



חרב הפיפיות של כלל הפעולה המלחמתית

יוסי וולפסון*

כוח צבאי של מדינה מסוימת מגיע למרכזות טלפונים אזרחית המשרתת אוכלוסיה אזרחית. הכוח מניח במקום מטעני חומר נפץ ומפוצץ את המרכזות. חברת התקשורת שהפעילה את מרכזות הטלפונים תובעת פיצויים בגין המעשה. לפי טענת המדינה שפוצצה את המרכזות, קווי התקשורת העוברים במרכזות שירתו, בין היתר, התארגנויות בעלות אופי צבאי הפועלות נגד אותה מדינה, צבאה ואזרחיה.

ניתן היה לצפות שהשאלה המרכזית שישאל בית המשפט במקרה כזה תהיה אם צדקה המדינה המפוצצת בכך שראתה במרכזות הטלפונים האזרחית מטרה צבאית לגיטימית להתקפה. זוהי שאלה חשובה, שנוגעת לאחד העקרונות הבסיסיים של דיני המלחמה: עקרון האבחנה.¹ התשובה לשאלה זו היא גם בעלת חשיבות מעשית ממדרגה ראשונה, שכן לא מדובר בצירוף נסיבות חריג וייחודי. יש להניח שכמעט כל מרכזות טלפונים אזרחית, המצויה באזור הנתון בסכסוך צבאי, משרתת לצד האוכלוסייה האזרחית גם תקשורת בעלת אופי צבאי, שהפסקתה תקנה לצד השני יתרון בפעולות הלחימה שלו.² הדבר ודאי נכון לגבי כל מרכזות טלפונים אזרחית בישראל.

הדבר הבולט ביותר בפסק הדין בעניין שרכת אליתסאלאת אלפליסטיניה³ הוא ההחלטה שלא לדון בשאלה חשובה זו. התביעה נדחת מבלי שבית המשפט בדק אם התביעה מוצדקת אם לאו. למעשה הוא קבע שאין לו כלים להחלטה, ושפורום מתאים יותר לדיון יהיה פורום אחר – ובמשתמע: פורום בין-לאומי. זאת כיצד? החלטתו של בית המשפט הישראלי לפסול את עצמו מלדון בתיק מבוססת על הכלל של "פעולה מלחמתית". טענת "הפעולה המלחמתית" אינה טענת הגנה רגילה. קבלת הטענה בבית המשפט, אין משמעה שהמדינה אינה נושאת באחריות לפצות את התובע. המשמעות של קבלת הטענה היא שהפיצוי (אם יש זכאות לפיצוי) לא יינתן במסגרת הליכים אזרחיים רגילים. כלשונו של הנשיא בדימוס אהרן ברק:

* יוסי וולפסון הוא פעיל לזכויות בעלי חיים (לרבות אדם), ושימש כעורך דין במוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר, שם עסק, בין היתר, בתביעות פיצויים בגין נזקים שגרמו כוחות הביטחון לפלסטינים בשטחים, וכן בחקיקה שבאה להגביל תביעות כאלו.

¹ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts art. 51, *opened for signature* Dec. 12, 1977, 1125 U.N.T.S. 609.

² דוגמה חיובית למקרה שבו בוצע ניתוח מהותי כאמור (גם אם ניתן לתהות בדבר צדקת המסקנות שנקבעו) אפשר למצוא בדיונה של הוועדה מטעם משרד התובע של בית הדין הבינלאומי הפלילי ביוגוסלביה לשעבר (ICTY) אשר בחנה את החלטת ארגון נאט"ו לתקוף את תחנת הטלוויזיה בבלגרד. ההצדקה לאותה התקיפה הייתה, בדומה למקרה דנן, כי דובר באמצעי תקשורת אשר שירת הן את הצבא והן את האוכלוסייה האזרחית.

³ Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, art. 71–79 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia, June 13, 2000), www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf.

ת"א (י-ם) 5065/03 שרכת אליתסאלאת אלפליסטיניה נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 21.8.2013).



"הדרך הראויה לפתור את בעיית הפיצוי בגין הנזק שפעולת לחימה גורמת הינה הסדר מיוחד – מחוץ לגדר דיני הנזיקין הרגילים – אשר יוכל להשקיף על התמונה הכוללת, ואשר יוכל לפזר את הסיכון בהתחשב באופייה המיוחד של הפעילות ותוך התחשבות בהסכמים הבינלאומיים אשר המדינה כרתה (אם ישנם כאלה). ודוק, הגישה אינה כי "פעולה מלחמתית" היא מחוץ לתחומי המשפט. הגישה הינה כי בעיית האחריות האזרחית בגין פעולות מלחמתיות צריכה להיקבע מחוץ לדיני הנזיקין הקלאסיים".⁴

מדוע דיני הנזיקין הרגילים אינם מתאימים להכריע במצבים של פעולות מלחמתיות? הנשיא בדימוס ברק מסביר שהטעם לכך הוא בסיכונים המיוחדים בהם עומדים הן המזיק והן הניזוק במצבי מלחמה ובהיקפי הנזק הגדולים שמאפיינים מצבים אלו – שכולם חורגים מהנסיבות ה"שגרתיות" להן נועדו דיני הנזיקין. שלעצמי אני תוהה מדוע בתי המשפט, שאינם מתקשים להתאים את דיני הנזיקין לנסיבות מגוונות ביותר – מרשלנות רפואית ועד לרשלנות באכיפת החוק – ואינם מתקשים ליישם על אסונות חריגים בהיקפיהם, כגון כאלו שמקורם ברשלנות בבניה או בתחזוקת מערכות ניקוז, מתקשים לעשות את ההתאמות הנדרשות דווקא כשהם מתבקשים לדון בנזקים שנגרמו עקב פשעי מלחמה. אולם החשוב הוא שאי-החלתם של דיני הנזיקין הרגילים אינה משאירה חלל משפטי. חובת הפיצוי היא חלק מהמשפט הבין-לאומי המנהגי,⁵ וכידוע, המשפט הבינלאומי המנהגי הוא חלק בלתי-נפרד מדיני מדינת ישראל.⁶

חובת הפיצויים מעוגנת כבר באמנת האג בדבר הדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה, משנת 1907. זו קובעת בסעיף 3 שלה:

"A belligerent party which violates the provisions of the said regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces".⁷

מאוחר יותר עוגן עיקרון זה בסעיף 29 לאמנת ז'נבה הרביעית⁸ ובסעיף 91 לפרוטוקול הראשון⁹ הנספח לאמנות ז'נבה. בשנת 2005 הוא עוגן בעקרונות שאימצה עצרת האו"ם בנוגע לסעד ולפיצוי של קרבנות להפרות חמורות

⁴ ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 7, 1 (2002).
⁵ U.N. Rep. of the International Law Commission, art 36, Apr. 23, 2001–June 1, 2001 and 2 July, 2001–Aug. 10, 2001, U.N. Doc. A/56/10; 53rd Sess., Supp. No. 10 (2001).
⁶ ע"פ 174/54 שטמפפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 5 (1956); בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 238–239 (1983); ע"פ 5/51 שטיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה 1061 (1951); בג"ץ 103/67 דה אמריקן אירופין בית אל מישן נ' שר הסעד, פ"ד כא(2) 325 (1967).
⁷ Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land art 3, Oct. 18, 1907, 187 CTS 227.
⁸ Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention) (Geneva 12.08.1949), 75 UNTS 287.



של משפט זכויות האדם הבין-לאומי ושל המשפט ההומניטרי הבין-לאומי.¹⁰ המחקר המקיף שערך הצלב האדום בדבר הכללים המנהגיים של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי מצא שמדובר בעיקרון מנהגי.¹¹ כישראלים אנו מכירים את יישומו של עיקרון זה מההסדר שזיכה אזרחים ישראלים בפיצויים מעיראק בגין נזקי טילים שנורו על ישראל במהלך מלחמת המפרץ. יישום נוסף של העיקרון, אף הוא רלוונטי לישראל, היה במסגרת חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבין-לאומי לצדק בעניין חומת ההפרדה. באותו עניין נקבע שחומת ההפרדה נבנית בהפרה של המשפט ההומניטרי הבין-לאומי, כמו גם של משפט זכויות האדם הבין-לאומי, ושאחת ההשלכות של הדבר היא שישראל מחויבת לפצות את כל מי שנפגעו מהקמת החומה. לאחר שהוא מצטט תקדים בנושא, משנת 1928, קובע בית המשפט הבין-לאומי לצדק:

"The Court considers that Israel also has an obligation to compensate, in accordance with the applicable rules of international law, all natural persons having suffered any form of material damage as a result of the wall's construction".¹²

עד לפני עשור, בתי המשפט בישראל העדיפו להכריע בתביעות הפיצויים של פלסטינים לגופן. מרבית התביעות נדחו – אולם לא על בסיס הטענה של "פעולה מלחמתית".¹³ מחקר מקיף שערך המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר¹⁴ איתר 88 פסקי דין העוסקים בתביעות של פלסטינים נגד המדינה, אשר ניתנו משנת 1987 ועד 20.3.2002. ב-47 מפסקי הדין הייתה ההכרעה לטובת המדינה, ובשישה הייתה הכרעה מעורבת. אולם רק בחמישה (המתייחסים לארבעה אירועים) קיבל בית המשפט את הטענה של "פעולה מלחמתית" – ואף זאת רק כנימוק חלופי לדחיית התביעות, לאחר שאלו נמצאו לא מוצדקות מטעמים אחרים. החל מאביב 2002 משתנה המגמה, ומתרבות התביעות שנדחות בטענה של "פעולה מלחמתית" – לעתים קרובות, כמו בפסק הדין הנוכחי, כנימוק בלעדי לדחיית התביעה.

ההעדפה לדחות את התביעה לפי הכלל של "פעולה מלחמתית" בולטת מאוד בפסק הדין הנוכחי. הקביעה שפיצוין מרכזת הטלפונים הייתה פעילות מלחמתית רחוקה מלהיות מובנת מאליה. כך, למשל, יסוד מרכזי בתבחינים שנקבעו בפסיקה לעניין זה הוא שפעולה מלחמתית מתאפיינת בסיכון מיוחד לחיילים, שאינו קיים

⁹ Protocol Additional to the Geneva Conventions, לעיל ה"ש 1, ס' 91.
¹⁰ Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, G.A. Res. (60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147 (Dec. 16, 2005).
¹¹ JEAN-Mary HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD-BECK, CUSTOMARY HUMANITARIAN INTERNATIONAL LAW: VOLUME 1: RULES 537–550 (2005).
¹² Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, paras 152-153, 2004 I.C.J. 28 (July 2004).
¹³ ס' 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות מדינה), תשי"ב-1952.
¹⁴ המחקר טרם פורסם.



בפעולות שיטור. דומה שבמקרה זה לא נשקפה לחיילים שום סכנה מיוחדת. בית המשפט מתגבר על קושי זה בקביעה שבהקשר של פעולות מהסוג שנעשה במקרה זה לא חלה דרישת הסיכון. כלל נוסף שמעוגן היטב בפסיקה הוא שהשאלה אינה אם הפעולה נעשתה בתקופת מלחמה וכחלק ממאמצי המלחמה, אלא אם היא הייתה שלעצמה בעלת אופי מלחמתי, ובמילים אחרות: בודקים את הפעולה, לא את המלחמה.¹⁵ אבל נראה שבית המשפט נתן במקרה זה משקל מכריע לכך שפיצוץ המרכזייה נעשה במסגרת מבצע "חומת מגן" כש"ימי מבצע חומת מגן הוכרו בפסיקה כתקופת לחימה".¹⁶ לבסוף, נראה שבית המשפט נתן משקל לתעודת החיסיון שהגישה המדינה, כביכול היה מדובר בראיה שלעצמה: בית המשפט כתב כי תעודת החיסיון לא אפשרה לאלוף משה קפלינסקי להגיב על טענת התובעת (עליה הובא כעד) שלפיה המרכזייה שירתה את תושבי הכפר אלשיך בלבד. אולם במקום לראות בכך חלל ראיתי, רואה בכך בית המשפט חיזוק ראיתי, מתוך הסק שאילו תעודת החיסיון היתה מחזקת את טענת התובעת בעניין זה, היה בית המשפט העליון מסיר את החיסיון. לכל הפחות מדובר כאן במתיחה רצינית של דיני הראיות, במצב שבו נטל הראיה הוא על המדינה. לזכותו של השופט סובל ייאמר, שהוא אינו השופט הראשון שמחיל את כלל "הפעולה המלחמתית" באופן מרחיב מאוד ובנימוקים שנראים על פניהם מסופקים. מדובר במגמה של ממש בפסיקה הישראלית של העשור האחרון.

קשה שלא לתהות הן על התבונה והן על ההצדקה הערכית של המדיניות המשפטית של דחיית תביעות של פלסטינים בנימוק של "פעולה מלחמתית". כפי שראינו, דחיית התביעה אין משמעה שהתביעה נמצאה בלתי-מוצדקת. כפי שהשופט סובל מציין, "כשם שירי המתבצע במהלך פעולה מלחמתית ברשלנות לעבר אדם חף מפשע ופוגע בגופו אינו מקים אחריות של המדינה בניזקין – אדרבה: החסינות נועדה דווקא למצבים מעין אלה – כך נזק לרכוש שנגרם שלא כדין במהלך פעולה מלחמתית נתפס בהגנה של פעולה מלחמתית"¹⁷ (מעניין מדוע השופט בחר דווקא בדוגמה של ירי רשלני באדם חף מפשע, כאשר מדבריו עולה שגם ירי זדוני ייתפס באותה הגנה). אם בית המשפט הישראלי נמנע מלקבוע פיצוי בגין הנזק, שלפי הדין מחויב בפיצוי, יימצא גורם אחר שיעשה כן.

לכאורה, ישנו למדינת ישראל אינטרס – במובן הכספי הצר ביותר של המילה – שזכויותיה וחובותיה לתושבים פלסטינים יוכרעו בבתי המשפט שלה עצמה. השופטים הישראלים – בתוך עמם הם יושבים. הם מזדהים עם החיילים הפועלים בשטחים, עם פחדיהם ועם הלחץ שבו הם נתונים. הם מעניקים משקל גדול למה שהם מתארים כ"שמירת הסדר הציבורי" (שופט זר עשוי לתאר זאת במונחים אחרים). הם מרבים להתייחס לפגיעה הקשה של הטרור באוכלוסייה הישראלית, וממעטים לראות את הצד השני של המטבע. הם שומעים את שפתם של העדים הישראלים, ולרוב זקוקים למתורגמן לא מיומן כדי להבין את העד הפלסטיני. אותו מחקר של המוקד להגנת הפרט, שכבר הוזכר, מלמד שהשופטים הישראלים אף נוטים לתת אמון כמעט מוחלט בעדויות של אנשי כוחות

15 פסק הדין המנחה בעניין הוא ע"א 623/83 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 477 (1986).
16 פרשת שרכת אלפליסטיניה, לעיל ה"ש 2, ס' 44 לפסק הדין.
17 שם, ס' 36 לפסק הדין.



הביטחון, גם במקרים שתיאור העדויות בפסק הדין מעורר ספקות לגבי אמינותם,¹⁸ ובה בעת לתת אמון נמוך מאוד בעדים פלסטינים, לעתים קרובות ללא הנמקה מספקת.¹⁹

להרחבת התחולה של כלל "הפעולה המלחמתית" גם משמעות ערכית חמורה. דיני הנזיקין הם אחת הערובות החשובות לשמירה על זכויות האדם:

"האחריות בנזיקין מגינה על מספר זכויות של הנזוק, כגון הזכות לחיים, לחירות, לכבוד ולפרטיות. דיני הנזיקין הם אחד המכשירים העיקריים באמצעותם מגינה שיטת המשפט על זכויות אלה; הם האיזון שהמשפט קובע בין זכויות הפרטים, בינם לבין עצמם, ובין זכות הפרט ואינטרס הציבור. שלילתה של האחריות בנזיקין או צמצומה פוגעות בהגנה על זכויות אלה. בכך נפגעות זכויות חוקתיות אלה".²⁰

המדיניות המשפטית של הרחבת התחולה של כלל "הפעולה המלחמתית" מסמנת התנערות של מערכת המשפט הישראלית מתפקידה לרסן את פעולות המדינה בשטחים, להגן על זכויות האדם גם במקום שבו הן בסכנה הגדולה ביותר, במרחבים הפרועים שמעבר לקו הירוק, ולאכופף על כוחות הביטחון נורמות של אומות בנות-תרבות. ראוי אולי להיזכר בדבריו של השופט תיאודור אור, לפני שנות דור, כשבחר לדון בתביעה של פלסטינים (ולדחות אותה לגופה), מבלי להכריע בטענות המדינה בדבר היעדר סמכות, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי, לדון במקרה: "אף כי טענה זו על-פי מהותה היתה ראויה להיות נדונה ראשונה, סברתי לתומי שבשל השלכתו הציבורית של המקרה הנידון, ראוי הוא שבית המשפט יאמר את דברו לגופם של דברים".²¹

18 מתוך 224 פסקי דין, שבהם מצא המוקד להגנת הפרט התייחסות לאמינות עדי המדינה, ב-81% ניתן בהם אמון. ב-9% הוטל ספק באמינותם ורק ב-11% הם נמצאו לא אמינים.

19 מתוך 231 פסקי דין, שבהם מצא המוקד להגנת הפרט התייחסות לאמינות עדי התובעים, רק ב-17% הם נמצאו אמינים. ב-62% הם נמצאו לא אמינים, וב-21% הוטל ספק באמינותם.

20 בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, ס' 25 לפסק הדין (2006).
21 ת"א (נצרת) 700/85 אבו גוש נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון (1987).