

**בתי המשפט**

א 002347/04	<b>בית משפט השלום בירושלים</b>
	<b>לפני כב' השופט דוד מינץ</b>

בעניין:

מוראד אבו ג'ודה

ע"י ב"כ עו"ד מ' נאסר

התובע

נ ג ד

מדינת ישראל

ע"י פקרליטות מחוז תל-אביב

הנתבעת

לסיכומים בטענות (2008-08-26): תא 2347/04 מוראד אבו ג'ודה - ב"כ עו"ד עאמר יאסין נ' מדינת ישראל  
שופטים: דוד מינץ עו"ד: עאמר יאסין

**פסק דין****הרקע לתביעה וטענות הצדדים**

1. התובע, יליד 1988, נפגע ביום 22.02.02 בהיותו כבן 13, בכפר בית אומר שבאזור חברון (להלן: "הכפר"), בשעה ששיחק עם חבריו ברובי צעצוע. הוא נפגע מירי חיילי צה"ל (להלן: "האירוע"), הובהל לבית החולים אלהלי בחברון, משם הועבר לבית החולים ברמאללה ואושפז עד ליום 28.02.02. לאחר מכן הוא הועבר לבית החולים עאליה בחברון, ומשם הועבר ביום 6.06.02 לבית החולים אלמקאסד בירושלים. ביום 7.06.02 נכרתה כף רגלו השמאלית עקב החמרה במצבו והוא אושפז למשך חודש ימים. לטענת התובע, הנתבעת התרשלה כלפיו והוא הגיש את תביעתו כנגדה לשיפוי על נזקיו. לצורך הוכחת נזקיו הצטייד התובע עם חוות דעת רפואית של פרופ' ג' פלבסקי דה-לאון שקבע שהתובע נפצע בירך שמאל ונגרם לו שבר ריסוק ונזק בעצב, ולאור הסתבכות במצבו לא ניתן היה להימנע מקטיעת הרגל. הוא קבע לתובע נכות צמיתה בשיעור של 50% בגין קטיעת הרגל ו-20% נוספים בגין צלקות, ובסך הכל נכות צמיתה בשיעור של 60%. הוא הוסיף כי יש לקחת בחשבון אפשרות עתידית של צורך בהתערבות כירורגית נוספת לתיקון צורת הגדם.

2. מנגד, הנתבעת טענה כי לא התרשלה כלפי התובע וכי בכל מקרה האירוע התרחש במסגרת פעולה מלחמתית. לדבריה, ביום האירוע התקבלה התראה אודות כוונת מחבלים לתקוף מחסום של

חיילי צה"ל בנשק חם. בשעות הצהריים של אותו יום התקרב רכב למחסום צה"ל בפאתי הכפר, האט, שלף אקדח והחל לירות לכיוון החיילים. חיילי המחסום השיבו באש, ובמהלך חילופי האש התברר כי הנהג ירה לכיוון מספר צעירים מהכפר שהחזיקו בידיהם מה שנחזה להיות רובה סער מסוג M16. או אז, החיילים רדפו אחר הצעירים וירו בתובע שהחזיק בידו את הרובה. למרבה הצער, התברר בדיעבד כי הרובה היה רובה צעצוע מפלסטיק. הנתבעת גם נחלקה עם התובע על היקף נזקיו וסמכה את טענותיה בעניין זה על חוות דעתו הרפואית של ד"ר בצלאל פרידמן שקבע כי מצבו של התובע החמיר בשל ליקוי בטיפול הרפואי, ובכלל זה אי אבחון בחומרת הפגיעה, אי ביצוע בדיקת אנגיוגרפיה מיידית, וכתוצאה מכך נגרם לתובע נזק בלתי הפיך לגפה התחתונה ולקטיעתה. לדבריו, לו היה התובע מקבל טיפול נאות הייתה נכותו הצמיתה כתוצאה מהירי מסתכמת ב- 28% בלבד.

הוחלט כי בתחילה תידון שאלת האחריות.

#### מסכת הראיות – העדויות מטעם התובע

3. בתצהירו סיפר התובע כי יום האירוע היה חג הקרבן, במהלכו הוא הלך לבקר את סבו, קיבל כסף כמתנת חג וקנה רובה צעצוע. מסתבר שביום זה אחד ממנהגי החג הוא שהילדים משחקים ברובי צעצוע. הוא שיחק עם מספר ילדים במרחק מה מהכביש הראשי ושמע קולות ירי, הלך מספר צעדים, נפל וחש כאב ברגלו. לטענתו, באותו היום לא היו הפרות סדר באזור. בחקירתו הנגדית בבית המשפט סיפר התובע כי המשחק ששיחקו היה דימוי קרב בין פלישתינאים לבין חיילי צה"ל כשהוא "שיחק" חייל צה"ל. הוא סרב לאשר כי הנשק היה דומה לנשק צה"לי, וטען שהוא היה קטן יותר ונראה רק כצעצוע (עמ' 5 לפרוטוקול). כשנתבקש לתאר את גודל הנשק הראה בידיו כי מדובר ברובה שאורכו רק כ- 30 ס"מ. ברם, כשהוצגו לפניו תמונות המשוות בין כלי נשק אמיתיים לכלי נשק המשמשים למשחק, הוא אישר כי הנשק שהיה ברשותו היה כדוגמת הרובה האמיתי שתמונתו הוצגה בפניו (הצילום העליון בתמונה נ/3) והוא היה בעל דורגלים (רגליות) כדוגמת הנשק הנראה בתמונה נ/4. נשק זה הוא בעל קת מתקפלת והוא דומה כמעט לחלוטין לנשק M16 הצה"לי התקני. במסגרת החקירה הנגדית של התובע אף הוגשה תמונה נוספת להמחשה ובה ניתן לראות בבירור את הדמיון הרב בין שני כלי הנשק – האמיתי והצעצוע. הוא גם אישר כי לנשק הצעצוע הייתה מחסנית נשלפת וניתן היה למלא אותה בכדורים. עם זאת התובע שלל שהותקנה כוונת על גבי הנשק.

4. את טענותיו סמך התובע גם על עדותו של מר אבראהים אבו מאריא שגר בסמיכות למקום האירוע. הוא סיפר בתצהירו כי שמע יריות, יצא החוצה וראה את התובע פצוע. לאחר זמן הגיע למקום חיילים לקחו את רובה הצעצוע והסתלקו מהמקום. הוא הוסיף כי יום האירוע היה יום שקט, לא היו בו בעיות והפרות סדר ולא הוצב מחסום באותו יום. בחקירתו בבית המשפט הוסיף כי שמע כעשר יריות וטען כי גודל הרובה שהיה בידי התובע היה רק 20 ס"מ וקטן יותר מנשק צה"לי.

5. גם מר גאזי בריגית שהיה ביום האירוע בסיוור עם קבוצה של פעילי שלום מחו"ל בתוך הכפר מסר עדות באשר לאירוע. הוא סיפר כי סיים את הסיוור בערך בשעה 13:00 ועמד בסמוך לבית הקברות שבכפר. לטענתו "מתנחל" עצר לידם, שאל שאלות, המשיך בנסיעה ולאחר מכן חזר והתחיל לירות. החיילים שבמחסום ירו בו ופגעו בו. כשגילו שמדובר במתנחל התחילו לירות לכיוון הכפר, למרות שהיה שם שקט ביותר. החיילים ירו מאזור תחנת החשמל לכיוון הבתים ו"ההר", המקום בו שיחקו הילדים. הוא הוסיף כי כשהגיעו החיילים למקום בו נפגע התובע הם לקחו את רובה הצעצוע והשתעשעו איתו. על פניו לא הייתה לעדות זו כל תרומה לעניין השנוי במחלוקת בין הצדדים.

6. גם מר אביחי יהונתן, חוקר מצ"ח המשרת באגף מדור תביעות בשטחים זומן למתן עדות על ידי התובע. הוא מסר בעדותו כי הוא עוסק כיום בחקירת האירוע נשוא התביעה, זאת על אף שתחילת התחקיר בוצע על ידי חוקרים אחרים, מאחר ובזמן האירוע הוא עצמו עדיין לא גיוס לצבא. הוא עצמו לא ביצע כל פעולת חקירה בתיק וקיבל אותו לאחר שהחקירה כבר הושלמה, והידע שלו בתיק הוא מכך שעבר על המסמכים שבו. מכל מקום, הוא נדרש להשיב לשאלות באשר לממצאים שבתיק החקירה והוא סיפר כי כפי שעולה מהיומנים המבצעיים של האירוע, הוא החל בסביבות השעה 14:20 בדיווח על ירי שבוצע לעבר המחסום, כשהחיילים זיהו את הרכב כמקור הירי. החיילים ביצעו ירי תגובה לעבר הרכב, שמאוחר יותר זוהה שאזרח ישראלי נהג בו ולא התכוון כלל לירות לכיוון המחסום, אלא אך הגיב על מה שחשב כירי לכיוון מכוניתו.

#### עדויות מטעם הנתבעת

7. הנתבעת מצידה סמכה את טענותיה על עדותם של שני חיילים שנטלו חלק באירוע. האחד כונה בשם "ל" והשני בשם "ע" (למרות ששניהם מסרו את שמותיהם המלאים בבית המשפט).

8. ל' סיפר בעדותו כי הוא גויס לצבא בשנת 1998 ובזמן האירוע שימש כסגן מפקד פלוגה (להלן: "סמ"פ") בפלוגת החוד של גדוד 50 (להלן: "הפלחו"ד"), המורכבת ברובה מלוחמים ותיקים בעלי ניסיון קרבי עשיר, בעלי רמה אישית ויכולת מבצעית גבוהה ביותר. במהלך חודש פברואר 2002 ביצע הגדוד פעילות לחימה באיו"ש כחלק מפעילות הלחימה בשטחים באותה התקופה. הפלוגה הייתה אחראית על אבטחת ציר 60 והישובים באזור. כל יום קודם ליציאה התקיים "תדריך מוצב" בו חזרו על הנהלים וההוראות המחייבות. באותו התדריך ניתנו דגשים מיוחדים וספציפיים לאותו היום ו/או להתראות מיוחדות שהתקבלו. בחקירתו הנגדית הוא נשאל האם הייתה התראה מיוחדת ביום האירוע, והוא השיב כי אינו זוכר אך במידה והייתה התראה יש לכך בוודאי תיעוד בכתב. הוא הוסיף כי באותה תקופה אופי הפעילות היה לחימתי ודובר על כוונות ממשיות של ארגוני טרור לפגוע קשה בחיילים הפרוסים במחסומים, בסוירים ובמוצבים. ההתקפות על חיילי צה"ל באותה תקופה כללו לא רק ידוויי אבנים ובקבוקי תבערה, אלא גם ירי מנשק חי, זריקת רימונים, ירי פצצות והפעלת מטענים הן בחגורות נפץ והן באמצעות כלי רכב. בחקירתו הנגדית הוסיף כי התקופה הייתה סוערת ומתוחה במחסומים, מאחר ובאותה תקופה נהרגו חיילים מפעולות טרור שהופנו כנגדם והיה חשש ממשי לפגיעה בחיילים שבמחסומים. ביום האירוע ביצע כח מהפלחו"ד חסם בציר 60 בכניסה לכפר בית אומר. תפקיד המחסום היה לבדוק כלי רכב שעברו בציר ולתת מענה לכל אירוע בגזרה. באותו זמן הוא היה המפקד הבכיר בשטח ושימש כמפקד הכוח במקום ולכן הוא זה שניהל את האירוע בסיוע החפ"ק (חבורת פיקוד קדמית) שלו שכלל נהג וקשר, הכוח שהיה במחסום וכוח שהיה מוצב בעמדה נוספת.

9. באשר לאירוע עצמו הוא סיפר כי בסביבות השעה 14:20 הוא קיבל דיווח בקשר על ירי לעבר מחסום בכניסה לבית אומר. תוך דקות ספורות הגיע למקום וראה במרחק 40 מטר לפני המחסום מכונית מסוג וולוו סטיישן מנוקבת בכדורים כשבתוכה אדם אחד פצוע, בני משפחה נוספים וחיילים מטפלים בהם. הוא הכיר את הפצוע בשם נועם חן מפני שהוא שימש נהג מילואים בפלוגה שלו. אשתו של הפצוע שהייתה עמו ברכב סיפרה שירו עליהם מכיוון הכפר. הקשר שלו שהינו גם חובש החל לטפל בפצוע ולאחר מספר דקות הם החלו לנוע לכיוון הכפר כשאינו, מלבד הקשר, מספר חיילים נוספים. בשלב מסוים זיהה הקשר דמות חשודה חמושה ולאחר שהוא זיהה בעצמו את הדמות החשודה הוא אישר לקשר לפתוח לעברו באש. הקשר ירה לעבר הדמות והוא ראה כי היא פונתה מהמקום על ידי מקומיים והנשק שלו הושלך על הקרקע. לאחר הירי החיילים המשיכו לדלג לעבר הכפר וכשהגיעו למקום בו עמד החמוש (התובע), הם הבחינו כי הנשק היה

למעשה רובה צעצוע עשוי מפלסטיק הדומה לרובה M16, ארוך, גדול ובצבע שחור. לטענתו, משך כל האירוע הוא פעל במקצועיות, תוך הפעלת שיקול דעת ומתוך תחושה שהוא נמצא בסכנת חיים.

10. בחקירתו הנגדית בבית המשפט הוא אישר כי כשהגיע לרכב היה ברור לו כי נהג הרכב נפגע מירי כוחות צה"ל שירו על הרכב לאחר שהנהג ירה מתוכו. ברם, כשתיחקר את אשת הפצוע בקצרה, זו סיפרה לו כי הירי לעברם היה מתוך הכפר. לשאלת ב"כ התובע האם ידע בזמן אמת כי האישה טועה וכלל לא התבצע ירי מתוך הכפר, השיב כי מטרתו הייתה גם לשלול את טענת האישה כי חוליית מחבלים ירתה אל הרכב מתוך הכפר ולצורך ביצוע מטרה זו הוא היה צריך להשתלט על השטח השולט על הכביש במהירות האפשרית וזה מה שהוא עשה. באותו הזמן לא היה זה מתאים וראוי לבצע תחקירים מעמיקים לגבי טעותם של החיילים במחסום שסברו שהנהג ירה לעברם. הוא הוסיף כי לאחר שטיפס עם הקשר שלו אל הכפר, הם תפסו מחסה וזיהו את החמוש בצורה ברורה ומוחשית ממרחק של כ-250-300 מטר. לדבריו, התובע היה נראה מחבל והם היו משוכנעים בכך, בין היתר, משום שהוא נצפה כשהוא מנסה לתפוס מחסה, משחק "משחקי מלחמה" ולא נראה להם כילד. הוא נשאל אם התובע נצפה כשהוא מכוון את הנשק לעברם והשיב כי זה היה נראה כאילו הוא נלחם נגדם, הוא התכופף וכרע ברך, והם הבחינו בזאת באופן מוחשי. "זה היה נראה כאילו הוא מכוון לכיוון שלנו ולכיוון הכביש".

11. החייל ע' סיפר בעדותו כי התגייס לצבא בשנת 1999 ובזמן האירוע שימש כקשר סמ"פ בפלחו"ד של גדוד 50. הגירסה שמסר בתצהירו הייתה זהה לגרסת חברו החייל ל'. לפיו אפוא, ביום האירוע שהיה יום חג של האוכלוסייה הפלסטינאית, תוגברה הכוננות באזור מחשש לאירועי ירי והפרות סדר. הוא נלווה לג'יפ החפ"ק של הסמ"פ ובשעות הצהריים עמדו להתחיל סיור על ציר כביש 60. בעודם מתארגנים ליציאה הגיע דיווח ברשת הקשר על ירי לעבר חיילי המוצב במחסום הכניסה לבית אומר. תוך שתיים-שלוש דקות הם הגיעו למקום והוא הבחין ברכב העומד באמצע הכביש כשהוא מנוקב בכדורים, ונהג הרכב מוטל פצוע מחוץ לרכב מוקף בחיילים. הוא טיפל בפצוע עם חובש נוסף ובחלוף כשתי דקות חבר אל הסמ"פ בדרכו אל הכפר. הם עלו כ-20-30 מטר בכיוון הכפר ונשכבו בנקודה מסוימת ממנה הוא זיהה את התובע במרחק של כ-200 מטר ממנו, אוחז רובה הדומה לרובה צלפים דמוי M16, בעל כוונת טלסקופית דוגמת הכוונת המשמשת צלפים, וכן דורגלים, האופייניים לרובי צלפים. לשאלת ב"כ התובע בחקירתו הנגדית הוא שב והתעקש על כך כי לנשק שהחזיק התובע הייתה כוונת טלסקופית ודורגלים. זיהוי התובע היה בעין

בלתי מזוינת ולאחר מכן בעזרת טלסקופ. הוא דיווח על הזיהוי שלו לסמ"פ ותפס מחסה לקראת הירי. לאחר זיהוי נוסף הוא ביקש את אישור הסמ"פ ואז ירה מספר כדורים אל עבר החמוש. לאחר מספר יריות הוא זיהה פגיעה בחמוש, שנפל ופונה על ידי המקומיים. הם המשיכו לנוע לעבר הכפר בדילוגים וכשהגיע למקום בו עמד "המחבל" הם הבחינו בנשק העשוי פלסטיק. הוא עמד על כך כי היה דמיון רב בין רובה הצעצוע שאחז התובע לבין רובה M16 צהל"י תקני. תחושתו, משלב הירי על הרכב ועד לשלב בו הסתיימו הסריקות בכפר, הייתה של מתקפת מחבלים, וזאת בין היתר מאחר שהוא הבחין ברשף של ירי יוצא מאחד הבתים. לשיטתו הוא פעל במקצועיות תוך הפעלת שיקול דעת. בחקירתו הנגדית הוא טען כי הדיווח בקשר היה על ירי ליד המחסום אך לא נאמר בדיווח דבר על מקור הירי. לדבריו גם לא נאמר בקשר כי החיילים פתחו באש לעבר הרכב הישראלי. גם הוא ציין כי התובע החזיק את הנשק "בצורה חיילית – קרבית" ועמד בצורה של לחימה בשטח בנוי, כשהוא מסתתר מאחורי פינת בית ומציץ ממנה לסירוגין. הוא נראה לו כאדם בוגר ולא כילד ובמהלך האירוע כולו הוא עצמו חש שהיה נמצא בסכנה, כשההנחה שלו הייתה כי אם יחכה, התובע, שחשבו למחבל, יזהה אותו ויפגע בו. לכן הוא לא התמהמה וביצע ירי למרכז הגוף של התובע במטרה לפגוע בו ולהורגו. הוא ציין בחקירתו כי במהלך האירוע שמע יריות, אך לא זכר בדיוק באיזה שלב זה היה, אך היה ברור לו שבשלב בו הוא עצמו ירה, לא נשמע כל ירי. הוא שב והדגיש כי גם היום במבט לאחור שלאחר מעשה, לאור המידע שהיה בידו בזמן אמת, הוא פעל כראוי והיה שב על מעשים אלו בשנית גם כיום. לדבריו, לא היה ניתן לדלות מידע נוסף לפני הפעולה, משום שהמטרה הראשונה הייתה להביא את האירוע לידי סיום.

### הערכת הראיות והמצב המשפטי

12. למעשה, לא הייתה מחלוקת עובדתית של ממש בין הצדדים. עדותם של החיילים כי צפו בתובע אוחז נשק שנחזה להיות רובה M16 כשהוא אוחז בו במצב לחימה עלתה בקנה אחד עם עדותו של התובע כי שיחק עם חבריו "משחקי מלחמה" בהם הם ביצעו ירי אחד כנגד השני. גם אין מקום לספק שנשק הצעצוע שהחזיק בו התובע נראה כנשק אמיתי מסוג M16. נוכח הודאתו של התובע שכך היו פני הדברים, אני גם דוחה את העדויות האחרות מטעם התובע שבאו לומר כאילו הצעצוע היה קטן יותר. זאת ועוד, צודק ב"כ הנתבעת בטענתו כי היה ביכולתו של התובע להביא למתן עדות את חבריו אשר שחקו איתו כדי להעיד על צורת הנשק וחוסר דמיונו כביכול לנשק אמיתי, והעובדה שהוא לא עשה כן נזקפת לחובתו. יותר מכך, השאלה אינה בעיקרה אם הצעצוע היה דומה לכלי נשק אמיתי בכל תכונותיו או אם היו לו, למשל, כוונת טלסקופית ודורגלים אם לאו,

אלא האם היה מקום לחיילים לחשוב שמדובר במחבל האוחז בנשק אמיתי. בדיקה זו היא משולבת. בדיקת הסבירות שבמרחק של 200 מטר הצעצוע היה נראה ככלי נשק אמיתי. ובדיקת הסבירות שבהסקת המסקנה שהתובע היה נראה כמחבל שביצע תנועות קרב מלחמתיות.

13. למעשה גם, לא הייתה מחלוקת באשר לנסיבות בהן הגיעו החיילים לכפר מתוך הנחה כי נשקפה ממנו סכנה לנוסעים בכביש הסמוך ולא הייתה מחלוקת כי החיילים פעלו מתוך מחשבה כי התובע הוא מחבל הנושא רובה M16 ושיש לו קשר לאירוע הירי שהיה דקות ספורות קודם לכן בסמוך למחסום. מנגד, אין גם מחלוקת כי בדיעבד התברר כי ההנחות והמחשבות של החיילים, וככל הנראה, גם של נהג הרכב הישראלי, היו מוטעות. לפי מכלול העדויות עלה כאמור, כי נוסעי הרכב סברו כי נשקפת להם סכנה מכיוון הכפר. לאור זאת, ככל הנראה, נהג הרכב פתח באש לעבר הכפר. ברם, משחיילי המחסום סברו כי נהג הרכב פתח באש לעברם ולא לעבר הכפר, הם הגיבו באש לעבר הרכב. בתחקור האישה עוד עלה כי היא חשבה שמקור האש שספגה מהחיילים, היה מתוך הכפר דווקא.

המחלוקת בין הצדדים מצטמצמת אפוא, אך ורק לשאלת סבירות התנהגותם של החיילים והאם הם פעלו ברשלנות כלפי התובע בנסיבות שפורטו.

14. פשיטא שעל כוחות הביטחון הפועלים מטעם המדינה בשטחים המוחזקים על ידי צה"ל, חלה חובת זהירות מושגית שלא לפגוע בגופם וברכושם של התושבים המקומיים. במסגרת חובה זו, רובצת על כוחות הצבא גם אחריות להגן על גופם ורכושם של תושבי המקום, ולמנוע ככל שניתן פגיעה בהם. חובת זהירות זו קיימת גם כלפי אדם החשוד כמפגע ולו רק משום שבדיעבד עלול להתברר כי החשד בו היה מוטעה ([ע"א 3889/00 לרנר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו\(4\) 304, 313](#)). במקרה זה מהימנת עלי גרסתם של החיילים כי התובע נחשד על ידם כמפגע, והם סברו, לפי מה שנגלה לעיניהם, בזמן אמת, כי הוא לא רק אוחז בנשק אלא גם נראה כמי שנלחם נגדם. באותה שעה הם גם הסיקו (דבר שנתגלה למפרע כטעות, כאמור) כי התובע ירה קודם לכן בנהג הרכב הישראלי. השאלה היא אפוא, האם בנסיבות אלו הפרו החיילים את חובת הזהירות החלה עליהם במקרה זה. לשון אחר, האם נהגו החיילים באופן סביר, הן באשר לביסוס חשדם והן באשר לחובה המוטלת עליהם להפעיל כלפי התובע כחשוד, אמצעים סבירים בנסיבות העניין, לעצור את פעילותו.

15. סבירותו של החשד נבחנת לאור כלל נסיבות האירוע ובכלל זה מהות המידע שעמד לרשות החיילים, אמינות המקור ממנו קיבלו אותו, משך הזמן שעמד לרשותם לבירור החשד, מידת הסכנה הלכאורית שנשקפה מן החשוד, תנאי השטח ואפשרויות הזיהוי של החשוד וההתגוננות מפניו, התנהגות החשוד וכיוצא באלה. גם סבירות הפעולה שננקטה על ידי החיילים נבחנת לאור נסיבות האירוע, כשבעניין זה יש להביא בחשבון שככל שהחשד (בעיני החייל הסביר) הוא פחות מבוסס, כך יהיו דרכי הפעולה הסבירות חריפות פחות; וככל שהחשד הסביר הוא יותר מבוסס (ובכפוף לדרישת המידתיות), גם דרכי פעולה יותר חריפות עשויות להיחשב כסבירות (ע"א 3889/00 עניין לרנר, בעמ' 313). בחינה ראשונית של סבירות תגובת החיילים יכולה להיעשות בנסיבות מתאימות לאור הוראות הפתיחה באש ו"נוהל מעצר חשוד" הכלול בהן. ואולם אין חפיפה מלאה, בין חובת הזהירות הנזיקית לבין חובת הציות להוראות הפתיחה באש, ותיתכן פעולה רשלנית שאינה מפירה את הוראות הפתיחה באש, כשם שתיתכן פעולה "סבירה" כמשמעה בדיני הנזיקין, המפרה הוראות אלה (ע"א 3889/00 עניין לרנר, בעמ' 314). לאמור, סבירות פעולותיו של החייל נמדדת במספר מישורים. כל מישור על פי קנה המידה שלו, כשלכל מישור השלכות שונות משלו. המישור הרלוונטי לעניינינו, הוא המישור הנזיקי, ובמסגרתו יש לבדוק את חובת הזהירות הנזיקית בהתאם. עם זאת, עיון בהוראות הפתיחה באש יכול לשמש כאינדיקציה חשובה לבירור השאלה אם החייל הפר את חובת הזהירות הנזיקית המוטלת עליו (ע"א 3889/00 בעניין לרנר, בעמ' 316; ע"פ 486/88 סמ"ר דוד אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מ"ד (2) 353).

16. על מנת לעשות מלאכה שלמה קיים, אפוא, צורך לבדוק הן את סבירות חשדם של החיילים בתובע כמפגע והן את סבירות פעולותיהם לאור חשדם בהתאם. ואולם יש לזכור כי בדיקת סבירות פעולותיהם של חיילים אינה מלאכה קלה, שכן בחינת סבירות הפעולות נעשית על יסוד הנסיבות שנגלו לעיני הנוגעים בדבר והנתונים שהיו ידועים להם בזמן אמת (ע"א 6970/99 אבו סמרה נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו]). בנוסף, יש לקחת בחשבון את אופן תפקודם של החיילים במקרה הקונקרטי ולבחון בשים לב לכך, שרמת הזהירות הנדרשת בעת פעילות שלווה ושקטה אינה דומה לזו הנדרשת במהלך פעילות מבצעית מסוכנת תחת לחץ האירועים (ת"א (מחוזי חי') 1044/98 בעניין איהאב מוצבאח ג'ודה נ' המפקד הצבאי באזור רצועת עזה, [פורסם בנבו]). יש גם לקחת בחשבון סדר הפעולות וההגבלות האחרות החלות על החיילים - גם בהוראות הפתיחה באש - אינן חלות אם צפויה להם סכנה מיידית וחמורה על חייהם, שאז, על אתר, מוצדקת נקיטתו של כל



אמצעי הדרוש להגנה עצמית או להגנתם של אחרים, כולל פתיחה באש חיה (ע"א 3889/00 בעניין לרנר, בעמ' 320; ת"א (מחוזי חי') 1044/98 בעניין איהאב מוצבאח ג'ודה).

17. כאמור, מעדויות החיילים עלה, כי האירוע התרחש בתקופה מתוחה מאוד בו התבצעו התקפות על חיילי צה"ל באופן תדיר, שכללו כאמור, גם ירי מנשק חם וזריקת רימונים ומטעני חבלה. החיילים העידו כי באותה תקופה שרר מתח רב במחסומים מחשש לפגיעה בחייהם. על המתח הרב ששרר יכולה גם שתעיד פעולתם הזריזה של החיילים במחסום שפגעה, למרבה הצער, בנהג הרכב הישראלי ללא שזה ירה לעברם.

18. אכן, נפלה מחלוקת בין החיילים ל' וע' בשאלה האם כאשר הם הגיעו לרכב הפגוע הם כבר ידעו כי הוא נורה על ידי חיילי המחסום אם לאו. ברם, לא הייתה מחלוקת כי נהג הרכב ירה תחילה, ולאור תחקורה הקצר של אשת הנהג, שלא הייתה כל סיבה לפקפק באמינותה (בזמן אמת), בו טענה כי היריות לכיוונם היו מתוך הכפר, הרי שמסקנת הסמ"פ ל' כי יש לתפוס את השטח החולש על המקום הייתה סבירה לחלוטין, ולו כטענתו, כדי לשלול את הנטען על ידי האישה. ראשית, משום שאין בעובדה שהחיילים ירו על הרכב כדי לשלול את טענת האישה כי נורו לעברם יריות מתוך הכפר. ושנית, לאור העובדה שנהג הרכב הוא זה שפתח באש, היה מקום להניח שגם אם לא נורתה כלפיו אש מן הכפר, הוא סבר כי נשקפת לו סכנה ממה שראה בכפר, דבר שדרש את פניית החיילים לעבר הכפר. בדיעבד ייתכן כי גם נהג הרכב ראה את התובע וסבר, כמו החיילים, כי הוא מתכוון לירות לעברו בנשק אמיתי.

19. חשדם של החיילים כי התובע הוא מפגע או מחבל היה אפוא, סביר כפי מה שהיה ידוע להם בזמן אמת וכפי מה שנגלה לעיניהם. אכן, בדיעבד התברר כי המידע שהיה מונח לפתחם כמו גם הפרשנות שנתנו למחזה שנגלה לעיניהם היה מוטעה, אך מובן מאליו כי סבירות המעשה נמדדת בהתאם למידע שהיה ידוע, או היה צריך להיות ידוע לחיילים בשעת מעשה ולא כחכמה שלאחריו, כאמור.

20. השתכנעתי גם כי מסקנתם של החיילים שהתובע הוא אכן מחבל הנושא נשק אמיתי והוא אינו אך נושא אותו אלא נמצא במהלך פעולה מלחמתית, הייתה סבירה לאור התנהגות התובע כפי שהוא נצפה בעיניהם המזוינות והבלתי מזוינות של החיילים. על אחת כמה וכמה שבנוסף למראה עיניהם של החיילים היו ברשותם דברי האישה ברכב הנפגע והמידע המודיעיני על חשש לפגיעה

בחיילי צה"ל, לאור המצב הכללי והמתוחות הרבה ששררו באזור באותה תקופה. החיילים העידו כי התובע נצפה כשהוא אווז בנשק כשהוא מנסה לתפוס מחסה, מתכופף וכורע ברכ, ומכוון את נשקו. לא ראיתי מקום להטיל ספק במהימנות עדותם של החיילים כי הם היו משוכנעים שמדובר במחבל המסכן את חייהם ומתכוון לפגוע בהם, בוודאי מקום בו עדותו של התובע עצמו כי שיחק "משחק מלחמה" עם חבריו. חשדם של החיילים, שהמדובר במפגע, חשד שמלכתחילה היה חשד סביר, כאמור, רק הלך והתחזק במהלך התפתחותו של האירוע. לכן ברור כי טענת ב"כ התובע בסיכומיו כאילו החיילים ידעו בבירור באותה שעה שהירי לעבר רכבו של הישראלי לא בוצע מהכפר אינה מדויקת. ראשית משום שהסמ"פ העיד מפורשות כי הייתה מוטלת עליו חובה לוודא שאין ממש בדברי האישה שהירי בוצע לעברם מהכפר. ושנית, משום שלאחר מעשה כשהבחינו החיילים בתובע אווז בנשק, והם סברו בתום לב כי מדובר במפגע, צירוף מקרי (עגום) זה, של עדות האישה מתד והזיהוי של התובע מאידך, חיזק את התובנה המתבקשת שהתובע הוא זה שמעורב בירי לעבר הרכב.

21. משהגעתי לכלל מסקנה כי חשדם של החיילים בתובע כי הוא קשור לאירוע הירי בנהג הרכב הישראלי, או לכל הפחות, מדובר בפלשתינאי הנושא רובה M16 ונמצא תוך כדי ביצוע פעולה מלחמתית שיש בה כדי לסכן את חייהם, יש לדון בסבירות הירי שביצעו החיילים לעברו. בהקשר זה יש להדגיש כי החייל ע' שירה בתובע העיד במפורש כי כיוון למרכז גופו של התובע במטרה להרגו ולא אך לעבר רגליו כדי לעוצרו, וכי הוא אישר בחקירתו הנגדית כי בדיוק בשעת הירי הוא לא היה בסכנת חיים ממשית (עמ' 33 לפרוטוקול).

22. עיון בהוראות הפתיחה באש מלמד כי בעת מרדף אחרי חשוד יש בתחילה לנסות - "במידת האפשר" - ללכוד אותו תוך הימנעות משימוש בכוח. אם החשוד התנגד למעצר, ניתן להשתמש בכוח סביר כדי להתגבר על ההתנגדות למעצר. אם לא נלכד החשוד, או כאשר הוא נמלט לאחר שנעצר, ניתן לפתוח לעברו באש - "בנוהל מעצר חשוד" (קריאה לעצור, ירי אזהרה באוויר, וירי לעבר הרגליים). לאמור, המשימה הראשונה העומדת לפני החייל "במידת האפשר" היא ללכוד את החשוד - ללא שימוש בכוח. לא צלח החייל במשימה זו, יש ללכודו - תוך שימוש בכוח. אם לא צלחה דרכו של החייל בשני השלבים הראשונים במשימת הלכידה, או אז מותרת הפתיחה באש. על כל השלבים חולשות, כאמור, התיבות "במידת האפשר". היינו, אם לא אפשרי הדבר, לפי נסיבות העניין, ניתן לדלג על מי מהשלבים הקודמים. ואולם כאמור, סדר הפעולות וההגבלות האחרות

הקיימות בנוהל מעצר חשוד שבמסגרת הוראות הפתיחה באש אינם חלים אם צפויה סכנה מיידית חמורה לחייל או למי שהחייל מגן עליו. במקרה שכזה מוצדקת נקיטת כל אמצעי הדרוש להגנה עצמית או להגנתם של אחרים גם אם הם חורגות מהוראות "נוהל מעצר חשוד" (ע"א 3889/00 בעניין לרנר, שם). פשיטא אפוא, כי בעת לחימה או בעת מרדף אחרי מחבל חמוש אשר כבר ביצע פיגוע ועומד לפי הערכת הכוח הרודף לבצע פיגוע נוסף, הוראת הפתיחה באש המתאימה אינה נוהל מעצר חשוד. משום כך ובניגוד לדעת ב"כ התובע בסיכומיו, אין לנוהל מעצר חשוד במקרה זה כל רלוונטיות.

23. ואכן, לפי הראיות שנפרסו לפני בית המשפט עולה כי החיילים היו נתונים בפעילות מבצעית מלחמתית ממש תוך כדי ביצוע דילוגי קרב אל עבר מטרה שחשבוה כאויב. באותו מצב הם היו רשאים אפוא, להניח כי אם הם לא יקדימו לירות במי שסברו אותו כאויב וכמפגע, הוא יקדים להרגם בנשק שבידו. לפי נתוני הזמן, המקום, האירוע הספציפי, האילוצים והסכנות שבהם היו נתונים, לפי המבחן של "החייל הסביר" הנתון בעת לחימה וכשהוא שרוי במצב לחימה, המסקנה המתבקשת - היחידה הייתה כי הם היו רשאים לפתוח באש חיה אל עבר אותה מטרה שחשבוה כעוינת וכמסכנת את חייהם וחי אורחים אחרים הנוסעים בכביש בקרבת מקום. הנה כי כן, במקרה זה, העידו החיילים כי הם צפו בתובע אוחז בנשק במצב ירי תוך כדי ביצוע תנועות מלחמתיות. אכן החייל ע' אישר בעדות כי הוא לא ידע לומר שפניו של התובע היו לעברו (עמ' 31 לפרוטוקול), או כי כיוון אילו את נשקו. ברם, יש להסתכל על האירוע במכלול ובתוך כך להתיחס לעדותו של הסמ"פ שהעיד כי התובע היה כדבריו "אשקרה מחבל" שעשה "תנועות קרביות" (עמ' 40 לפרוטוקול). גם החייל ע' שהעיד כאמור, שלא היה נתון בדיוק בשעת הירי לסכנה מיידית, העיד באותה נשימה כי הוא היה חייב לפתוח באש אל עבר הדמות לפני שזה היה מגלה את מקומו ופותח באש לעברו. גם מתוך המידע שהיה בידי החיילים, הם היו רשאים להניח כי ייתכן ומדובר במי שכבר ביצע פעילות טרור לפני דקות ספורות וירה אל עבר הרכב הישראלי. בנסיבות אלו כאמור, גם על פי ההוראות הפתיחה באש, מוצדק היה לפתוח באש אל עבר הדמות על מנת לפגוע בו ולהרגו. יתרה מזאת, גם אם טעו החיילים בהחלטתם לירות בתובע ללא כל התראה מוקדמת, מדובר בטעות סבירה בנסיבות העניין שאינה עולה כדי רשלנות. החייל הסביר איננו החייל המושלם. גם חייל סביר עשוי לטעות בהפעלת שיקול דעתו ולקבל החלטות שאינן החלטות אידיאליות. בנסיבות בהן עלול הוא להיכשל בהפעלת שיקול דעתו, כל שנדרש ממנו הוא שטעותו תהיה סבירה (ע"א 3889/00 בעניין לרנר, בעמ' 321. וראה גם ע"א 3684/98 מדינת ישראל אחלייל, [פורסם בנבו], פסקה 5 לפסק הדין).

24. מעבר לצריך ייאמר כי אני גם סבור כי יש רגליים מוצקות לטענת הנתבעת, כי במקרה זה, פעולותיהם של החיילים חוסות בצילה של ההגנה מאחריות בנזיקין הפרוסה על המדינה בגין ביצוע "פעולה מלחמתית" של הצבא. במקרים שכאלו, התפישה הינה כי דיני הנזיקין הרגילים אינם מתאימים להסדרתו של סיכון מיוחד זה שהוא תוצאה של פעולות מלחמתיות היוצרות, מעצם טיבן וטבען סיכונים, אשר מערכת הדינים ה"שיגרתיים" לא נועדה להתמודד עמהם ([ע"א 5964/92 עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו\(4\), 1](#)).

25. הנה כי כן, בתקופת האירוע, חודש פברואר 2002, חל נוסח [חוק הנזיקים האזרחיים](#) (אחריות המדינה) תשי"ב - 1952 טרם תיקון מס' 4 תשס"ב - 2002, שהוסיף לחוק (ביום 1.08.02) את הגדרת המונח "פעולה מלחמתית" - "לרבות כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בניסיון של סיכון לחיים או לגוף". ואולם, גם עובר לתיקון מס' 4 הנ"ל ראה בית המשפט את פעולות הלחימה בטרור כ"פעולות מלחמתיות" ואת פעילות צה"ל באזורי יהודה ושומרון בתקופה הרלוונטית לתביעה, חודש פברואר 2002, בגדר אירועי לחימה של ממש ([בג"צ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל; בג"צ 2056/04 בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נ"ח\(5\) 807; בג"ץ 2461/01 כנעאן נ' מפקד כוחות צה"ל, \[פורסם בנבו\]; בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, \[פורסם בנבו\]](#)). אכן לא כל הפעולות שמבצע הצבא באזורי יהודה ושומרון הם "פעולות מלחמתיות", אך במקרה זה לאור מטרת הפעולה, האיום שקדם לה ונצפה ממנה, מקום האירוע, ושאר הנסיבות שפורטו לעיל, די נהיר כי מדובר בפעולה מלחמתית לכל דבר ועניין (ראה [ע"א 5964/92 בעניין עודה, בעמ' 6](#)). אין בעובדה שלנפגע לא היה קשר לאירועים כדי לשלול את ההגנה של פעולה מלחמתית (ראה [ע"א \(מחוזי- נצ'\) 1126/06 מדינת ישראל נ' עלאוניה לוא חאלד, \[פורסם בנבו\]; ע"א 2829/04 \(מחוזי חי'\)](#), [עזבון המנוח נזבמי מוסא אבו חתלה נ' מדינת ישראל, פורסמו במאגרים](#)).

חרף כל האמור, טען ב"כ התובע כי נגרם לתובע נזק ראייתי של ממש, דבר המצדיק כשלעצמו קבלת התביעה.

**הנזק הראייתי**

26. ב"כ התובע הצביע במסגרת זו על מספר מחדלים מצידה של הנתבעת. כאמור, הנתבעת לא המציאה לבית המשפט את רובה הצעצוע איתו שיחק התובע, בה בשעה שעלה מעדותו של החייל אביחי שהנשק נלקח על ידי משטרת חברון והתגלל למצ"ח. תחת זאת, ב"כ הנתבעת הסתפק בהבאת דגם תחליפי ותמונות על צעצועים לבית המשפט בלבד.

27. באופן עקרוני היה מקום לשעות לטענה זו, ברם אין לקבלה במקרה זה משתי סיבות. הראשונה, שאף ללא הצגת הרובה, התובע השווה בעדותו בין הצעצוע שהיה בידו לבין התמונות שהוצגו לפניו. שנית, לאחר מעשה, ביום 16.7.08 נמצא הצעצוע, וב"כ הנתבעת ביקש להציג אותו לפני בית המשפט לאחר שהוא נמצא בבסיס מצ"ח "דן" ולאחר שהוא העביר אותו לידי ידיו הנאמנות של ב"כ התובע לשם בדיקה ואימות. אל הבקשה צורף תצהירו של חייל מצ"ח שהסביר, כי מפני שלא נפתח תיק מצ"ח ו/או לא נתקבלה כל תלונה בגין האירוע נשוא כתב התביעה, המוצג לא סומן במשרדי מצ"ח. עם מעברו של בסיס מצ"ח ממחנה שנלר בירושלים למחנה ענתות, עבר הנשק לבסיס מצ"ח "דן". בקשה זו של ב"כ הנתבעת להציג את הצעצוע לפני בית המשפט הועברה לתגובתו של ב"כ התובע אך זה התנגד בתוקף להגשת המוצג באותו שלב של המשפט בו התיק כבר נקבע להגשת סיכומים. נוכח ההתנגדות, בית המשפט לא קיבל את המוצג כראייה. משכך, נדמה כי לא ניתן לאחוז את החבל בשני קצותיו. מצד אחד לטעון כי נגרם לתובע נזק ראייתי באי הגשת המוצג, אך להתנגד להצגתו, ולו באיחור רב, מאידך. ועל כל אלו יש להוסיף, כאמור, כי התובע עצמו לא הביא למתן עדות את מי מהנערים ששיחקו איתו ביום האירוע, ואשר לטענתו יכלו לשפוך אור על צורת הצעצוע.

28. עוד טען ב"כ התובע כי התנהלות הנתבעת לאחר מעשה הייתה מרושלת בכך שלא פתחה בחקירה פלילית אודות האירוע מפני שהנפגע באירוע היה ילד פלישתיני "שולי וזניח" (כך במקור). מבלי להביע בשלב הזה עמדה לגופו של עניין לגבי טענה זו, מוטב היה לו טענה מעין זו לא הייתה נטענת ואין צריך לומר כי היא אינה מוסיפה כבוד למי שטען אותה. הינה כי כן באירוע נפגע גם ישראלי, לא קשה פחות מהתובע, ואולי קשה ממנו. אם הייתה צריכה להתבצע חקירה פלילית כדעת ב"כ התובע אודות התנהגות החיילים, היא הייתה צריכה להתקיים גם סביב פגיעתו של הישראלי כך שהנתבעת על רשויותיה לא הזניחה את העניין רק מפני שדובר בפגיעתו של ילד פלישתיני "שולי וזניח". השאלה היא אפוא, האם הפרשיה כולה נחקרה כדבעי והאם מחדלי החקירה הזיקו לעניינו של התובע.

29. בעניין זה צודק ב"כ הנתבעת בטענותיו כנגד טענות אלו של ב"כ התובע. ראשית, ביום 16.4.08 הוחלט לאחר שב"כ התובע ביקש לקבל לידי את התחקיר הצבאי שבוצע על האירוע, כי תחקיר זה חסוי לפי סעיף 539א(ב)(2) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 וכי אם ברצון ב"כ התובע לקבל לידי עותק מהתחקיר עליו לפנות לראש המטה הכללי לפי סעיף 539א(ב)(5) לאותו חוק, אך הוא לא עשה כן. בנסיבות אלו, אין לו לתובע להלין אפוא, אלא על עצמו שלא פנה כלל כדי לקבל לידי את התחקיר המבצעי אודות האירוע. שנית, התובע אינו יכול להלין על כך שלא בוצעה חקירה פלילית אודות האירוע, מקום בו הוא לא התלונן לאף רשות מרשויות המדינה והעלה טרוניה כלשהי כנגד מי מהמעורבים בפגיעתו. התמונה נפרסה אפוא, במלואה לפני בית המשפט, במגבלות החיסיון, כשמאידך ב"כ התובע לא פעל להעיד את חבריו של התובע ששחקו עימו או להביא למתן עדות את הישראלי שנפגע ואשר הוזמן על ידי הנתבעת כדי לאפשר את העדתו עבור התובע בבית המשפט, אך ב"כ התובע לא עמד על עדות זו. אכן לא נתברר עד תום מקורות המודיעין שעמדו לפני הצבא באותה עת, ההתראות שנתקבלו על ביצוע פיגועים כלפי כוחות צה"ל באזור באותה תקופה ועוד. ברם, נתונים אלו מעצם טבעם מצויים קרוב לוודאי בתחקיר הצה"לי שבוצע. ולבסוף ניתן לומר כי ישנו צדק מסוים בטענת ב"כ הנתבעת שעיון בכתב התביעה מלמד כי לא נטענה בו ולו ברמז כי נגרם לתובע נזק ראייתי כלשהו או כי הנתבעת התרשלה בכך שלא תחקרה את האירוע כדבעי. בהעלאת הטענה בסיכומים קיימת אפוא, הרחבת חזית אסורה.

30. בשולי הדברים אעיר כי לא מצאתי מקום לטענת ב"כ הנתבעת כאילו התובע הסתכן מרצון או כי הוא נושא באשם תורם מכריע לקרות האירוע. התובע היה בעת האירוע כבן 13 בלבד והוא שיחק כפי שנערים בגילו נוהגים לשחק ברובי צעצוע. העובדה שהתובע גר בכפר בקרבת מחסום צה"לי אינה עומדת בעוכריו ואין לראות במשחק תמים של נערים בפאתי הכפר התנהגות רשלנית, וודאי לא הסתכנות מרצון. כמו כן, אין מקום לדון בטענת הנתבעת שמעשה החיילים חסו בצלה של "הגנה עצמית". ראשית משום שטרם ניתנה המילה האחרונה בסוגייה זו (וראה ע"א 7605/99 עיזבון המנוח עיד דוויק נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו], בה נותרה השאלה בצריך עיון) ושנית משום שהיא לא נצרכת במקרה זה הואיל ובחינת מעשי החיילים לא הובילה למסקנה כי הם התרשלו בפעולותיהם, ממילא.

### סיכום

התביעה נדחית, אפוא.

31. אכן, כדברי ב"כ התובע בסיכומיו מדובר במקרה טרגי בו התובע, ילד צעיר בימים, נפגע ללא אשמה בכפו. אך, כאמור, אין בכך כדי להטיל אחריות על הנתבעת. הנתבעת צרפה לסיכומיה תדפיס על הוצאותיה ומהדין שבנסיבות אלו בהן התביעה נדחתה כנגדה שתשופה על הוצאותיה. ברם, בנסיבות העניין אני מחייב את התובע רק בסכום ההוצאות שהופקדו על ידו על פי ההחלטה מיום 18.01.07.

ניתן היום ט"ז באב, תשס"ח (17 באוגוסט 2008) בהעדר הצדדים. המזכירות תמציא העתקים לב"כ הצדדים.

דוד מינץ 54678313-2347/04

---

**דוד מינץ, שופט**

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה