

בתי המשפט

003125/01 א		בית המשפט המחוזי בירושלים	
23/06/2009		כב' השופט ר' כרמל	לפני:

עניין: 1. עזבון המנוח אחמד עלי סאלם עליוה

2. אנתצאר עלי חסן עליוה

3. אסלאם אחמד עליוה

4. באסל אחמד עליוה

5. אחמד אחמד עליוה

6. פרג' אחמד עבדאללה אסלים

ואח'

כולם ע"י ב"כ עו"ד גבעון עמוס התובעים

- נ ג ד -

מדינת ישראל

ע"י פרקליטות מחוז ת"א - אזרחי הנתבעת

מיני-רציו:

* לא הייתה התרשלות בפעילות החיילים אשר השיבו בידי מדוד לעבר מכונית מחבלים ולא היה בכוחם למנוע את היקלעות המנוחים לקו האש. מדובר, בפעילות מלחמתית של ממש, ובנוסף, פעילות הבאה בגדר הפטור מאחריות בנזיקין עפ"י ס' 5 לחוק הנזיקין האזרחיים.

* נזיקין – אחריות – המדינה

* נזיקין – הגנות – פעולה מלחמתית

* נזיקין – אחריות – אחריות המדינה

* צבא – אחריות המדינה – פעולה מלחמתית

תביעת נזיקין שהגישו עזבונות ויורשי מנוחים כנגד מדינת ישראל. לטענת התובעים, ביום 20/3/94, נסעו שני המנוחים ברכב פרטי מסוג פיאט, בעיר עזה, ונפגעו במהלך אירוע ירי בו נטלו חלק גם כוחות הביטחון, אשר כתוצאה ממנו נפטרו המנוחים. עיקר טיעוני התובעים מבוסס על עוולת הרשלנות המיוחסת לחיילים המעורבים באירוע הירי כאשר, כך נטען, הירי בוצע תוך הפרת הוראות הפתיחה באש ובנסיבות בהן לא נשקפה לחיילים סכנת חיים. הנתבעת נתבעת הן במסגרת אחריות ישירה והן במסגרת אחריות שלוחית למעשה החיילים. נטען כי בנסיבות העניין חל הכלל "הדבר מדבר בעד עצמו" והכלל בדבר 'דבר מסוכן'. בנוסף, נטען כי הנתבעת לא ביצעה חקירה של האירוע באופן נאות וכדין וגרמה לתובעים נזק ראייתי. לסיכום, נטען כי לא מדובר באירוע הנכנס תחת כנפיו של החריג בדבר 'פעולה מלחמתית'.

ביהמ"ש המחוזי דחה את התביעה מהטעמים הבאים:

מבחינת העדויות עולה, כי רכבם של המנוחים נקלע לקו האש באירוע ירי בין חיילי צהל לבין מחבל יורה. בנסיבות, לא ניתן להטיל על הנתבעת אחריות. ראשית, אין ראייה ברורה וחד משמעית באשר לסוג הנשק ממנו נפגע המנוח עליוה, האם מרובה M-16, הנשק בו ירו חיילי מג"ב, או מרובה קלצ'ניקוב – נשקו של המחבל היורה, ושתי האפשרויות שקולות. מצב מעוין זה פועל לחובת התובעים. שנית, גם אם נבחן את פעילות החיילים והתנהלותם באירוע, באמות מידה נזיקיות לא הייתה התרשלות בפעילות החיילים אשר השיבו בירי מדוד אל עבר מכונית מחבלים, אשר פתחה בירי לעבר הרכב האחרון בשיירה הצבאית, ולא היה בכוחם או בשליטתם למנוע את היקלעות מכונית הפיאט לקו האש. מדובר, בפעילות מלחמתית של ממש, ובנוסף, פעולת החיילים התנהלה בסיטואציה המהווה 'פעולה מלחמתית', פעילות הבאה בגדר הפטור מאחריות בנזיקין על פי סעיף 5 לחוק הנזיקין האזרחיים. יצוין כי בנסיבות אלה גם מתקיימות הוראות הפתיחה באש במקרה של סכנת חיים, בהתאם להוראות הקבועות בפנקס כיס למשרת באיו"ש ובחבל עזה מיולי 1993: במקרה בו יורים על חיילי צה"ל, יש להשיב באש על מנת לפגוע בגופו של התוקף, וגם כאשר התוקף נמלט והנשק החם בידו – ניתן לירות על מנת לפגוע בגופו (פרק א'). כך הדבר גם בהוראות פתיחה באש לחיילי מג"ב (סעיף 6 ב' להוראות).

ס' לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, בנוסח הרלבנטי, קובע, כי "אין המדינה אחראית בנזיקין על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית או של צבא הגנה לישראל". שכן, כבר נפסק, כי פעולות מלחמתיות יוצרות, מעצם טבען וטיבן, סיכונים "אשר מערכת הדינים השגרתית לא נועדה להתמודד עימהם. המטרות המנחות ביסוד דיני הנזיקין הרגילים אינן חלות כאשר הנזק נובע מפעולה מלחמתית שהמדינה מנהלת כנגד אויביה..." פעולה מלחמתית, כך נקבע, הנה גם פעולה כנגד ארגוני טרור. ועוד, גם פעולת שיטור רגילה עלולה להיפך לפעילות מלחמתית. כאמור, בחינת נסיבות האירוע – מטרת הירי (הכפול), מקום האירוע, משך הפעילות, זהות הכוח הפועל, האיום שנצפה לו, עוצמת הכוח שהופעלה על ידי החיילים – מוליכה למסקנה לפיה מדובר בפעולה מלחמתית.

האמור לעיל, מוליך גם למסקנה לפיה אין מקום לתחולת סעיפים 38 ו-41 לפקודת הנזיקין: אין מדובר בהתרשלות של הכוח הצבאי ולא הופרו הוראות הפתיחה באש. אולם, גם אם היה מקום להעברת הנטל – הנתבעת עמדה בכך.

פסק דין

1. התובע מס' 1 הנו עיזבון המנוח אחמד עלי סאלם עליוה והתובעים 2 – 5 הנם יורשיו והתלויים בו. התובע מס' 6 הנו עיזבון המנוח פרג' אחמד עבדאללה אסלים, והתובעים 7 – 19 הנם יורשיו והתלויים בו.
2. לטענת התובעים, ביום 20/3/94, נסעו המנוחים ברכב פרטי מסוג פיאט, בעיר עזה, ונפגעו במהלך אירוע ירי בו נטלו חלק גם כוחות הביטחון. המנוח, אחמד עליוה, נפטר מיד לאחר האירוע (כתעודת הפטירה צוין כי נפטר למחרת, ביום 21/3/94), והמנוח עבדאללה אלסלים נפגע באירוע הירי ומצבו התדרדר עד לפטירתו ביום 26/6/03 (בעקבות פטירתו תוקן כתב התביעה).
3. בכתב התביעה לא בא פירוט לאירוע ונטען כי המנוחים נפגעו במועד הנ"ל עת נסעו ברכב "מירי של כוחות הביטחון שפעלו במקום" (סעיף 7 לכתב התביעה המתוקן), וכי אחריות הנתבעת מקורה, בין היתר, מחמת שהתירה לכוחות הביטחון לפתוח באש בניגוד להוראות הפתיחה באש, לא ציידה את הכוחות בהוראות מפורשות האוסרות שימוש בנשק חם בנסיבות המקרה, לא הכשירה כראוי את כוחות הביטחון, לא סיפקה הדרכה ראויה ואישרה את האירוע. עוד נטען כי בנסיבות העניין חל הכלל "הדבר מדבר בעד עצמו".
4. גרסת הנתבעת, כמפורט בכתב הגנתה, הנה כלהלן: ביום האירוע, 20/3/94, בשעות הבוקר, נעה שיירה שכללה מספר כלי רכב צבאיים וכלי רכב של מג"ב בעיר עזה. בהגיע השיירה לצומת הרחובות אל תלאתין – אלג'לאא (להלן: "הצומת"), נפתחה לעבר השיירה אש אוטומטית מתוך רכב מסוג פג'ו. האש נורתה אל כלי הרכב האחרון בשיירה – ג'יפ מג"ב. נוסעי הג'יפ הגיבו בירי

לכיוון רכב הפג'ו, ככל הנראה רכב הפג'ו נפגע אך נמלט מהמקום. בתום חילופי הירי "נמצא במקום רכב פיאת 124 אשר נפגע מירי ונמצאו בו סימני דם במושב האחורי". במקום, כך נטען, נמצאו תרמילי רובה קלצ'ניקוב ובסמוך נמצא מטען חבלה (סעיף 13 לכתב ההגנה). כתב ההגנה מוסיף ומציין כי לבית החולים שיבא בעזה הובהל המנוח סאלם עליוה כשהוא פצוע ירי בראש. בשל מצבו הקשה הוא הוטס במסוק לבית החולים שיבא בתל-השומר, שם נפטר מפצעיו. עוד נטען בכתב ההגנה כי במידה שמי מנוסעי רכב הפיאת נפגע בירי, משמעות הדבר היא פגיעה בתאונת דרכים בהתאם לדין שחל בעזה בעת הרלבנטית ועל-כן אין לנפגעים עילה כנגד המדינה. לחלופין, נטען כי הפגיעה נגרמה מהירי שנעשה מרכב הפג'ו או מפעולה מלחמתית. יובהר כבר עתה כי הטענה לפיה מדובר בתאונת דרכים, נזנחה.

בהתאם להחלטת כב' הש' י' עדיאל, אשר החל לדון בתובענה, הדיון פוצל והתקיים, בתחילה, דיון בשאלת האחריות.

5. עיקר טיעוני התובעים מבוסס על עוולת הרשלנות המיוחסת לחיילים המעורבים באירוע הירי כאשר, כך נטען, הירי בוצע תוך הפרת הוראות הפתיחה באש ובנסיבות בהן לא נשקפה לחיילים סכנת חיים. הנתבעת נתבעה הן במסגרת אחריות ישירה והן במסגרת אחריות שלוחית למעשה החיילים ונטל ההוכחה מוטל במקרה זה, לטענת התובעים, על כתפי הנתבעת, מכוח הכלל 'הדבר מדבר בעדו' והכלל בדבר 'דבר מסוכן' (סעיפים 41 ו-38 לפקודת הנויקין (נוסח חדש)), כאשר על הנתבעת להוכיח כי היא או חייליה לא התרשלו באירוע הירי. בנוסף, נטען כי הנתבעת לא ביצעה חקירה של האירוע באופן נאות וכדין וגרמה לתובעים נזק ראייתי. לסיכום, נטען כי לא מדובר באירוע הנכנס תחת כנפיו של החריג בדבר 'פעולה מלחמתית' (סעיפים 3 – 5 לסיכומי התובעים).

6. הצדדים נסמכו בטיעוניהם על ראיות שמקורן בשני מעגלים: המעגל הפנימי מטעם התובעים כלל עדותם של שני עדים אשר היו בזירת האירוע ושהו במכונית בה נפגעו המנוחים בעת האירוע. המעגל הפנימי מטעם הנתבעת כלל עדותם של חיילים אשר נטלו חלק באירוע. שני הצדדים הביאו, בנוסף, ראיות ממעגל חיצוני, דהיינו מחוץ להתרחשות האירוע גופו. מטעם התובעים הומצאו

מסמכים רפואיים הנוגעים למנוחים, העיד רפ"ק ליאור נדיבי (חוות דעתו הבליסטית – ת/1) והעיד מומחה מהמכון לרפואה משפטית ד"ר לוי בירטולין, אשר ערך דו"ח פתולוגי הנוגע למנוח עליוה (ת/2). כמו כן העיד מומחה נשק במשטרת ישראל, ברנרד שכטר (והוגשה חוות דעת מטעמו), ובנוסף העידו שוטר אשר המציא את תיק המשטרה בנוגע לאירוע, קצין צה"ל, רס"ן אורן עובדיה, אשר המציא את הוראות הפתיחה באש (ת/4), נציג מחלקת התביעות ממשרד הביטחון אשר המציא יומני מבצעים ותכתובת בין ב"כ התובעים לבין משרד הביטחון (יומני המבצעים הבלתי מצונזרים – ת/9). חומר צבאי, שעיקרו כולל יומני מבצעים, התקבל, בהסכמה, וכן תצהירו של החוקר אחמד יוסף חליל למדני אשר ביצע פעולות חקירה, לבקשת הנתבעת, כאשר ליורשי המנוח אחמד אסלים (פעולות שהתבצעו בשנת 2001).

7. כפי שיובהר בהמשך, בזירה נעשה שימוש בשני סוגים של כלי נשק: רובה סער מסוג קלצ'ניקוב, בו עשו שימוש המחבלים, ורובה M-16 בו עשו שימוש חיילי מג"ב. כאמור, המנוח אחמד עליוה נפטר ביום האירוע ומגופו הוצאו רסיסי קליע. הרסיס שהוצא נשלח לבדיקה בליסטית אולם המסקנה העולה מחוות הדעת הבליסטית ת/1 ומעדויותו של המומחה הבליסטי רב פקד נדיבי, הנה כי לא ניתן לזהות מאיזה כלי נשק נורה אותו רסיס ולא ניתן לשייכו לקליעים של אחד מכלי הנשק המעורבים. גם הערכת הפתולוג ד"ר לוי בירטולין בחוות דעתו (ת/2), באשר לכך שטיב הפגיעה (חור כניסה ופתח יציאה) יש בה להעיד על ירי מכלי נשק עם מהירות לוע גבוהה או נמוכה – אין בה כדי לסייע, כמו גם מיקומם של חור הכניסה והיציאה בראש המנוח אחמד עליוה, שכן מרגע בו החל הירי, לא ניתן לשער תנועות ספונטניות של מי שנמצא בזירת ירי. גם חוות הדעת הבליסטית של ברנרד שכטר, לפיה רסיסי הקליע הכילו עופרת, אינה מסייעת מאחר שהן קליעי M-16 והן קליעי קלצ'ניקוב מכילים עופרת.

עדי התובעים – המעגל הפנימי

8. עד התביעה אסמאעיל ג'רו יצא בבוקר יום האירוע מביתו למקום עבודתו בסמוך לאוניברסיטת אלאזהר בעזה. ביחד עם המנוח, אחמד עליוה, עלו השניים לרכב מסוג פיאט אשר שימש כמונית (אף שבפועל לא היה מדובר במונית של

ממש). העד ג'רו ישב עם המנוח עליוה, במושב האחורי, כאשר היו ברכב שלושה נוסעים נוספים, שניים שישבו על יד הנהג במושב הקדמי ונוסע נוסף במושב האחורי. הרכב ובו הנוסעים נסע לכיוון האוניברסיטה. בהגיעם לצומת, עברה במקום שיירה של כלי רכב צבאיים מרח' אלג'לאא לרח' אלתאלתין. הרכב בו נסע העד נעצר על מנת לאפשר מעברה של השיירה: "לפתע כשהשיירה הצבאית השתלבה בצומת ונכנסה לרחוב אלתאלתין, וכשהיינו במרחק של כ- 30 מטר מהשיירה, נשמעו קולות של ירי, מיד כופפתי את הראש. הירי נמשך כשתי דקות... לאחר מכן כשהסתכלתי בכיוונו של המנוח, ראיתי את כולו מגואל בדם..." מעדותו של עד זה לא ניתן להסיק אלא שהמנוח עליוה נפגע בהיותו נוסע במושב האחורי ברכב הפיאט. העד עצמו לא יכול היה לראות את מקורות הירי שפגעו במכונית הפיאט. מהמשך דבריו עולה כי מכונית הפיאט הייתה בעצירה בעת הירי. דבריו לפיהם "החיילים לא ירו באוויר לפני שירו לעבר הרכב שלנו. הירי כוון לעבר הנוסעים..." אינם מתיישבים עם דבריו האחרים לפיהם מיד למשמע הירי כופף את ראשו. כך ענה במפורש גם לשאלת בית המשפט: "שמעתי ירי, וישירות הורדנו את הראש. הגעתי עם הראש עד הברכיים... התכופפתי כמה שיכולתי..."

9. עד התביעה יאסר אחמד סולטאן, נהג מכונית הפיאט, העיד כי הסיע, בתשלום, חמישה נוסעים לכיוון אוניברסיטת אלאזהר. כאשר להתרחשות האירוע, העיד כי בהגיעו לצומת ראה את שיירת כלי הרכב הצבאיים: "...רכב של חיילים והג'יפ הראשון עבר ואחריו עברה המשאית גם כן, הג'יפ השלישי עבר. הופתעתי שהחייל שיושב בג'יפ השני כיוון את הנשק שלו לעבר הרכב שלי ואני פחדתי והורדתי את עצמי מתחת להגה. החיילים החלו לירות לעבר הרכב. היה הרבה ירי ואני נשארתי למטה לא יכולתי להרים את הראש שלי... היה אדם שדימם בראשו ואיש אחר שצעק". העד הבהיר כי החייל שישב בג'יפ הפתוח, הרים לפתע את שתי ידיו כשהן אוחזות ברובה וכיוון אליו: "באותו זמן אני פחדתי וישר הורדתי את הראש שלי למטה".

אמנם, וכפי שציינה באת כוח התובעים בסיכומיה, עדותם של שני עדי הראייה מטעמם של התובעים, הנוסע והנהג, לא נסתרה במהותה, אולם מעדויות אלה לא ניתן להסיק מסקנות פוזיטיביות באשר למקור הירי ממנו נפגעו נוסעי מכונית הפיאט. גם דברי הנהג באשר לחייל אשר כיוון את כלי נשקו לכיוונו אין

ללמוד מהם הרבה, שכן מעדותו לא עולה שהוא ראה את החייל יורה בפועל לכיוונו.

עדי הנתבעת – המעגל הפנימי

10. העדים הישירים לאירוע, מטעם הנתבעת, הם כאמור, החיילים אשר נטלו בו חלק. החייל ד' ק', אשר ביום האירוע שירת במג"ב כחייל בשירות סדיר, היה מנוסעי הג'יפ האחרון בשיירה, וישב מאחורי נהג הג'יפ. בשלב מסוים שמע קולות ירי אך לא זיהה את מקורו. לאחר שהג'יפ בו נסע השלים את הסיבוב בצומת, הוא זיהה מכונית פג'ו בצבע בז'. הג'יפ עצר: "ירדתי ויריתי לעבר הפג'ו, בבודדת, דרך כוונת. זיהיתי בין 3 ל - 4 פגיעות בפג'ו ואז הפג'ו נמלטה לאחד הרחובות. בהתחלה יריתי מסמוך לג'יפ לכיוון הפג'ו. באותה עת לא היה רכב פיאת בסביבה. רצתי קדימה לכיוון הפג'ו והמשכתי לירות לעברה. הפג'ו נמלטה מהמקום. לאחר הימלטות הפג'ו חזרתי לכיוון הג'יפ... והבחנתי בפיאת, שהייתה תקועה ליד הג'יפ" (סעיפים 5 ו' - ט' לתצהירו). בראשית עדותו בבית המשפט אמר ד' ק' כי בשנת 1994 היה עולה חדש "... ומה שהיה רשום בחקירה זה מה שהיה. אני לא יכול להוסיף מילים. אני לא זוכר". לדבריו, לאחר שקרא את התחקיר שערך הצבא, הוא נזכר בפרטי האירוע, ובהתאם, ערך את תצהירו. אכן, בעדותו הרבה ד' ק' להשיב כי אינו זוכר, לרבות באשר למספר הקליעים שנורו על ידו, למרחקים, סוגי רכבים ומספר נפגעים. יחד עם זאת, ציין כי החיילים עשו שימוש בכלי נשק מסוג M-16, כי המחבל ירה מתוך הרכב הנוסע (הפג'ו) והעיד כי לא פגע בכל רכב אחר בשעת הירי.

ד' ק' מסר, ביום האירוע עצמו, בשעה 14:30, עדות בכתב. מההודעה, ת/6, שהתקבלה ללא התנגדות (ר' עמ' 27 ש' 20 - 21 לפרו') ועיקרה זהה לאמור בתצהירו, עולה כי האירוע התרחש סמוך לשעה 09:15, כי הוא החל לירות לאחר שהג'יפ נעצר, ונורו על ידו כ - 14 יריות, בירי בודד, והוא זיהה 3 - 4 פגיעות ברכב הפג'ו שנמלט מהמקום. גם בהודעה זו (ת/6) אמר: "בהתחלה יריתי ליד הג'יפ לכיוון הפג'ו והפיאת לא הייתה בסביבה. כשרצתי קדימה לכיוון הפג'ו המשכתי לירות ולאחר שהפג'ו נמלטה ואני חזרתי לכיוון הג'יפ שלנו הבחנתי בפיאת שהיא הייתה תקועה ליד הג'יפ שלנו... אני שמעתי שמישהו צעק שיש פצוע אבל לא ראיתי אותו אלא רק לאחר שלקחו אותו".

כאמור, בשעת עדותו לא זכר ד' ק' פרטים מעבר להודעתו ת/6. הודעה זו נגבתה ממנו שעות ספורות לאחר האירוע, גרסתו זו נמסרה בתום לב ויש בה תיאור דברים כהווייתם. על המשתמע ממנה – להלן.

11. י' ע' הוא לוחם נוסף אשר נטל חלק באירוע וגם ממנו נגבתה הודעה (ת/7, שהוגשה בהסכמה: ר' עמ' 30 ש' 15 – 16 לפרו') מספר שעות לאחר האירוע. גם י' ע' שהה בג'פ האחרון בשיירה והוא ישב בסמוך ל - ד' ק'. לדבריו באותה הודעה, שהתקבלה ללא התנגדות: "בערך כשהגענו לצומת... נפתחה לעבר הכח הסוגר, כלומר לעבר הכוח שבו הייתי ירי, אני אישית זיהיתי אדם החמוש בנשק מסוג קלאצ' שפלג גופו העליון יוצא החוצה דרך חלון שמאלי של רכב מסוג 504 בצבע בז'. הירי היה מכוון לעברנו והירי היה בצרורות וסיכן את חיינו. אני תוך כדי נסיעה יריתי לעברו וצעקתי 'ניתקלנו מאחור'. הג'יפ נעצר ואני קפצתי והסתערתי לכיוון מקור הירי. ביחד איתי הסתער אף המ"כ והלוחם שישב לצידו. תוך כדי ירי נכנס לטווח האש מבלי לעצור אפילו רכב מסוג פיאת 124 בצבע ירוק שכנראה שימש כחיפוי לאותם מחבלים שביצעו הירי מתוך הפג'ו 504, לכן הסקנו שהפגיעות של אותם מקומיים התבצעו מהרכב שבו ישבו המחבלים. עם זאת ברצוני לציין כי הפיאת 124 נראתה נוסעת אחרינו מאזור האוגדה וכשהגענו לצומת אז היא עקפה אותי ונתקעה באי תנועה שהיה במקום. ובהמשך הוסיף: "אני זהיתי ארבע פגיעות שלי בפג'ו 504... אני יריתי אך ורק דרך כוונות, ובירי בודד ולא בצרורות... אני הייתי כל הזמן בריצה לאחר הפג'ו 504 ולא שמתי לב בכלל לפיאת הירוקה ורק לאחר מכן נודע לי שהיא הייתה מעורבת באירוע הזה".

בעדותו, הוסיף י' ע' כי המרחק בינו ולבין מכונית המחבלים היה כ - 15 עד 20 מטרים, ולאחר הירי התנהל מרדף של כחצי שעה בעקבות מכונית המחבלים. כאשר נשאל מתי לראשונה נודע לו שרכב הפיאת מעורב באירוע, השיב כי היה זה לאחר שחזר מהמרדף, כעשרים דקות לאחר הירי, הוא ראה סימני דם בתוך רכב הפיאת ומחוצה לו, אך רק לאחר שבוע נודע לו על כך שאדם נפגע מקליע בראשו. לשאלה האם הרכב חצה את קו האש כי אז סביר להניח שהרכב נפגע עקב כך, השיב "לא זכור לי". יחד עם זאת אישר כי רכב הפיאת שחצה את קו האש נמצא במרחק אפס עד עשרים מטרים ממנו.

בתשריט ת/8, אשר צויר על ידי העד, ניתן לראות את האופן בו ניצבו שלושת כלי הרכב כאשר מכונית הפיאט ניצבת בתווך, בין ג'יפ מג"ב לרכב המחבלים.

מעדותו של עד זה, ובעיקר מהעובדה כי גם גרסתו נמסרה שעות ספורות לאחר האירוע, עולה כי מכונית הפיאט נקלעה אל קו האש. למעשה, מאחר שלא יכולה להיות מחלוקת כי המנוח עליוה נפגע ברכב הפיאט בשעת האירוע, ברור הדבר כי הפגיעה הנה תולדה של חילופי הירי והפגיעה מקורה בירי אנשי מג"ב או בירי מחבלים. בתמונות נ/3 ו – נ/5, מופיעה מכונית הפיאט כאשר שניים מגלגליה (שני הגלגלים שבצד הנהג), על אי התנועה. התמונה נ/5 הנה עם זווית רחבה יותר ונראה גם הצומת. החלון הקדמי של מכונית הפיאט מרוסק (וראה גם השרטוטים נ/2 א' ו – ב').

12. לוחם מגב נוסף, י' מ', מסר אף הוא הודעה ביום האירוע, בשעה 13:55. גם הוא נסע בג'יפ האחרון בשיירה. בהודעתו, שהתקבלה אף היא ללא התנגדות, הוא מציין: "כאשר פנינו ימינה... נשמע צרור יריות אוטומטי לכיווננו ואז צעקתי לנהג הג'יפ נתקלנו עצור, הנהג ברח ממכת האש וכעבור מספר מטרים עצרנו בצד. תוך כדי עצירתנו אחד הלוחמים בג'יפ שלי השיב באש לכיוון מקור הירי שזוהה, כאשר זוהה רכב מקומי פג'ו 504 צבע בז' או בהיר ואז בשלב עצירת הג'יפ פרקנו והיינו בישור קו והשבנו באש למקור הירי רכב פג'ו 504, כאשר בתווך, בינינו לבין הפג'ו החשוד, עמדו 2 כלי רכב מסוג פיאט 124. אחת מהם צבע ירוק והשנייה אדומה. אז בינתיים התקדמנו לכיוון רכבי הפיאט שעמדו בצומת. הפג'ו 504 נמלטה. בינתיים נהג הג'יפ שלנו ביצע פרסה והגיע אלינו. עלינו לג'יפ ונסענו לכיוון בריחת הפג'ו...".

13. החייל, י' א', נסע אף הוא בשיירה בשעת האירוע והיה ברכב הראשון. פעילותו בשעת האירוע כללה ירי כדור אחד באוויר, מיד לאחר שנשמעו היריות והוא ירד מהרכב בו נסע. לאחר מכן נע לכיוון מיקום האירוע עצמו, שם ראה את מכונית הפיאט אך ללא אנשים בתוכה.

עדויות החיילים יריב ס' וי' ע', אינן מוסיפות מעבר לאשר פורט לעיל. יניב ע' היה מפקד שני הצוותים באירוע והוא היה בג'יפ המוביל. מיד לאחר

תחילת האירוע נהג על-פי התרגולת: ירידה מהרכב וירי (באוויר). העד יריב ס' לא ראה את רכב הפג'ו.

14. מעדותו של רס"ן בוריס מסקוף (אשר בשעת עדותו שימש כראש מדור תביעות בשטחים בחטיבת תביעות וביטוח), עולה כי בהתאם לתחקיר הצה"לי שנערך ביום האירוע ואשר כלל איסוף 29 תרמילי קלצ'ניקוב, "לא ברור על ידי מי נפגע התובע. האם מירי של שוטרים או מירי של הצד השני". לדבריו, אין תיעוד בתיק בדבר פגיעה במנוח אסלים. רס"ן אורן עובדיה, סגן קצין המבצעים של פיקוד דרום, המציא בשעת עדותו את הוראות הפתיחה באש כפי שהיו תקפות בשנת 1994 (ת/4), ולכך תבוא התייחסות בהמשך.

15. עד ההגנה, שכטר ברנרד, מומחה לנשק (ראש מעבדת נשק במז"פ בשנים 1983 – 1997), התבקש על ידי הנתבעת לחוות דעתו באשר לנשק שהיה בשימוש מג"ב בשנת 1994 וכן באשר לשאלת מהירות קליעים שונים ובעיקר קלצ'ניקוב, M – 16, עוזי וגליל.

על פי חוות דעתו, מהירות לוע של רובה M – 16, הנה גבוהה (מעל 900 מטר בשנייה). מהירות הלוע של רובה קלאצ'ניקוב הנה בינונית (700 מטר לשנייה). כפי שיובהר להלן, אין מקום להידרש לדעתו לעניין מהירות לוע של רובי גליל ועוזי, שכן אלה אינם רלבנטיים. לדבריו, לא ניתן לברר, במידה מספקת, על-ידי בדיקה כימית של הרסיס, לאיזה נשק הוא משתייך, שכן במהלך ייצור קליעים, אפילו מאותה סידרה, חלים שינויים בסוג החומר המשמש לייצור. מאחר שמתיק מז"פ שהובא לעיונו עולה כי הקליע שפגע במנוח עליוה, פגע בו לאחר שחדר את שמשת הרכב, אין מדובר, לדעתו, בקליע של M – 16, שכן הקליע שנעשה בו שימוש באותה תקופה הוא מעופרת מצופה מתכת שהיה מתפרק לאחר הפגיעה בשמשה ולא הייתה לו יכולת חדירה לגולגולת. מאידך, קליע קלצ'ניקוב באותה תקופה, יוצר מגרעין פלדה מצופה עופרת, וחדירה בשמשה לא הייתה מונעת חדירת גרעין המתכת לגולגולת. להערכתו (הבלתי מדויקת), הרסיס שנמצא בגולגולת עשוי עופרת (על פי צבעו), אולם הוא אישר שעופרת מצויה בקליעי M-16 וקלאצ'ניקוב. גם מדעתו לא ניתן להגיע לממצא חד משמעי באשר למקור הרסיס שפגע במנוח עליוה.

16. ד"ר לוי ברטולין, מהמכון לרפואה משפטית, ערך ניתוח לאחר המוות למנוח אחמד עליוה. מחוות דעתו עולה כי המוות נגרם מקליע שחדר לראשו של המנוח במצח שמאל ואף יצא ממצח שמאל, תוך שנמצאו רסיסי מתכת בגולגולת (שניים מהם נשמרו). בעדותו הוסיף כי לאור גודלם של חורי הכניסה והיציאה, לא מדובר בקליע שקוטרו מעל 0.9 ס"מ. להערכתו, טיב הפגיעה מעיד על קליע בעל מהירות לוע בינונית או למטה מכך (כלומר 380 מטר בשניה). עדותו, באשר למהירויות לוע של כלי נשק שונים, הנה מחוץ לתחום מומחיותו ולא ניתן לייחס משקל רב לתשובותיו בנושאים אלה. מכל מקום, מהירות הלוע של רובה קלצ'ניקוב ורובה M-16, הנה מהירות לוע גבוהה מהמהירויות אותן ציין ד"ר לוי.

17. סיכום ביניים

מהאמור לעיל עולות המסקנות הבאות: בזירת האירוע נעשה שימוש בשני סוגי כלי נשק בלבד: רובי M-16 על ידי חיילי מג"ב, ורובה קלצ'ניקוב על ידי המחבל היורה. לשם כך אין צורך בעדויות מפי מומחים או בהערכות והשערות באשר לכלי נשק שנעשה בהם שימוש בצה"ל או במג"ב באותה העת. באו לכך ראיות ישירות וברורות מצד החיילים אשר נטלו חלק באירוע. אמנם, חלקם לא זכרו את פרטי האירוע, אולם הם זכרו במפורש ובאופן פוזיטיבי, וכך אף העידו, כי כלי הנשק אשר שימש אותם בשעת האירוע היו רובי M-16 ואלה בלבד. מנגד, אין חולק כי המחבל היורה עשה שימוש ברובה קלצ'ניקוב, ונאספו בזירה 29 תרמילים של רובה זה. עוד ניתן לומר כי אין ראיה ברורה וחד משמעית באשר לסוג הנשק ממנו נפגע המנוח עליוה, האם מרובה M-16 או מרובה קלצ'ניקוב, ושתי האפשרויות שקולות. מצב מעוין זה פועל לחובת התובעים.

18. באשר להתרחשות האירוע, ניתן, כאמור, לקבל את הגרסה העולה מעדויות החיילים ובמיוחד מעדות החייל י' ע' (ואף מבלי להיזקק להודעותיהם שהתקבלו כאמור ללא התנגדות), מהן, במקובץ, עולה כי משהושלמה, כמעט, פניית השיירה בצומת, נפתחה אש על הג'יפ האחרון מרכב המחבלים. לוחמי מג"ב השיבו, באופן מיידי, באש, האחד מהם עוד בשעת הנסיעה והאחרים מיד לאחר

שהגי'פ עצר והם ירדו ממנו ורצו לכיוון רכב המחבלים. המרחק בין רכב המחבלים לבין הגי'פ האחרון היה כעשרים עד עשרים וחמישה מטרים בלבד. מהעובדה שמכונת הפיאט נפגעה ומעדות החיילים עולה כי מכונת הפיאט נקלעה לקו האש והמנוח עליוה קיפח את חייו בשל כך. האירוע העמיד את החיילים בסכנת חיים של ממש. מדובר בירי שבוצע כלפיהם מרובה סער מסוג קלאצ'ניקוב, כאשר הירי בוצע מטווח מינימלי של עד כעשרים וחמישה מטרים בלבד, בכיוון ישיר אל עבר החיילים, אשר רק פעולה מהירה מצדם אילצה את רכב המחבלים להימלט, לא לפני שנורו לעברם של החיילים עשרות קליעים. כפי שיובהר בהמשך, גם אם נבחן את פעילות החיילים והתנהלותם באירוע, באמות מידה נזיקיות ועל-פי עוולת הרשלנות, לא ניתן להגיע למסקנה כי התרשלו בפעילותם, ובנוסף, פעולת החיילים התנהלה בסיטואציה המהווה 'פעולה מלחמתית'. יצוין כי בנסיבות אלה גם מתקיימות הוראות הפתיחה באש במקרה של סכנת חיים, בהתאם להוראות הקבועות בפנקס כיס למשרת באיו"ש ובחבל עזה מיולי 1993: במקרה בו יורים על חיילי צה"ל, יש להשיב באש על מנת לפגוע בגופו של התוקף, וגם כאשר התוקף נמלט והנשק החם בידו – ניתן לירות על מנת לפגוע בגופו (פרק א'). כך הדבר גם בהוראות פתיחה באש לחיילי מג"ב (סעיף 6 ב' להוראות).

19. באשר לכך שמדובר, כאמור, בפעולה מלחמתית, קובע [חוק הנזיקין האזרחיים](#) (אחריות המדינה), תשי"ב – 1952, בנוסח הרלבנטי, בסעיף 5 שבו (בטרם תוקן החוק בתיקון מס' 4 בו נוספה, בסעיף 1 לחוק, ההגדרה של המונח 'פעולה מלחמתית'): "אין המדינה אחראית בנזיקין על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית או של צבא הגנה לישראל". לא בכדי באה מצד הנתבעת הפניה לע"א 5964/92 ג'מאל קאסם בן-עודה נ' מדינת ישראל, שם נאמר כי פעולות מלחמתיות יוצרות, מעצם טבען וטיבן, סיכונים "אשר מערכת הדינים השגרתית לא נועדה להתמודד עימם. המטרות המנחות ביסוד דיני הנזיקין הרגילים אינן חלות כאשר הנזק נובע מפעולה מלחמתית שהמדינה מנהלת כנגד אויביה...". פעולה מלחמתית, כך נקבע, הנה גם פעולה כנגד ארגוני טרור. ועוד, גם פעולת שיטור רגילה עלולה להיפך לפעילות מלחמתית (ר': ע"א 8384/05 מסרי מוני סאלם נ' מדינת ישראל, פורסם במאגר "נבו"). (לעניין "פעולה מלחמתית" ר'

גם: [ע"א 3038/05](#) מוחמד מתקאל זידאן נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון, פורסם במאגר "נבו". איני סבור, כטענת התובעים בסיכומיהם, כי מדובר בהתרשלות בירי: לא באה לכך כל ראיה מטעם התובעים. דווקא עדי התובעים, שהיו נוכחים בזירה כנוסעי מכונית הפיאט, העידו על ירי פתאומי שכוון לעבר השיירה ואשר אילץ אותם להנמיך את ראשם ולהסתתר. טיעון התובעים (סעיף ח.1. בעמ' 18 לסיכומיהם) לפיו "הירי בוצע עת לא נשקפה סכנת חיים לחיילים שכן רכב המחבלים נמלט מהמקום" הנו טיעון שאינו נשען על הראיות ואף סותר אותן: מעדות החיילים עולה כי מיד עם תחילת ירי המחבל הושבה אש על ידי החיילים עוד בטרם עזבה מכונית המחבלים את זירת האירוע, בניגוד לטענת התובעים בסיכומיהם. המסמכים הצבאיים אינם תומכים בכך שהירי בוצע אל עבר רכב המחבלים בשעת הימלטותו ובשעה שרכב המנוחים חצה את קו האש. מעדויות החיילים עולה, כאמור, תמונה שונה, ואין מקום לפסול את עדות החיילים בטענה שאלה עיינו בתחקיר שנטען לגביו שהוא חסוי בטרם עדותם (כנטען בסעיף 4 בעמ' 19 לסיכומי התובעים). אמנם, מדובר בירי מטווח קצר, נערכו חילופי ירי בטווח של עד כעשרים וחמישה מטרים, טווח אליו, ככל הנראה, נקלעה מכונית הפיאט, אולם החיילים העידו כי בוצע על ידם ירי כדורים בודדים, בין כוונות. אמנם אחד החיילים העיד, כאמור, על כך שהבחין במכונית הפיאט בעת הירי, אולם, כאמור, אין ראיה לגבי זהות הפוגע – חיילי מג"ב או המחבל – ומדובר בפעילות שבוצעה שעה שהחיילים היו בסכנת חיים. אין מקום, בנסיבות כאלה, להחיל את מבחני הרשלנות הרגילים (כנטען בעמודים 19 – 20 לסיכומי התובעים). לחיילים הייתה צפויה סכנה ממשית של אובדן חיים או חבלה קשה ולא באה כל ראיה לכך שהחיילים המשיכו בירי לאחר חלוף הסכנה. ועוד, לאחר הירי, מכונית המחבלים נמלטה לכיוון ההפוך ממיקום רכב הפיאט, וירי שבוצע לעברה כבר לא יכול היה לפגוע ברכב הפיאט. סעיף 33 להוראות הפתיחה באש (ת/4) קובע כי שעה שמדובר בכלי רכב חשוד, ניתן לפתוח באש לשם עצירתו "רק כאשר נוסעיו, או חלק מהם, חשודים בביצוע פשע מסוכן" ויש לנקוט בנוהל מעצר הרכב החשוד ובסופו של דבר, לכל היותר, ניתן לירות "לעבר גלגלי הרכב". הוראה זו אינה חלה כלל ועיקר על נסיבות המקרה שבעניינו: אין מדובר בחשד אלא במעשי ירי של ממש שסיכנו את החיילים, ובוודאי שלא היה מקום לנקוט בנוהל מעצר הרכב, ולא כל שכן בירי

לעבר הגלגלים בלבד. טיעון כזה (סעיף 9 בעמ' 20 לסיכומי התובעים) – אין לו תחולה לנסיבות ענייננו. הדוגמאות המופיעות בסעיף 11 בעמ' 20 לסיכומי התובעים – כגון רכב שחסם את רכב החיילים לאחר פיגוע – אינם ממין העניין. בחינת נסיבות האירוע מוליכה למסקנה לפיה מדובר בפעולה מלחמתית: מטרת הירי (הכפול), מקום האירוע, משך הפעילות, זהות הכוח הפועל, האיום שנצפה לו, עוצמת הכוח שהופעלה על ידי החיילים ומשכן, כל אלה מוליכים למסקנה שמדובר בפעולה מלחמתית ובאים בהגדרת מונח זה כאמור גם בפסק הדין בעניין בני עודה.

20. האמור לעיל, מוליך גם למסקנה לפיה אין מקום לתחולת סעיפים 38 ו-41 לפקודת הנזיקין: אין מדובר בהתרשלות של הכוח הצבאי ולא הופרו הוראות הפתיחה באש. אולם, גם אם היה מקום להעברת הנטל – הנתבעת עמדה בכך כמבואר לעיל.

21. בשולי הדברים יאמר כי לא מצאתי ממש בטענה לפיה נגרם לתובעים נזק ראייתי מהותי שעה שלא הומצאו שני תיקי משטרה נוספים הקשורים לאירוע, כפי שעלה מעדותו של השוטר מוטי עשור, וכנטען בפרק י' לסיכומי התובעים. מהראיות עולה כי המדינה ניהלה מספר חקירות בנוגע לאירוע, נאספו ממצאים רבים ולא באה תשתית לטענה לפיה היה מקום לחקירה נוספת. כל החיילים המעורבים נחקרו, נאספו ממצאים מזירת האירוע וגם אם לא נבדקה מכונית הפיאט, ועל-כן לא ידוע אם ניתן היה למצוא קליעים נוספים, עדיין מדובר, כאמור, בפעולה מלחמתית. לתובעים הומצא מלוא החומר (הצבאי והמשטרתית – ר' נספח ל' לתגובה להודעת התובעים מיום 7/1/04, והחלטת כב' השופט י' עדיאל, אשר דן בתיק בתחילת ההליך, בעקבות כך). יומני הצבא הבלתי מצונזרים הוגשו אף הם (ת/9). הכלל הוא, כי דוקטרינת הנזק הראיתי תחול מקום בו הרשות (החוקרת) התרשלה במילוי תפקידה. בענייננו, לא באה ראייה להתרשלות כאמור.

22. מסיכומי הנתבעת עולה כי אין הכחשה ממשית לכך שהמנוח אסלים פראג' נפגע באירוע (וכניסוח הנתבעת בסיכומיה: "לא קיימת אינדיקציה ברורה

לפגיעתו באירוע"). לשון רפה זו, בצירוף נסיבות הטיפול במנוח זה, מוליכות למסקנה כי קרוב לוודאי שפגיעתו נגרמה באירוע. תימוכין נוספים לכך קמים מעדותו של השוטר מוטי עשור אשר העיד כי על פי רישומי תיק המשטרה, היו שני נפגעים ברכב האזרחי, אחד מהם נהרג והשני נפצע. גם החייל ד' ק' העיד כי היו שני נפגעים. אולם, לאור התוצאה אליה הגעתי, אין בכך לשנות לעניין אחריות הנתבעת.

23. באשר לרישומים הצבאיים אשר התובעים ביקשו לעשות באמור בהם בסיס לתמיכה בטיעוניהם, דומה כי לא ניתן לראות ברישומים אלה את אשר אין בהם. אכן, כפי שנפסק (ר' ע"א 8384/05 מסרי מוניר סאלם נ' מדינת ישראל שנזכר לעיל), "יומן מבצעים עשוי לשמש ראיה אובייקטיבית, ושובה ואותנטית בתביעות נזיקין דוגמת זו... וכבר נפסק כי ניתן לצפות שהמדינה תציג ראיה מסוג זה מקום שבו היא טוענת כי הפרות הסדר עימן התמודדו כוחות הבטחון, הצדיקו ביצוע ירי...". אולם, וכפי שנאמר באותו עניין, על מנת להסיק מסקנה ממצה מיומני המבצעים, יש להתייחס לדפי היומנים כולם. כלומר, יש להשקיף על התמונה בכללותה כפי שהיא משתקפת משלל הרישומים והדיווחים. בענייננו, הרישומים מאזכרים את התרחשות האירוע, מפרטים ממצאים שנמצאו במקום לאחר מכן (לרבות מטען צינור שפוצץ במקום), בא דיווח אודות הפגיעה במנוח, וקיים דיווח שעסק בהתנגשות רכב המחבלים במכונית הפיאט (דיווח מהשעה 09:40). דיווחים אלה, שהם רבים (ומפורטים בסיכומיהם של שני הצדדים גם יחד, אם כי בהדגשים שונים) אינם מייצרים תמונה שונה של האירוע, ואין במכלול האמור בהם לסתור את גרסת החיילים. לצורך הדיון אני מוכן לקבל את סיכום טיעון התובעים בהקשר זה (עמ' 15 לסיכומיהם), לפיו ניתן לראות במסמכים אלה משום הודאת בעל דין, ולא ניתן לטעון מכוחם כי הפגיעות במנוחים נגרמו מרובה קלאצ'ניקוב דווקא, שכן מצוין בהם שרכב הפיאט נקלע לקו האש, ומכל מקום – לא ניתן ללמוד ממסמכים אלה את סוג הנשק ממנו נורו הקליעים שגרמו למות המנוחים. כאמור, גם חוות הדעת של ליאור נדיבי (ת/1) ושל ד"ר לוי בירטולין (ת/2), אינן מאפשרות מסקנות אחרות, ואף לא חוות דעתו הבליסטית של המומחה ברנרד שכטר. ליאור נדיבי העיד, בהקשר זה: "אין עליו (על הקליע שפגע במנוח עליוה – ר.כ.) סימן שיכול לקשור אותו לכלי נשק ספציפי". אולם,

גם בהנחה מיטיבה זו לטובת עמדת התובעים, אין לשנות מהמסקנה הכפולה: לא הייתה התרשלות בפעילות החיילים אשר השיבו בירי מדוד אל עבר מכונית המחבלים ולא היה בכוחם או בשליטתם למנוע את היקלעות מכונית הפיאט לקו האש. מדובר, בכל מקרה, בפעילות מלחמתית של ממש, מהצד האחד, ורוע מזלם של המנוחים אשר נקלעו לפעילות זו שלא מרצונם, מהצד האחר, פעילות הבאה בגדר הפטור מאחריות בנוזיקין על פי סעיף 5 [לחוק הנוזיקין האזרחיים](#).

המסקנות שלעיל מיתרות גם את הצורך להכריע במחלוקת הנוגעת למסמכים הרפואיים: אלה מבית החולים בעזה ואלה מבית החולים ברזילי (כנוגע למנוח אסלים), מחלוקת אשר הצדדים מצאו לנכון להידרש אליה וליתן לה נפח גדול מהדרוש.

התוצאה

24. מהאמור לעיל עולה התוצאה כי דין התביעה להידחות. התובעים ישאו בהוצאות הנתבעת ובשכ"ט עו"ד, בשיעור מתון, בסך 40,000 ₪.

ניתן היום א' בתמוז, תשס"ט (23 ביוני 2009) בהעדר הצדדים.

המזכירות תמציא פסק הדין לצדדים.

ר' כרמל 3125/01-54678313

ר' כרמל, שופט

קלדנית: רחל אמויאל
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)