

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

לפני: כב' השופטים מ' מזרחי, י' נועם ונ' סולברג

ע"א 6275-05-10

המערערת: מדינת ישראל – משרד הביטחון
ע"י ב"כ עו"ד ארט
מפרקליטות מחוז תל-אביב (אזרחי)

- נ ג ד -

המשיבים: 1. עזבון המנוח _____ זבן
2. _____ זבן
3. _____ זבן
ע"י ב"כ עו"ד מוחמד דחלה ואח'

פסק - דיין

השופטים מ' מזרחי וי' נועם:

1. ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופט מ' בר-עם), אשר קיבל תביעת המשיבים לפסוק להם פיצוי בעקבות מות המנוח, קטין כבן 14 (להלן: המנוח), שנפגע על-פי הנטען בירייה שנורתה על-ידי חייל צה"ל בעיר ג'נין.
2. בערעור טוענת המערערת, כי בית משפט קמא טעה בכך שביסס פסק דינו על גירסה שיקרית, לפיה מדובר ברצח בדם קר של ילד בדמי ימיו. גירסת המשיבים היתה שהמנוח נורה עת התהלך ברחוב עם אחיו, בדרך למכולת שכונתית, לאחר שהוסר עוצר. ברחוב התהלכו גם אחרים, אך לא היתה התפרעות כלשהי. נורו יריות מטנק ישראלי בצומת סמוך, ואחת מהן פגעה במנוח. גירסת המערערת היתה שבמועד הנטען לפגיעה במנוח (11.4.02) לא היה כל אירוע ירי. לטענת המערערת, הראיות שהוצגו לפני בית המשפט לא ביססו אירוע ירי כזה. עוד נטען, כי טעה בית המשפט בכך שלא קבע כי למערערת עומדת ההגנה של "פעולה מלחמתית", הקבועה בחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952 (להלן: החוק), בהתחשב בראיות שעמדו לפניו המלמדות על התפרעות במקום.

המערערת גם הלינה על שיעור הפיצוי שנפסק בראש הנזק של כאב וסבל (500,000 ש"ח), בטענה שפיצוי זה לא היה מוצדק בנסיבות העניין, ובמיוחד בנסיבות של האשם המוסרי של המנוח, וכן הלינה לעניין בסיס השכר שבית משפט קמא עשה בו שימוש בכל הנוגע להפסד ההשתכרות בגין השנים האבודות (2,000 ש"ח), כאשר על-פי הנטען, מתעודת עובד הציבור שהוגשה – שלא הובאה כנגדה ראייה אחרת – עלה שיעור השתכרות אחר (1,700 ש"ח). יצוין, כי בעיקרי הטיעון של המערערת הועלתה גם טענה לעניין הסכום שנפסק בגין הוצאות הקבורה, אך לא מצאנו לה ביטוי בהודעת הערעור, ולכן אין אנו רואים מקום לעסוק בה.

3. בית משפט קמא קבע כי המנוח נורה ביום 11.4.02 על-ידי חייל צה"ל, לאחר הסרת עוצר ומשהותר לתושבים לצאת מבתיהם לצורך רכישת מוצרים. לאחר הפגיעה הובהל המנוח לבית החולים אלראזי. מתעודה רפואית שהוגשה (נ/1) עלה כי המנוח הובא ביום 11.4.02 לבית החולים, ונמצא כי נפגע בחזהו מקליע שנורה על-ידי "כוחות הכיבוש", וכך נגרם מותו. בית המשפט קמא קיבל את גרסת אב המנוח, לפיה קיבל את התעודה הרפואית מבית החולים, אך לא נמסרו לו צילומי הרנטגן הנזכרים בתעודה. בית משפט קמא נשען גם על דברי רופא בית החולים, ד"ר תאופיק ג'ראר, אשר בגדר מה שבית המשפט קמא מכנה "החקירה הפרטית" של גורמים מקומיים, אמר כי המנוח נורה והובא לבית החולים "ללא דופק וללא נשימה". קביעת בית המשפט קמא לעניין מועד הפטירה ומועד האירוע נעשתה על יסוד נ/1, שהיא תעודה רפואית מבית החולים, כאשר גם עלה מהראיות שהמנוח הובהל מיידית לבית החולים לאחר שנורה.

בית משפט קמא הוסיף, כי מקום בו לא נטען ולא הוצגה ראייה פוזיטיבית, שמותו של המנוח מירי נגרם ממקור אחר (למשל גורם מקומי, שלצורך כך חשוב לזהות את סוג הכדור), אין ליתן משקל של ממש לענין אי-המצאת צילומי הרנטגן.

עוד ציין בית משפט קמא, כי ככל הנראה – ואף שלא הונחה תשתית ראייתית של ממש – נפגע המנוח במהלך "הפרת סדר מסוימת", שטיבה והיקפה לא הוברר, ובשל יידוי אבנים של צעירים במקום לעבר כוחות צה"ל, והירי נעשה בתגובה ליידוי האבנים והפרת הסדר.

4. יש לציין, כי ממצאים אלו נסמכו גם על ראיות אשר המערערת ביקשה לקבלן – אף כי גירסתה הבסיסית היתה שונה – ובכללן שתי הודעות חוץ שהובאו מטעמה

ותמליל שנגבה במסגרת "החקירה הפרטית" הנ"ל. אחד מעדי ההגנה היה העד כאמל, בעל מכולת במקום, אשר ביסס את הטענה שהמנוח נורה במהלך ידוויי אבנים של מתפרעים. בסופו של דבר התשתית הראייתית שעמדה לפני בית משפט קמא היא פועל יוצא של עמדת המערערת, כפי שהובאה לפניו, ולפיה האירוע הנטען לא התרחש מאחר שאין לו זכר ביומן המבצעים, דהיינו, לא היה כל דיווח על הירי. יחד עם זאת, המערערת היא שביקשה שבית המשפט ישען על ראיות החוץ שהוזכרו.

בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי "יש להסיר מעל שולחן הדיונים טענה מקדמית של המדינה ... לפיה (היא) זכאית לפטור מאחריות בשל אירוע הירי והיותו בגדר 'פעולה מלחמתית' ולנוכח התרחשותו במהלך מבצע חומת מגן", וזאת משני טעמים: טעם דיוני וטעם מהותי.

הטעם הדיוני נעוץ בעובדה שבכתב הגנתה ולאורך כל הדיון טענה המדינה כי אירוע הירי כלל לא התרחש, וממילא לא ניתנו על-ידה כל הסבר וגרסה מפורטת בדבר נסיבותיו. בית משפט קמא הפנה בהקשר זה לאיסור הדיוני בדבר טענות עובדתיות חלופיות, כקבוע בתקנה 72(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, בהדגישו שלא נטען כי העובדות כהווייתן אינן ידועות למדינה. בית משפט קמא הוסיף, כי לא ניתן להחיל את הפטור 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. אשר לטעם המהותי, ציין בית משפט קמא, כי על-פי הפסיקה, הוראת הפטור מתפרשת בצמצום וחלה על פעולת מלחמה ממש, או "פעולה מבצעית - צבאית של הצבא", שבה נקלעו חיילים "למצב של מצוקה ואיום ממשי על חייהם", בעוד שבנסיבות העניין סיווג ירייה בודדת כ"פעילות מלחמתית" הוא מרחיק לכת, וכדבריו, על פי הראיות, "עניין לנו לכל היותר בפעילות שיטור".

בית משפט קמא הוסיף, כי אין בתוספת ההגדרה לחוק, כפי שהובאה בתיקון מס' 4 משנת תשס"ב, כדי לשנות את התמונה המשפטית, הן בשל כך שפורמאלית התיקון איננו חל נוכח מועד קבלתו (24.7.02), דהיינו, לאחר אירוע הירי, "והן משום שאין בו מבחינה מהותית כדי לשנות לענייננו, בשל טיבו של אירוע הירי ונסיבות התרחשותו, מעבר להלכה שנקבעה לעניין זה בפסיקה".

5. אנו סבורים כי אין פגם בעצם העלאת טענת המערערת, לפיה על-פי העובדות העולות מהראיות, אשר בית משפט קמא קיבל, עומדת לה הגנה משפטית של "פעולה מלחמתית". מדובר בטענה משפטית ולא בטענה עובדתית אחרת. תקנה

72, המונעת טענות עובדתיות חלופיות, קובעת מפורשות "אין באמור בתקנה זו כדי למנוע טענות משפטיות חלופיות". לכן, אנו דוחים את הטעם הדיוני.

נוסף, כי אין זה מתקבל על הדעת שהמשיבים יוכלו להיבנות מגרסה שהוכחה בחלקה על-ידי ראיות החוץ שהובאו על-ידי המערער (כאשר בית המשפט נשען על עדות כאמל לעניין עצם קרות אירוע הירי), והמערער לא תוכל להסתייע בראיות אלו.

6. אשר לטעם המהותי, יש לציין, כי לא קל לקבל את קביעת בית משפט קמא, לפיה מדובר בפעולת שיטור גרידא במהלך "התפרעות מסויימת וקלה", ואולם, הגענו למסקנה כי גם אם מדובר בהפרת סדר ממשית, אין הסיטואציה נכנסת לגדר הפטור מאחריות בנזיקין בפעולה מלחמתית. כאמור, באימוץ גרסת הפגיעה בשל ירי של חייל, בית משפט קמא ייחס חשיבות של ממש לעדות בעל המכולת הסמוכה לצומת, מר חוסני כמאל. על-פי גרסתו של זה: "היו התפרעויות ... המנוח עמד עם הצעירים שהתפרעו" (פר', עמ' 21). בעדותו העד הקפיד לומר "אבל המנוח לא עשה שום דבר ועמד כרגיל", והוסיף "זה לא נכון שהמנוח היה בקרבת צעירים שזרקו אבנים", וגם אמר "הוא לא נטל חלק בהתפרעות אבל היה בתוכם". עם זאת, לא ניתן להתעלם מדבריו של עד זה בהודעת החוץ הנזכרת, אשר בית משפט קמא קיבל כראיה, ובה העד אמר בפירוש כי:

"הבחנתי בפארס הולך עם צעירים ומספרם היה כמאתיים, כולם יידו אבנים לעבר הצבא שעמד בצומת. הצעירים שהלכו עם פארס היו מיידים על הצבא והוא היה מסמן להם עם אצבעותיו. ראיתי אותו בעיני עם קבוצת הצעירים אשר יידתה על הצבא. בעת פגיעתו הצעירים שהיו עם פארס יידו על הצבא".

ברם, בבית משפט קמא אמר העד:

"לא אמרתי לחוקר מאתיים אנשים. לא היה אפשר לספור את האנשים שעמדו ... זה נכון שהצעירים השתמשו גם בקלע (העד מדגים, אבל המנוח לא הלך עם הצעירים האלה. הוא הלך כמו שאר האנשים" (עמ' 21 לפר').

אין ספק, כי דברי העד בבית המשפט היו שונים מדבריו בהודעת החוץ, והאירוע על-פי הודעת החוץ היה הרבה יותר סוער ועתיר סיכון לחיילי צה"ל. אלא שבית

משפט קמא בחן את שאלת העדפת הודעת החוץ, וציין שאין לייחס משקל רב בנסיבות העניין לחזרתו של העד לכאורה בעדותו מדבריו הקודמים בהודעת החוץ, זאת: "נוסח נסיבות גבייתה". בית המשפט קמא הוסיף, כי בעניין זה טענות המשיבים בסיכומיהם (סעיפים 18-21) היו מקובלות עליו בעיקרן. בסיכומים נטען על-ידי המשיבים, כי העד כאמל לא אישר בעדותו את הדברים שנכתבו על-ידי החוקר שגבה את הודעתו. כך, בעדות כאמל הובהר כי הוא לא כתב את הדברים, הודעתו לא מופיעה בתמלילי החקירה והוא לא מופיע שם כמי שנחקר על-ידי החוקר מטעם המשיבים. עוד נאמר בסיכומים, כי בהעדר הקלטה ו/או תמליל אי-אפשר לבדוק אם מה שנכתב בהודעה הם באמת דבריו של העד ואם החוקר מטעם המערערת הקריא לעד את ההודעה לאחר שכתב אותה. אין בידינו לומר כי לשיקולים אלה אין משקל, ולכן מקובל עלינו שהיה בידי בית משפט קמא להישען על הדברים שנאמרו על-ידי העד בבית המשפט וליתן רק משקל מועט לדברים שבהודעת החוץ.

7. אם כך, עדותו של העד חוסני כאמל בבית המשפט – לא זאת בלבד שהיא מבססת את התביעה, היא גם העוגן שביד המערערת לעשות בו שימוש לעניין טענתה בדבר פטור "פעולה מלחמתית". העד אמר:

"היו התפרעויות, אבל המנוח לא עשה שום דבר ועמד כרגיל. המנוח עמד עם הצעירים שהתפרעו, אבל אני ראיתי אותו ביחד עם אחיו, ואז ראיתי אותו נופל על הרצפה. הוא לא נטל חלק בהתפרעות אבל היה בתוכם ... זה נכון שכל מה שהמנוח עשה זו תנועת V ... זה נכון שהצעירים השתמשו גם בקלע, אבל המנוח לא הלך עם הצעירים האלה ... הצעירים שזרקו על החיילים אבנים, כולם זרקו רק אבנים" (שם).

גרסה זו מבדילה בין מעשיו של המנוח לבין מעשי המתפרעים, ומכל מקום, לא ניתן על יסודה לקבוע כי מדובר בסיטואציה בה נגרם סיכון של ממש לחיילים בשל פעולות המתפרעים. גם אם נעשה שימוש בקלע – לא הובהר כי לא היו בידי החיילים האמצעים המקובלים להגן על עצמם, וגם לא הובהר כי לא היה בידם להתמודד עם הפרת הסדר על-ידי שימוש באמצעי מתונים יותר מירי באש חיה לעבר המתפרעים. בנסיבות אלו, מקובלת עלינו מסקנת בית משפט קמא, לפיה לא הוכח כי עסקינן בפעולה מלחמתית.

8. בערעור, בישיבת יום 22.2.2011, על רקע הודעת ב"כ המשיבים לפיה ינסה להשיג את התיק הרפואי מבית החולים, הוסכם בין הצדדים כי תינתן למשיבים האפשרות להביא לפני בית המשפט שלערעור ראייה חדשה, והיא – התיק הרפואי האוטנטי של בית החולים, וכן צילומי הרנטגן של המנוח, ככל שיימצאו, וכי בית המשפט יכריע בערעור גם על סמך הראיה החדשה.

באיחור מסוים נמסרה על-ידי המשיבים הודעה על הגשת המסמכים הבאים:

- א. דו"ח רפואי מבית החולים אלראזי (1/נ) – מקור.
- ב. דו"ח חדר מיון – מקור.
- ג. העתק של העמוד הרלבנטי מיומן הקבלה לבית החולים חתום בחותמת "נאמן למקור", המעיד על קבלת המנוח בבית החולים ביום 11.4.02. צוין בהודעת המשיבים גם, כי בית החולים סירב למסור יומן הקבלה הכולל עמודים רבים ופרטי חולים אחרים שביקרו בבית החולים, ומשום כך צולם העמוד הרלוונטי ובית החולים אישר בחותמת שלו שהוא נאמן למקור. עוד נכתב בהודעה, כי עובדי בית החולים לא הצליחו לאתר את צילומי הרנטגן של המנוח, בשל חלוף הזמן.

המערערת ביקשה מנגד אורכה בת 30 יום מהיום בו יגיעו מסמכי המקור למשרדה להגשת חוות דעת מז"פ מטעמה, וכן תצהיר רלוונטי. על-פי טענת המערערת, כבר ממראית עין של מה שנסרק באתר בית המשפט עולה כי מדובר בזיוף.

לא סברנו, כי יש מקום לברר את שאלת אותנטיות של המסמכים הנ"ל. המסמכים שצוינו על-ידי המשיבים לא היו אלה שעליהם דובר בהסכמה הדיונית. בנסיבות אלו, ירד עניין ההסכמה הדיונית מעל הפרק, וממילא נותר להחליט בתיק על-פי החומר שעמד לפנינו קודם לכן.

9. נחזור לטענות שהועלו בערעור. בערעור נטען, כי טעה בית משפט קמא כאשר קבע את עובדות המקרה על סמך העדויות מן החקירה הפרטית, שהובאו על-ידי המערערת, בעוד שאלו סתרו לחלוטין את גירסת "הפסטוראליה" שבתצהירי המשיבים ובכתב התביעה מטעמם. עוד נטען, כי בית המשפט לא נתן משקל הולם לעובדה שהגרסה הפסטוראלית קרסה בכית המשפט. הוטעם, כי המשיבים טענו לאורך כל הדרך – הלכנו למכולת, היה שקט, המנוח נורה – בעוד שבית המשפט קמא קבע בסופו של דבר עובדות אחרות, על יסוד עדות בעל המכולת. יתר על-כן, בעל המכולת כלל לא הובא לעדות על-ידי המשיבים, והוא שביסס מבחינת בית

משפט קמא את תביעתם. על-פי הנטען, טעה בית משפט קמא משלא החיל על המקרה את ההלכה הפסוקה, לפיה תביעה שיקרית דינה להידחות, שהרי לא יתכן שחוטא יצא נשכר מכזביו. עוד טענה המערערת, כי בית משפט קמא לא נימק מדוע קיבל את הגרסה, לפיה האירוע הנטען התרחש דווקא בבוקרו של יום 11.4.02, שהרי אם האירוע התרחש במועד אחר, אפשר שהיה ביד המערערת לספק גירסה עובדתית בדבר נסיבות התרחשותו. עם זאת, המערערת אישרה שביום זה נפתח העוצר לראשונה. לשיטת המערערת, טעה בית המשפט גם בכך שייחס משמעות למסמך נ/1, מאחר שמדובר בתעודה שניתנה שלושה שבועות לאחר האירוע הנטען, לבקשת המשפחה, כאשר לא הוצגו מסמכים אחרים מזמן אמת. התעודה הרפואית הזו על-פי הנטען, הינה נטולת ערך, בין לעניין מועד האירוע, ולא כל שכן לסיבת המוות – ירי בידי הכוחות הישראליים. יתר על-כן, בית המשפט קמא, על-פי הנטען, לא נתן משקל לעובדה שצילומי הרנטגן לא נמצאו, ונימוקיו של בית משפט קמא לעניין זה היו שגויים.

10. סבורים אנו, כי לא קמה עילה להתערב בפסק דינו של בית משפט קמא, ודין הערעור להידחות. טענות המערערת, רובן ככולן, מופנות נגד קביעת הממצאים העובדתיים על ידי הערכאה הדיונית. הלכה היא, כי בית-המשפט לערעורים לא ייטה, בדרך-כלל, להתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה המבררת, וכי התערבותו בממצאים תיעשה במשורה, ומצטמצמת למקרים חריגים שבהם נפלה טעות עניינית, המצדיקה תיקונה במסגרת ערעור; ובין השאר – כאשר נקבעו ממצאים שאינם עומדים במבחן ההיגיון ושיש לראותם כמופרכים, או כשאין לעובדות שנקבעו בסיס נאות בחומר הראיות, או מקום שבו בולטת בפסק-הדין טעות משפטית שורשית. אין זה המקרה שלפנינו.

לא מצאנו, כי נפל פגם בקביעת ממצאיו של בית-משפט קמא, הן לגבי נסיבות האירוע שבו נהרג המנוח, והן בדבר מועד התרחשותו. את הממצאים סמך בית משפט קמא על התשתית הראייתית שהובאה לפניו, תוך מתן אמון בעיקר גרסתו של בעל המכולת, שהיה עד ראיה לאירוע, ואשר הובא להעיד מטעם המערערת. המערערת טענה, כי נשענה על עדות בעל המכולת אך ורק כדי להראות כי גרסת המשיבים, לפי מדובר בירי ביום שקט, היא שקרית. כאמור, בעל המכולת הבהיר אמנם שלא היה זה יום שקט, ואולם עדותו על נסיבות הירי לא ביססה מסקנה לפי החיילים נחשפו לסיכון של ממש שהצדיק ירי מכוון לעבר המתקהלים. אין בידי המערערת לבחור רק את החלק הנוח לה מהעדויות שהביאה מטעמה; ומשבחרה

להעיד את בעל המכולת, שהיה עד ראייה לאירוע, רשאי היה בית-המשפט לקבוע ממצאים על-יסוד עדותו. הראיות שהביאה המערערת התבססו בעיקר על רישומים ביומן המבצעים, וליתר דיוק – היעדר דיווח על ירי ביומן המבצעים; אך אין בראיות שהציגה כדי להפריך את עדות בעל המכולת ויתר הראיות לגבי מועד האירוע ונסיבות התרחשותו. משכך, לא קמה עילה להתערב בממצאיו העובדתיים של בית-משפט קמא; וכפועל יוצא – לא עלה בידי המערערת להוכיח כי הירי נעשה בנסיבות של התפרעות שחשפה את חיילי צה"ל לסיכון שהצדיק ירי לעבר המתקבלים, או בנסיבות שיש בהן משום פעולה מלחמתית הפוטרת את המדינה מאחריות בנוזיקין.

אשר למועד הפגיעה – מקובלת עלינו עמדת בית-משפט קמא לפיה הוכח, ברמת הוכחה מספקת, כי האירוע התרחש ב 4.11.02. מועד זה נתמך בתעודה הרפואית נ/1, צוין בתצהירו של אבי המנוח, והופיע גם בתעודת הפטירה אשר ככל הנראה הוצאה על יסוד נ/1. מכל מקום לא ראינו סיבה לקבוע כי תאריך זה "נבחר" על-ידי המשיבים כדי לשרת את תביעתם. יתר על כן, בראיות שעמדו לפני בית-משפט קמא עלה בבירור כי האירוע התרחש ביום שבו הוסר העוצר לראשונה לאחר הלחימה במבצע 'חומת מגן' (עדות כאמל, עמוד 20 לפרוטוקול מיום 25.3.09) וגם המערערת אישרה כי מועד ספציפי זה הוא מועד הסרת העוצר (סעיפים 15-16 לעיקרי הטיעון בערעור). עובדה מבססת את תאריך הפגיעה והפטירה כתאריך מסוים אשר לא נבחר ולא הומצא. ונדגיש, עדות כאמל נמצאה על-ידי בית-המשפט קמא כאמינה.

אשר לטענות לגבי שיקולי בית משפט קמא לעניין המשקל שיש ליתן לראיות מסוימות או לחסרונן של אחרות – מצאנו את שיקולי בית משפט קמא משכנעים, ולא ראינו לנכון להתערב בהם.

11. סברנו תחילה, כי יש ליתן משקל של ממש לטענה לפיה הובהר שהגירסה עליה ביקשו המשיבים להישען היתה שיקרית, בהציגה את האירוע כרצח בדם קר של ילד, כאשר בית משפט קמא קבע שהירי נעשה בנסיבות של התפרעות. על-פי טענות המערערת, במצב דברים זה, מן הראוי היה אף לדחות את התביעה, ואולם, בסופו של דבר, הגענו למסקנה כי בנסיבות בהן גם הגירסה שהציגה המערערת, לפיה לא היה כל ירי נדחתה, לא יהא זה ראוי לעשות שימוש בשיקול האמור לחובת המשיבים. כמו כן, בסופו של דבר, המשיבים אינם "אשמים" בהצגת גרסה

כוזבת כלשהי, שכן המנוח הלך לבית עולמו, ואביו לא נכח בעת האירוע אלא שמע עליו מפיו של בנו הצעיר שהיה כבן שמונה בעת האירוע.

מצאנו שיש גם לדחות את הטענות לעניין שיעור הפיצוי. ראשית, מהטעם שאין ערכאת הערעור נוהגת להתערב באומדנים של פיצויים על-ידי הערכאה הראשונה, מה גם שלא מצאנו כי בית משפט קמא חרג מאומדן סביר. כמו כן, מקובלת עלינו הנמקת בית משפט קמא לעניין הפיצוי. פסיקת הסכום של 500,000 ש"ח נעשתה בגדר ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים, והסכום נומק בהתייחס לשורת שיקולים העולים מהפסיקה. לעניין הבסיס לחישוב ההשתכרות, ציין בית משפט קמא כי תעודת עובד הציבור שהוגשה מלמדת על שכר ממוצע של 1,937 ש"ח נכון לחודש יוני 2008, ויחד עם זאת, בשים לב לגילו הצעיר של המנוח ובשל העמימות לעניין התפתחות הכלכלה ברשות הפלסטינית והאפשרות שהשכר הממוצע שם יעלה, מצא בית משפט קמא לנכון להעמיד את בסיס השכר על סך 2,000 ש"ח לחודש. הנמקה זו מקובלת עלינו.

12. לאור האמור, אנו סבורים כי יש לדחות את הערעור, ולחייב את המערערת לשלם למשיבים שכר טרחת עורך דין בסך 7,500 ₪.

מרים מזרחי, שופטת

יורם נועם, שופט

השופט נ' סולברג:

1. דעתי שונה מזו של חבריי.

אסקור תחילה בתמצית את העובדות ואת הטענות מזה ומזה.

עיקרי התביעה וההגנה

2. זו היתה הגרסה העובדתית של המשיבים בכתב התביעה:

"ביום 11/4/02 בשעה 9:00 בבוקר או בסמוך לכך, הוסר העוצר שהוטל על העיר ג'נין, והותר לתושבים לצאת מבתיהם לצורך רכישת וקניית מוצרים חיוניים.

רחובות העיר מהר מאד התמלאו באנשים והחיים החלו לחזור לאטם למסלולם הטבעי. המנוח שלעיל, ביחד עם אחיו הקטין... יצאו מביתם בסביבות השעה 09:15 על מנת לרכוש דברים לבית. השניים עשו את דרכם לכיוון מכולת המרוחקת מביתם כ-150 מטר. במרחק של כ-80-100 מטר מהמכולת עמד טנק צבאי ובו היו חיילים. כאשר הגיעו המנוח ואחיו אל פתח המכולת נורתה לעברם אש, ככל הנראה מהטנק, וכתוצאה מכך המנוח נפצע קשות בלב, ונגרם לו דימום פנימי חמור... הוא נפטר זמן קצר לאחר שהגיע לבית החולים... יצויין, כי באותה עת לא היו הפגנות במקום, צעירים לא יידו אבנים לעבר החיילים, והמנוח לא פעל באופן שיכול לסכן את החיילים שהיו באזור" (סעיפים 8-11 לכתב התביעה).

לטענת המשיבים, מת המנוח כתוצאה מירי שירו חיילי צה"ל ללא כל הצדקה, בניגוד לדין ומתוך רשלנות; לפיכך נתבעה המדינה לשלם פיצויים לעזבוננו.

3. מטעם המשיבים העידו בבית משפט קמא ארבעה עדים. האחד, _____ אלסעאבנה, שגר בסמוך למקום האירוע הנטען, לא ראה את הירי במנוח. לפי גרסתו, שמע קול ירי מכיוון הצומת, וכשהגיע אל המקום ראה שני טנקים, חייל עומד על צריחו של אחד מהם, נשק בידו, ואת המנוח כשהוא פצוע (סעיף 10 לפסק הדין). העד הזה הדגיש כי באותה עת "האווירה היתה שקטה ולא היו הפגנות במקום או ידווי אבנים או ירי לעבר החיילים שהיו באזור" (פיסקה 10 לתצהירו). העד השני, _____ אלסעדי, העיד כי הגיע לקרבת מקום בנסיעה במכוניתו. עוברים ושבים קראו לו לעצור. הוא ראה אדם נושא בזרועותיו ילד פצוע, ונמסר לו כי נפגע מירי חייל ישראלי. העד הסיעם במכוניתו אל בית החולים (פיסקה 10 לפסק הדין). גם עד זה הדגיש כי לא היו הפגנות או ידווי אבנים לעבר החיילים באותה עת. עד תביעה שלישי, _____ זבן, הוא אחיו הצעיר של המנוח. עדותו היא עדות הראייה היחידה שהובאה מטעם המשיבים. העד הזה היה בן שמונה בזמן האירוע. הוא העיד כי לאחר שהוסר העוצר שהוטל על העיר יצא עם אחיו לרכוש מצרכים, ובדרכם אל המכולת השכונתית נורה אחיו על-ידי חייל צה"ל שהיה על טנק בצומת (פיסקה 10 לפסק הדין). גם עד זה ציין בעדותו כי האזור היה שקט לחלוטין בעת שנורה אחיו על-ידי חיילי צה"ל (פיסקה 7 לתצהירו). העד הרביעי, אבי המנוח, _____ זבן, לא היה עד לאירוע הירי. הוא העיד לגבי הדו"ח הרפואי מבית החולים (1/נ) ולגבי העדרם של צילומי הרנטגן.

4. מנגד, אלו הם עיקרי הגנת המדינה בבית משפט קמא:

הימים ההם היו ימי מבצע 'חומת מגן', שבמהלכם, כלשון בית משפט קמא, "ניהל צה"ל, על-פי הנחיות המדינה ונציגיה המוסמכים, פעילות צבאית רחבת היקף בשטחי הרשות הפלסטינית". בעיר ג'נין התנהלה מערכה קשה במיוחד, כפי שתיאר זאת בית המשפט העליון בפסק הדין בדנג"ץ 10480/03 יצחק בוסידן נ' מוחמד בכרי, פ"ד נט(1) 625 (2004). הקרב המתואר שם, שבו נהרגו 13 חיילי צה"ל, התרחש ביום 9.4.02, יומיים קודם למועד המצויין בכתב התביעה כמועד מותו של המנוח. אין מחלוקת בין הצדדים כי בבוקרו של יום 11.4.02, המועד הנטען, הוסר העוצר מעל העיר ג'נין, והתושבים הורשו לצאת מבתיהם כדי להצטייד במצרכים למחייתם.

5. המדינה מצדה הכחישה את האירוע הנטען בתביעה מכל וכל: לגרסתה, במועד האמור לא היה כל אירוע מן הסוג המתואר. על כך העיד מטעמה סא"ל גיל, אשר שימש ראש-מטה חטיבת המילואים שפעלה בג'נין. לדבריו, במהלך הלחימה נערכו בהנחייתו יומני מבצעים וטבלאות מפורטות שבהם רוכזו רישומי כל האירועים שהיו בגזרה; קטנים כגדולים. היום המדובר, לפי עדותו, היה יום שקט, ובשל כך הוסר העוצר. העדרו של תיעוד לגבי ירי באותו בוקר, בנוכחות שני צוותי טנקים, שולל, לשיטתו, את היתכנות האירוע במועד הזה. סא"ל גיל העיד גם כי אירוע כפי שתיארוהו המשיבים לא יתכן מבחינה עובדתית, מכמה היבטים.

6. לחלופין, לגבי האירוע שתואר על-ידי עדי המשיבים, טענה המדינה כי אירע במועד אחר, לא ידוע, וכי נסיבותיו היו שונות תכלית שינוי. עדויות שהובאו מטעם המדינה לימדו על התפרעות של צעירים – כשהמנוח בתוכם – אשר תקפו את חיילי צה"ל באבנים, החיילים הגיבו בירי, והמנוח נהרג. חוסני כאמל עודה, בעל חנות המכולת במקום, הצהיר בפני חוקרים מטעם המדינה כי היתה זו תהלוכה אלימה של כמאתיים צעירים, ובעת שהמנוח נפגע ידו הצעירים אבנים על כוחות צה"ל ואף השתמשו בקלע (בעדותו בבית המשפט (עמוד 21) הכחיש כי נקב במניין הנ"ל). מחמד שאקר סאלח סעדי, אשר לא העיד בבית המשפט, והמדינה הגישה רק תצהיר שנתן לחוקרים מטעמה, העיד כי "ביום כניסת צה"ל" הבחין במנוח עם עוד ילדים וצעירים כשהם מיידים אבנים לעבר כוח ישראלי, ואז נורתה אש והמנוח נהרג. בהסתמך על כך טענה המדינה כי ככל שאכן נהרג המנוח מפגיעת ירי של חיילי צה"ל הרי שהירי נעשה כדין.

פסק הדין של בית משפט קמא

7. בית משפט קמא תיחם את דיונו לשתי סוגיות. האחת, עובדתית, בשאלה האם המנוח נורה ונהרג מירי של חיילי צה"ל; השנייה, משפטית, האם יש להטיל על המדינה אחריות בנויקין.

8. בסוגיה העובדתית הכריע בית משפט קמא לחיוב:
"לאחר שבחנתי את ראיות הצדדים, התרשמתי מעדויות העדים, שוכנעתי כי עלה בידי התובעים להניח תשתית ראייתית מספקת לביסוס טענתם באשר לנסיבות מותו של המנוח מאירוע הירי, ולהוכיח גרסתם המסתברת. עדויות עדי התובעים באשר להתרחשותו של אירוע הירי מהימנות עליי, בעיקרון. עדויות אלה משתלבות ומתיישבות האחת עם השנייה ונשזרות לכדי סיפור רצוף, קוהרנטי ואמין, לעניין נסיבות האירוע" (פיסקה 12 לפסק הדין).

בית משפט קמא ציין כי העדויות מטעם המדינה לגבי ההתפרעות וידווי האבנים מחזקות דווקא את גרסת המשיבים לגבי השאלה העובדתית, שהרי גם מהן עולה שהמנוח נפגע מאש חיילי צה"ל. לנוכח העדר גרסה נגדית מצד המדינה לעניין נסיבות הירי, החליט בית משפט קמא לאמץ את גרסת המשיבים כי המנוח נהרג מאש צה"ל (פיסקה 13 לפסק הדין). בד-בבד אימץ בית משפט קמא את גרסת עדי המשיבים על התפרעות שקדמה לירי, על אף שהתבססה על עדויות חוץ ורק אחד ממוסריהן העיד בבית המשפט, אולם בית משפט קמא העריך כי היתה זו התפרעות קלה (פיסקאות 6 ו-15 לפסק הדין). כדי ליישב את הסתירה שבין הגרסאות בעניין קיומה של התפרעות אלימה עשה בית משפט קמא שימוש בכלל 'פלגינן דיבורא'. הוא קבע כי "אין מניעה עקרונית להסתייג, במידה מסויימת, מחלק זה של עדותם" של עדי התביעה, היינו, דבריהם כי לא קדמה לירי התפרעות אלימה וכי האזור היה שקט לחלוטין. בית משפט קמא קיבל את מסמך נ/1, גיליון רשמי של בית החולים, וקבע כי אין לזקוף לחובת המשיבים את העובדה שהמסמך נערך במועד מאוחר בכשלושה שבועות למועד האירוע הנטען, לפי בקשת המשפחה, וללא חותמת רופא; וכי אין באלה כדי להפחית באופן משמעותי ממשקלו של נ/1 כראיה לכך שבמועד הנטען הובא המנוח לבית החולים כשהוא פצוע ירי (פיסקה 14 לפסק הדין). לעניין העדרם של צילומי הרנטגן ומסמכים רפואיים אותנטיים, קיבל בית משפט קמא את גרסת האב כי הללו לא נמסרו לידיו, והסתפק בכך. בית משפט קמא לא ייחס משקל רב להיעדר תיעוד על ירי ברישומי צה"ל במועד הרלוונטי. הוא העלה את האפשרות כי לא דווחה ירייה בודדת אחת שנורתה במהלך "התפרעות קלה".

9. בהסתמך על כלל העדויות הללו קבע בית משפט קמא ממצא עובדתי כי המנוח נהרג מאש צה"ל במועד ובמקום שבכתב התביעה, כדלהלן:

"לאחר שהוסר העוצר מהעיר ג'נין, ביום 11/4/2002 בשעות הבוקר, ולאחר שיצאו תושבים מקומיים מביתם לשם רכישת מוצרים, פנו התובע ואחיו למכולת הסמוכה ובעודם הולכים נפגע המנוח מירי של חיילי צה"ל במרחק עשרות מטרים ממנו, כשהחייל נמצא על טנק הממוקם בצומת הסמוכה. ככל הנראה ואף שלא הונחה תשתית ראייתית של ממש, נפגע המנוח במהלך הפרת סדר מסויימת, שטיבה והיקפה לא הוברר, ובשל יידוי אבנים של צעירים במקום לעבר כוחות צה"ל כאשר המנוח נמצא בסמוך (ויתכן אף שנטל בהם חלק). הירי נעשה בעקבות ובתגובה ליידוי האבנים והפרת הסדר ובדרך של ירייה בודדת, אחת, מנשק שאחז החייל". עוד ציין בית המשפט: "מכאן, אינני מקבל את טענת התובעים בסיכומיהם שלפיה אירוע הירי נעשה במתכוון, ללא כל סיבה, ועדיף היה לה לו לא הובאה משהובאה" (פיסקה 16).

10. גם בסוגיות המשפטיות הכריע בית משפט קמא לחובת המדינה. ראשית, בית משפט קמא דחה את הטענה כי עומד למדינה פטור בשל 'פעולה מלחמתית', משום שטענה זו עומדת בסתירה לגרסת המדינה כי האירוע כלל לא התרחש. בבסיס טענת 'פעולה מלחמתית' צריכה לעמוד לדעת בית משפט קמא הודאה בקיומו של האירוע, שאם לא כן הרי שאילו הן טענות עובדתיות חלופיות. בהקשר זה שלל בית משפט קמא את האפשרות להחיל על כלל האירועים שהיו במהלך מבצע 'חומת מגן' את הגנת הפעולה המלחמתית, משום שהיו במהלך המבצע תקופות ומקומות שבהם לא התנהלה פעילות מבצעית. בית משפט קמא נדרש גם לאופן שבו פירשה הפסיקה את הגנת הפעולה המלחמתית. הוא קבע כי "נדרשות נסיבות מיוחדות, יוצאות דופן, החורגות מתחום הסיכון הרגיל הטמון בפעולה משטרתית" כדי שתחול הגנת הפעולה המלחמתית, ובענייננו "לא הונחה כל תשתית ראייתית לפיה אירוע הירי נגרם כתוצאה ממצב מצוקה חריף ואיום ממשי על חיילי צה"ל שהצריך ביצוע 'פעולה מלחמתית'. כל שעולה מהודעות החוק ועדותו של כאמל כי ייתכן ועובר לאירוע הירי קדם יידוי אבנים שהיקפו לא הוברר" (פיסקה 17 לפסק הדין).

11. בהמשך קבע בית משפט קמא כי חלה על המדינה חובת זהירות מושגית וקונקרטי, ובחן את שאלת קיומה של התרשלות, היינו אי נקיטת אמצעי זהירות מתאימים לנסיבות. שאלה זו נבחנה לאור אמות המידה שלפיהן נבחנת פעילות של שוטרים וחיילים לדיכוי התפרעות אלימה בשטחי יהודה ושומרון. בית משפט קמא,

כאמור, היה "מוכן להניח קיומה של הפרת סדר מסויימת ויידוי אבנים, עובר לאירוע הירי" (פיסקה 24 לפסק הדין) בהתבסס על העדויות שהובאו מטעם המדינה, אולם קבע בד בבד כי "אין בכך כדי לסייע ולהאיר את הנסיבות שקדמו לירי וליתן מענה מספיק לשאלה האם הירי היה מוצדק שכן לא הוברר היקף הפרת הסדר ועוצמתה" (שם). כמו כן, לא ידועים פרטים עובדתיים נוספים כמו מקומו של המנוח בעת שנפגע.

12. לאור כל זאת קבע בית משפט קמא כי לחובת המדינה קמה 'חזקת הרשלנות', וחרף הוראת סעיף 5א(4) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, יש להחיל את סעיפים 38 ו-41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]: "הנני סבור כי מקום בו המדינה לא מביאה הסבר באשר לנסיבות האירוע ומכחישה את קיומו, מבלי שניתן טעם מבורר של ממש לדבר, וממילא לא ניתן ללמוד מיומן המבצעים על נסיבות התרחשותו, וחרף כל זאת משתכנע בית המשפט כי אכן בוצע ירי על ידי חייל צה"ל ממנו נפגע המנוח, יש בכך כדי להוות טעם מיוחד המצדיק, בנסיבות העניין, את השימוש בחזקות הרשלנות, הן מכוח סעיף 38 והן מכוח סעיף 41" (פיסקה 24 לפסק הדין). המדינה, לשיטת בית משפט קמא, "יצרה בהתנהלותה עמימות ראייתית מלאה על נסיבות המקרה", וההתפרעות שקדמה לירי לא הגיעה לכדי הפרות סדר קשות (פיסקה 25). לאור כל זאת קבע בית משפט קמא כי יש להעביר את נטל הבאת הראיות לעניין נסיבות הירי אל כתפי המדינה, "ומשזו לא הרימה את הנטל, פועל הדבר לחובתה" (פיסקה 28 לפסק הדין).

13. גם לגופו של עניין קבע בית משפט קמא כי פעולת הירי לא היתה פעולה סבירה בנסיבות העניין: "לא שוכנעתי כי חיילי צה"ל מצאו עצמם בסיכון ממשי שלא הותיר כל ברירה בידם אלא לפתוח באש... שוכנעתי במידה הדרושה כי הירי לעבר המנוח לא היה סביר... הירי שביצע חייל צה"ל היה רשלני" (פיסקאות 28-29).

14. לבסוף דחה בית משפט קמא את טענות המדינה להסתכנות מרצון מצדו של המנוח, ואשם תורם, ופסק לטובת המשיבים פיצויים כספיים בגין קיצור תוחלת חיים, אובדן השתכרות והוצאות קבורה בסך כולל של 721,500 ₪, בתוספת שכ"ט עו"ד בשיעור של 20%.

15. כאמור, המדינה טוענת כי טעה בית משפט קמא בהכרעותיו; העובדתיות והמשפטיות. מבחינה עובדתית טוענת המדינה כי לא ניתן היה לקבל את גרסת

המשיבים באופן חלקי, לאחר שנקבע כי יסודה בשקר. עוד טוענת המדינה כי טעה בית משפט קמא בהתעלמו מהימנעות המשיבים מלהביא עדים שהיו תחת ידם, ובהסתמכו למעשה על עדות יחידה של קטין. בנוסף, המדינה טוענת כי לא הוכח מועד האירוע, ולפיכך אין להטיל עליה את האחריות על ההימנעות מהצגת גרסה. המדינה טוענת כי לא ניתן היה לייחס אמינות ומשקל לנ/1 ולהתעלם מהעדרן של ראיות רפואיות פוזיטיביות. לשיטת המדינה טעה בית משפט קמא גם בהתעלמו מגרסת ההגנה, אשר הוא עצמו ייחס לה אמינות.

מבחינה משפטית סבורה המדינה כי לא כדין דחה בית משפט קמא את הגנת הפעולה המלחמתית, וגם קביעת חזקת רשלנות באופן שנעשתה, והעברת נטל הראיה, נוגדים את ההלכות הקיימות.

16. המשיבים מצדם מבקשים לדחות את טענות המדינה, והם סבורים כי קביעותיו העובדתיות והמשפטיות של בית משפט קמא בדין יסודן. הם מדגישים כי פסק הדין מושתת על ממצאים עובדתיים שנקבעו לאחר שמיעת עדים והערכת מהימנותם, וכי אין כל הצדקה להתערבות ערכאת הערעור בממצאי העובדה.

17. אכן, כפי שצינו חבריי, נקודת המוצא היא נטייתה של ערכאת הערעור שלא להתערב בקביעות עובדתיות שקבעה הערכאה הדיונית. הטעם לכך הוא יתרונה הברור של הערכאה המבררת בהתרשמות הישירה מן העדים ומן הראיות, על-פני ערכאת הערעור אשר אין לפניה כי אם פרוטוקולים כתובים וראיות חפציות. ברם, על-פי ההיגיון הזה ישנם גם חריגים לכלל: במקום שבו אין לערכאה הדיונית יתרון בהערכת העובדות על-פני ערכאת הערעור, תהיה זו האחרונה חופשית יותר להתערב בממצאים של עובדה. כך כאשר ההכרעה העובדתית נקבעה שלא על סמך מהימנות כי אם על סמך היגיון, או על סמך ראיות חפציות: "הרתיעה של בית-המשפט הזן בערעור לבחון ממצאים עובדתיים שנקבעו על-ידי בית-המשפט ששמע את העדויות מוצדקת רק כאשר לערכאה הדיונית נודעת עדיפות בקביעת העובדות על פני ערכאת הערעור. לכן הרתיעה נחלשת, ולעתים אף נעלמת, כאשר ערכאת הערעור מתבקשת להפוך ממצאים עובדתיים שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית לא בדרך של התרשמות מן העדים, אלא בדרך של התרשמות מחפץ או ממסמך או בדרך של בדיקת העדויות במבחן ההיגיון" (ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 644 (2000)). כך גם, ביתר שאת, במקום שבו סתתה הערכאה הדיונית מן הכללים וההלכות, הדיוניים והמהותיים, החלים לגבי תהליך קביעת הממצאים העובדתיים.

לדעתי נפלו טעויות אחדות בפסק דינו של בית משפט קמא; הן בתהליך קביעת העובדות, הן בניתוח המשפטי. מחמת כובדן של הטעויות הללו והצטברותן, אני סבור כי יש לקבל את הערעור ולשנות את תוצאת פסק הדין.

ההכרעה במישור העובדתי

18. הגרסה העובדתית שהציגו המשיבים היתה ברורה וחד-משמעית: המנוח הלך עם אחיו למכולת השכונתית, עבר בקירבת כוח צה"ל, חייל ירה בו כדור והרגו. הא ותו לא. הן בכתב התביעה, הן בעדויות העדים שהעידו מטעמם, שללו המשיבים בכל תוקף את האפשרות כי הדבר אָרע אגב התפרעות אלימה או תקיפה של חיילי צה"ל. גם בתצהיריהם שללו זאת עדי המשיבים, וגם על דוכן העדים התעקשו לעמוד על הגרסה הזאת: הירי שנורה לעבר המנוח היה ירי ללא כל סיבה נראית לעין. בפסק דינו נקט בית משפט קמא, בתחילה, לשון מפליגה של הבעת אָמון בגרסתם של המשיבים: "עדויות עדי התובעים באשר להתרחשותו של אירוע הירי מהימנות עליו, בעיקרן. עדויות אלה משתלבות ומתיישבות האחת עם השנייה ונשזרות לכדי סיפור רצוף, קוהרנטי ואמין לעניין נסיבות האירוע" (פיסקה 12 לפסק הדין). דא עקא, עולה מהמשך דבריו של בית משפט קמא עצמו כי העדים לא אמרו דברי-אמת: "ככל הנראה ואף שלא הונחה תשתית ראייתית של ממש נפגע המנוח במהלך הפרת סדר מסויימת, שטיבה והיקפה לא הוברר, ובשל יידי אבנים של צעירים במקום לעבר כוחות צה"ל כאשר המנוח נמצא בסמוך... הירי נעשה בעקבות ובתגובה ליידי האבנים והפרת הסדר..." (פיסקה 16 לפסק הדין). את המסקנה הזו גיבש בית משפט קמא על סמך האָמון שנתן בגרסאותיהם של עדי המדינה בעניין זה. ואם דבריו אלו מהוססים קמעא, הרי שבהמשכם שוקד בית משפט קמא להביע הסתייגות חמורה מגרסת עדי המשיבים: "אינני מקבל את טענת התובעים בסיכומיהם שלפיה אירוע הירי נעשה במתכוון ללא כל סיבה, ועדיף היה לה לו לא הובאה משהובאה" (שם). עדויות המשיבים ועדיהם באשר להתרחשותו של אירוע הירי לא היו אפוא "מהימנות" על בית משפט קמא, והסיפור אשר נשזר מהן לא היה "רצוף, קוהרנטי ואמין לעניין נסיבות האירוע" כלשונו של בית משפט קמא בתחילה, כי אם סיפור כזב, לפי דברי בית משפט קמא עצמו בהמשך.

19. הלכה פסוקה היא כי בדרך כלל כאשר מוצא בית משפט גרסת תביעה שקרית, עליו לדחות את התביעה כולה, ולא לבנות את התביעה מחדש על סמך גרסאות מאוחרות ומשופרות. "תובע המביא גרסה בדויה לבית המשפט איננו זכאי לכך שבית המשפט יכריע את הדין לטובתו על-פי תשתית עובדתית אחרת שהתבררה מן

הראיות. אכן, לעיתים הדבר אפשרי ובידי בית המשפט נתון שיקול הדעת אימתי לעשות כן, אלא שיש לאזן אפשרות זו עם זכויות הצדדים האחרים ולנקוט בה כאשר לא עלול להיגרם עוול או עיוות דין לנתבעים" (ע"א (י-ם) 6380/05 מירב כהן נ' ישראל'פוט [פורסם בבנו] (ניתן ביום 19.12.05); ראו גם ת"א (י-ם) 5133/03 אלחלאיקה נ' מדינת ישראל [פורסם בבנו] (ניתן ביום 2.9.08)). כמה טעמים לדבר הזה. ראשית, ועיקר, זכויותיו הדיוניות של הנתבע צפויות להיפגע פגיעה קשה, כי לא יהיה ביכולתו להתמודד עם הגרסה החדשה כדבעי. יש הכרח שתהיה תאימות מלאה, להוציא פרטי לוואי, בין הטענות העובדתיות שמטיח תובע בנתבע, שלפיהן בונה הנתבע את הגנתו, ובין הגרסה העובדתית שלפיה נקבעת לבסוף מידת אחריותו של הנתבע. פסיקת הדין לאור גרסה עובדתית אחרת מותירה את הנתבע חסר הגנה, וגם זכויותיו המהותיות, קרוב לוודאי, ייפגעו פגיעה ממשיכה. שנית, מי שפורש מן האמת בעניין אחד, יש חשש שיעשה כן גם בעניינים אחרים. לפיכך, אם נמצא התובע משקר, יש להישמר מפני הסתמכות גם על חלקי גרסתו שלא הופרכו. שיקול נוסף הוא שיקול מוסדי: אין ליתן פרס לדוברי שקר. קבלת גרסה מתוקנת ומשופצת כמוה כמחילה על עדות שקר, והסתמכות על ראיות ההגנה כדי לחזק את גרסתה המשופצת של התביעה כמוה כמתן גמול ותמריץ למי שאינם דוברים אמת. כך כאשר מבקש תובע לשנות את גרסתו במהלך המשפט, כשהופרכה גרסתו בחלקה.

20. קל-וחומר שעל בית המשפט להימנע מלבנות בעצמו גרסה חלופית לגרסתה הבסיסית של התביעה, לעת מתן פסק הדין. הטעמים המנויים לעיל מחייבים זאת, וביתר שאת. בנוסף להם, אין זה מתפקידו של בית המשפט לשפץ גרסאות או לבנות פאזל עובדתי על סמך חלקי ראיות ועדויות, חלקן מטעם התביעה וחלקן מטעם ההגנה, כשהאמת מצויה בהן – לדעת בית המשפט עצמו – זעיר שם זעיר שם.

21. כאן נעוצה לדעתי הטעות שבית משפט קמא נתפס לה. הגרסה העובדתית אשר עליה השתית את פסק דינו היא גרסה שאותה למעשה יצר בעצמו עבור המשיבים. העדויות מטעם המשיבים גרסו כאמור כי המנוח נורה על-ידי חיילי צה"ל ללא כל סיבה וללא שהיתה כל פעילות אלימה באזור. הראיות מטעם המדינה לימדו כי המנוח נורה מאש חיילי צה"ל, אולם במועד שאינו ברור, ככל הנראה מועד אחר מזה הנטען, ובעקבות התפרעות אלימה שבמהלכה הותקפו החיילים. עדי המשיבים נמצאו כמי שאינם דוברים אמת, לדעת בית משפט, בעניין נסיבות הירי, היינו לגבי שאלת קיומה של ההתפרעות. אין זה פרט לוואי; אלו הן הנסיבות העובדתיות

המרכזיות ביותר לצורך ההכרעה בתביעה. סביר למדיי אפוא כי האירוע שבו נורה המנוח אכן התרחש במועד אחר, אולם המשיבים 'שיבצו' אותו במועד 'נוח' עבורם כדי להתאימו לגרסה כי לא קדמה לירי כל התפרעות. בית משפט קמא שקד ללקט חלקי עדויות מזה ומזה ובנה מהן גרסה עובדתית חדשה לטובת המשיבים, ולפיה מצד אחד התרחש האירוע במועד הנטען על-ידי המשיבים; מצד שני קדמו לו התפרעות אלימות; ומצד שלישי עוצמתן היתה קלה למדיי ולא העמידה את חיילי צה"ל במצב של סכנה. גרסה זו לא קיימת במלואה באף אחת מן העדויות, ושגה בית משפט קמא כשבנה עליה את פסק דינו. זאת, משלושת הטעמים האמורים: ראשית, בית משפט קמא קיפח, קרוב לוודאי, את זכויותיה הדיוניות והמהותיות של המדינה, אשר לא יכולה היתה להתגונן מפני גרסה זו כדבעי. שנית, עדי המשיבים נמצאו כמי שלא העידו אמת בעניין אחד, הם ביקשו להרחיק את המנוח מן האירוע האלים, ולא בכדי. חזקה עליהם שלא יבחלו מאי-אמירת אמת גם בעניינים אחרים. שלישית, המשיבים נמצאו נשכרים מדברי השקר: המדינה נאלצה לטרוח ולהביא עדים להפרכתם, ולבסוף בית משפט נסמך על דברי העדים הללו לרעתה, כי בחר להסתמך על חלקים מעדויותיהם כחיזוק לגרסה שיצר בפסק דינו לטובת המשיבים.

22. הכלל פלגינן דיבורא נוהג במשפט הישראלי, במובן זה שרשאי בית משפט לבור את הבר מן התבן בתוך דבריו של עד. על-פי ראיות חיצוניות, על-פי סימני מהימנות, או על-פי שיקול דעתו, ראוי לו לבית משפט להכריע לעיתים כי חלקים מעדותו של העד אינם מהימנים, בעוד אחרים מהימנים המה. אין חולק על כך (ראו: יעקב קדמי על הראיות ד' 1845 ואילך (מהדורת תש"ע - 2009); למקורו של המונח ולהוראתו המקורית ראו: רש"י, סנהדרין, ט ע"ב, ד"ה "רבא אמר"; מיכאל ויגודה "על-פי שניים עדים... יקום דבר"; 'פלגינן דיבורא' – פרק בדיני ראיות" פרשת השבוע גיליון 221 (תשס"ה)). ברם, 'פלגינן דיבורא' איננו רלוונטי כלל וכלל לענייננו. כאן אין מדובר על סינון דבריו של עד פלוני, כדי שיסתור או יתמוך בגירסתו של אחד הצדדים, כי אם על שיפוץ יסודי של גרסת התביעה כולה. גרסתם של המשיבים היתה אכן קוהרנטית, כפי שציין בית משפט קמא, למן כתב התביעה ועד לסיום עדותו של אחרון עדיהם, אלא שנמצאה על-ידי בית משפט קמא כבלתי אמיתית באופן קוהרנטי, בכל הנוגע לרקע לירי ולנסיבותיו. נטילת חלק ממנה תוך השמטת חלקה האחר, והשלמתה באמצעות גרסאות עדי ההגנה, איננה מעשה של 'פלגינן דיבורא' כי אם מעשה של בניית גרסת תביעה שאיננה. טעה אפוא בית משפט קמא בהסתמכו על הכלל הזה.

23. שאלת מועד האירוע איננה שאלת לוואי בתיק זה. הגנתה של המדינה נסמכה בעיקרה על סוגיית המועד, ולא במקרה. בלי ידיעת המועד המדויק של קרות האירוע אין יכולת למדינה לשחזר אירוע שבו נורה אדם, בוודאי כך בתקופת לחימה כמו בימי מבצע 'חומת מגן', באזור רווי קרבות. המדינה מודה, במשתמע, כי בתקופה ההיא ירו חיילי צה"ל בגזרת ג'נין, שהרי נשלחו לשם כדי להילחם בארגוני הטרור, אולם ללא ציון מועד מדויק ונכון אין למדינה יכולת לבנות גירסת הגנה כלל. אין ספק כי גם גורמים אחרים עשו שימוש בכלי נשק באזור בתקופה ההיא. לפיכך, שגה בית משפט קמא כשפטר את הספק הממשי שהתעורר לגבי המועד שבו נורה המנוח בלי בירור יסודי ומקיף. בית משפט קמא שגה באמצעו את המועד הנטען בכתב התביעה בהסתמך על העדויות מטעם המשיבים, שנמצאו כאמור בלתי אמינות, ובהתעלמו מן העדויות שהובאו מטעם המדינה. בית משפט קמא שגה לדעתי באמצעו את 1/נ כבסיס לקביעת המועד, שהרי אין מחלוקת כי המסמך הזה נערך כשלושה שבועות לאחר המועד הנטען. גם אם נמצאה תמיכה לאמור בו בתמליל השיחה עם מנהל בית החולים שקיים החוקר הפרטי מטעם המדינה, התמיכה היא לעניין סוג הפגיעה, אך לא לעניין המועד שבו התרחש האירוע ולא לעניין מקורו של הירי שממנו נפגע המנוח. האיש שערך את 1/נ, ד"ר פוזי חסן, לא הובא להעיד על אודותיו מטעמים שלא הובררו. בדיון בערעור לפנינו ביום 22.2.11 ניתנה למשיבים הזדמנות נוספת להמציא את המסמכים המקוריים מתוך התיק הרפואי של המנוח, לרבות תצלום הרנטגן המוזכר ב-1/נ, כדי שתהיה ראייה ממשית יותר לגבי מועד האירוע וסיבת המוות. סברנו, כי התיק הרפואי האותנטי של בית החולים וצילומי הרנטגן של המנוח יוכלו לשפוך אור על המסכת הנדונה. ברם, המסמכים הללו לא הוגשו, אלא אחרים. כאמור בדברי חבריי, המדינה טוענת כי מדובר בזיוף. מכל מקום, מה שהוגש חורג מן ההסכמה הדיונית, וכדברי חבריי – ירד העניין הזה מן הפרק.

על אודות גרסת המדינה

24. המדינה דרשה וחקרה היטב בכל מסמכיה ותעודותיה, יומני המבצעים, אולם לא מצאה כל זכר לאירוע במועד הנטען. המדינה עמדה בפני הקושי המוכר – להוכיח כי דבר-מה כלל לא התרחש. ראיות ממין זה, שליליות, לעולם יראו חיבורות לעומת ראיות חיוביות. ועם זאת, בית משפט קמא לא הטיל ספק במהימנותו של סא"ל גיל, אשר שימש ראש-מטה החטיבה שפעלה באזור בעת ההיא, והעיד מטעם המדינה. סא"ל גיל העיד בביטחון ובהחלטיות כי אירוע כפי שנטען בכתב התביעה לא אירע במועד המדובר. הוא הסתמך גם על מסמכי התיעוד וגם על זכרונו. הוא

ידע אף לומר כי עם שוך הקרבות והפסקת העוצר הוסגו כוחות צה"ל מן העמדות שהגיעו אליהן, ולפיכך במועד המדובר לא היה טנק במקום שבו נורה המנוח. סא"ל גיל הדגיש כי אילו היה ירי, במקום ובמועד הנטענים, היה שומע אותו (עמוד 38 ואילך). בית משפט קמא נתן אמון מלא בעדותו של סא"ל גיל, וחרף זאת דחה את גרסתו משום ש"אין לשלול בנסיבות המקרה דנא, כעניין שבהגיון, אפשרות של ירייה בודדת אחת במהלך התפרעות 'קלה' אשר לא 'זכתה' בשל כך, וייתכן גם בשל סיבות אחרות שלא הובררו, לרישום ודיווח ביומן המבצעים... לא שוכנעתי כי את אירוע הירי (שטיבו – ירייה בודדת), בהכרח יכול וצריך היה גיל לשמוע ולהבחין בו במועד התרחשותו" (פיסקה 15 לפסק הדין). הכשל בהנמקה זו של בית משפט קמא ניכר היטב: כדי להסביר כיצד אין כל זכר לאירוע הנטען במועד הזה, וכך בכך ליישבו עם האמון שנתן בסא"ל גיל, נוצר למעשה בפסק הדין אירוע שאינו קיים באף אחת מן הגרסאות – התפרעות קלה שגררה תגובה קלה של ירייה אחת, מבלי שנודע הדבר לאיש מכוחות צה"ל, לא בזמן אמת ולא לאחר מעשה.

25. בצר לה, משלא נמצא ברישומיה וביומני המבצעים כל זכר לאירוע במועד הנטען, שלחה המדינה חוקרים פרטיים כדי שייגבו הצהרות מעדים לגבי נסיבות מותו של המנוח. החקירה הניבה כזכור שתי עדויות על אודות התפרעות אלימה שבמהלכה נורה המנוח. מועד האירוע, על-פי אחת מן העדויות, היה מוקדם זמן רב למועד שבגרסת התביעה – בתחילת לחימת צה"ל בג'נין. המדינה הציגה את הגרסה הזו לפני בית המשפט, שהרי לא היה בידיה מידע אחר על נסיבות מותו של המנוח. בית משפט קמא בחר לראות בגרסה זו גרסה עובדתית חלופית, המחלישה את עמדת המדינה, ולזקוף זאת לחובתה. בכך טעה לדעתי בית משפט קמא. אילו היתה גרסת המשיבים גרסה שלמה ואמינה, המתארת נכוחה את האירוע אשר אירע, לרבות מועד התרחשותו, ניתן היה להעמיד את הגרסאות זו לצד זו, לעמת ביניהן ולבחור את הנכונה, כדי לקבוע אם הירי נעשה כדין אם לאו. אולם המשיבים העידו שקר. הם עצמם מנעו אפוא מן המדינה להתחקות אחר פרטי האירוע, כדי שתוכל להעמיד גרסה איתנה ואחידה להגנתה. המדינה נאלצה לנקוט במקביל בשתי דרכי ההגנה: מצד אחד לשלול את התרחשותו של האירוע במועד הנטען, כי על-פי רישומיה לא תתכן התרחשותו, ומצד שני לטעון כי הירי לעבר המנוח נעשה כדין משום שנעשה במהלך התפרעות אלימה. למעשה, גרסאות המדינה לא היו חלופיות במובן המקובל בלשונם של משפטנים, כי אם גרסאות משלימות הניתנות מבעד למסך של חוסר ידיעה.

26. יש לזכור בהקשר הזה את הנחיתות שבה מצויה המדינה מבחינת יכולתה להשיג ראיות. האירוע התרחש באזור שבו אין למדינה שליטה בטחונת או אזרחית. ככל שהיו עדים לאירוע, בדרך כלל הם מסביבתם של המשיבים, ואינם מעוניינים להעיד לטובתה של המדינה. גם שבבי מידע שמצליחה המדינה לאתר באמצעות חקירה פרטית אינם מספיקים כדי ליצור תמונה שלימה, וגם אם הוקלטו עדויות התומכות בגרסת המדינה, הרי שמוסריהן מסרבים בדרך כלל להתייצב בבית המשפט. יש אפוא קושי מסויים בכינוי "עדי הגנה" שכינה בית משפט קמא את תמלילי ההקלטות שהוצגו מטעם המדינה, בשעה שאחד ממוסריהן סירב לבוא ולהעיד, והשני ניסה בעדותו לחזור בו מדבריו שאמר בפני החוקר הפרטי או להפחית מעוצמתם. שגה אפוא בית משפט קמא בסווגו את שתי הגרסאות העובדתיות כגרסאות סותרות, ובזקפו זאת לחובת המדינה; ושגה באמצעו מתוך העדויות שהציגה המדינה רק את הפרטים העולים בקנה אחד עם הגרסה שנבנתה בפסק הדין לטובת המשיבים.

27. סיכום ביניים: הממצאים העובדתיים שנקבעו על-ידי בית משפט קמא אינם מעוגנים בחומר הראיות שהיה לפניו. גם לאור ממצאי המהימנות שקבע בית משפט קמא, אין בסיס מניח את הדעת לגרסה העובדתית שגיבש, גרסה שלא ניתנה מפיו של עד כלשהו. גרסת המשיבים התבררה כשקרית בנוגע לעניין יסודי ביותר. לא היתה הצדקה לאמץ ממנה חלקים כדי לשפצה ולבנות ממנה גרסה מחודשת. גם מועד האירוע, שהוא פרט מידע בסיסי לצורך התביעה, לא הוכח כדבעי. חבריי סבורים כי עדותו של בעל המכולת, חוסני כאמל עודה, מבססת את התביעה. ברם, עד זה, לבד ממגרעות נוספות בעדותו, לא העיד כלל על מועד האירוע. גבי דידי, במצב הדברים הזה, לא ניתן לקבוע כי המשיבים הרימו את הנטל המוטל על כתפיהם להוכיח את העובדות שבבסיס תביעתם. ערפל סמיך עודנו פרוש על נסיבות הירי. גם לא נשללה האפשרות כי המנוח לא נפגע מירי של חיילי צה"ל כי אם מירי שירו גורמים מקומיים, כפי שהציע ב"כ המדינה. אולם גם אם אלך בדרכם של חבריי, ואמנע מלהתערב בממצאי העובדה שקבע בית משפט קמא, עדיין סבורני כי דין הערעור להתקבל, משום שהמשיבים כשלו בהרמת הנטל להוכיח את מרכיב הרשלנות בהתנהגות המדינה ושלוחיה.

נטלי הראיה

28. לדעתי, שגה בית משפט קמא בהחילו את חזקת הרשלנות על המדינה.

בעקבות תיקון תשס"ב (2002), שנעשה לפני האירוע הנדון כאן, קובע סעיף 5א(4) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, כי "הוראות סעיפים 38 ו-41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] לא יחולו בדיון בתובענה, ואולם רשאי בית המשפט לקבוע כי יחולו הוראות סעיפים אלה אם מצא כי הדבר מוצדק בנסיבות הענין ומטעמים שיירשמו". משמע, הסעיפים הללו, הקובעים את 'חזקת הרשלנות', לא יחולו לגבי תביעות נגד כוחות הביטחון הפועלים באזור בדרך כלל, למעט במקרים שבהם תימצא הצדקה מיוחדת לכך. חרף זאת, קבע בית משפט קמא כי "המדינה יצרה בהתנהלותה עמימות ראייתית מלאה על נסיבות המקרה" (פיסקה 25 לפסק הדין), ולפיכך יש להחיל לגביה את הוראות הסעיפים הנ"ל. בית משפט קמא סבר כי משום שלא הוצג מטעם המדינה הסבר לשימוש בנשק חם, האירוע הוכחש ולא תועד דיווח ביומן המבצעים, ואף לא הוכח כי הפרות הסדר שקדמו לירי היו הפרות סדר קשות, ובכל זאת השתכנע בית המשפט כי בוצע ירי על-ידי חיילי צה"ל וממנו נפגע אדם, יש לראות בנסיבות העניין דגן נסיבות מיוחדות שבעטיין "יש הצדקה להטיל על המדינה את 'מחיר העמימות'... נוכח 'החלל האינפורמטיבי' שיצרה בהתנהלותה" (פיסקה 26).

29. זהו, לדעתי, היפוך היוצרות. כאמור לעיל, את העמימות העובדתית לא יצרה המדינה. המשיבים הם שבחרו, לפי ממצאי בית משפט קמא עצמו, להשתית את תביעתם על גירסת כזב. בית משפט קמא מצא כי אמנם נורה המנוח ונהרג מאש שירו חיילי צה"ל, אולם לגבי נסיבות הירי נמסרה גירסה שאינה אמת. גם המועד שבו התרחש האירוע, כאמור לעיל, היה בסבירות גבוהה מועד אחר מן המועד שנטען בכתב התביעה. בנסיבות הללו, המדינה עומדת כמעט חסרת אונים בבואה להתחקות אחר פרטי האירוע. דומה יותר כי המשיבים הם אשר יצרו את 'העמימות הראייתית', ולא המדינה. לפיכך בלתי צודק להחיל לגבי המדינה את חזקת הרשלנות; ובוודאי שאין לראות בנסיבות הפרשייה הזו חריג לכלל שנקבע בסעיף 5א(4) לחוק הנזיקים האזרחיים הנ"ל.

30. לבד מן הטעם הזה, העומד בפני עצמו, השימוש בחזקות הרשלנות לא היה במקומו גם לגופו של עניין.

סעיף 38 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], שכותרתו היא "חובת הראיה ברשלנות לגבי דברים מסוכנים", קובע כי "בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה שהנזק נגרם על-ידי דבר מסוכן, למעט אש או חיה, או על-ידי שנמלט דבר העלול לגרום נזק בהימלטו, וכי הנתבע היה בעליו של הדבר או ממונה עליו או תופש הנכס שמתוכו נמלט הדבר – על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי הדבר המסוכן

או הנמלט התרשלות שיחוב עליה". המשיבים טענו כי הכדור שנורה הוא 'דבר מסוכן', המדינה היתה בעליו, ולפיכך עליה הראיה כי לא היתה התרשלות בירי. אלא שתחולת הסעיף הזה על שימוש בכלי נשק נדונה והוכרעה בבית המשפט העליון בעניין אלעבד (ע"א 1071/96 עזבון המנוח אמין פואד אלעבד נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (ניתן ביום 6.2.06)), ונקבע בו כי אין במצבים שכאלה תחולה לסעיף 38: "ההצדקה לחזקת הרשלנות שבסעיף 38 נעוצה בסיכון המיוחד והמוגבר שיוצר בעל החפץ המסוכן או הממונה עליו לסביבתו. אולם, כאשר השימוש בחפץ המסוכן נועד להתמודד עם נסיבות חיצוניות שהן מסוכנות כשלעצמן – למשל כאשר חייל מתגונן מפני הקמים עליו – החפץ המסוכן אינו יוצר סיכון יוצא-דופן לסביבתו. בנסיבות כאלה, השימוש בנשק הינו הכלל ולא החריג ואין הצדקה להעברת נטל הראיה אל שכס הנתבע. רשלנותו של הנתבע בנסיבות אלה וחובת הזהירות המוטלת עליו ראוי, אפוא, שיבחנו על פי אמות המידה הרגילות הנוגעות לעוולת הרשלנות ובלא שתעמוד לחובתו כבר בפתח הדברים חזקת רשלנות" (דברי כבוד השופטת א' חיות; וראו בהרחבה בפסקאות 16-18 לפסק דינו של כבוד השופט א' ריבלין).

31. גם סעיף 41, שעניינו "חובת הראיה ברשלנות כשהדבר מעיד על עצמו", אינו חל על ענייננו. זו לשונו של הסעיף: "בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק, וכי הנזק נגרם על-ידי נכס שלנתבע היתה שליטה מלאה עליו, ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה – על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיחוב עליה". שלושה תנאים נדרשים אפוא כדי שיעבור נטל הראיה מן התובע אל הנתבע: ראשית, כי לתובע לא היתה ידיעה או יכולת לדעת מה הנסיבות שגרמו לנזק; שנית, כי לנתבע היתה שליטה מלאה על הנכס; ושלישית, כי נראה לבית המשפט כי המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מתיישבת יותר עם הנסיבות מאשר המסקנה כי הנתבע נקט זהירות סבירה.

32. התנאי הראשון אינו מתקיים כאן. בכתב תביעתם פירטו המשיבים גרסה מלאה של השתלשלות העובדות. גם העדים שהובאו מטעמם הציגו גרסה, ולא טענו לחסר ראייתי כלשהו. במצב דברים זה יש קושי לעשות שימוש בחזקת הרשלנות ולהעביר את הנטל אל המדינה. אמנם, כבר נפסק כי הצגת גרסה עובדתית איננה שוללת בהכרח שימוש בכללי חזקת הרשלנות, אף אם התברר כי עדויות התביעה אינן אמינות. במצבים שבהם עושה תובע מאמץ כן להוכיח את נסיבות האירוע

העומד בבסיס תביעתו, וכושל בכך משום שאחד מן העדים התברר כבלתי אמין, אין הכרח לפקוד עליו עוון זה ולמנוע ממנו לטעון כי 'הדבר מעיד על עצמו' (ענין אלעבד הנ"ל (פיסקה 26 לפסק הדין)); ומנגד, באותו עניין נקבע גם כי "כלל 'הדבר מעיד על עצמו' אינו בבחינת מפלט-לעת-חירום, לאחר שבית המשפט דוחה את הגרסה העובדתית שהוצגה על-ידי התובע" (שם). השימוש בכלל הזה שמור לאותם מצבים שבהם ניסה התובע במיטב האמצעים שעמדו לרשותו לשרטט תרחיש רשלני ספציפי, אולם כִּשְׁל בכך, ונכון לקבוע בהם כי הנתבע הוא אשר גרם לעמימות הזו. או-אז ניתן יהיה לקבל את טענת 'חזקת הרשלנות' כטענה חלופית. "בהקשר זה, יבחן כאמור כל מקרה על-פי נסיבותיו – האם הצגת הגרסה העובדתית על-ידי התובע שמטה את הקרקע מתחת לכלל, אם לאו" (שם). בענייננו-שלנו, על-אף שהתובע 2 לא נכח באירוע והעובדות לא היו ידועות לו באופן אישי, ברור כי הצגת הנסיבות הכוזבות לאירוע הירי נעשתה באופן מגמתי ומאורגן. בית משפט קמא עצמו ביטא זאת בחריפות בכותבו לגבי הגירסה הנסיבתית שהציגו המשיבים לירי: "עדיף היה לה לו לא הובאה משהובאה" (פיסקה 16). מדובר אפוא בניסיון חסר תום לב ליהנות מכל העולמות: להציג בודעין גירסת כזב מפורטת, ולטעון לחלופין לחזקת הרשלנות מחמת עמימות ראייתית. גם מטעם זה אין מקום להחיל את חזקת הרשלנות.

33. התנאי השני מתקיים בענייננו; אולם את קביעתו של בית משפט קמא לגבי תחולת התנאי השלישי קשה לקבל. בית משפט קמא דחה כזכור את גרסת המשיבים כי לא קדמה כל התפרעות אלימה לירי. בית משפט קמא קיבל את גרסתם של עדי המדינה לעניין זה; ועם זאת, ללא ביסוס ראייתי כלשהו, קבע כי היקף ההתפרעות היה קטן. לא זו בלבד שבית משפט קמא בנה לטובת המשיבים גרסה חדשה, אלא שעל סמך העובדות שקבע יש מאין ביסס את חזקת הרשלנות. בית משפט קמא קבע בפסק דינו כי "לא הובא הסבר כלשהו לשימוש בנשק" (פיסקה 28), אך הדבר איננו נכון. הסבר הובא, ואף נתמך בראיות בדמות עדים שהעידה המדינה. זאת ועוד: "שוכנעתי", כתב בית משפט קמא, "במידה הדרושה, בשים לב לטענות המדינה והתנהלותה בתובענה (משלא הובאה כל גרסה פוזיטיבית מצידה לעניין נסיבות הירי), כי פעולת הירי אינה פעולה סבירה בנסיבות העניין" (פיסקה 28). מסקנה זו התקבלה ללא בסיס עובדתי, ובניגוד לראיות שהובאו לפני בית המשפט לעניין טיבה של ההתפרעות. את החסר בגרסה העובדתית אין ניתן לזקוף לחובת המדינה, כאמור לעיל, ולא היה יסוד לקביעה כי הפעולה איננה סבירה, על מנת לקבוע חזקת רשלנות ולהעביר את הנטל אל כתפי המדינה.

34. עיקרו של דבר, על סמך הראיות הכלליות שהיו לפני בית משפט קמא, ובהתאם לממצאי המהימנות שקבע, הותקף כח צבאי קטן באזור ג'נין במהלך מבצע חומת מגן על-ידי תהלוכה של צעירים משולהבים מיידי אבנים, ותגובתו היתה תגובה מדודה של ירי כדור בודד או כדורים בודדים. ברור כי אין די בכך כדי לקבוע כי חיילי הכח פעלו בסבירות; אולם מכאן ועד להעברת הנטל, ולקביעה כי "אירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה" – הדרך ארוכה עד מאד.

35. סיכום ביניים: גם אם אקבל את עמדת חבריי כי אין להתערב בממצאי העובדה של בית משפט קמא, עדיין דין הערעור להתקבל, משום שעל המשיבים היה להוכיח את רשלנות המדינה; והם לא עשו כן.

בית משפט קמא שגה לדעתי כשהטיל את נטל הראיה על כתפי המדינה. נוכח הגירסה הכוזבת שהציגו המשיבים וחוסר הוודאות לגבי מועד האירוע, לא היתה הצדקה לחרוג מן הכלל הקבוע בסעיף 55א(4) לחוק הנזיקים האזרחיים השולל את החלת חזקת הרשלנות על תביעות נגד כוחות הביטחון הפועלים באזור. גם לגופן של חזקות הרשלנות, לאור הוראות החוק והפסיקה, לא היה מקום להחילן על המדינה בעניין דנן. ומעבר לכך: אין ניתן להשלים עם העברת נטל הראיה אל כתפי המדינה כנתבעת, במקום שבו לא הובאה ראיה ממשית לגבי מועד האירוע; עד הראייה היחיד שהובא מטעם המשיבים הוא קטין הנוגע בדבר; ועדי ראיה רלוונטיים נוספים, נמנעו המשיבים מלהביאם.

זאת ועוד. מעבר להנמקות המשפטיות המחייבות לדעתי את ההתערבות בפסק דינו של בית משפט קמא, למקרא פסק דינו עולה תהייה: האם נגזר דינה של המדינה לחוב בכל תביעה שתוגש נגדה, כשאין אצלה כל מידע לגבי האירוע הנטען? האם בכל מצב שבו יטען תושב האזור כי נפגע כתוצאה מירי של צה"ל יעבור נטל הראיה אל המדינה, משום שלא נמצא אצלה כל תיעוד לאירוע הנטען, וטענתה החלופית – כי אם נפגע אדם מירי חייליה הירי נעשה כדין – תיזקף לחובתה? זו תוצאה קשה, המעמידה את המדינה בפני חשיפה ברמה שאיננה מוצדקת, להטלת אחריות. אין להתעלם אפוא מן הנחיתות הראייתית שבה נתונה המדינה במצבים כגון דא, ויש לשקול בשום שכל לפני העברת נטל הראייה אל כתפיה.

פעולה מלחמתית

36. סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 פוטר את המדינה מאחריות על נזקים שנגרמו בעת פעולה מלחמתית: "אין המדינה אחראית

בנזיקין על מעשה שנעשה על-ידי פעולה מלחמתית של צבא הגנה לישראל". בשנת 2002 תוקן החוק, ונוספה בו הגדרה למונח פעולה מלחמתית: "לרבות כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף". תיקון זה נועד להבהיר, להסיר ספקות, וליתן גושפנקא חוקית לסיווג פעולות לחימה שונות שמבצע צה"ל באזורי יהודה ושומרון כפעולה מלחמתית: "תיקון מס' 4 הכניס שינוי מהותי בהגדרת הביטוי 'פעולה מלחמתית'. ההגדרה הרחיבה מאוד את הפירוש שניתן לביטוי זה בפסיקה, ובכך צמצמה באופן משמעותי את אחריות כוחות הביטחון הפועלים במסגרת העימות עם הפלסטינים" (בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון [פורסם בנבו] (ניתן ביום 12.12.06) פסקה 40). האירוע דנן התרחש קודם לתיקון הנ"ל. ההגדרה המרחיבה למונח 'פעולה מלחמתית' טרם נכנסה לתוקף. אינני מקבל את טענות המדינה כי יש להחיל את הגיונו של התיקון על האירוע שקדם לו. פירוש המונח 'פעולה מלחמתית' ייעשה אפוא על-פי פסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל (פ"ד נו(4) 1).

37. כאמור שם, הטעם העומד ביסוד החרגת פעולה מלחמתית מדיני הנזיקין הרגילים נעוץ בהשקפה כי דיני הנזיקין עוסקים בחלוקת סיכונים בגין פעולות מזיקות בחיי היום-יום של אדם במדינתו, ולפיכך "... אינם צריכים לעסוק באירוע מבצעי, בו כוח צבאי נתון לסכנה, והוא מפעיל את כוח האש שבידו כדי להגן על עצמו או על הבטחון באזור". אירוע כזה הריהו סיכון מיוחד וחרגי, שהטיפול בו צריך להיות מחוץ לגדריה של האחריות הנזיקית הרגילה. על רקע יסוד זה נקבע בעניין עודה כי גם במסגרת פעילותו השוטפת של צה"ל ביהודה ושומרון יש להבחין בין פעילות שהיא שיטורית במאפייניה, או פעילות של שיגרה כגון אימונים, לבין פעילות שהיא מלחמתית. לא זו בלבד, יתכן כי כח צבאי ייצא לפעילות מסוימת שעל-פי מאפייניה היא שיטורית, ובמהלכה היא תהפך למלחמתית, בשל שינוי הנסיבות והתפתחות האירועים. "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 ונצפה ממנה, את עוצמת הכוח הצבאי הפועל והיקפו ואת משך האירוע. כל אלה זורקים אור על אופיו של הסיכון המלחמתי המיוחד שהפעולה גרמה" (עניין עודה הנ"ל, עמוד 9).

38. ההבחנה היא אפוא בין פעולה שהיא בעלת אופי מלחמתי, בין שנעשתה נגד צבא אויב ובין אם נגד פעילי טרור המבקשים לפגוע בחיילי צה"ל או באזרחי ישראל, לבין פעולה שבאופיה איננה מלחמתית אלא נועדה לשמירה על חוק וסדר בלבד. פעולות מן הסוג האחרון יוצרות סיכונים שהם בגדר הפעולות המזיקות שבחיי היום-יום, ואין להחריגן מדיני הנזיקין, בעוד שפעולות בעלות אופי מלחמתי מתאפיינות מעצם טבען בסיכונים מיוחדים שאינם אופייניים לחיי היום-יום, ופקודת הנזיקין לא תחול לגביהן. "דיני הנזיקין אינם צריכים לעסוק באירוע מבצעי, בו כוח צבאי נתון לסכנה, והוא מפעיל את כוח האש שבידו כדי להגן על עצמו או על הבטחון באיזור" (שם).

הנטל להראות כי חלה הגנת הפעולה המלחמתית מוטל על המדינה. אם הצליחה המדינה להראות כי הנזק נגרם אגב פעולה מלחמתית, תעמוד לימינה ההגנה הזו, והיא תהא פטורה בנזיקין. כמובן, אם לא עלה בידי המדינה להראות זאת, עליה להתמודד עם התביעה לגופו של עניין על-פי דיני הנזיקין, כשנטל ההוכחה רובן, כרגיל, על התובע.

39. בעניין דנן, יש לזכור כי האירוע התרחש בתקופת מבצע 'חומת מגן', בסמוך למועד שבו ניהל צה"ל לחימה קשה ועקובה מדם במחנה הפליטים בג'נין. אמת נכון הדבר, גם בעת כזאת ייתכנו מקרים יוצאים מן הכלל, חריגים שבחריגים, שבהם פעילות הכח הצבאי לא תהיה בעלת אופי מלחמתי כי אם בעלת אופי שיטורי (ראו ע"א 3991/09 משרד הביטחון נ' עזבון המנוח אבו סמרה [פורסם בנבו] (ניתן ביום 8.11.10); ובאותו עניין דנ"א 8425/10 מדינת ישראל – משרד הביטחון נ' עזבון המנוח אבו סמרה [פורסם בנבו] (ניתן ביום 6.3.11); והשוו: ת"א (חיפה) 679/04 חרדאן נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (ניתן ביום 11.1.11)). ישנו גם קושי מסויים לקבל את טענת המדינה לתחולת ההגנה, כשלא הוברר די הצורך המועד שבו אירע האירוע, ונסיבותיו לא הוכחו במידה מספקת. ועם זאת, על-פי ממצאיו של בית משפט קמא הותקף כח צבאי קטן בידי קבוצת צעירים, בתקופה ובאזור שבהם נלחם צה"ל עם מחבלים חמושים שתקפו אותו בירי ובמטענים. ספק אפוא אם קביעת בית משפט קמא כי פעולת הכוח היתה פעולת שיטור על-פי מאפייניה להבדיל מפעולה מלחמתית, יכולה לעמוד. אולם הואיל ודי בכל הטעמים דלעיל כדי לקבל את הערעור ולדחות את התביעה לגופה, אבקש להשאיר את שאלת תחולת הגנת הפעולה המלחמתית בצריך עיון.

סוף דבר

40. טעה בית משפט קמא לדעתי בדרך הילוכו, הן בקביעת העובדות, הן במסקנות המשפטיות, הכל כמפורט לעיל.

הממצאים העובדתיים שקבע בית משפט קמא אינם מעוגנים בחומר הראיות שהיה לפניו, לאור ממצאי המהימנות שקבע הוא עצמו. הגירסה העובדתית שגיבש לא ניתנה מפיו של עד כלשהו. גרסת המשיבים התבררה כשקרית בנוגע לעניין יסודי ביותר. די היה בכך כדי לדחות את התביעה, ובוודאי שלא היתה הצדקה לאמץ חלקים ממנה כדי לשפצה ולבנות ממנה גרסה מחודשת. מועד האירוע, שהוא פרט מידע בסיסי לצורך התביעה, לא הוכח כדבעי, ואף הגורם למותו של המנוח לא הוכח בראיות מהימנות. מצב הדברים העובדתי נותר תחת ערפל כבד, ולא ניתן היה לקבוע כי המשיבים הרימו את הנטל המוטל על כתפיהם להוכיח את העובדות שבבסיס תביעתם.

41. על גבי גירסה עובדתית מחודשת זו בנה בית משפט קמא קומה נוספת של קונסטרוקציה משפטית, על מנת להעביר את נטל הראיה אל כתפי המדינה, להוכיח כי לא היתה התרשלות בפעולות שעשו לכאורה חייליה. לשם כך הסתמך בית משפט קמא על חזקות הרשלנות שבפקודת הנזיקין, ולדעתי גם בכך שגה. ראשית, כי לא היתה הצדקה בנסיבות העניין לחרוג מהוראת החוק השוללת את החלת חזקות הרשלנות הללו על תביעות נגד כוחות הביטחון הפועלים באזור. שנית, כי גם לגופן אין החזקות הללו בנות-החלה בענייננו. לפיכך, גם אילו קיבלתי את עמדת חבריי כי אין להתערב בממצאי העובדה שקבע בית משפט קמא, סבורני כי אין מנוס מקבלת הערעור משום שנטל ההוכחה על כתפי המשיבים רובץ, להוכיח כי בוצע ירי שלא כדין או ברשלנות, והמשיבים רחוקים היו מלשאת בנטל מרחק רב. לוו דעתי הייתה נשמעת היינו מקבלים את הערעור ומבטלים את חיובה של המדינה לשלם פיצויים, משום שלא הוכחה אחריותה; לא במישור העובדתי ולא במישור המשפטי.

נעם סולברג, שופט

לפיכך, הוחלט ברוב דעות כב' השופטים מ' מזרחי וי' נועם בניגוד לדעתו החולקת של כב' השופט נ' סולברג, לדחות את הערעור, ולחייב את המדינה לשלם למשיבים שכר טרחת עורך דין בסך 7,500 ₪. ניתן היום, ז' באב תשע"א (7.8.11), בהעדר הצדדים.

נעם סולברג, שופט

יורם נועם, שופט

מרים מזרחי, שופטת