

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 5964/92

ע"א 6051/92

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא ש' לוי
כבוד השופט ת' אור
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופט י' אנגלרד
כבוד השופט א' ריבלין

המערערים בע"א 5964/92:

1. ג'מאל קאסם בני עודה
2. עזבון המנוח סעוד חסן בני עודה
3. חסן סלים בני עודה
4. פאטמה סאלח בני עודה

המערערת בע"א 6051/92:

מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבה בע"א 5964/92:

מדינת ישראל

המשיבים בע"א 6051/92:

ג'מאל קאסם בני עודה ואח'

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בנצרת בת.א. 273/89 ובת.א. 334/89, מיום
30.10.92, שניתן על ידי כבוד השופט ג' גינת

תאריך הישיבה:

ז' בתמוז התשנ"ח (01.07.98)

בשם המערערים בע"א
5964/92, והמשיבים
בע"א 6051/92:

עו"ד אניס ריאד; עו"ד חוסיין אבו חוסיין;
עו"ד אליהו אברם

בשם המשיבה בע"א
5964/92

עו"ד טליה ששון; עו"ד איל ינון

המערערת בע"א 6051/92:

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

מדינת ישראל אינה אחראית בנזיקין על מעשה או מחדל שנעשו "על ידי פעולה מלחמתית של צבא הגנה לישראל". פירושה של הוראה זו עומד ביסוד הערעורים שלפנינו.

רקע כללי

1. מאז מלחמת ששת הימים מחזיקה מדינת ישראל בשטחי יהודה, שומרון ועזה (להלן - האיזור) ב"תפישה לוחמתית" (Occupatio Bellica). מתפקידו של המפקד הצבאי באיזור להבטיח את האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של ישראל, ואת הצרכים של האוכלוסיה האזרחית (ראו בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעתאוניה אלמחדודה אלמאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, (794).

2. בשלהי 1987 החלה התקוממות ("אינתיפאדה") באיזור. היתה זו פעילות מאורגנת. היא התאפיינה בהפגנות, בהבערות צמיגים, בשביתות, בהשלכות אבנים ובקבוקי תבערה לעבר כוחות צה"ל ואזרחים ישראליים, בדקירות ובשימוש בנשק קר ולעתים אף בנשק חם. באחת הפרשות נידונה האינתיפאדה וצוין "כי הפרות סדר אלה מנסות לקרוא תגר על עצם שלטונו ומרותו של המפקד הצבאי באיזור. מעורבות הקטינים במעשים אלה מכוונת, מקיפה ונרחבת היא... פעילות זו נושאת אופי מאורגן" (השופט ד' לזין בבג"ץ 591/88 טאהה נ' שר הביטחון, פ"ד מה(2) 45, 61). לשם השבת הסדר הפעיל המפקד הצבאי כוחות בטחון שונים, אם לשם פיזור הפגנות והתקהלויות, ואם בפעולות יזומות, אשר מטרתן היתה לשים יד על מפירי הסדר ושולחיהם. במסגרת זו נעשה לעתים שימוש בנשק חם. כל אלה הביאו לא פעם לנזקים שנגרמו לאנשים שונים, בין שהיו מעורבים בהתפרעויות ובין אם לאו.

3. החל מסמוך לפריצת המהומות, הוגשו לרשויות השונות תביעות של פרטים, שטענו כי המדינה אחראית בנזיקין לנזקים שנגרמו להם במהלך טיפול כוחות הבטחון באירועים שבאיזור. מנתונים שנמסרו לנו (הודעת המדינה מיום 20.3.2000) עולה, כי בערכאות השונות תלויים ועומדים למעלה מ-900 תיקים ותביעות בגין נזקים שנגרמו, על פי הטענה, עקב פעולות כוחות הבטחון. לבית משפט זה הוגשו 30 ערעורים המעלים -

בצורה זו או אחרת - את שאלת אחריות המדינה לנזקי הגוף שנגרמו לתושבים באיזור במהלך פעולות כוחות הבטחון לשם החזרת הסדר על כנו.

4. הערעור שבפנינו מעורר גם הוא שאלות אלו. הדין בו נקבע בפני הרכב מורחב. במהלך הדיונים, הועלתה האפשרות כי הנושא יוסדר בחקיקה של הכנסת. במסגרת זו גובשה במשרד המשפטים "הצעת חוק לטיפול בתביעות של פעולות כוחות הבטחון ביהודה והשומרון וחבל עזה, התשמ"ז1987-" (הצ"ח 2645 (התשמ"ז 497). בהצעת חוק זו הוצעו הסדרים שונים, שתכליתם לנסות וליצור הסדר כולל לבעיה העומדת לפתחנו. כפי שעולה מהודעות המדינה, הליכי החקיקה לא צלחו. כיוון שכך, והזמן נוקף, נדרשים אנו ליתן הכרעתנו בנדון. אפתח בפירושה של ההוראה המשחררת את המדינה מאחריות בנזיקין. לאחר מכן אעבור ליישומה של הוראה זו על המקרה שלפנינו.

המסגרת הנורמטיבית

5. מקובל על הצדדים כי אחריות המדינה בנזיקין בגין תוצאות האינתיפאדה תקבע על פי הוראות הדין הישראלי החל בענייני נזיקין ועל פיו בלבד. דין זה קבוע בפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. פקודה זו - בנוסחה המקורי - נכנסה לתוקפה ב1947-. היא שיקפה את העמדה המסורתית של המשפט המקובל המעניקה חסינות מלאה לכתר (The King can do no wrong). השינויים שחלו במשפט האנגלי בעקבות ה-Crown Proceedings Act, 1947, לא נכללו בה. עם קום המדינה, התעורר הצורך לתקן מצב דברים זה. הדבר מצא את ביטויו בחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב1952- (להלן - חוק הנזיקים). העקרון הכללי שמצא ביטויו בחוק הנזיקים הינו כי "דין המדינה, לעניין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מואגד" (סעיף 2). לעקרון זה, נקבעו מספר סייגים. אחד הסייגים עוסק ב"פעולה מלחמתית", וזו לשונה (סעיף 5):

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

מהי "פעולה מלחמתית" המעניקה הגנה מאחריות למדינה? שאלה זו עשויה להתעורר בהקשרים שונים. בפסק דין זה אנו עוסקים בתשובות לה בהקשר של הפעולות שהצבא ביצע בתקופת האינתיפאדה באיזור הנתון לשליטה מכוח תפישה לוחמתית. כן מוגבל פסק דינו זה לאותם מצבים בהם ההפרעות לסדר הציבור נעשו במסגרת אותה התקוממות עממית, והתגובה של זרועות הצבא נעשתה אף היא באותה מסגרת. אכן, הדיבור "פעולה מלחמתית" בא להבחין בין פעולות שהלחימה מעורבת בהם לבין פעולות שהלחימה אינה מעורבת בהן,

כגון פעולות אזרחיות או משטרתיות. השאלה הניצבת בפנינו הינה, מהו הקו המבחין בין סוגי הפעולות השונות, ובאיזה צד של קו מבחין זה, נופל המקרה שלפנינו.

6. טענת המדינה היא, כי יש מקום לראות חלק ניכר מן האירועים שאירעו במהלך ההתקוממות האמורה, כ"פעולות מלחמתיות", במשמעות סעיף 5 לחוק הנזיקים. המדובר בתגובה של כוחות הבטחון לפעילות מאורגנת, מתוך השטח ומחוצה לו. המהומות כללו שיבושים חמורים של הסדר הציבורי, מניעת גישה, הפגנות אלימות תוך שימוש בנשק קר וחסם. היה זה מאבק קולקטיבי, בעל יעדים פוליטיים, שהטיל ספק בלגיטימיות של עצם ההחזקה והשליטה באיזור. במהומות השתתפו פרטים רבים, שהיו כ"חיילים ללא מדים". על רקע זה, קשה היה להפריד בין עוברי אורח ובין מתפרעים. בשל אופי האירועים, קשה היה לצפות את תגובת המתפרעים ואת השלכותיו של כל אירוע ואירוע. מצב זה, על הסיכון שהיה בו לתושבי האיזור ולחיילי צה"ל, מכיל סממנים מרכזיים של מלחמה, שמידת עוצמתה משתנה מאירוע לאירוע. אין המדובר בפעולה משטרתית. מהומות בהיקף כזה, במטרה כזו, ותוך שימוש באמצעים כאלו, אינן עניין לטיפול משטרתית. האיום והטיפול בהן הוא, על כן, לרוב, בגדר "פעולה מלחמתית".

7. לטענת המדינה, יש לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו, על מנת לקבוע אם פעולה מסוימת הינה "מלחמתית", אם לאו. במסגרת זו יש לבחון, בין היתר, את מיקום הפעולה (אוכלוסיה עוינת, שדה קרב); את היקף הכוח הנגדי וטיבו (כוח מסויים, היקפו, הציוד והנשק שברשותו, הסכנה הנשקפת ממנו); את מידת הארגון של הכוח הנגדי ואת מטרותיו. בחינת קריטריונים אלו, בנסיבות הערעור שבפנינו (כך נטען), מובילה למסקנה כי דובר בהם ב"פעולה מלחמתית" ולא בפעולה "משטרתית", ועל כן עומדת למדינה חסינות מפני תביעות (ואחריות) על נזקים שגרמה.

8. המשיבים דוחים פרשנות זו של המדינה לסעיף 5 לחוק הנזיקים. לשיטתם, פעולה מלחמתית הינה פעולת מלחמה של ממש. המדובר בחסינות של המדינה וככזו צריך לפרשה בצמצום, נוכח השוויון בפני החוק, זכויות היסוד של הפרט ושיקולי מדיניות נוספים. הפעולה המלחמתית חייבת להיות חריגה, הן בעיתיה והן בהיקפה. היא צריכה להיות קשורה למלחמה ולהיות מסוג הפעולות המבוצעות בעת מלחמה של ממש (למשל, פיצוצים, כינוס כוחות לקראת קרב וכדו'). על כן, אין לראות את טיפולם של כוחות הבטחון לדיכוי של התקוממות עממית כפעולות מלחמתיות. היו אלו פעולות "שיגרתיות", שנמשכו על פני זמן רב. ברובו, כלל טיפול זה פיזור מתקהלים וטיפול בהפרות סדר ציבורי, שהן פעולות משטרתיות בעיקרן ולא פעולות מלחמה. גם שיטת הפעולה של חיילי צה"ל, תוך גיבוש נהלי פתיחה באש מיוחדים, כוונת למצב זה ולא למצב של מלחמה ממש. על כן, כך נטען, אין המדינה יכולה לחסות תחת כנפיה של החסינות שבסעיף 5 לחוק.

9. מהי התכלית המונחת ביסוד הפטור המוענק למדינה מאחריות בנזיקין בגין "פעולה מלחמתית" של הצבא? דומה שהגישה הינה, כי פעולות מלחמתיות הגורמות נזק לפרט, אינן צריכות להיות מוכרעות על ידי דיני הנזיקין הרגילים. הטעם לכך הוא כי פעולות מלחמתיות יוצרות סיכונים מיוחדים אשר הטיפול בהם צריך להיות מחוץ לגדריה של האחריות הנזיקית הרגילה. הסיכון הוא מיוחד מבחינת יוצר הסיכון (איש הצבא המבצע פעולה מלחמתית, המתכנן אותה והמדינה השולחת אותו למשימותיו); הסיכון הוא מיוחד מבחינת הנזוק (בין אם הוא "אוהב" ובין אם הוא "אוייב"), והסיכון הוא מיוחד מבחינת היקף הנזק. התפישה הינה כי דיני הנזיקין הרגילים אינם מתאימים להסדרתו של סיכון מיוחד זה. חוסר התאמה זה נובע מעצם מהותם של דיני הנזיקין העוסקים בחלוקת סיכונים בגין פעולות מזיקות בחיי היומיום של אדם במדינתו. אין הם מתאימים כאשר הסיכון בפניו ניצבים הפרט והכלל הוא חריג ויוצא דופן. פעולות מלחמתיות יוצרות, מעצם טיבן וטבען סיכונים, אשר מערכת הדינים ה"שיגרתיים" לא נועדה להתמודד עמם. המטרות המונחות ביסוד דיני הנזיקין הרגילים, אינן חלות כאשר הנזק נובע מפעולה מלחמתית שהמדינה מנהלת כנגד אויביה (ראו דברי השופט ריינהארט Reinhardt) בפרשת *Koohi v. U.S.*, 976 F. 2d 1328, 1334. הדרך הראויה לפתור את בעיית הפיצוי בגין הנזק שפעולות לחימה גורמת הינה הסדר מיוחד - מחוץ לגדר דיני הנזיקין הרגילים - אשר יוכל להשקיף על התמונה הכוללת, ואשר יוכל לפזר את הסיכון בהתחשב באופיה המיוחד של הפעילות, ותוך התחשבות בהסכמים הבינלאומיים אשר המדינה כרתה (אם ישנם כאלה). ודוק: הגישה אינה כי "פעולה מלחמתית" היא מחוץ לתחומי המשפט. הגישה הינה כי בעיית האחריות האזרחית בגין פעולות מלחמתיות צריכה להיקבע מחוץ לדיני הנזיקין הקלאסיים. אכן, שלילת האחריות בנזיקין במצבים של "פעולה מלחמתית" מקובלת גם בשיטות משפט אחרות. המשפט האנגלי מכיר בדוקטרינה של "מעשה מדינה" (Act of State). על פיה, אין לתבוע את הכתר ושלוחיו בגין נזקים שגרמו לזר (aliens) מחוץ לאנגליה, כתוצאה מהרשאה או אישור בדיעבד של הכתר (ראו, Street, *On Torts* 104 (9th Ed., 1993)). בארצות-הברית נקבע - בצד האחריות הכללית של הממשל הפדרלי בנזיקין - חריג, המשחרר מאחריות בגין פעולות לחימה (combatant activities) בעת מלחמה (time of war).

10. על רקע התכלית המונחת ביסוד הוראת סעיף 5 לחוק הנזיקין נוכל לגשת לבחינת מובנו של הדיבור "פעולה מלחמתית". נקודת המבט מכוונת אל מהותה של הפעולה ואל הסיכון המיוחד שהיא מסיבה. השאלה הינה אם הפעולה שגרמה נזק היא "פעולה מלחמתית". "עליך לבחון את הפעולה - לא את המלחמה" (השופט ח' כהן בע"א 311/59 מפעל תחנות הטרקטורים בע"מ נ' חייט, פ"ד יד 1609, 1613; השוו: בר"ע 16/93 (מחוזי - ב"ש) המגן חברה לביטוח בע"מ נ' אלי וסרמן (לא פורסם)). הפעולה היא מלחמתית אם זו פעולת לחימה, או פעולה מבצעית-צבאית, של הצבא. לא נדרש שהפעולה תתבצע כנגד צבאה של מדינה. גם פעולות כנגד ארגוני טרור עשויות להיות פעולות מלחמתיות. כך, למשל, אופיה הלחימתי של הפעולה המכוונת כנגד אויב (בין צבא מאורגן ובין גופי טרור) המבקש לפגוע בחיילים הוא שעלול ליצור את הסיכון המיוחד המצדיק הענקת חסינות למדינה. עמד על כך הנשיא שמגר בציינו:

"רק פעולת מלחמה ממש במובנו הצר והפשט של מונח זה, כגון: כינוס כוחות לקרב, תקיפה לוחמת, חילופי אש, פיצוצים וכדומה, שבהם בא לידי ביטוי האופי המיוחד של הלחימה על סיכונה ובעיקר על השלכותיה ועל תוצאותיה, הם אלו אליהם כוונו מילותיו של סעיף 5" (ע"א 623/83 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 477, 479).

הצבא מבצע באיזורי יהודה, שומרון ועזה "פעולות" שונות, היוצרות סיכונים מסוגים שונים. לא כל פעולותיו הן "מלחמתיות". כך, למשל, אם הניזוק נפגע מתקיפה שהותקף על ידי חייל בשל סירובו למלא הוראה באשר למחיקת סיסמאות שהיו כתובות על הקיר, אין לראות בפעולת התקיפה "פעולה מלחמתית", שכן הסיכון שפעולה זו יצרה הוא סיכון רגיל של פעולה לאכיפת החוק. לא כן אם סיור צבאי בכפר או בעיר נקלע למצוקה של סכנת חיים או סיכון חמור לגוף, בשל ירי עליו וזריקות אבנים ובקבוקי תבערה, וכדי לחלץ את עצמו הוא יורה ופוגע בפלוגי. פעולת הירי היא "פעולה מלחמתית", שכן הסיכון שבפעולה זו הוא סיכון מיוחד. בין שני המצבים הקיצונים הללו עשויים להתקיים מצבי ביניים. טול מקרה של יחידה צבאית המסיירת באיזור לשם שמירה על הסדר. כל עוד היא מבצעת תפקידי שיטור רגילים, ובגדר סיכונים רגילים של פעולת משטרה, אין לראות בפעולותיה "פעולות לחימה". לא כן, אם מגיע שלב של התפרעות, רגימות אבנים ואף ירי, המעמיד את חיילי היחידה בסכנה. במצב דברים זה הפעולה חדלה להיות פעולת שיטור על סיכונה הרגילים והופכת לפעולת לחימה הכרוכה בסיכונים מיוחדים. טול יחידה צבאית החונה במקום פלוני כחלק משגרת פעילותה. נזק לרכוש הנגרם בשל החניה, אינו מהווה "פעולה מלחמתית" (פרשת לוי). הוא הדין אם הצבא משאיר אחריו, כחלק מהאימונים השוטפים, ברשלנותו, רימון המתפוצץ וגורם נזק. זהו סיכון רגיל לאימונים שהצבא מקיים, ואין בו פעולה מלחמתית על סיכונה המיוחדים. לעומת זאת, אם הנזק נגרם בשל ירי ממארב שהכין הצבא, הנזק נגרם בשל "פעולה מלחמתית", שכן "כאן אנו עוסקים במארב של כוחות צבאיים שתפקידו הוא תפקיד פעיל של פגיעה בעת הצורך באויב שעלול היה להופיע" (מ"מ הנשיא, השופט לנדוי, בע"א 542/75 רבחי עטאללה נ'

מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 552, 554). טול יחידה צבאית העוצרת חשוד. יתכן והפעולה מהווה פעולת שיטור רגילה, שאין בה אופי לחימתי. אך יתכן והנסיבות האופפות את הפעולה הן כאלה - כגון במהלך קרב המתרחש באיזור מסויים - שיש בהן אופי לחימתי. הוא הדין ביחידה צבאית, היורה לעבר נהג המנסה לחמוק מחסימה בכביש. יתכן ופעולת היחידה כרוכה בסיכון רגיל, בדומה לסיכון הכרוך בחסימה משטרתית המבקשת לעצור עברייני סמים. יתכן ופעולת היחידה כרוכה בסיכון מיוחד, הנובע ממגע באש עם האוייב, שבגדריה בוצעה החסימה. הנה כי כן, במתן תשובה לשאלה אם פעולה היא "מלחמתית" יש לבחון את כל נסיבות האירוע. יש לבדוק את מטרת הפעולה, את מקום האירוע, את משך הפעילות, את זהות הכוח הצבאי הפועל, את האיום שקדם לה וניצפה ממנה, את עוצמת הכוח הצבאי הפועל והיקפו ואת משך האירוע. כל אלה זורקים אור על אופיו של הסיכון המלחמתי המיוחד שהפעולה גרמה. על רקע גישה זו ניגש לבחון את המקרה שלפנינו.

11. רכב אזרחי, הנושא לוחות זיהוי של האיזור, הגיע (ביום 18.8.88) בשעות הצהריים למסגריה שבכפר טמון. מהרכב יצאו מספר חיילי צבא ההגנה לישראל (חלקם במדים וחלקם בלבוש אזרחי). עם הגיע הרכב למסגריה, החלו שלושה מן הנוכחים בה לברוח, ובהם סעוד חסן בני עודה (להלן - סעוד) וג'מאל קאסם בני עודה (להלן - ג'מאל). חיילי הכוח דלקו אחריהם וירו בהם. מירי זה נפגעו סעוד וג'מאל. סעוד נפטר מפצעיו. ג'מאל נפגע בברכו. הירי בוצע זמן קצר מאוד לאחר הגעת החיילים במקום, ושלא על פי "נוהל עצירת חשוד". כן לא הוכח כי סעוד וג'מאל היו חשודים. בעת הפעולה, לא נשקפה לכוח כל סכנה. בית המשפט המחוזי (השופט ג' גינת) קבע כי לא עומד למדינה הפטור הקבוע בסעיף 5 לחוק הנזיקין. נקבע עוד כי הירי היה רשלני, וכי עזבונו של סעוד וג'מאל זכאים לפיצויים, תוך שנקבע כי יש לייחס לסעוד ולג'מאל רשלנות תורמת של עשרה אחוז. בעקבות הסכם בין הצדדים (מיום 23.1.96) צומצם הדיון בערעור כולו לעניין אי תחולתו של סעיף 5 לחוק הנזיקין.

12. העומדת למדינה הטענה כי הירי מהווה "פעולה מלחמתית"? לדעתי התשובה היא בשלילה. לכוח של צה"ל לא נשקפה כל סכנה. היתה זו פעולה "משטרתית" במטרה לעצור חשוד שבוצעה בצורה רשלנית ובניגוד לנהלים. הירי בוצע אך לשם תפישת חשודים ולא לשם לחימה בהם. הסיכון שהירי יצר, בנסיבות העניין, הוא סיכון רגיל שדיני הנזיקין הרגילים מטפלים בו כראוי. שונה היתה מסקנתי אילו הכוח הצבאי היה נתון לסכנה - כפי שאכן אירע לאחר הירי ובעקבותיו. במצב דברים זה, הפעולה היתה משנה את אופיה, ומפעולת שיטור "רגילה" היתה הופכת - ולעתים מעבר זה הוא חד וחריף - לפעולת לחימה. אכן, דיני הנזיקין עוסקים בסיכונים "רגילים" שעניינם מעצרים של חשודים. 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. קו הגבול בין שני המצבים

הוא לעתים דק, אך אל-לנו להתעלם ממנו. נראה לי כי בפרשה שלפנינו - ומתוך הסתכלות כוללת על מכלול הנסיבות - אין לנו עניין בפעולה מלחמתית.

התוצאה היא, כי אנו דוחים הן את ערעור המדינה (ע"א 6051/92) והן את ערעור הניזוקים (ע"א 5964/92).

ה נ ש י א

המשנה לנשיא ש' לוין:

אני מסכים.

המשנה לנשיא

השופט ת' אורי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' מצא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט מ' חשין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ד' דורנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט י' טירקל:

אני מסכים.

שופט

השופט י' אנגלרד:

אני מסכים.

שופט

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, ז' בניסן התשס"ב (20.3.2002).

הנשיא המשנה לנשיא שופט

שופט שופט שופטת

שופט שופט שופט

העתק מתאים למקור A15.92059640 /ד/ /
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח.
רשם

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444
בית המשפט פתוח להערות והצעות: pniot@supreme.court.gov.il
לבתי המשפט אתר באינטרנט: www.court.gov.il