

ע"א 6275-05-10

בבית משפט המחוזי בירושלים  
בפני כבוד השופטים: מזרחי, נועם, סולברג

קבוע לדיון ליום 1.02.11

מדינת ישראל – משרד הביטחון

בעניין שבין:

ע"י פרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)  
רח' הנרייטה סולד 1, ת"א 64924  
טל': 03-6970222, פקס': 03-6918541

המעוררת

- נ ג ד -

1. עזבון המנוח זבן ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד מוחמד דחלה ו/או סוהאד  
חמוד ו/או סעיד דקה ו/או מוחמד  
מסאלחה ו/או יצחק הראל ו/או מוראד  
חיטיב;  
כולם מרח' אבן בטוטה 4, ת.ד. 1342,  
ירושלים 91013.  
טל': 02-6274070/1; פקס': 02-6274060

המשיבים

הודעה על הגשת עיקרי טיעון מטעם המשיבים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, המשיבים מתכבדים להגיש את עיקרי הטיעון מטעמם  
בערעור הנ"ל.

מבוקשת הסכמתו של בית המשפט הנכבד להגשת עיקרי הטיעון בשמונה עמודים (במקום שבעה  
עמודים) וזאת לאור ריבוי הסוגיות שיש להתייחס אליהן. יצוין, בטרם הגשת עיקרי טיעון מטעם  
המעוררת (שהגישה עיקרי טיעון שלה בשמונה עמודים) הייתה הסכמה הדדית בין הצדדים  
להגדלת היקף עיקרי טיעון כמבוקש לעיל.

מוחמד דחלה, עו"ד  
מוחמד דחלה ועוה"ד, עו"ד  
ב"כ המשיבים

## עיקרי טיעון מטעם המשיבים

### פתח דבר

1. הערעור דנא מוגש על פסק דינו של כב' בית משפט קמא אשר קיבל את תביעת עזבונו של המנוח זבן. כתב התביעה מגולל את סיפורו של אירוע טראגי שהתרחש ביום 11.04.02 בעיר גנין שבו נורה למוות הקטין זבן, בן 14 שנים, מאש חייל ישראלי, שהיה במרחק של עשרות מטרים מהמנוח, כשהחייל נמצא על טנק הממוקם בצומת סמוכה, וזאת על לא עוול בכפו.

2. בפני כב' בית משפט קמא העידו אביו ואחיו של המנוח, ועוד שני עדים נוספים. לתצהירו של אבי המנוח צורף, בין היתר, דו"ח רפואי מבית חולים אלראזי בגנין (מ/1) וכן הודעת פטירה. המערערת מצידה טענה שהאירוע נשוא התובענה כלל לא התרחש. מטעם המערערת העידו בפני בית משפט קמא שני עדים האחד סא"ל גיל אשר צירף לתצהירו החלק הרלוונטי מיומן המבצעים, וכן העד עודה – תושב מקומי שלפי הנטען היה עד לאירוע נשוא התובענה. בנוסף לאלה ביקשה הנתבעת להגיש הודעות חוץ של שני תושבים מקומיים, ותמליל שעניינו חקירה פרטית של גורמים מקומיים בבית חולים וגביית הודעות מהם לעניין איתור התיק הרפואי של המנוח.

### ערכאת הערעור איננה נזקקת להתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו ע"י הערכאה קמא:

3. ראשית כל שי לציין, כי פסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא מושתת על ממצאים עובדתיים מוצקים שהגיע אליהם לאחר ששמע את העדים ולאור הערכותיו למהימנות העדים, חזקת הראיות בכללותן משקלן ומשמעותן (לעניין זה ראה: עמ' 10 לפ"ד, שורות 6-11; עמ' 14 לפ"ד, שורות 7-11; עמ' 25, שורות 5-2). בית המשפט הנכבד קמא ובהתאם למסכת הראיות שהיתה מונחת לפניו קבע מפורשות שהמנוח נורה ע"י חייל צה"ל (עמ' 7 לפ"ד, שורה 15) הלכה ידועה, כי ערכאת הערעור איננה מתערבת בממצאי עובדה. התערבות ערכאת הערעור תיעשה רק במקרים חריגים וקיצוניים. ראו ע"א 3601/96 בראשי ואח' נ' עזבון המנוח זלמן בראשי ז"ל, פ"ד (נב) 582. בהמ"ש הנכבד קמא ירד לשורשן של המחלוקות העובדתיות ובפסק דינו הגיע למסקנה וקבע ממצאים עובדתיים שאין כל הצדקה להתערבות ערכאת ערעור בקביעתם מחדש. ראו את דברי כב' הנשיא שמגר בע"א 78/84 עיזבון המנוח חג' קאסם אחמד סווילס נ' פתחיה בדווי אלג'ילאני (פורסם בנבו).

### ראיות התביעה וההגנה בפני בית משפט קמא

4. מטעם המשיבים העידו הפני בית משפט קמא ארבעה עדים: אבי המנוח מר זבן; מר אלסעדי; מר אלסבאענה ואחיו של המנוח פארס. אבי המנוח לא היה עד לאירוע הירי נשוא התובענה מאחר ופניו היו לכיוון השוק בגנין לצורך קניית מצרכים לביתו. אחיו של המנוח העונה

לשם זבן ליווה את אחיו המנוח והיה עד לרגע בו המנוח מצא את מותו.  
האח העיד כי לאחר הסרת העוצר שהוטל על העיר, יצאו אנשים רבים מביתם ובכלל זה, הוא והמנוח, לצורך רכישת מוצרים בסיסיים. בדרכם למכולת השכונתית, נורתה ירייה מחייל צה"ל שהיה על טנק, שעמד בצומת, במרחק של עשרות מטרים מהם, ממנה נפצע המנוח בליבו (ראה תצהיר עדות ראשית של העד ודבריו בחקירתו הנגדית בפרוטוקול דיון מיום 10.09.09 עמודים 26-27). עד נוסף לאירוע הירי, אלסעאבנה מסר בתצהירו כי שמע קול של ירייה אחת שנורתה מכיוון הצומת. בהגיעו לרחוב הסתכל ימינה וראה שני טנקים צבאיים עומדים בצומת, כשחייל עומד בצריח של טנק עם נשק. העד הוסיף כי התקדם לעבר הפצוע וראה כי הילד הועבר לבית חולים (ראה תצהיר עדות ראשית של העד ודבריו בחקירתו הנגדית בפרוטוקול דיון 05.03.09). עד נוסף, אלסעדי מסר בתצהירו, כי אף הוא יצא, לאחר הסרת העוצר, בדרכו למקום עבודתו והבחין באנשים רבים, המתקהלים ולאחר שהתקדם, ראה אדם, נושא בזרועותיו ילד פצוע, שידיו מלאות בדם ובתשובה לשאלתו, נמסר לו, כי המנוח נפצע מכדור שנורה מטנק ישראלי שעמד אותה עת בצומת, במרחק של כ- 100 מטר ממנו (ראה תצהיר עדות ראשית של העד ודבריו בחקירתו הנגדית בפרוטוקול דיון מיום 10.09.09, עמ' 27-28). כמו כן אביו של המנוח הצהיר, כי במועד האמור, לאחר הסרת העוצר, נאמר לו, כי בנו המנוח נפצע מירי של חיילים ישראלים וכי הובהל לבית חולים אלראזי בגנין, שם, זמן קצר לאחר הגעתו נפטר מפצעיו (ראה תצהיר עדות ראשית של האב ודבריו בחקירתו הנגדית בפרוטוקול דיון מיום 10.09.09, עמ' 24-25). לתצהירו של האב צורף דו"ח רפואי מבית חולים אלראזי (נ/1) וכן הודעת פטירת. לפי התעודה הרפואית (נ/1) שצורפה לתצהיר אבי המנוח נגרם מותו של המנוח מקליע, בחזהו, שנורה על ידי חייל צה"ל.

5. ממקבץ העדויות והתצהירים שהובאו ע"י התובעים בפני בית משפט קמא ניתן למצוא קוהרנטיות, לכידות, משנה סדורה, עובדה אמינה ועקבית בנוגע לנסיבות האירוע. גרסאותיהם של העידים לעולם לא נסתרו במהלך החקירה הנגדית, ולאור זאת לא נותר אלא לקבוע כי המנוח מצא את מותו מירייה רשלנית ושרירותית שביצע חייל מטנק ואשר נורתה לעברו. ממצא עובדתי הנ"ל מקבל חיזוק ומשנה תוקף לנוכח עדותו של מר עודה, **עד ההגנה מטעם המערערות** אשר גרסתו כפי שהובאה בחקירתו הנגדית תומכת ומחזקת את גרסת עדי המשיבים. עד ההגנה מסר בחקירתו הנגדית כי הכיר את המנוח והוסיף, "אני ראיתי את האירוע שבמהלכו נהרג המנוח, זה היה מול עיניי ..... באותו יום היה אצלנו עוצר ואז כשפתחו את העוצר, האנשים יצאו מן הבתים, היו מלא אנשים בכביש הראשי ולכן ירדו צעירים עם הנשים וילדיהם לכביש" (עמ' 20, ש' 24-27). בהמשך הוסיף, "לא ראיתי את האדם המנוח, זרק אבנים או שעשה משהו. הוא עמד במקומו והיה רחוק מהמכולת, בין 10 ל-15 מטרים והוא עשה תנועת יד V (העד מדגים) לחיילים והטנק עמד בצומת מסנע עתנק. אח"כ החיילים ירו כדורים והוא נפגע בחזה שלו. הוא היה קרוב למכולת" (עמ' 21, ש' 2).

6. המשיבים יטענו אם כך הדבר, כי גרסתם גרסת אמת היא. גרסה אמינה שקיבלה תימוכין נוספים אף ע"י עד שהעיד מטעם המערערת והודעות החוץ של שני התושבים המקומיים והמסמכים שהוגשו ע"י המשיבים.
7. מלבד האמור לעיל, סא"ל גיל נתן תצהיר עדות ראשית מטעם המערערת. בתצהירו הוא סוקר שלל של עובדות ונסיבות שאין בהן ולו מאומה. תצהירו יועד לצרכים פרוצדוראליים נטו. בתצהיר לא הובאה כל גרסה או תיאור לנסיבות קרות האירוע. לתצהירו של סא"ל גיל צורף החלק הרלוונטי ביומן מבצעים שממנו עולה כי אירוע הירי לא דווח ביומן המבצעים. יודגש, כי בצדק קבע בית המשפט הנכבד קמא שאין ליתן משקל משמעותי לעובדה כי ביומן המבצעים לא דווח על אירוע הירי נשוא התובענה (ראה: עמ' 13, פסקה 15). הרי בענייננו לבד מהיעדר דיווח ביומן המבצעים – שהיא ראייה שלילית – לא הושמעה ראייה חיובית כלשהי בדבר יריות מצד גורם אחר ואין לשלול בנסיבות המקרה דנא כעניין שבהגיון אפשרות של ירייה בודדת שנורתה ללא כל סיבה מוצדקת אשר לא זכתה לרישום ודיווח ביומן המבצעים. עוד צודק בית המשפט הנכבד קמא כאשר קבע שיש לבחון בזהירות רבה את גרסתו של סא"ל גיל, שכן, אין חולק, כי זה לא נכח במקום האירוע ועדותו הינה עדות כללית וכי לא שוכנע כי את אירוע הירי (שטיבו – ירייה בודדת) בהכרח יכול וצריך היה סא"ל גיל לשמוע ולהבחין בו במועד התרחשותו.
8. אם כן, המשיבים וכן עד ההגנה שמטעם המערערת הוכיחו כי המנוח נהרג מכדור שנורה על ידי חייל אשר היה בטנק. המערערת מצידה לא הציגה גרסה נגדית לעניין נסיבות אירוע הירי. יצוין, וכאמור לעיל, המערערת בכתב הגנתה טענה כי אירוע הירי נשוא התובענה כלל לא התרחש. משכך, טענות המערערת שכביכול המנוח מצא את מותו באירוע שהיה בו יידוי אבנים הן טענות שאין לקבלן בהיותן טענות בעובדה שנטענות על דרך החילופין בזמן שהמערערת לא הצהירה כי עובדות האירוע להווייתן אינן ידועות לה (ראה בעניין זה סעיף 72 (ב) לתקנות סדר דין אזרחי). למעלה מן הצורך, ובהנחה שהיו זריקות אבנים, כדברי העד מר עודה העד מטעם ההגנה- אל עבר שני הטנקים שעמדו בזירות האירוע, מוזרה ההנחה כי לאותם חיילים שחסו גופם בתוך שריון נשקפת סכנה לגופם ולנפשם. לא ברור איזה סכנת חיים נשקפת לחיילים הנמצאים בטנק מזריקת אבנים!!!! המערערת ובתום פרשת ההגנה לא הצליחה כלל וכלל להטיל דופי בגרסת המשיבים. אף יתרה מכך, המערערת לא הצליחה להביא בדל ראייה המצביע על הצדקת הירי בנסיבות האירוע נשוא התובענה, וכלל לא הוכיחה כי החיילים היו נתונים בסיכון מיוחד המצדיק שימוש בירי מנשק חי אל עבר חזהו של המנוח.
9. יודגש, כי המשקל הראייתי שיש לייחס להודעות החוץ של שני התושבים המקומיים [ של כאמל ושל שאקר (צורפו כנספח ז' וח' בהתאמה לתיק מוצגים מטעם המערערת)] הוא נמוך אם לא אפסי. שאקר לא העיד בפני בית המשפט הנכבד קמא לכן הדברים המיוחסים לו בהודעת חוץ הם עדות מפני השמועה. העד כאמל אשר התייצב העיד בנוגע להודעת חוץ כי לא הוא שכתב אותה, ולא הוא החתום עליה (ראה עמ' 21 לפרוטוקול, שורות 3-5, עמ' 22, ש' 4). לא רק זאת, בתקירתו הנגדית הוא

שלל לחלוטין שאמר לחוקר חלק מהכתוב בהודעת חוץ [כמו בנוגע למספר מידי האבנים - "ש.ת. לא אמרתי לחוקר מאתיים אנשים..."] – ראה עמ' 21, ש' 18]. לא זו אף זו שתי הודעות החוץ של התושבים המקומיים לא מופיעות בתמלילי החקירה שהוגשו ע"י המערערות. בהיעדר הקלטה ו/או תמליל חקירה אי אפשר לבדוק אם מה שנכתב בהודעות חוץ הוא באמת דבריהם של שני התושבים המקומיים. בנסיבות בצדק קבע בית המשפט קמא שאין לייחס משקל של ממש להודעת חוץ של העד כאמל, נוכח נסיבות גבייתה (ראה עמ' 11 פסקה 13 לפ"ד). בנסיבות, יש לדחות מכל וכל טענות המערערות בנוגע למספר מידי האבנים על החיילים, טענות המסתמכות כולן על הודעת החוץ של העד חוסני כאמל שכמובן משקלה הראייתי הוא אפסי.

#### המשמעות של 1/נ ותצלומי הרנטגן:

10. בצדק דחה בית המשפט הנכבד קמא טענות המערערות בנוגע לאי קבילות התעודה הרפואית מבית חולים אלראזי (1/נ) והודעת פטירה, שצורפו לתצהיר אבי המנוח, כראיה מטעם המשיבים. למותר לציין כי המקרה דנא אינו שונה ממקרה אחר שנידון בע"א 4969/01 עזבון המנוח איאד עבד אלפתאח נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו) ויש להסיק ממה שנקבע שם על המקרה דנא (לעניין זה בית המשפט הנכבד מופנה לנימוקי בית המשפט הנכבד קמא בעניין זה בעמ' 6, שו' 18-5 לפ"ד). לא רק זאת, לעניין אמיתות תוכנו של 1/נ והמשקל שיש ליתן לו, בנסיבות עניין, יודגש כי דווקא עיון מדוקדק ובחינה מפורטת של הודעות הגורמים השונים בבית חולים אלראזי בתמליל שהוגש ע"י המערערות מעלה שאין לזקוף לחובת המשיבים את העובדה כי 1/נ נערך לבקשתם, כ-3 שבועות לאחר אירוע הירי ולכאורה ללא חותמת רופא ואין בנתונים אלה, כדי להפחית ממשקלו של 1/נ (ראה נימוקי כב' בית המשפט קמא בנוגע לעניין זה בעמ' 12-13, פסקה 14 לפ"ד). יוסף, כי גם בצדק דחה כב' בית המשפט קמא טענות המערערות בנוגע לצילומי רנטגן שבה זכרם בתעודה רפואית מבית חולים אלראזי (1/נ). בחקירת אבי המנוח בפני בית המשפט קמא העיד כי מבית חולים אלראזי קבל את הדו"ח הרפואי (1/נ) ולעניין צילומי הרנטגן, הנזכרים בדו"ח, הדגיש כי לא ביקש ולא קיבל את צילומי הרנטגן (עמ' 25, ש' 13-8). לצורך ביסוס טענת המערערות, לעניין מסירת הצילומים למשיבים, הוגש התמליל שעניינו, אמרות חוץ, של גורמים שונים בבית חולים אלראזי. יצוין, כי בצדק קבע בית המשפט הנכבד קמא שאין ליתן משקל של ממש, לעניין אי המצאת צילומי הרנטגן הנזכרים בנ/1, מקום בו לא נטען ולא הוצגה ראיה פוזיטיבית, כי מותו של המנוח, מירי, נגרם ממקור אחר. בית המשפט הנכבד קמא ובצדק קיבל גרסת אבי המנוח שלפיה לא ביקש ולא קיבל את הצילומים וזאת בשים לב, לאמור בתמליל, בכללותו, אשר אין בו ראיה פוזיטיבית לפיה נמסרו התצלומים בפועל לידי התובעים.

#### סוגיית פלגינן דיבורא:

11. יש לדחות מכל וכל טענות המערערות בהקשר לעקרון "פלגינן דיבורא". העקרון של פיצול העדות – "פלגינן דיבורא" מעוגן היטב בשיטתנו המשפטית. אין מניעה כי בית המשפט

ייחלק את העדות באופן שבית המשפט יתן את אמונו בחלק מהעדות ויסתייג מחלק אחר (ראה : ע"פ 71/76 מרילי נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 813, 819) (ראה עוד : ע"פ 611/80 מטוסיאן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 85, 1981 בעמ' 109-108 ; ע"פ 526/90 בלור ואח' נ' מדינת ישראל פ"ד מה (4) 133, 185). בנסיבות, אם בית המשפט הנכבד קמא מצא לנכון לקבוע כי עדות עדי המשיבים היא מהימנה עליו לעניין אירוע הירי אך הסתייג במידה מסויימת מדברי עדי המשיבים כי לאירוע הירי לא קדם ידוי אבנים, אין בכך כדי לקעקע את עדותם וגירסתם של עדי המשיבים מדעיקרא.

### הגנת פעולה מלחמתית:

12. בצדק דחה בית משפט המשפט הנכבד קמא את טענות הנתבעת לפטור מאחריות בשל הגנת "פעולה מלחמתית". טענות המערערת בהקשר זה דינן דחייה הן מטעם דיוני והן מטעם מהותי. המערערת, וכאמור לעיל, טענה בכתב הגנתה, ולאורך כל הדיון בפני בית משפט קמא, כי אירוע הירי נשוא התובענה לא התרחש כלל. אם זה הוא קו הגנתה של המערערת בפני כב' בית משפט קמא, הכיצד דבר זה מתיישב עם טענתה ל"פעולה מלחמתית" שבבסיסה עומד יסוד עובדתי מוצק והודאה משתמעת בקיום האירוע (ראה בהקשר זה האמור בסעיף 72 (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד – 1984). בנסיבות, ומאחר והמערערת טענה בכתב הגנתה כי האירוע נשוא התובענה לא התרחש כלל, ומשלא הצהירה כי העובדות כהוויתן אינן ידועות לה, אין להתיר למערערת לטעון להגנת "פעולה מלחמתית" שבבסיסה עומד יסוד עובדתי והודאה משתמעת בדבר קיום האירוע.

13. יצוין, כי האירוע נשוא הערעור אירע לפני חקיקתו של תיקון 4 לחוק הנויקין האזרחיים ולפיכך תיקון זה לא חל עליו. המשיבים יטענו, שניתן לראות בהגדרת המונח "פעולה מלחמתית" שבתיקון, הרואה בפעולה מלחמתית פעולה... "שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף" הגדרה שיכולה לכוון את דרכנו בבואנו לבחון האם פעולה מסוימת היא פעולה מלחמתית אם לאו. (לעניין זה ראה: 6007/02 ( שלום- י"ם) סלהב נ' מדינת ישראל ואח' (פורסם בנבו). ההלכה המנחה בסוגיית הגדרתה של פעולה כ"פעולה מלחמתית" הרלוונטית למקרה דנן, הינה זו שנקבעה בפסיקה, בע"א 5964/92 בני עודה ואח' נ' מ"י פ"ד נו 4. יצוין, כי המגמה היא לתת פרשנות מצמצמת למונח פעולה מלחמתית. (ראה בעניין זה ע"א 311/59 + 317/59 תחנת הטורקטורים נ' י. חייט ואח' פד"י יד(2) 1609 ; ע"א 623/83 אשר לוי ואפרים לוי נגד מדינת ישראל, משרד הביטחון וערעור שכנגד פ"ד מ(1) עמ' 477).

14. יש לדחות את טענת המערערת לפיה יש להחיל את הגנת "פעולה מלחמתית" באופן גורף על מלוא תקופת מבצע חומת מגן מבלי להידרש לכל אירוע בנפרד ובאופן קונקרטי, שהרי אין חולק כי במהלך מבצע חומת מגן, היו ימים ומקומות בהם לא התנהלה פעילות מבצעית, כבענייננו, ובוודאי שאין ליתן פטור כולל למערערת בגין כל האירועים שהתרחשו במהלך המבצע, ללא בחינת כל אירוע ואירוע לגופו.

15. במקרה דנן, ולפי הראיות למכביר שהובאו ע"י המשיבים המנוח נהרג- עת היה בדרכו לרכוש מצרכים ממכולת שכונתית- מירי רשלני של חייל שהתבצר בתוך טנק. המנוח נורה על לא עוול בכפו, ובלי שהיה שותף בכל פעולה שיש בה לסכן את שלומם של החיילים שהיו באזור האירוע. ובנסיבות אלה, לא ברור הכיצד ילד תמים הנמצא במרחק "ממבצר ומשריון" יכול לסכן את החיילים המתבצרים בתוכו????!! יצוין, כי גם אם נקבל את דברי עד ההגנה מר עודה, כי המנוח נורה עת היתה קבוצה של צעירים מיידה אבנים אל עבר החיילים שהיו בטנק, הרי אין בדבריו של העד כל אינדקציה לגבי מסוכנות פעולת ידוי האבנים לגופם ובטחונם של החיילים. יודגש, כי מחקירתו הראשית והנגדית של העד הנ"ל לא רק שאפשר ללמוד בוודאות, כי המנוח כלל לא היה שותף ביידוי אבנים (ראה פרוטוקול דיון מיום 25.03.09, עמ' 20, שו' 26-27, וכן עמ' 21, ש' 1-2 ושו' 15-16), וכי הוא היה רחוק מהצעירים שידו אבנים (ראה פרוטוקול הדיון מיום 25.03.09, עמ' 21, ש' 8, וכן שו' 13-14), וכי הוא נורה עת היה הולך רגלית בכביש (ראה פרוטוקול דיון מיום 25.03.09, עמ' 21, ש' 21, וכן עמ' 22, ש' 8-9), אלא שאין בדבריו כל ראיה למידת המסוכנות של פעולת ידוי האבנים לחייהם של החיילים שירו במנוח. מה שניתן לדלות מדברי העד זה שפעולת זריקת האבנים, ככל שהיתה, לא הוותה סכנה לחיילים. במה דברים אמורים. עד הגנה הנ"ל אמר בעדותו כי עת נורה המנוח היו הרבה אנשים בכביש, נשים ילדים, בנות, שהיו בהליכה ברחוב (ראה פרוטוקול הדיון מיום 25.03.09, עמ' 20, ש' 25-26, עמ' 21, ש' 19 וכן ש' 21, עמ' 22, ש' 10-11 וכן ש' 13). אם המצב בכביש היה רותח, וההמון היה זורק אבנים, לא סביר ואף לא הגיוני כי האנשים ינועו בהליכה בכביש. עצם העובדה, כי האנשים התהלכו ברחוב, עת המנוח נורה, הדבר מעיד כי האווירה לא הייתה מתוחה, וכי המצב לא נתפס כמי שטמון בחובו סיכון כלשהו. לא זו אף זו, מדברי העדים מטעם המשיבים עולה, כי אל עבר המנוח נורה כדור אחד אשר פלח את גופו והרגו. מהעובדה כי נורה כדור אחד בלבד אפשר גם ללמוד על האווירה הכללית שהיתה עת נורה המנוח. אם החיילים היו מרגישים בסכנת חיים כתוצאה מיידוי האבנים לעברם, הם לבטח לא היו מסתפקים בירי של כדור אחד והם היו יורים מספר רב של כדורים במטרה להתמודד עם מקור הסכנה.

16. יודגש, כי בסופו של יום, לא עלה בידי המערערת להוכיח, שהנסיבות שבהן בוצע הירי שפגע במנוח היו כאלה שהעמידו את החיילים בסכנה מיוחדת. יצוין, כי המקרה דנן אינו שונה ממקרים אחרים יותר חמורים שנדונו בפסיקה ונקבע לגביהם שאין מדובר "בפעולה מלחמתית". (ראה: ע"א 2176/94 מדינת ישראל ואח' נ' עצמת מוסא טבנג'יה, תק-על 2003; ע"א 1354/97 עכאשה מחמוד נ' מ"י פ"ד נט 3; ע"א 361/00 עאזם דאתר נ' סרן יואב (פורסם בנבו)).

#### אחריות המערערת:

17. צדק בית המשפט הנכבד קמא עת קבע כי במקרה דנן קיימת חובת זהירות מושגית וקונקרטיית וכי חובת זהירות זו הופרה ע"י המערערת, וכי הירי שביצע חייל צה"ל אל עבר המנוח היה ירי רשלני (ראה דברי בית המשפט קמא בפרק הדן ברשלנות – מעמ' 16 לפ"ד)

18. הנטל להוכיח כי הירי במנוח היה סביר וכדין מוטל על כתפי הנתבעים וזאת משני טעמים הנטענים - ביחד ולחוד. האחד מעצם החזקות שבדין הקבועות בסעיפים 38 ו-41 לפקודת הנוזיקין המעבירות את נטל השכנוע אל הנתבעים (לעניין זה ראה: ת.א. 1608/98 (י"ם) נתשה נ' מדינת ישראל, פ"מ תשנ"ט, 456). והטעם השני הוא קשור לדיני הראיות הכלליים: משהרימו התובעים את הנטל הראשוני והוכיחו כי המנוח נפגע מירי כדור שבוצע ע"י חיילים ישראלים הרי שנטל הראיה בשאלת, האם היה הירי כדין וסביר בנסיבות העניין, עובר לכתפיה של הנתבעת. (ראה לעניין זה ת.א. 661/99 (מחוזי חיפה) אימן מג'די אל וחידי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו)).

19. יודגש, כי יש לדחות מכל וכל טענות המערערת לאי תחולת סעיפים 39 ו-41 לפקודת הנוזיקין על המקרה דן. התיקון לחוק הנוזיקים האזרחיים משנת תשס"ב מאפשר החלת הסעיפים מטעמים מיוחדים שירשמו. במקרה דן ובצדק מצא בית המשפט הנכבד קמא טעם מיוחד בהחלת הסעיפים (ראה בהקשר זה עמ' 21-22 לפסק דין פסקה 24). לא רק זאת הרי נסיבות מקרה דנא דומות למקרה שנידון בפרשת טבנגיה (ע"א 2176/94 מדינת ישראל ואח' נ' עצמת מוסא טבנגיה, תק-על 2003) שבו בית המשפט החיל "חזקת ההתרשלות" על המדינה ויש להסיק מהאמור שם על מקרה דנא (ראה דברי בית משפט קמא בהקשר זה בעמ' 20 לפ"ד פסקה 23). יצוין, כי לאחרונה ניתן פסק דין (שלום ירושלים) שגם שם בית המשפט מצא לנכון להחיל סעיפי העברת נטל הראיה על המדינה [ראה: פסק דין בת.א. (י"ם) 7672/04 סמיח אבו בכר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו)]. לא זו אף זו, צדק בית משפט הנכבד כשקבע כי גם התנאים שנקבעו להחלת החזקות הקבועות בסעיף 38 ו-41 התקיימו בענייננו (ראה דברי בית המשפט קמא בעמ' 25-26 לפ"ד פסקה 25). למותר לציין, שאין לשלול תחולתו של סעיף 41 לפקודת הנוזיקין (כלל "הדבר מעיד על עצמו") אך מהטעם שהתובע הציג גרסה באשר לאופן קרות האירוע וייחס מעשה רשלנות ספציפיים כלפי הנתבע בכתב תביעתו (ראה: ע"א 8425/02 בדר נ' פארוק, פ"ד נח (2) 673; ע"א 101/81 דג' נ' מדינת ישראל פ"ד לח (1) 32).

20. בענייננו הובאו ראיות למכביר שהמנוח נפצע מירי שבוצע ע"י חייל צה"ל. המערערת מצידה לא הביאה כל ראיה חיובית בדבר יריות מצד גורם אחר. לא רק זאת, המערערת לא הביאה הסבר באשר לנסיבות האירוע ומכחישה את קיומו. בנסיבות, ובהיעדר כל טענה בדבר הצורך להשתמש בנשק, מסתבר יותר שהייתה רשלנות כלשהי מצד החייל שירה את הירייה שפגעה בתובע. שכן פגיעה מנשק חס בעובר אורח במהלך פעילות צבאית מבלי שמובא הסבר כלשהו לשימוש בנשק מתיישבת עם מעשה התרשלות בירי יותר מאשר אי התרשלות. יצוין, כי המערערת לא הביאה כל ראיה כי החיילים היו בסכנת חיים של ממש בטרם שימושם בנשק חי. החייל שירה במנוח פעל בחוסר סבירות בהחלטתו לפתוח באש לעבר המנוח. גם אם נניח לטובת המערערת שקדם לאירוע ידוי אבנים לעבר החיילים שבטנק, הרי אין בידי אבנים כשלעצמו כדי מעשה המצדיק, מן הבחינה המשפטית, פעולות ירי [ראה: בת.א. 777/93 (י"ם) באסם חלייל נ' מ"י (פורסם בנבו)]. ויפים עוד דבריו של הנשיא ברק בע"א 1354/97 עכאשה מחמוד נגד מ"י (פורסם



בנבו) שלפיהם לא בכל הנסיבות קיימת הצדקה לדכא התפרעות במחיר של סיכון חיי אדם.

21. למותר לציין, כי אפשר לחייב את המערערת ברשלנות גם מבלי צורך להיזקק להוראות סעיפים 38 ו-41 לפקודת הנזיקין. בע"א 600/86 עמיר נ' קונפינו, פ"ד מו(3) 233, 240, נקבע ע"י כבוד השופט ת' אור, בלא שהוא מתבסס על סעיף 41 לפקודת הנזיקין, כי "הלכה היא, שלעתים יש בנסיבות אופן קרות המקרה כדי להצביע על רשלנות לכאורה מצד הנתבע, ובמקרה כזה עובר נטל הראיה אל הנתבע להראות, שעל-אף ההסתברות לכאורה בדבר קיום התרשלנות מצדו, לא כן הוא".

#### הגנת הסתכנות מרצון והאשם המכריע:

22. בצדק דחה בית המשפט הנכבד קמא טענות המערערת לגבי הסתכנות מרצון והאשם המכריע ושאר טענות ההגנה שהועלו ע"י המערערת (לעניין זה בית המשפט הנכבד מופנה לנימוקי בית המשפט הנכבד קמא בעמ' 25-26, פסקה 30 לפ"ד). מעבר לזאת, ביסוד טענות ההגנה שבה זכרם ע"י המערערת עומד יסוד עובדתי מוצק והודאה משתמעת בדבר קרות האירוע דבר שעומד בניגוד גמור לטענת המערערת בכתב הגנתה כי אירוע הירי כלל לא התרחש. בנסיבות, ולאור הקבוע בסעיף 72 (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי בנוגע לאיסור לטעון טענות עובדתיות חלופיות, דין טענות המערערת בהקשר להגנות הנ"ל סילוק על הסף.

#### הוצאות קבורה, כאב וסבל וקיצור תוחלת חיים ופיצוי בגין "תשגים האבודות":

23. כלל נקוט הוא, כי בית המשפט דלערעור לא יטה להתערב בסכום הפיצוי שנפסק בערכאה הראשונה, וזאת אף אם נמצא כי הערכת הפיצוי לא היתה ראויה. (ראה ע"א 610/75 אמנון רותם ואח' נ' אברהם, גליה ותמר נוף ואח' 610/75, לב (1) 799; ע"א 634/88 חגג עטיה נ' עליזה זגורי מה (1) 99, 102).

24. בנסיבות העניין אין מקום להתערבותה של ערכאת הערעור בסכום הפיצוי שנפסק.

אשר על כן, יש לדחות את הערעור ולחייב את המערערת בהוצאות ושכ"ט עו"ד בתוספת מע"מ כדין.

מוחמד דחלה, עו"ד  
מוחמד דחלה ועות', עו"ד  
ב"כ המשיבים