' 110 ש' 10)

זאת ועוד. תמיכה לטענות הנתבעת בדבר ביצועם של ארועי פח"ע ממשתלות התובעים, ניתן למצוא דווקא בניסיונותיהם של התובעים להרחיק את המשתלות שבעלותם מאירועי הפח"ע, תוך סתירה עצמית בנקודות שונות:

כך, למשל, נשאל מחמד על ידי ב"כ הנתבעת:

"זה נכון שמסוף חודש ספטמבר 2000 כשהתחילה האינתיפדה השניה או אינתיפאדה שהפלשתינים מכנים אותה אל אקצה, התחילו באזור הזה של המשתלות של צומת הפירות אירועים חבלניים של זריקת אבנים בקבוקי תבערה וירי.

ת. זה מה שקרה בשבוע הראשון של האינתיפדה, בין המשתלות, אם יש לך מפה אני יכול להראות לך במפה, יש דרך כורכר בין המשתלות, אנחנו לא ידענו, היה ביום שישי.."

(עמ' 5 ש' 10-3)

לאחר מכן נשאל שוב :

ש. אני שואל אותך שאלה מאוד נקודתית, התחילו אירועים?
ת. אירועים, אתה שומע כל הזמן אירועים, אי אפשר לדעת אם זה משחקים בנשק, כל קלקיליה זה ק"מ אחד, איפה שיורים אתה שומע, אז לשמוע שזה ירו מהמשתלות לכביש זה לא,"

(עמ' 5 ש' 17-14).

עם זאת, למרות טענתו כי "איפה שיורים אתה שומע" כך שלא ניתן, לכאורה, לזהות את המקום ממנו מבוצע הירי, הרי שבהמשך טען העד במענה לשאלה שנשאל על ידי בית המשפט, האם היו אירועים חבלניים אם לאו "כן, היה בצומת שלמטה ולא ליד המשתלה. ולא מבתוך המשתלה." (עמ' 6 ש' 16-15).

ובמקום אחר אמר :

"עו"ד גל : אני רוצה להבין דבר פשוט כשהיו האירועים הקודמים אתם

ראיתם שהם קרו?

ת. בוודאי שלא.

ש. למה לא?

ת. מאיפה אני יודע? אנחנו לא ראינו כלום, הצבא אומר שאכן קרו דברים,

אולי קרו בלילה.

ש. ואחר כך היו אירועים שקרו גם ביום?

ת. בתוך המשתלות לא.

עו"ד ארד אילון: אבל הוא אמר גם בצומת הפירות קרו ואחרי זה יגידו

הוא לא אמר, בצומת הפירות קרו ועוד איזה מקום,

ת. צומת חבלה

כב' השופטת: ואת האירועים האלה אדוני ראה?

ת. בטח שלא, אני שמעתי את הקולות."

(עמ' 8 ש' 19 עמ' 9 ש' 4).

דבריו של מחמד מהם עולה כי ידע, לכאורה, מהיכן בוצע ירי, סותרים את דבריו הקודמים לפיהם לא ניתן לדעת מהיכן מבוצע ירי כי "איפה שיורים אתה שומע".

מעדותו של קאיד עולה, למעשה, הודאה מפורשת בכך שבוצעו פעילויות חבלניות מן המשתלות:

"ש. זה נכון שהיו לכם גם פגישות עם אנשי המינהל הפלשתיני שהזהירו אתכם שאם יהיו אירועים יהרסו את המשתלות.

ת. כמה פעמים אנחנו התראנו (צ.ל. – התרענו – ד.ק.) בפניהם אם ימשיכו משם האירועים אז המשתלות יהרסו.

ש. והם אמרו לכם שהם לא יכולים למנוע את האירועים האלה, נכון?

ת. אני לא זוכר שהם אמרו.

ש. מה הם כן אמרו?

ת. אמרו לנו אנחנו נטפל בענין".

(עמ' 37 ש' 16-24).

עדויות אלה של מחמד ושל קאיד עומדות בניגוד לעדותו של ואא'ל, אשר הכחיש הכחשה גורפת כי בוצע אירוע פח"ע כלשהו מן המשתלות. ואא'ל טען, בין היתר, כי **"...מהצומת עד למעלה יש 700 מטר כמעט. יכול להיות שמלמעלה הם היו זורקים**

אבל זה לא נוגע אלינו למטה"

כמו כן, הכחיש ואא'ל כי התקיימו שיחות עם מפקד החטיבה והקצינים הפלסטינים של הקישור הפלסטיני בהן הוזהרו בעלי המשתלות מפני תוצאות הירי מאזור המשתלות (עמ' 32 ש' 7 – 10).

עדותו הייתה בלתי מהימנה עליי לחלוטין בהיותה סותרת הן את טענות יתר התובעים והן את טענות הנתבעים.

לאור האמור לעיל, יש לקבל את גרסתם העובדתית של עדי הנתבעת בדבר האיום הביטחוני שנשקף מן המשתלות, ולדחות את טענות התובעים כי לא הוכח שבוצעה כל פעילות חבלנית עוינת מאותו אזור.

יתר על כן, בהקשר זה יש לציין כי אף ככל שפעילות הפח"ע בוצעה בחסות המשתלות, להבדיל מבמישרין מתוכן, שוכנעתי כי היה במשתלות כדי לאיים על המרחב.

בנסיבות אלה, אין מקום לקבל את טענת התובעים כי ההחלטה בדבר פעולת החישוף היתה פגומה, שגויה ובלתי מוצדקת – כלומר, בלתי סבירה.

- אפקטיביות ומידתיות

טענה נוספת אשר הועלתה על ידי התובעים היתה כי כדי שהאקט של הריסת המשתלות ייחשב מידתי, מוטל על הנתבעת להראות כי אקט ההריסה היה גם צעד יעיל להשגת התכלית של מניעת הארועים הבטחוניים, וגם כי פגיעת צעד זה היא הפחותה מבין שורת הצעדים שניתן היה לנקוט.

הטענה הראשונה עוסקת למעשה בטיבה הצבאי של אקט ההריסה. לא הובאה על ידי התובעים חוות דעת נגדית לעניין אפקטיביות פעולת החישוף. מכל מקום, אף ככל שהיתה מובאת, הרי שלנוכח הקביעות בבג"צ **בית סוריק**, וכפי שציינתי לעיל, ממילא המפקד הצבאי שבאזור הנו בעל המומחיות הרבה ביותר בעניין זה ויש לבכר את עמדתו. לכן, יש לתת משקל מיוחד לעדותו של איתן בעניין זה, שכן היא בגדר חוות דעתו הצבאית של הגורם עליו מוטלת האחריות לביטחון. ראה בג"צ **בית סוריק** בעמ' 844.

מתצהירו של המח"ט כמו גם מעדותו, עלה כי מערכת שלובה של צעדים הביאה להקטנת אפקטיביות הנזק -

ש: אתה כותב בסעיף 24 לתצהיר שלך שפעולות ההריסה לא פתרו בעצם את בעיית הירי. החישוף לא פתר את בעיית הירי. נכון?

ת: כן. הוא לא פתר באופן מלא, הוא החזיק את הירי לתוך קלקיליה.

ש: אם אני מבין נכון מנקודת המבט שלך, עד שלא הקמתם את המוצב בצומת הפירות, הירי לא נפסק?

ת: לא מדויק. הירי לא נפסק. גם לתוך שנות האינתיפאדה. ומה שעשינו, זה מספר פעולות. גם פעולות מבצעיות של החדרת כוחות וכו'. מה שקרה, הירי נדחק לתוך שטח A. היה הרבה פחות מדויק ומטווח רחוק יותר, שגם הקליע שמגיע הוא הרבה פחות אפקטיבי. אבל הירי נמשך.

ש: אני מקבל את התיקון שלך, אבל אתה כתבת בסעיף 26 לתצהיר שלך מה שגרם להפסקת הירי. אז אני בעקבותיך אמרתי. עכשיו, הירי זה לא הפסקה מוחלטת, אבל זה המעטה משמעותית.

ת: כן, זה גם חישוף, גם מוצב, גם עמדת תצפית גבוהה, גם מעצרים וכו'.

נקרא לזה המעטה והקטנת הנזק הפוטנציאלי של הירי. כי הוא רחוק יותר.

ת: רחוק יותר. כן.

ואתה אומר שמה שגרם להפסקה הזאת, גם אם היא לא מוחלטת, זה המוצב. בסוף עד שלא עשיתם את המוצב, הגורם המכריע היה הקמת מוצב.

ת: אתה קורא נכון כי כתוב דברים מפורשים.

כב' השופטת היה שילוב.

ת: אני יכול עוד פעם, אם נכנס לפרטים, אין פעולה אחת, טובה ככל שתהיה, להפסיק ירי. זה שילוב של כמה דברים. אבל המוצב בתוך השילוב הזה, בתוך הרבה פעולות מבצעיות, אני מנסה למצוא את המלים הנכונות. בתוך הפעולות המבצעיות, מעצרים, מודעים בזמן אמיתי. המוצב, מכיוון שהוא עמד על שטח שולט בנקודת תצפית קבועה כל הזמן לאיזורי ירי, היתה לו תרומה משמעותית בתוך השילוב הזה. אמת.

(עמ' 116)

בהקשר זה טענו התובעים כי מחילוקי הדעות שעלו בין רן ואיתן בכל הנוגע לטווחי ירי אפקטיביים של נק"ל (עמ 35-37 לסיכומי התובעים), עולה כי בכל מקרה לא היה חישוב אפקטיבי.

מעבר לעובדה כי טענה זו הנה, כאמור, במישור הצבאי, הרי שגם לגופו של עניין טענה זו של התובעים אינה מקובלת עליי: מעצם העובדה כי לא היה די בחישוב לבדו כדי למנוע את הירי, אין כדי להפוך את עצם פעולת החישוב לבלתי אפקטיבית, שהרי מעדותו האמורה של המח"ט עלה בבירור כי דובר בשילוב של מספר גורמים אשר חברתם יחדיו היא זו שסייעה בהפחתת אפקטיביות הירי.

הטענה השנייה אותה העלו התובעים, היא האם בנסיבות העניין ניתן היה לנקוט באמצעים אחרים שפגיעתם בתובעים פחותה, כדי להשיג תוצאות דומות. מבחן זה הינו המבחן השני אשר נקבע בבג"צ בית סוריק "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה" (סעיף 41 לפסק הדין).

בסעיפים 10-16 לתצהירו, טען איתן כי החל מספטמבר 2000 היו אירועי ירי, זריקת בקבוקי תבערה ואבנים לעבר תחבורה פרטית וציבורית אשר סיכנו באופן מוחשי את חיי האזרחים והחיילים, לדבריו, ניסיונות לתת פתרונות מבצעיים לבעיה כגון

החדרת כוחות לתוך השטח, מעצרי מבוקשים בקלקיליה, סלילת ציר עפר וסוללה על מנת ליצור חיץ בין הציר למשתלות - לא צלחו.
 עדות זו לא נסתרה בחקירה נגדית ואינני רואה צורך להידרש למחלוקת בין הצדדים, האם סוללת העפר הוקמה בשנת '96 או בעקבות אירועי 2000.
 זאת לאור העובדה, כי אין ספק כי הסוללה עצמה היוותה ניסיון למנוע את הירי והתובעים עצמם אישרו קיומה של סוללה עוד לפני אירועי שנת 2000.

לכן, יש לקבוע כי טענת הנתבעת על פיה ננקטו אמצעים אחרים על מנת למנוע את הירי – לא נסתרה.

עם זאת, ככל שהדבר נוגע להכרחיות פעולת החישוף לשם הקמתו של המוצב, הרי שמעדותו של איתן עלה כי ניתן היה קודם לנסות לבנות את המוצב מבלי להרוס את המשתלות -

**”ש: וגם ברור שמוצב כזה לא יכול לעמוד שמתחתיו יש משתלות או בניינים. זה בעייתי מאוד. מוצב צריך מרחק מסויים חשוף מן המוצב.
 ת: לא מדויק.**

ש: מוצב יכול להיות שמתחתיו יש פעילות,

ת: עדיף שיש שטח חשוף קומפלט, אבל אנחנו הרי חיים עם אוכלוסיה שאנחנו לא רוצים להרוס לה, כלומר הקמת מוצב לפחות מבחינתי לא אומרת מיד חישוף, שהוא צריך להראות שממה.

ש: אז למה לא התחלתם בהקמת מוצב ואחרי זה הייתם מחליטים אם צריך איסוף (צ.ל – חישוף ד.ק.)?

**ת: מענין שיקולים מבצעיים כאלה ואחרים. עובדה שלקח הרבה מאוד ימים לחשוף, והרבה ימים להקים את המוצב. זה לא קרה ביום אחד.”
 (עמ' 118 ש' 15-2)**

איתן חזר על דברים אלה גם במקום אחר –

”ש: ואתה לא רוצה שפילבוקס כזה יהיה מוקף במשתלות שלפי הבנתך הן משמשות מסתור לפח”ע.

**ת: אני אמרתי את זה כבר. לפילבוקס שגובהו 6 מטרים, אין לו בעיה מתחת. מה צריך לצפות..”
 (עמ' 123 ש' 18-15)**

לכן, יש לקבוע כי אכן לא מוצו הניסיונות לסכל את הירי בדרכים אשר אפשרות פגיעתן בתובעים תהיה המועטה ביותר.

לסיכום כל האמור לעיל, יש לקבוע כי אי מתן הודעה בכתב בדבר הריסת המשתלות; אי מתן זכות טיעון והעדר הניסיון לנקוט באמצעים אחרים אשר פגיעתם האפשרית בתובעים פחותה - מהווים פגמים בביצועה של הפעולה העולים לכדי התרשלות של גורמי הצבא, אשר חבים חובת זהירות מושגית וקונקרטיית, כלפי האוכלוסיה האזרחית באיו"ש.

ד. קשר סיבתי

הנתבעת טענה כי אף אם מדובר בהתרשלות הרי שלא הוכח קשר סיבתי בין ההתרשלות המיוחסת לנתבעת, לבין נזקם של התובעים. אין לקבל טענה זו.

ביצועו של החישוף, בלא שנמסרה לתובעים הודעה אודות כך בכתב ובלא שניתנה להם כל אפשרות לטיעון, בפני המפקד בשטח, סיכלה במידה רבה את אפשרותם של התובעים לפעול בניסיון להסיר את רוע הגזירה או למצער להקטין את מימדיה. בנסיבות אלה יש לקבוע כי קיים קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם לתובעים.

עליי להדרש לטענה נוספת אשר הועלתה על ידי הנתבעת, לפיה חוות הדעת מהווה הגנה מפני טענת התרשלות.

בנסיבות העניין לא ניתן לקבל טענה זו.

חוות הדעת נסבה סביב השאלה האם ניתן לבצע חישוף לנוכח קיומו של הליך העבר בבג"צ, זאת להבדיל מהשאלה האם החישוף הנו הפעולה המידתית הראויה בנסיבות העניין.

לכן, אין מקום לקבל את הטענה כי חוות הדעת מקנה הגנה כאמור בכל הנוגע להיבט זה.

ה. רשלנות תורמת

טענה נוספת אשר הועלתה על ידי הנתבעת היא טענת הרשלנות התורמת של התובעים. הנתבעת טענה כי התובעים היו מודעים עוד מחודש אוקטובר לאפשרות

הריסת המשתלות אם לא ייפסק הירי. לכן היה עליהם להיערך לאפשרות זו מבעוד מועד והדבר לא נעשה על ידם.

התובעים טענו, וטענה זו הייתה, כאמור, מקובלת עליי, כי פעלו לשם שמירה על המשתלות. עם זאת, יכולים היו התובעים ואף צריכים היו להיערך לאפשרות כי השמירה שבוצעה על ידם לא תהווה שמירה אפקטיבית כך שבסופו של דבר תבוצעה פעולות להריסת המשתלות.

היה עליהם להיערך לאפשרות האמורה, בין על ידי נסיון לאתר מבעוד מועד שטח קרקע חלופי, ובין בדרך של הערכות להעברת ציוד מן המשתלה.

בנסיבות אלה, מקובלת עלי טענת הנתבעת כי לתובעים יש רשלנות תורמת לנזקם, רשלנות זו יש להעריך בשיעור של 40%.

6. חבות מכוח הדין הבינלאומי

התובעים הצביעו על מקור חוקי נוסף לחיובה של הנתבעת בפיצויים והוא הדין הבינ"ל.

הנתבעת טענה כי בכל אותם מקרים בפסיקה אליהם הפנו התובעים ובהן נדחו העתירות מוכנה היתה המדינה לשלם לעותרים לפנים משורת הדין ולא נאמר כי התשלום הוא לפי דין.

אף ככל שזה המצב, הרי שהנתבעת לא הצביעה בנסיבות שבפניי, על שוני מהותי בין עניינם של התובעים לבין כל אותם מקרים אחרים אשר נדונו.

זאת ועוד, בניגוד לטענת הנתבעת כי בפרשת **תימרז** לא נקבע שיש לפצות בגין הריסה, הרי שהנשיא שמגר קבע במפורש (בעמ' 335 מול ג'ד') 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 לפנים משורת הדין (ראה [בג"צ 401/88](#) [3] הנ"ל, בעמ' 769, מול אות השולים ד', וכך גם נאמר לעותרים במפורש, במקרה דנן."

יש לציין כי בבג"צ 401/88 מחמד אברהים מחמד אבו נ' מפקד כוחות צה"ל פד"י מב(2), 767, עמ' 771-770 המאוזכר לעיל, נקבע כי סעיפים 23(G) ו-52 לתקנות האג אינם מונעים תפיסה זמנית של מקרקעין לצרכים צבאיים וכנגד תשלום פיצויים.

לכן, השאלה הבאה אותה עלינו לבחון היא, האם יש לראות בפעילותו של הצבא במקרה שבפניי בגדר הריסה ותפיסה או של הריסה בלבד. לצורך כך יש לבחון את טענות וראיות הצדדים שהובאו בעניין זה: בכתב התביעה המתוקן טענו התובעים כי השטח לא נתפס אלא רק כי בוצעה הריסה. זאת בתמיכה לטענתם בדבר היות הפעולה פעולה שיטורית בלבד (סעיף 7.3.5 לכתב התביעה המתוקן). עם זאת, בצד טענה זו עתרו התובעים למתן צו עשה אשר יאפשר להם לשוב ולהפעיל את משתלותיהם על המקרקעין. בסיכומי התשובה שלהם טענו התובעים כי **"בתביעתם ובסיכומיהם עתרו התובעים לקבלת צו עשה המורה לנתבעת לאפשר להם לשוב ולהפעיל את משתלותיהם על מלוא השטחים השייכים להם עליהם היו ממוקמות משתלותיהם. זאת מאחר שהשטח נתפס ועדיין תפוס על ידי הנתבעת"**. (סעיף 15 לסיכומים).

הנתבעת טענה, מצידה, כי המקרקעין לא נתפסו על ידה. בתמיכה לטענה זו הפנתה לסעיף 9 לתצהירו של העד חיים ארז אשר שימש כפקח יחידת הפיקוח המרכזית באיזור בו נאמר – **" יש לציין שכיום כל שטח המשתלות שחושף מצפון לכביש הישן נשתל מחדש ומעובד ונעשה בו שימוש על ידי כל התובעים. הם מגדלים שתילים ומוכרים ונגד אחד מהם, מועין עטא נתנו עתה שני צווי הריסה, האחד באותו מקום נשוא התביעה. חידוש העבודה בשטח זה נעשה באופן זוחל"**.

למרות האמור בתצהיר, עמדתה האמורה של הנתבעת על פיה אין מדובר בתפיסתם של המקרקעין, אינה מתיישבת עם האמור בחוות הדעת בה נאמרו, בין היתר, הדברים הבאים:

1. נתבקשנו להתייחס לאפשרות המשפטית לתפוס מקרקעין בסמוך לצומת הפירות בקלקיליה ולהרוס משתלות ומטעים המוצבים ביניהם".
2. ..
- ד. אוגדת איו"ש מבקשת לתפוס מספר שטחים, מצומת הפירות מזרחה, כדלקמן:

- 1 (1) בצמוד לצומת הפירות (מכיוון צפון – מזרח)
משטח בו יוקם מאחז צבאי לשם אבטחת התנועה בכביש האמור;
משטח זה שימש בעבר למבנה בלתי חוקי, שנהרס עם תחילת
האירועים.
- 2 (2) אזור המשתלות :
שטח הממוקם בסמוך לצומת הפירות ממזרח, בו מצויות מספר
משתלות, חלקן נדונו להריסה במסגרת תיקי בב"ח ק' 95 / 32 –
30 (ראה בפירוט להלן), ועתה מתבקשת הריסת (כך במקור –
ד.ק.) בשל היותן משמשות מסתור למפגעים, כאמור.
- 3 (3) פרדס :
פרדס הממוקם מזרחית למשתלות האמורות, המשמש מסתור
למפגעים. בפרדס זה ניצב מבנה בלתי חוקי, ביחס אליו נפתח תיק
בב"ח 81/00, ובעליו זומן להופיע בפני ועדת המשנה לפיקוח (אך
לא הופיע).
טרם הוצא צו תכנוני להריסתו של מבנה זה.
- 4 (4) חממה :
חממה נוספת הממוקמת בצמוד לפרדס ממזרח, אשר נדונה
במסגרת תיק בב"ח ק' 26/94, והמשמשת מסתור, כאמור.
- ה. בנוסף, מבקשת האוגדה להציב לאורך הכביש התוחם את האזור
העתידי להתפס באמצעות מחסומי בטון, שיוצבו בצמוד לכביש,
ושימנעו ירי על הנוסעים בו.
5. 5. לסיכום, מבחינת הצורך הצבאי האקוטי והמידי שבהפסקת
הפיגועים והירי אל עבר הנוסעים בכביש, ובפרט לאור ההסלמה
באירועי הירי בכבישי האזור בעת האחרונה, אל מול הפגיעה הקניינית
בבעלי המשתלות אנו סבורים כי אין מניעה משפטית לתפיסת
המקרקעין, להריסת המבנים, להצבת מחסומי הבטון ולהקמת
המאחז המשפטי.
6. 6. באשר לתנאים השונים הנוגעים לתפיסת המקרקעין (כדוגמת
הוצאת צו תפיסה, הענקת זכות טיעון, תשלום דמי שימוש ופיצויים
כו') נציין כי בימים אלה מתקיימת סדרת דיונים בפרקליטות הצבאית
בנוגע לכך.

עם גיבוש העמדה המשפטית בסוגיה נודיעכם בעניין, אך יודגש כי אין בכך כדי למנוע את תפיסת המקרקעין באופן מיידי, כמבוקש."

כמו כן, בחקירתו אישר ארד כי בניגוד לטענה בתצהיר, הרי שלואאיל אבו אלעאדל, שותפו של מועין, התובע אין משתלה בשטח (עמ' 140 ש' 15-11)

זאת ועוד. אף ככל שניתן היה לומר שמדובר בתפיסה קצרת מועד שנועדה לצורך ביצועה של ההריסה בלבד, הרי שמתשובות התובעים לשאלוני הנתבעת עולה, כי מאז נהרסו המשתלות נעשה ע"י התובעים שימוש רק בחלק מן המקרקעין- בשל חשיבות העניין, אפרט את השאלות שנשאל כ"א מן התובעים ואת התשובות שניתנו להן, על ידיהם:

5" א. פרט לפי מס' גוש, חלקה ותיאור מיקום, את שטחי המקרקעין שנתרו לך לעיבוד ולמשתלות לאחר הריסת המשתלות נשוא התביעה. נא סמן את מיקום החלקות על התצ"א שצירפת לכתב התביעה.

ב. האם נכון שלא כל שטח המשתלות נהרס.

ג. פרט תוך צירוף תשריט, אילו משתלות נהרסו בחלקן ומה מיקומן (הנך רשאי להפנות לאחת התצ"אות שצורפו כנספח לכתב התביעה)

ד. פרט אילו שטחים, מכלל שטחי המשתלות והגידול הפתוח נותרו פנויים להמשך עיבוד לאחר ההריסה.

ה. האם המשכת לנהל את העסק באותם שטחים שלא נהרסו.

ו. האם אתה מנהל באותם שטחים את העסק עד היום.

ז. אם הפסקת לנהל שם את העסק, מדוע?"

מתצהירו של מוחמד מחמוד סאלח דאוד, אשר ניתן במענה לשאלון, עולה כי למעט שתי חלקות אשר לא ניתן היה לעבדן אלא כשנתיים - שנתיים וחצי מיום ההריסה - ניתן היה לעבד.

מתצהירו של כאיד עבד אלכרים עלי עטא אשר ניתן במענה לשאלון עולה כי הוא החל בעיבודה של אחת מן החלקות שבבעלותו משנת 2003.

בתצהירו של מועין עבד אלכרים עלי עטא אשר ניתן במענה לשאלון, עולה כי לא ניתן היה לעבד את החלקות וכי בפועל באחת החלקות נסלל כביש גישה של הצבא ובהמשכה של חלקה אחרת הוקמה גדר ההפרדה.

לאור העובדה כי טענות התובעים בנדון לא הופרכו בחקירותיהם, יש לקבוע כי לגבי חלק מן החלקות דובר בהריסה ותפיסה מתמשכים, בעוד שלגבי חלק אחר בהריסה ותפיסה קצרה בלבד.

לפיכך, אף ככל שהייתי קובעת כי אין לתובעים עילה בנזיקין כלפי הנתבעים, הרי שהתובעים צודקים בטענתם כי קיימת חובה לפצותם מכוח הדין הביני"ל.

7. צו עשה

בכתב התביעה עתרו התובעים כאמור למתן צו עשה, אשר יאפשר להם לשוב ולחדש את עסקי המשתלות במקרקעין.

הנתבעת התנגדה למבוקש בטענה כי הסעד המבוקש סותר את טענת התובעים בכתב התביעה (כי המקרקעין לא נתפסו) וכן כי הסעד המתבקש הוא ליתן צו לעשיית מעשה בלתי חוקי, בהעדר היתר בנייה למשתלות באזור הנדון.

טענת הנתבעת מקובלת עליי - מן ההליכים שהתנהלו בין הצדדים במסגרת בג"צ עולה כי בין התובעים לנתבעת נטושה היתה מחלוקת באשר לאפשרות הקמתן של חממות על המקרקעין. מחלוקת זו לא הוכרעה.

בנסיבות המתוארות, יש ממש בטענת הנתבעת כי בית משפט זה אינו יכול ליתן צו כמבוקש.

8. סיכום ומסקנות

תביעת התובע 4 - נמחקה.

הוכחה חבותה של הנתבעת לנזקיהם של התובעים 1-3 בשיעור של 60%.

לא ניתן צו עשה כמבוקש.

ההוצאות ייפסקו עם סיום ההליך.

קדם משפט בעניין הנזק, ייקבע ליום 7.7.09 בשעה 09:00.

המזכירות תודיע טלפונית לצדדים על מתן פסק הדין חלקי.

-

ד' קרתמאיר 54678313-1409/02

ניתן היום, א' בניסן, תשס"ט (26 במרץ 2009), בהעדר הצדדים.

ד. קרת-מאיר, שופטת

סנדרה

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה