

א 1547/98	בית המשפט המחוזי בירושלים
	לפני: כב' השופט משה דרורי

בעניין: 1. בני-עודה ג'מאל לואי

2. בני עודה חדר ג'מאל

3. בני עודה פטאמה

התובעים ע"י ב"כ עו"ד יוסף זאגא

- נ ג ד -

מדינת ישראל משרד הבטחון

הנתבעת ע"י ב"כ עו"ד אהרון לנדגרטן מפרקליטות מחוז תל אביב

#### פסק דין

כללי

1. עניינה של תביעה זו, באחריותה של המדינה לנזקיו של התובע, אשר נגרמו כתוצאה מהתפוצצות רימון נגד טנקים (רני"ט) השייך לצה"ל.

-

#### הרקע העובדתי

2. התובע 1 (להלן: "התובע" או "לואי"), הינו קטין יליד 10.10.87, תושב הכפר טמון שבבקעת הירדן. התובעים 2 ו-3 הם הוריו והאפוטרופוסים הטבעיים של התובע 1 (להלן: "האב" ו- "האם" בהתאמה).

3. בבוקרו של יום 27.7.97 (עת היה התובע בן כ-10 שנים) נפגע התובע מהתפוצצות, בעת ששהה עם עדר עיזים, השייך לאביו, באזור הסמוך לכפר טמון. כתוצאה מהפיצוץ, נפגע התובע בירך רגלו הימנית, באמה הימנית, בעיניו ובאוזן ימין.

4. מייד לאחר הפיצוץ, אץ אחיו של התובע, מוחמד בני עודה (להלן: "מוחמד" או "אחי התובע"), יליד 8.2.78, וקרא לעזרה קבוצת חיילי חטיבת גולני, אשר התאמנה בסמוך למקום האירוע.

מפקד פלוגת החיילים, עדו פלג (להלן: "המפקד"), יחד עם מספר מחייליו והחובש המחלקתי, הזדרזו ובאו לעזרתו של התובע. משראו את פגיעותיו של התובע, מיהרו והזעיקו רופא, אשר הגיע ופינה את התובע לבית החולים "העמק" בעפולה.

5. בבית החולים אושפז התובע במחלקה הכירורגית ונותח בירך ובאמה הימנית. כמו כן נותח התובע בעינו השמאלית. בנוסף, טופל התובע במחלקת אף, אוזן, גרון בשל פגיעה באוזניים. התובע שוחרר לביתו מבית החולים ביום 12.8.97 (דהיינו: לאחר 17 ימי אשפוז).

6. ביום 7.9.97 שב התובע לבית החולים, עקב התדרדרות במצבה של עין שמאל. הניסיון להצלת הראיה בעין זו - נכשל, והתובע איבד לחלוטין את הראיה באותה עין (אשפוז זה ארך 8 ימים (7.9.97 – 14.9.97)).

#### נסיבות האירוע

7. תאור האירוע, אליבא דתובעים, הובא בסעיף 3 לכתב התביעה:

**"בתאריך 27.7.97 רעה התובע את צאן אביו כ 5 ק"מ מהכפר טמון בשטח פרטי השייך למשפחה ביחד עם אחיו מוחמד יליד 1978.**

**לפתע נחתה בסמוך לקטין [התובע] פצצה שנורתה ע"י כוחות צה"ל שהתאמנו בקרבת מקום; הפצצה שהתפוצצה הרגה 15 עיזים ופצעה את התובע."**

לתמיכה בגרסתם, הציגו התובעים את עדותו של מוחמד ואת עדותו של האב. כמו כן ביקשו התובעים בסיכומיהם, להיבנות מהסתירות אשר נמצאו, לטענתם, בגרסת הנתבעת וממחדלה של זו להביא ראיות רלוונטיות (סעיף 6 לסיכומי התובעים). עוד טוענים התובעים כי גירסתם לאירוע מתיישבת טוב יותר עם הנתונים הקיימים (מהם, בעיקר: עובדת קיומו של אימון באש חיה בסמוך למקום האירוע והיקף הנזק שנגרם לתובע ולצאן) ועם השכל הישר.

8. תיאור הנתבעת את האירוע שונה מאוד מגרסת התובעים. כך נכתב במבוא לסיכומי הנתבעת:

**"ביום 27.7.97 התובע מס' 1 שהוא יליד 10.10.87 נפגע מרנ"ט כאשר הוא ואחיו מוחמד בני עודה [עד תביעה 2] רעו את הצאן של אביהם ג'אמל חדר בני עודה [תובע 2 ועד תביעה 1] וזאת בתוך שטח אש של צה"ל.**

התובעים היו בשטח האש ללא רשות ביוזעין למרות כל האזהרות והנסיגות של הנתבעת למנוע מתושבי המקום, בכלל, והתובעים, בפרט, מלהיכנס לשטח אש.

לפי גרסת התובעים, הרנ"ט נפל בקרבתו של התובע מס' 1 והתפוצץ. הנתבעת סבורה כי גרסה זו שיקרית היא ומכחישה בתוקף שהתובע מס' 1 נפצע בעקבות תרגיל שהתקיים באותו יום."

לתמיכה בגירסה זו, הציגה הנתבעת את עדותו של המפקד, את עדותה של רס"ן ורד יצחקי, מפקדת מרכז תיאום אימונים של פיקוד מרכז ואת עדותו של מר שאול ויזל, העובד כפקח במינהל האזרחי באיזור שומרון, ביחידת הפיקוח המרכזית. לתצהירה של רס"ן יצחקי, צורפו דפי יומן המבצעים הרלוונטיים למועד האירוע.

9. מגירסאות הצדדים ומן הפער ביניהן, עולות שתי שאלות עובדתיות: האחת, האם השטח בו נפגע התובע הינו שטח בבעלות פרטית של משפחת התובע או שמא מדובר בשטח אש; השנית, האם התובע נפגע כתוצאה מהתפוצצות נפל של רנ"ט, עליו דרך, או שמא במהלך תרגיל באש חיה נורה למקום הימצאו של התובע רימון, אשר התפוצץ.

אדון בשאלות כסדרן.

מהות השטח בו אירע הפיצוץ

10. כאמור, גרסת התובעים היא כי השטח בו נפגע התובע הינו שטח בבעלות משפחת התובעים ואינו שטח אש. ואילו גרסת הנתבעת היא כי מדובר בשטח אש מספר 903.

כתמיכה לגרסתם הביאו התובעים את עדותם של האב ומוחמד בלבד. הנתבעת, לעומת זאת, הציגה כתמיכה בגרסתה, את תצהיריהם ועדותם של המפקד, רס"ן יצחקי, ומר ויזל. לתצהירה של רס"ן יצחקי צורפו דפי יומן המבצעים בהם נכתב כי התובע נפגע בשטח אש 903. כמו כן, במהלך עדותו של המפקד הוגשו לתיק בית המשפט מפות הנמצאות בשימוש זה"ל, ובהן מופיעים גבולות שטחי האש (נ/1). על גבי המפות סימן המפקד את מקום האימון, את כיוון הירי ואת מקום הפגיעה.

11. מהמפות עולה, כי בין שטח האש לכפר טמון מפרידים כ-7 ק"מ בקו אווירי. מדובר בשטח הררי תלול, כאשר בין הכפר טמון לבין שטח האש מפריד הר טמון, הנישא לגובה של כ-560 מטר (כארבע מאות מטרים גבוה משטח האש). על פי עדותו של מוחמד, הוא ואחיו לואי רעו את העדר במרחק של כ-5 ק"מ מהכפר טמון, ועל כן לא יתכן כי נכנסו לשטח האש. עדותו של מוחמד נתמכה רק בעדות אביו. למעט עדויות אלו, שהן עדותו של בעל עניין (ראה והשווה: סעיף 54 לפקודת הראיות וכן את פסק דיני בת.א. (י-ס) 3064/01 להב נ' מגדל חברה לביטוח תק-מח 2006(1) 4721), לא הביאו התובעים כל עדות או ראיה על מקום הפגיעה. אף התובע, לואי, לא הובא להעיד בעניין, זאת על אף שבמועד שמיעת הראיות היה בגיל הסמוך לבגרות (ועל כך ראה גם בפסקה 23 להלן).

בחינה מדוקדקת של גרסת התובעים ועדותו של מוחמד, מגלה סתירות וכשלים, אשר פוגעים באמינותו בנקודה זו. כך, למשל, בתצהירו אומר מוחמד כי לאחר שראה את הפיצוץ "רצתי מייד לצבא שראיתי מרחוק והם מייד באו ופינו את לואי...". מנגד, בעדותו, ענה מוחמד לשאלה האם החיילים היו קרובים אליו, במילים אלה: "לא היו קרובים לידי,

**אחורי ההר לא ידעתי שיש חיילים... כאשר היה הפיצוץ, הם התחילו לירות, הם פתחו ביריות..."** (פרוטוקול, עמ' 21-22).

גם גרסתו של האב, מעלה ספקות. בעדותו טען האב כי בזמן האירוע הוא שהה בבית המשפחה וכי בית זה ממוקם כקילומטר ומחצה ממקום האירוע (פרוטוקול, עמ' 9, שורות 10-12). כזכור, בתצהירו של האב, כמו גם בתצהירו של מוחמד, נכתב כי מוחמד והתובע ראו את הצאן במרחק של כ-5 ק"מ מהכפר, ועל כן עדותו של האב אינה סבירה.

יתרה מזאת, אין זה מתקבל על הדעת, כי לאחר שראה את אחיו נפגע, ירוץ מוחמד לעבר חיילים זרים, הנמצאים במרחק של כמה קילומטרים ומעבר להר גבוה, ולא לכיוון בית אביו אשר מצוי, לגרסת התובעים, בקרבת מקום.

12. בנוסף, הצבתה של עדות האב על מפות שטחי האש, מפריכה אף היא את גרסת התובעים. במהלך ההוכחות, עלה כי יחידת הפיקוח, בהתאם להוראות היועץ המשפטי באזור יהודה ושומרון, הרסה למשפחת התובע כמה סככות ואוהלים, כיוון שהיו בתוך תחום שטח האש. כך העיד אבי התובע (פרוטוקול, עמ' 19, שורה 9): **"ת. לא הסביר למה הוא הורס. הוא בא ואמר לי שזה 'שטח צבאי סגור'..."** (וראה גם עדותו של הפקח מר ויזל, בעמ' 27, לפרוטוקול).

13. בהמשך עדותו, מיקם האב את מקום הסככות יחס למקום בו היה האירוע (עמ' 19, שורות 19-23):

**"ש. איפה שיש את המבנים שנהרסו, זה קרוב למקום איפה שהבן שלך נפגע?"**

**ת. הבן שלי נפגע במרחק 2 ק"מ מהמקום הנהרס.**

**ת. כמו שאתה מתאר לעצמך שהבניינים היו פה, צד צפון. הם שייכים למשפחה שלנו הבתים נמצאים באיזור המזרחי והילד נפגע באיזור הצפוני."**

ובקטע נוסף בעדותו, אמר האב (עמ' 20, שורות 3-4):

**"ת. כמו שאני מדבר אליך עכשיו, פה הבניין והילד נפגע בכיוון צפון, 2 ק"מ מהמבנים ההרוסים."**

דברי האב על רקע מפות שטחי האש אשר הוגשו, אינם מתיישבים עם גרסת התובעים, הממקמים את האירוע דרום מערבית לשטחי האש ולא צפון מזרחית. סתירות אלו מקשות על מתן אמון מלא בעדויות שהוגשו מטעם התובעים. כיוון שאלו הראיות היחידות אשר הוגשו מטעם התובעים בנקודה זו, קשה יהיה לקבל, כלשונה, את גרסת התובעים.

14. נתון נוסף העולה מעדותו של מוחמד, סותר אף הוא את גרסת התובעים, ומצביע כי מוחמד והתובע רעו את הצאן קרוב יותר לשטח האש, מהנטען על ידי התובעים. משנשאל מוחמד, אחי התובע, כמה זמן לקח לחיילים להגיע לתובע הפצוע, ענה מוחמד: **"ייתכן 10 דקות, רבע שעה..."** (פרוטוקול, עמ' 22, שורה 2). עדות זו, מתיישבת עם תצהירו של המפקד, בו נכתב: **"בזמן הארוחה שמענו קול פיצוץ. לאחר מספר דקות הגיע אלינו תושב מקומי..."** (סעיפים 6 ו-7 לתצהיר). אין זה סביר, כי מוחמד או החיילים גמאו מרחק אווירי בן 2 ק"מ בשטח הררי תלול בזמן כה מועט.

15. ואולם, גם עדותו של המפקד, התומכת בגרסת הנתבעת, אינה נקייה מספקות. מהסימון על המפה עולה, כי לגרסת המפקד, האירוע התרחש כקילומטר בתוך שטח האש, כלומר כ-8 ק"מ קו אווירי מהכפר טמון. כפי שצוטט לעיל, בתצהירו, אמר המפקד כי בזמן שסעדו את ארוחת הבוקר, נשמע פיצוץ ומספר דקות לאחריו הגיע לקראת החיילים תושב מקומי אשר קרא להם לבוא מהר למקום האירוע (סעיף 8 לתצהיר). על גירסה זו חזר המפקד בשלב מאוחר יותר של העדות (פרוטוקול, עמ' 7, שורות 22-24), והיא מתיישבת גם עם עדותו של מוחמד. ואולם, בתחילת עדותו של המפקד, כשהתבקש לסמן על גבי המפה את מקומן של ההתרחשויות השונות, אמר המפקד כי אינו יודע בדיוק מה הוא מקום האירוע, כיוון שלא ראה את התובע נפצע ממש וכי אותו תושב הביא את הילד אל החיילים אשר סעדו את ליבם מחוץ לשטח האש. ב"כ התובעת לא הסביר שתירה זו בסיכומיו, ועל כן יש בה כדי להטיל ספק בעדותו של המפקד בנקודה זו. משהוטל הספק בעדותו של המפקד, גרסתה של הנתבעת, בנקודה זו, מתבססת בעיקר על האמור ביומן המבצעים.

16. כאמור לעיל, לתצהירה של רס"ן יצחקי צורף העתק מדפי יומן מבצעים. ביומן המבצעים תואר האירוע פעמים אחדות כאשר בכל פעם נוסף פרט זה או אחר. בשעה 21:51 של יום האירוע נכתב דיווח מסכם של האירוע, שזו לשונו:

#### **"דיווח מסכם:**

**בשעה 10:30 עלה רועה צאן כבן 10 בשם לואי ג'אמל חאדר חמד בני עודה ת.ז. 850170853 תושב טמון על נפל רנ"ט בשטח האימונים של פלס 903 ב'.**

**הנ"ל טופל במקום על ידי תאג"ד פלס ופונה לבי"ח עפולה."**

כפי שניתן לראות, מיומן המבצעים עולות בבירור שתי עובדות חשובות: האחת, כי התובע "עלה" על הרנ"ט שהיה בשטח כנפל, ולא נפגע מיריה של רנ"ט (ובכך נדון בהמשך); השניה, כי מקום האירוע הינו אכן שטח האימונים של בסיס פלס, הידוע בכינויו שטח אש 903.

17. על פי תכונותיו ומהותו, יומן המבצעים הינו בגדר רשומה מוסדית, כהגדרתה בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"ה – 1971 (ראה: "י קדמי, על הראיות" (מהדורה משולבת ומעודכנת, תשס"ד), חלק שני, עמ' 843-851; לעניין רשומה מוסדית, ראה, בהרחבה, את פסק דיני בבר"ע 495/04 אלפסי נ' הסתדרות מדיצינית הדסה). על כן, יומן המבצעים הוא ראיה קבילה, ומהווה ראיה לכאורה לאמיתות הרשום בו. הנטל להזמת הרשום מוטלת על הצד שכנגד, קרי: התובע, אם על ידי חקירתה של רס"ן יצחקי ואם בדרך אחרת.

18. ב"כ התובעים, עו"ד זאגא, בסיכומיו טען בשפה חריפה כנגד קבילותו של יומן המבצעים ואמינותו כראיה. לטענת ב"כ תובעים, מדובר ביומן משוכתב, שכולו עדות שמיעה. כראיה לדבריו, מצביע ב"כ הנתבעים על כפילות המצויה בדפים שצורפו, על הפרשי הזמנים המופיעים בהם ועל כשלים צורניים שונים, כגון: הבדלים בכתב היד של הרושמת ביומן.

19. לאחר עיון מדוקדק בדפי יומן המבצעים, לא מצאתי ממש בטענת ב"כ התובעים.

אמנם, בדפים שצורפו קיימת כפילות מסוימת בדיווח אודות האירוע, אולם כפילות זו ניתנת להסבר. משעיינתי בדפי היומן אשר צורפו לתצהירה של רס"ן יצחקי, קיבלתי את הרושם כי מדובר בדפי שני יומני מבצעים שונים, של שני גופים צה"ליים שונים, כאשר היומן השני (שצורף דווקא ראשון לתצהיר), חוזר למעשה על הדיווח המסכם שנמסר לו על ידי רושם הדוח ביומן הראשון וזאת כחלק ממערך הדיווח המקובל בצה"ל, עליו העידה רס"ן יצחקי (פרוטוקול, עמ' 14, שורות 4-21). מסקנה זו מתאימה גם לאמור ביומנים עצמם, שכן בצד כל דיווח מופיעה רשימת מכותבים בתוך היחידה ומחוץ לה, ואין הרשימה ביומן האחד זהה לרשימה ביומן השני.

גם טענותיו האחרות של ב"כ התובעים לעניין אמינותם של יומני המבצעים אינן מבוססות. אומנם קיים שינוי בכתב היד בין הדיווחים, אולם אם מדובר בשני יומנים שונים, אשר נכתבו בידי שני אנשים שונים, הרי ששינוי כתב היד אינו מעורר תמיהה כלל וכלל, זאת במיוחד לאור העובדה כי כתב היד בכל דפי היומנים, כשלעצמם, אחיד. העובדה שלאחת הרושמות קראו שיר והשנייה במקרה נקראת שירי, גם היא אינה מעוררת ספקות כבדים במיוחד.

יתרה מזאת, מכלול הרישום ביומן המבצעים מעיד אף הוא על אמינותו. ביומן הראשון נכתבו נסיבות האירוע כמה פעמים, כאשר בכל פעם נוסף פריט מידע נוסף. דרך זו של דיווח משקפת מצב די רגיל בו הגורם בשטח, לאחר שהבין את אשר ארע, מדווח דיווח משלים ומפורט יותר, וכך משתקף הדבר ביומן המבצעים. ליד כל דיווח מופיעים המכותבים לדיווח, ובתחתיתו של הדיווח הראשון ניכרים נסיונותיה של הכותבת למצוא מידע נוסף נוגע לאירוע. כל אלו מעידים על נסיבות הרישום ותורמים לאותנטיות האמור בו.

על כן, אני קובע כי ביום 27.7.1997 אכן התקבל דיווח באגף המבצעים אודות האירוע. מדיווח זה אכן עלה כי מקום האירוע היה בשטח אש 903.

20. לגירסת התובעת יש חיזוק נוסף. מעדותו של מוחמד עולה כי לאחר האירוע נסע עם אחיו לבית החולים העמק באמבולנס צבאי (פרוטוקול, עמ' 21, שורות 24-25). בגיליון קבלת התובע בבית החולים נכתב כדלקמן: **"לדברי המלווה ילד נכנס בשטח אש נחבל על ידי רסיסים"**.

משקלה של האנמנזה בבית החולים הוסברה בפסיקה במילים אלה (עב"ל 176/99 גרץ נ' המוסד לביטוח לאומי תק-אר 2002(2), 767, בעמ' 774, מפי השופט ר' כהן):

**"בהוכחת האירוע יש לייחס משקל רב לאנמנזה, רישומי בית החולים, מתוך ידיעה, שהיא פרי ניסיון, שרישומים אלה מהימנים ומדויקים, שכן יש להניח כי אדם הפונה לטיפול רפואי ימסור את העובדות הנכונות על מנת לזכות בטיפול נכון"**.

על כן, יש לייחס משמעות רבה לדבריו של מוחמד בזמן קבלתו של התובע, אחיו, בבית החולים. יש לזכור כי מוחמד היה אז בן למעלה מ-19 שנים, ולכן דבריו אז, לפני שהעלה על הדעת כי תוגש תביעה לבית המשפט, משקפים את המציאות שהיתה ביום האירוע.

כאן יש להוסיף, כי גם המלווה המוזכר ברישום בית החולים, אינו מוחמד אלא אחד מאנשי הנתבעת אשר הבהילו את התובע לבית החולים, לרישום עדיין משמעות ראייתית נכבדה, שכן, בדומה לאמור ביומן המבצעים, מדובר ברישום דברים אשר נאמרו בזמן אמת ומבלי שלמי מהנוכחים הייתה סיבה להביא בחשבון הליך משפטי עתידי.

זאת ועוד, בניגוד ליומן המבצעים, הרישום בבית החולים לא נעשה על ידי הנתבעת או שלוחיה, הוגש על ידי התובעים, ואין כל חולק על האותנטיות של רישום זה.

על כן, וגם לאור האמור ברישום בית החולים, יש לקבוע כי התובע נפגע בתוך שטח האש.

21. יש לעסוק בטענה נוספת אותה העלה ב"כ התובעים. לטענתו, יש לזקוף כנגד הנתבעת את מחדלה להגיש את דו"ח החקירה של המקרה, אשר נערכה, לטענת המדינה, על ידי מג"ד פל"ס רס"ן אילן אטיאס. כמו כן טוען ב"כ התובעים כנגד מחדלה של הנתבעת להגיש את דו"ח החקירה המשטרתית; או לחילופין להביא את הגופים אשר חקרו את המקרה לעדות בבית המשפט. לטענות אלה משיבה הנתבעת, בשפה רפה, כי התחקיר לא אותר ורס"ן אטיאס לא זכר את המקרה, ועל כן, די בתצהירו של המפקד.

22. אודה כי מחדלה של הנתבעת אכן תמוה בעיני. גם אם מפרוטוקול הישיבות המקדמיות בתיק עולה כי מעולם לא נפתח תיק במשטרה בשל האירוע (ראה פרוטוקול ישיבה מיום 2.9.99 כאשר היה התיק בטיפול של כב' השופטת א' פרוקצ'יה). גם אם ניתן לקבל כי עדותו של רס"ן אטיאס אינה הכרחית, לאור עדותו של המפקד שנכח, על פי עדותו, בכל שלבי החקירה, הרי שאי הגשת דו"ח החקירה עצמו, אומרת דרשני, במיוחד לאור פעולותיהם של התובעים ובא כוחם, אשר הזדרזו ופנו לנתבעת כבר כשבוע לאחר האירוע (ראה מכתבו של ב"כ התובעים לנתבעת מיום 5.8.97 אשר צורף כנספח 6 לתיק המוצגים אשר הוגש מטעם התובעים) והודיעו כי בכוונתם לפתוח בהליך משפטי (התביעה לבית המשפט הוגשה ביום 15.9.1998 דהיינו: למעלה משנה לאחר האירוע).

23. ברם, גם אם הנתבעת אכן אחראית לאי הבאת ראיות רלוונטיות, הרי שהתובעים אף הם אינם נקיים מאחריות כזו. בסיכומיו טוען ב"כ הנתבעת, בצדק, כי יש לזקוף לחובת התובעים את אי הבאתו לעדות של התובע עצמו. לטענה זו ענה ב"כ התובעים כי התובע היה בעת האירוע ילד קטן, וכל הידוע לו היא תערובת של זיכרונות, בתוספת דברים שנמסרו לו במהלך השנים, וכי דווקא עדותו של האח מוחמד אשר שהה עם התובע בזמן האירוע, טובה יותר.

טענה זו אינה יכולה לעמוד. בזמן ניהול המשפט היה התובע נער כבן 15 שנים, שאינו סובל מבעיה קוגניטיבית כלשהיא, ועל כן כשיר היה, מכל בחינה, להעיד. אין זה סביר כי התובע שכח אירוע טראומטי, אשר השפיע על חייו בצורה כה משמעותית. על כן, התובע הוא העד המתאים ביותר להעיד אודותיו. אחרים, אשר לא נפגעו פיזית, ולכן פרטי האירוע נחרטו פחות בזכרונם, מטבע הדברים שעדותם טובה פחות.

יתרה מזאת, אומנם האח מוחמד אכן שהה בקרבת התובע בזמן האירוע (אף כי קיים ספק לגבי מידת המרחק בין האחים בזמן האירוע), אולם סביר כי ברגע הפיצוץ עסק בדברים אחרים הקשורים לרעיית עדר צאן בן כ-100 ראש (כפי שניתן אכן לראות, להלן, מעדותו לעניין האופן בו נפגע התובע).

במצב זה, בו שני הצדדים אחראים לאי הבאת ראיות רלוונטיות, מצאתי לנכון שלא לזקוף מחדלים אלה לחובת מי מהצדדים.

24. סיכומה של נקודה זו: לאור האמור ביומן המבצעים ולאור דלות ראיותיהם של התובעים בנקודה זו, יש לקבוע כי האירוע אכן ארע בשטח האש 903, כטענת הנתבעת.

#### נסיבות הפיצוץ

25. כפי שצינו לעיל, לטענת התובעים, התובע נפגע מרני"ט אשר נורה לכיוונו על ידי החיילים אשר התאמנו בשטח האש. טענה זו נשענת על תצהירו של מוחמד, אשר נכח במקום, ועל הטענה כי על פי היקף הנזק לתובע ולעדר העיזים, סביר כי אין מדובר בנפל אלא בפגיעה מהאוויר.

הנתבעת מסכימה כי מדובר ברני"ט המצוי בשימוש צה"ל, אולם טוענת כי מדובר בנפל אשר הובא על ידי התובע ואחיו, או לחילופין נמצא על ידי התובע בזמן רעיית העדר בשטח האש. טענתה של הנתבעת נסמכת על נהלי צה"ל, כפי שהוצגו בעדותה של רס"ן יצחקי, ועל עדותו של המפקד לגבי התנהלות הכוח ביום האירוע.

26. לאחר שעיינתי בעדויות השונות מצאתי כי גם בנושא זה יש מקום להעדיף את גירסת הנתבעת על פני גירסת התובעים.

אפרט את נימוקי למסקנה זו.

27. מעדותם של המפקד ושל רס"ן יצחקי עולה כי על פי הנוהל הרגיל בתרגילים באש חיה, ראשית מבצע הכח סריקה בשטח התרגיל ובשטח הנטירים, וזאת כדי לוודא שאין אדם או חיה העשויים להינזק. רק לאחר מכן ניתן להתחיל בתרגיל (פרוטוקול, עמ' 4, שורות 18-25). במהלך התרגיל, יורים החיילים מגבולות שטח האש לתוך ליבו של שטח האש אל מטרות הממוקמות שם (סעיף 10 לתצהירו של המפקד וסעיף 4 לתצהירה של רס"ן יצחקי). מעדותה של רס"ן יצחקי עולה כי כיווני הירי מגודרים ומתוחמים בתוך "משפך בטיחות" לכל סוגי הירי. משפך הבטיחות מגדיר את האזור המותר לירי לגבי כלי נשק המסוים (סעיף 4 לתצהירה של רס"ן יצחקי). עדות זו מתאימה לאמור בסעיף 1 למכתבה מיום 21.9.1989, של קמ"ד הסברה מיחידת דובר צה"ל לארגון "בצלם", אשר הוגש על ידי ב"כ התובעים במהלך עדותה של רס"ן יצחקי (ת/1).

מעדותו של המפקד עולה, כי באותו יום ערך הוא עצמו סריקה בשטח התרגיל, ורק לאחר כחצי שעה הוחל בירי (פרוטוקול, עמ' 7, שורות 12-15). עוד אומר המפקד כי באותו התרגיל לא נעשה ירי ברני"ט כלל (פרוטוקול, עמ' 4, שורות 11-15), וכי מקום האירוע הוא מחוץ לגבולות התרגיל, גם אם בתוככי שטח האש. לבסוף, העיד המפקד, כי הפיצוץ ארע לאחר שהסתיים התרגיל, בזמן שהכוח סעד ארוחת בוקר (פרוטוקול, עמ' 7-8).

לא מצאתי סיבה להטיל ספק בדברי המפקד בנקודה זו. עדותו הייתה עקבית וקוהרנטית, והתיישבה עם הידוע מעדויות נוספות על הנהלים הנהוגים. כמו כן, נתמכת עדותו של המפקד באמור ביומן המבצעים, כפי שהוזכר כבר בפיסקה 16 לעיל.

28. ראייה נוספת התומכת, במידת מה, בעדותו של המפקד היא חוות דעתו של פרופי שאול מרין, מומחה לרפות עיניים מבית החולים הדסה בירושלים. מומחה זה קבע כי הפגיעה בתובע הייתה מחומר נפץ כלשהוא, אשר התפוצץ על הקרקע (סעיף 4 לחוות הדעת מיום 10.4.2000).

29. אל מול עדויות אלו, עומדות עדותו של מוחמד, אשר טען בתצהירו כי לפתע נפלה פצצה אשר פגעה בתובע ובעדר העיזים. עדותו של האב בתצהירו, זהה בלשון ובתוכן לאמור בתצהירו של מוחמד.

30. אולם, עיון בעדויות התובעים מעלה, כי, למעשה, אין בהן כדי לתמוך בגירסתם, שכן הן מוחמד והן אביו לא ראו את התרחשות הנזק, קרי: הפיצוץ.

בעדותו הבהיר מוחמד כי לא ראה את נפילת הפצצה, אלא הבחין כי ארע דבר רק לאחר צעקותיו של האב. וכך אמר (פרוטוקול, עמ' 22-23):

**”ש. הם ידעת לראשונה על הפיצוץ כאשר שמעת את הפיצוץ או האם באמת ראית איך הפצצה נפלה מהשמיים.**

**ת. לא, איך אני אראה אותה מהשמיים. היא נפלה על אחי ואחי התחיל לצעוק והיה מכוסה בדם.**

**ש. ידעת לראשונה כאשר שמעת את הפיצוץ.**

**ת. לא ראיתי את הפצצה כאשר נפלה, ראיתי את אחי צועק”.**

גם מעדותו של האב עולה כי לא ראה את עצם האירוע. וכך העיד האב (פרוטוקול, עמ' 9 שורות 15-16):

**”ש. האם אתה ראית שנפלה פצצה כמו שכתוב בסעיף 4.**

**ת. זהו שראה הוא מוחמד, הבן שלי ולא אני.”**

31. במצב ראייתי זה, אין לי אלא לקבוע - על פי עדויותיהם של המפקד ושל רופא העיניים - כי התובע נפגע כתוצאה מפיצוץ נפל של רני"ט ולא מירי, כטענת התובעים.

32. כאן המקום לעסוק בטענה נוספת של התובעים בסיכומיהם. בעדויותיהם של האב ומוחמד, נאמר כי לאחר האירוע, הגיעו אל בית המשפחה אנשי משטרה וצבא אשר התנצלו

בפניהם ואמרו כי חלה טעות בכיוון הירי של הרימון ( סעיף 5 לתצהיר האב וסעיף 5 לתצהיר מוחמד).

מעדויותיהם של מוחמד (פרוטוקול, עמ' 23-24) האב (פרוטוקול, עמ' 9, שורות 19-23) עולה, כי הם אינם יודעים מי היו אותם אנשי צבא או מה היה תפקידם ומכוח איזו סמכות, אמרו את אשר אמרו להם.

33. בתלמוד הבבלי, מסכת סנהדרין, דף מא, עמוד א, נאמר: **"כל עדות שאין אתה יכול להזימה - לא שמה עדות"**. (וכך גם נפסק ברמב"ם, הלכות עדות, פרק א, הלכה ה; וראה גם: שם, פרק ב, הלכה א). האמור יפה לעניינינו, שכן בהעדר כל אינדיקציה כלשהיא על מועד ביקור אנשי הצבא, שמם ודרגתם, אין כל אפשרות להזים או לאשר את דבריהם של מוחמד והאב או להכריע בשאלת המשקל אשר יש לייחס לעדותם. על כן, ובהעדר כל ראיה נוספת, יש לדחות את הטענת התובעים.

למעלה מהצורך אציין, כי מסקנה זו מתיישבת יפה עם התרשמותי הכללית מחוסר האמינות המאפיין את עדויותיהם של האב ושל מוחמד (ראה גם: בפיסקאות 10-30 לעיל).

#### האחריות לנזק

34. המסקנות העובדתיות אליהן הגענו לעיל מכניסות את האירוע עסקיין לגדרי סעיף 37 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנזיקין" או "הפקודה"), הקובע כדלקמן:

**"37. אחריות כלפי מסיג גבול בשטח צבאי**

(א) **האחריות לפי סעיפים 35 ו-36 [סעיפי הרשלנות] בשל מצבו של שטח צבאי, תחזוקתו או תיקונו או בשל השימוש בו, לא תחול כלפי מי שנכנס לאותו שטח כמסיג גבול, אלא אם הוכיח התובע שנכנס בתום לב ובלי כוונה לעבור עבירה או לעשות עוולה ושהאחראי לאותו שטח, או הפועל מטעמו במקום הכניסה, ידע על הימצאותו של הנכנס באותו שטח בשעה שנגרם הנזק."**

כפי שניתן לראות, על פי סעיף זה, אין המדינה חייבת באחריות לנזק אשר נגרם למסיג גבול בשטח צבאי, אלא אם הוכח כי התובע נכנס לשטח בתום לב ובלי כוונה לעבור עבירה או לעשות עוולה, וכי האחראי לאותו שטח, כלומר: הנתבעת, ידע על הימצאותו של הנכנס לאותו שטח, בשעה שנגרם הנזק.

35. מעדותם של מוחמד והאב עולה כי התובע נכנס לשטח האש במטרה להביא אוכל לאחיו ולסייע ברעיית הצאן. פעולות אלו אינן מהוות עבירה. לכן, קובע אני כי התובע עמד בתנאי הראשון שבסעיף 37 לפקודת הנזיקין, כיוון שנכנס לשטח בתום לב ושלא כדי לבצע עבירה או עוולה. אין בכך שעצם הכניסה לשטח אש ללא רישיון מהווה עבירה כדי לפטור את המדינה מאחריותה, כיוון שעל פי לשון הסעיף, יש צורך בכניסה בכוונה לבצע עבירה לאחר הכניסה (ראה: ת.א. (חיי) 713/77 נעאמנה נ' מדינת ישראל, פ"מ כרך תשמ"ב(1) עמ' 397; להלן: "פרשת נעאמנה").

36. השאלה היא, אם כן, האם ידעה הנתבעת על הימצאותו של התובע במקום ובמועד האירוע, דהיינו: האם התקיים התנאי השני שבסעיף 37 לפקודה?

מן העדויות אשר הביאה הנתבעת עולה כי תושבי האיזור נוהגים היו להיכנס לשטחי האש למטרות רעייה בכל זמן, ללא קשר לאימונים המתקיימים וללא כל אישור וללא תיאום עם רשויות הצבא.

כך אמר המפקד בעדותו (פרוטוקול, עמ' 7, שורות 20-22):

”ש...ברגע שהוא [ מוחמד ] שמע את היריה האחרונה, את פריקת הנשקים, הם מחכים בקצה גבול הגזרה וכשששומעים שנפסקות היריות הם מכניסים את עדרי הצאן...”.

דברים אלה אושרו, בצורה רחבה יותר, על ידי מר ויזל בתצהירו (סעיף 5 ו-6 לתצהיר):

”במסגרת עבודת הפיקוח על שטחי אש אנו ערכנו סיורים שוטפים ותדירים, באופן אינטנסיבי. במהלך הסיורים נתקלתי פעמים רבות בתושבים מקומיים שרעו את עדריהם בתוך שטחי אש והם עצמם היו אומרים לי כי הם יודעים שזה שטח אש שאסור לכניסה.

עבודת הפיקוח כללה, בין היתר, את הפעולות הבאות:

א. פינוי מאהלים אותם מצאנו בתוך שטחי האש...

ב. גירוש עדרים מתוך שטחי האש...

ג. תפיסת עדרים – עדרים שנמצאו בתוך שטחי אש ואף הפריעו לפעילות שוטפת של צה"ל.”

וכך אף נכתב בסעיף 3 למכתב האמור מטעם דובר צה"ל לארגון "בצלם" (1/ת):

”יש לציין כי למרות שהתושבים המקומיים יודעים מתי הם רשאים להיכנס לשטחי האימונים (בהתאם להיתרים), קורה לא פעם שרועים נכנסים לשטחי אש, בימים שהדבר אסור עליהם, מאחר ואינם רואים חיילים באזור, וכך הם חושפים את עצמם לסכנת היפגעות. אנשי היחידה לפיקוח בשטחים עוברים באזורי שטחי האימונים ומזהירים את הרועים לפנות את עדריהם בשטחי האש. אחרי שלוש אתראות, מוגשת נגדם גם תלונה. הרועים מצידם ממשיכים להיכנס שוב ושוב לשטחי האימונים ואינם שועים לאזהרות.”

37. כמו כן, העידו העדים של שני הצדדים, כי השטח 903 אינו מגודר וכי אין בו סממנים פיזיים המעידים על חזקה בו, למעט שלטים המוצבים בצירים המרכזיים, אשר לשונם ואופיים לא הובאו בפניי, ואשר מטיבם אינם יכולים להסביר באופן ספציפי, ובוודאי שלא לילד בן 10 (גילו של התובע בעת פציעתו), מהו מקומו וגבולותיו של שטח האש. האפשרות הפיזית להיכנס לשטח, שלא היה מסומן באופן כלשהו, וכניסתם בפועל של תושבי האזור לשטח, הן עובדות היוצרות את ההנחה המייחסת לנתבעת ידיעה קונסטרוקטיבית על

כניסת תושבי האזור, ובהם התובע, לאותו שטח, בכל עת ובכל שעה, כולל גם בשעת האירוע.

ראוי לציין, בהקשר זה, כי המפקד לא זכר האם היה שילוט במקום, והשיב בשלילה על השאלה האם היה שילוט במקום בו אכלו הוא והחיילים ארוחת בוקר (ראה גם עמ' 2 לסיכומי התשובה של התובעים).

38. אשר על כן, אין בסעיף 37 לפקודת הנזיקין כדי לשחרר את הנתבעת מחבותה כלפי התובע.

יש, איפוא, צורך לבחון האם חבה המדינה באחריות לנזק, על פי דיני הנזיקין ה"רגילים", ללא תחולת סעיף 37 הנ"ל.

39. אין חולק, כי החפץ ממנו נפגע התובע הינו רמון נגד טנקים (רנ"ט) וכי רימון שכזה - ככל כלי נשק - הוא "דבר מסוכן", כהגדרתו בסעיף 38 לפקודת הנזיקין (ראה לדוגמא: ע"א 796/80 אוחנה נ' אברהם פ"ד לז(4), 337). על פי סעיף זה, חובת הראיה עוברת לנתבע בהתקיים שני תנאים: האחד שהנזק נגרם על ידי דבר מסוכן מטבעו, ותנאי זה מתקיים כאמור בעניינינו, והתנאי השני הוא, כי הנתבע הוא בעליו של הדבר וממונה עליו.

40. בע"פ 74/62 פישמון נ' היועץ המשפטי פ"ד יז (3) 1478, תחם השופט (כתוארו אז) אגרנט את התפרשות החזקה, וקבע כי החזקה אינה חלה על המקרה רגיל שבו הבעלים או הממונה על החפץ המסוכן עושה בו שימוש בעצמו וגורם בכך נזק, אלא היא חלה על מקרים של עזיבה ומסירה של החפץ בידי אחר. בהתקיים התנאי הראשון, יש לבחון האם הייתה הנתבעת בעת האירוע בעליו של הרימון.

41. על אף שלא הוצג דו"ח התחקיר, ממנו ניתן היה לשאוב מידע ספציפי ואמין על הרימון אשר גרם את הנזק, מעדותו של המפקד עולה כי מדובר ברימון מייצור ובשימוש זה"ל. הנתבעת לא הכחישה עובדה זו. אך אין די בה כדי להטיל על הנתבעת אחריות בנזיקין, שכן יש להוכיח כי בזמן האירוע הייתה הנתבעת הבעלים של החפץ והממונה עליו (ת.א. (נצ' 183/75 שתווי נ' מדינת ישראל, (לא פורסם); ת.א. (בי"ש) 6/92 טהה נ' המפקד הצבאי איו"ש (לא פורסם)).

טענת הנתבעת היא, כי הרנ"ט הובא לשטח האש על ידי התובע או אחריו.

לתמיכה בטענתה הציגה הנתבעת שורה של נהלים לטיפול מידי בתחמושת אשר לא התפוצצה בזמן תרגיל (סעיף 5 ו-6 לתצהירה של רס"ן יצחקי). מנהלים אלה מבקשת הנתבעת להסיק, כי לא ייתכן שהושאר נפל בשטח האש.

ואולם, מעדותו של המפקד עולה, כי על אף הנהלים האמורים, יתכנו מצבים בהם לא מטופל הנפל מייד; כך, לדוגמא, בזמן תרגיל לילה (פרוטוקול, עמ' 5, שורות 10-20).

הנתבעת לא הציגה כל יומן, עדות או ראיה אחרת, להוכחת הפעילויות בשטח האש האמור בימים שקודם לאירוע, בין אם פעילות בה נורה/לא נורה רנ"ט ובין אם פעילות לבדיקת השטח מנפלים, על פי הנהלים שהוזכרו.

בהקשר זה יש לציין, כי מסקנה זו מתיישבת גם עם לשון הכתוב ביומן המבצעים, כפי שהובא במלואו בפיסקה 16 לעיל: "עלה רועה צאן... על רני"ט". [הדגשים שלי - מ.ד.]. כאן, שהרועה, קרי: התובע, הוא זה שעלה על הרני"ט ולא הביאו לשטח כטענת הנתבעות.

42. כיוון שמדובר בשטח אש המצוי באחריותה של המדינה וברני"ט צה"לי, ומאחר והמדינה לא הציגה שום ראיה ממשית או אף תזה לגבי הגעתו של הרני"ט לחזקתם של האחים, יש להניח כי הרני"ט, שהוא דבר מסוכן, שהיה בבעלות הנתבעת, הושאר על ידי הנתבעת כנפל בשטח האש.

על כן מתקיימים התנאים לתחולת סעיף 38 לפקודת הראיות, והתוצאה היא כי נטל הראיה עובר לשכם הנתבעת, ועליה להוכיח כי לא התרשלה.

43. בת.א. 1200/95 בשארית נ' מדינת ישראל, (תק-מח 1598,1)98 להלן: "פרשת בשארית") פסק נשיא בית משפט זה, השופט ו' זילר:

**"השארית חפץ נפיץ בשטח פתוח, לא כל שכן כשיש בשטח זה אוכלוסיה אזרחית הנמצאת שם דרך קבע, ולפחות עושה שימוש לצורך מרעה ולצרכים אחרים בשטח זה, הוא ללא ספק מעשה רשלנות".**

התובעים מבקשים להסתמך על פרשת בשארית ולקבוע כי כיוון ששטח האש אינו מגודר ואינו מסומן כראוי, יש לקבוע כי למדינה אחריות מלאה לנזקי התובע.

מנגד הנתבעת מבקשת לאבחן מקרה זה מפרשת בשארית. לטענת המדינה במקרה זה, בניגוד לפרשת בשארית, הוכיחה המדינה את האמצעים שננקטו בכדי ליידע את התושבים המקומיים בנוגע לכך שמדובר בשטח אש. לטענת הנתבעת, תושבי הכפרים שסביב לשטחי האש הוזהרו על ידי שלטים בצירים המרכזיים והן על ידי הודעות למוכתרים בכפרים שלא להיכנס לשטחי האש ללא תיאום מראש (סעיף 2 לתצהירה של רס"ן יצחקי). בנוסף, העיד מר ויזל, כי במסגרת פעילותה עורכת יחידת הפיקוח סיורים שוטפים בשטחי האש, במסגרתם מוזהרים הנמצאים בשטחים אלו, ונערך פינוי של אהלים, סככות ועדרים הנמצאים בשטחי האש (תצהירו של מר ויזל, סעיפים 5-6). כמו כן, וכפי שהוזכר כבר לעיל, נוהלי צה"ל מחייבים את מפקדי התרגילים לערוך סיור מקדים בשטחי התרגיל ולהוציא מהשטח כל גורם העלול להיפגע. כל אלו, לטענת הנתבעת, הינם אמצעים סבירים למניעת הנזק, ועל כן, פוטרים אותה מאחריות לנזקיו של התובע.

44. איני רואה מקום במסגרת פסק דין זה לקבוע האם נהלי צה"ל בתחום הטיפול בנפלי תחמושת בשטחי אש ראויים הם, אם לאו. כמו כן, איני רואה צורך להידרש לסוגיה המורכבת והקשה להכרעה, בנוגע לחובת גידורם של שטח אש זה, ושטחי אש ככלל, או בנוגע לקיומם או אי קיומם ויעילותם או אי יעילותם של שלטים המזהירים בפני כניסה לשטחי האש. לצורך הדיון כאן, הנחתי – לטובת הנתבעת – כי נהלי הנתבעת ראויים הם, וכי אין חובה על הנתבעת לגדר את שטחי האש. ואולם, גם בהתחשב בהנחות אלה, דעתי היא כי הנתבעת התרשלה במקרה זה, שכן לא הוכיחה כי עמדה בכלליה שלה בנוגע לטיפול ולסילוק נפלים.

45. בתצהירה של רס"ן יצחקי (סעיף 6) מופיע הנוהל לטיפול בתחמושת אשר לא התפוצצה. על פי נוהל זה, כאשר מבחינים שתחמושת שנורתה לא התפוצצה, חיילים מגיעים לאזור המטרות מייד בסיום האימון, מאתרים את נפל התחמושת, ודואגים לפוצצו מיידית תחת בקרה. אם לא אותר הנפל, השטח מוגדר מיידית כשטח מסוכן, ומסומן בדרך כלל בסרטי סימון לבנים. דיווח מועבר מיידית למתא"מ, וחיפוש הנפל נמשך גם ע"י יחידות אחרות המתאמנות בשטח.

גם מעדותו של המפקד עלה כי קיים נוהל לטיפול בנפלים. לדבריו, בסוף כל שבוע, כחלק מתהליך "ההזדכות" על שטח האש, היחידה העוזבת מבצעת סקירה ופיצוץ של נפלים. לדברי המפקד, יתכן מצב בו נפל תחמושת, אשר לא אותר בתום הירי, יאותר רק במסגרת הסריקה הנערכת בסוף השבוע (פרוטוקול, עמ' 5).

46. כאמור לעיל, הנתבעת לא הביאה כל ראיה בנוגע לביצועם בפועל של הנהלים במקרה זה. הנתבעת לא הציגה כל עדות או ראיה המצביעה על המועד בו יתכן ונפל הרני"ט שגרם לנזק, והסיבה שבשלה לא נתגלה ולא טופל, או לחלופין כי הרני"ט התגלה וסומן מקום. כמו כן לא הציגה הנתבעת כל ראיה לביצועם בפועל של נהלי הסריקה היומית או השבועית מופיעים בנהלים, בקרבת מועדים לאירוע. משלא הוכיחה הנתבעת כי קיימה את נהליה שלה, יש לקבוע כי המדינה – הנתבעת - לא נקטה באמצעים הסבירים למניעת הנזק.

47. האמור נכון במיוחד משידעה הנתבעת, או חייבת הייתה לדעת, כי בשטח האמור מסתובבים תושבי האזור בזמנים שונים ולמטרות שונות. גם אם נניח, כאמור, כי אין חובה לגדר את שטחי האש וגם אם נניח כי קיים שילוט מתאים בצירים המרכזיים, מכל מקום, בהתחשב בעובדה הידועה גם לנתבעת, כי רבים מתושבי האזור העשויים למצוא דרכם לשטחי האש הינם ילדים צעירים הרועים את עדרי משפחותיהם בדרכי ההרים, על כן, בהעדר סימון פיזי המעיד על גבולות שטח האש, עשויים אותם ילדים למצוא בקלות רבה את דרכם, אף בטעות, מבלי לדעת את טיבו וייעודו של השטח, לתוככי שטחי האש. במצב זה, יש להקפיד הקפדה יתרה על ביצוע בפועל של הנהלים לסימון, טיפול וסילוק נפלים, ובכך למנוע פגיעה אפשרית באותם רועים ובהם, כאמור, קטינים.

48. המסקנה היא, אם כן, כי הנתבעת חייבת באחריות לנזקי התובע.

## אשם תורם

49. לטענת הנתבעת, יש לייחס לתובע ולאביו, הוא התובע 2, אשם תורם לנזק. התובעים טוענים כי אין לייחס לילד בן 10 שנים, כתובע בזמן האירוע, אשם תורם כלשהוא.

50. "האשם" לצורך פקודת הנזיקין הוא בעל משמעות אחת, והוא מוגדר בסעיף 64 לפקודת הנזיקין, כדלקמן:

64. "גרם נזק באשם - אשם הוא מעשהו או מחדלו של אדם, שהם עוולה לפי פקודה זו, או שהם עוולה כשיש בצדם נזק, או שהם התרשלות שהזיקה לעצמו, ורואים אדם כמי שגרם לנזק באשמו, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק; אולם לא יראוהו כך אם נתקיימה אחת מאלה:

... (1)

... (2)

(3) הוא ילד שלא מלאו לו שנים עשרה שנה, והוא שניזוק, לאחר שהאדם שגרם לנזק הזמין אותו, או הרשה לו, לשהות בנכס, שבו או בקשר עמו אירע הנזק או להימצא כה קרוב לאותו נכס שבמהלכם הרגיל של הדברים היה עשוי להיפגע באשמו של אותו אדם."

איני סבור כי ניתן לומר שהנתבעת "הזמינה" את התובע או "הרשתה" לתובע להיות בנכס. אין טענה כי הנתבעת הייתה מעוניינת בנוכחות התובע בשטח האש. אף אם נקבל את מלוא טענות התובעים ביחס להיעדר שילוט ואזהרה מתאימים, הרי שאין להניח מכך כי הנתבעת הרשתה לתובע להיכנס לשטח האש ולשהות בו. על כן, המסקנה היא כי האמור בסעיף 64 לפקודה אינו חל במקרה זה.

51. מלשון הסעיף ניתן להסיק, כי ביתר המקרים הילד אינו מוגן בפני טענת אשם תורם (ג' טדסקי (עורך), י' אנגלרד, א' ברק. מ' חשין, דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית, מהדורה שניה, עמ' 243).

כך גם נקבע בפסיקה אשר חייבה קטינים, גם קטינים צעירים יותר מהתובע, באשם תורם. וכך נכתב עוד בשנות החמישים בע"א 361/59 צוקרמן נ' שנברגר (פ"ד יד, 479, בעמ' 481, מול האותיות ב-ג) מפי השופט צ' ברנזון:

"אין ספק כי ילד בגיל כזה, אף כי אינו נושא עדיין באחריות נזיקים שהוא גורם לאחרים, חייב להראות זהירות ראויה בשמירה על בטחונו הוא, כלומר, מידת זהירות שאפשר באופן סביר לצפות לה מילד בגילו בעל כושר רגיל של הבנה ושיפוט. מטבע הדברים ילד בגיל רך, אי אפשר לצפות ממנו – אם בכלל – אלא לזהירות מעטה בלבד, אך היא תלך ותגדל ככל שהילד הולך ומתבגר."

(ראה לדוגמאות נוספות: ע"א 151/59 157/59 גן החיות התנכי בע"מ נ' חרי, פ"ד טו (1) 298; ע"א 61/89 מדינת ישראל נ' אייגר, פ"ד מה(1), 580; ע"א 310/89 כהן נ' לנטוש, פ"ד מו(1), 402).

בקביעת מידת הזהירות הנדרשת מקטין, קובעת הפסיקה כי יש להתחשב בגורמים שונים, כגון: גילו הצעיר של הקטין; נסיון חייו המוגבל; ונטייתם של נערים קטינים להימשך אחר דברים אסורים ומסוכנים. וכך נאמר, גם אם בהקשר אחר, מפי השופט, כתוארו אז, ש' אגרנט, בע"פ 131/56 לחם נ' היועץ המשפטי לממשלה, (פ"ד י"ב(1) 320, בעמ' 329, מול האות ב):

”ביסוד ההלכה האמורה מונח הרעיון כי לגבי ילד בגיל רך מתווספת לענין של חוסר התפתחות השכלית, תכונת השובבות האפיינית לו, ושני דברים אלה הם הנותנים שאין לצפות ממנו כי בשעת מעשה ידע להעריך, במידה מתאימה, את הסכנה שמהווה בשבילו המשחק או הטיפול באובייקט הנדון”.

52. במקרה שלפנינו איננו יודעים כלל מה היו נסיבות הפיצוץ, האם דרכו התובע או מי מבני הצאן על הרימון, ובכך גרמו להפעלתו, או האם שיחק התובע עם הרימון, כאשר מצא אותו מונח על הקרקע. צודק ב”כ הנתבעת בטענתו, כי לאור העובדה שהתובע לבדו יכול היה לתאר בפנינו את נסיבות האירוע, יש לזקוף את הימנעותו מעדות לרעתו (ראה לענין זה גם את פסקה 23 לעיל), ולהניח כי הפיצוץ ארע כתוצאה ממשחק של התובע ברני”ט. אין זה סביר כי ילד בן 10 שנים אשר תבונתו רגילה, והגדל בקרבתו של שטח אש פעיל, אינו מודע, במידה זו או אחרת, לסכנות הנובעות מתחמושת ונפלים.

על כן, למרות גילו הצעיר של התובע, דעתי היא כי היה מקום לצפות ממנו למידה מינמאלית של אחריות למעשיו. לכן, נראה לי, בנסיבות המקרה, כי יש מקום להטיל עליו אשם תורם בשיעור של 10%.

#### אחריותם של הורי התובע

53. בסעיף 3.8 לסיכומיה טענה הנתבעת כי יש לייחס לאבי התובע רשלנות בדרגה גבוהה, וזאת עקב העובדה כי שלח את בנו, התובע הקטין, לרעות צאן עבורו במקומות מסוכנים.

54. דרכו של עולם היא כי על הורה מוטלת חובת פיקוח על ילדיו. הטלת חובה זו על ההורה מוצדקת, הן מן הבחינה המשפטית והן מן הבחינה המוסרית-חברתית. כך אף נפסק פעמים רבות לאורך השנים. וכך נכתב בפסק דינו של השופט ברנזון בע”א 618/71 נחום נ’ עירית ראשון-לציון (פ”ד כו(2) 751; להלן: ”פרשת נחום”), אשר תרגם וציטט בהסכמה את דבריו של השופט האנגלי דבלין (שם, בעמ’ 753, מול האותיות ה-ו):

”ברם האחריות לשלומם של ילדים קטנים חייבת לחול בראש ובראשונה על ההורים; חובתם היא לראות כי ילדים כאלה לא יורשו להתרוצץ לבדם, או לפחות לוודא כי המקומות אליהם הם מרשים לילדיהם ללכת ללא ליווי הם בטוחים כדי שיוכלו ללכת אליהם. לא יהיה זה רצוי מבחינה חברתית אילו ניתן להורים, באורח שיגרתית, להעביר את נטל ההשגחה על ילדיהם משכמם הם אל שכמם של אנשים אחרים אשר במקרה הם בעלי מקרקעין שיש גישה אליהם.”

ההורים חייבים בהשגחה על קטין גם מפני פגיעה של גורם חיצוני, וגם מפני פגיעה של הקטין בעצמו. אף אם מישהו אחר, במקרה זה הנתבעת, היה צריך למנוע את הסיכון על יד טיפול בנפל או במניעת הכניסה לשטח האש, ולא מנע את הפגיעה, אין הדבר פוטר את ההורים מאחריותם לשלומם של הילד (ראה גם: ע”א 325/77 אסלן נ’ מדינת ישראל פ”ד לג(2), 309 להלן: ”פרשת אסלן”; ע”א 350/88 צימרמן נ’ גבריאלוב פ”ד מו(1) 353; ע”א 4597/91 קיבוץ אפיקים נ’ כהן, פ”ד נ(2), 111 להלן: ”פרשת אפיקים”).

אולם, חובתו של ההורה אינה חובה מוחלטת, והיקפה משתנה על-פי נסיבות המקרה: גיל הילד, תנאי השטח, ואופי הסיכון. ככל חובה אחרת, לשם הקביעה כי חובת ההורה לדאוג לילדו הופרה, יש צורך בצפייה סבירה כי הנזק ייגרם לילד, במעשה או במחדל (ראה לדוגמה פרשת נחום, בעמ' 754).

55. במקרה שלפנינו, השאלה האם הפרו הורי התובע את חובתם כלפיו, נעוצה בשאלה האם ידוע היה לאותם הורים כי בנם רועה את הצאן בשטח האש. אם ייקבע שהורי התובע אכן ידעו שמדובר בשטח אש, ממילא ייקבע כי ההורים הפרו את חובתם כלפי, בנם הקטין, שכן אין חולק כי שטח אש, מטבע ברייתו, רווי בסכנות, ובהן הסכנה אשר התממשה במקרה זה.

56. התובעים בסיכומיהם, אינם טוענים כי האב לא ידע אודות שטח האש ומיקומו, אלא כי מקום האירוע הינו מחוץ לגבולות שטח האש. כאמור בפיסקאות 10-24 לעיל, קבעתי כי יש לדחות את גרסתם של התובעים, ונקבע כי האירוע אכן ארע בגבולות שטח האש. בעדותו אמר האב (פרוטוקול, עמ' 9 שורות 22-23):

**”... לא ירו לשטח האש [הדגש הוסף מ.ד.] אלא לשטח שבו אנו זורעים פול וחומס וחיטה ושעורה.”**

משנדחתה גרסתם של התובעים ונקבע כי התובע נפגע בגבולות שטח האש, המסקנה, העולה מדברי האב היא כי האב ידע על שטח האש ועל מיקומו, וכל טענתו (שנדחתה) היא כי האירוע לא ארע בתחומי שטח האש.

57. עוד תומכים במסקנה כי אבי התובע ידע על קיומו של שטח האש הם דבריה של רס"ן יצחקי, האחראית על שטח האש האמור, בהם לא מצאתי מקום לפקפק. רס"ן יצחקי הצהירה (סעיף 2 לתצהיר) כי שטחי האש הנתונים לאחרייתה, ובהם שטח האש עסקינן, מסומנים בבירור על ידי שלטים בצבעים בולטים ועליהם כיתוב בשפות עברית, ערבית ואנגלית.

עדותה של רס"ן יצחקי נתמכת גם במכתב של יחידת דובר צה"ל לארגון "בצלם", אשר הוזכר לעיל ואשר הוגש על ידי התובעים כראיה, ובו ניתן למצוא חזרה, כמעט מילולית, על דבריה של רס"ן יצחקי. כמו כן במכתב הוצהר כי כאשר נסגר שטח למטרות אימונים, מודיע המנהל האזרחי למוכתרי כל הכפרים על סגירת השטח ואיסור כניסה למקום (סעיף 33 למכתב).

58. לבסוף יש לציין כי המסקנה כי הורי התובע היו מודעים לשטח האש ולעובדה כי בנם רועה שם את הצאן, סבירה יותר גם מן הבחינה ההגיונית. שטח האש 903 הינו שטח אש "ותיק", בו מתאמנות יחידות צה"ל מזה שנים רבות. הכפר טמון בו גר אבי התובע יחד עם משפחתו, על פי עדותו, מזה כ- 30 שנה, מרוחק מספר קילומטרים מועט משטח האש. אין זה סביר כי תושבי הכפר, ובהם אבי התובע, לא היו מודעים לקיומו של שטח אש בקרבת מקום, הן משום שרשויות הצבא הודיעו להם על כך בדרכים שונות, והן משום ששמעו בוודאי, במהלך השנים, את קולות הנפץ המלווים אימונים באש חיה.

ראיה ליחסי הגומלין בין הנתבעת לתושבי המקום סביב סוגיית שטחי האש, ניתן למצוא במכתב האמור לארגון "בצלם", אשר הוגש, כזכור, כראיה מטעם התובעים. וכך נכתב שם:

"כמי שגרים בקרבת שטחי האש, יודעים כל התושבים היכן נמצאים שטחי האש היכן נערכים האימונים, ומודעים לסכנה הטמונה במשחק בנפלים. כדי למנוע את הפדעות הילדים, לא די בסריקות שעושה צה"ל במטרה לסלק את הנפלים, מאחר ובשטח קורה ונשארים נפלים שחדרו לאדמה ולא התגלו בסריקות, ועם הגשמים הם מתגלים שוב. חלק חשוב יש להורים ולבתי הספר באזהרת הילדים ובלימוד הסכנה הטמונה במשחק בנפלים, או בחפצים בלתי מזוהים, כפי שלומד כל ילד בישראל שאסור לגעת בחפץ חשוד כי הוא ייפגע.

יש לציין כי למרות שהתושבים המקומיים יודעים מתי הם רשאים להיכנס לשטחי האימונים (בהתאם להיתרים), קורה לא פעם שרועים נכנסים לשטחי האש, בימים שהדבר אסור עליהם, מאחר ואינם רואים חיילים באזור, ובכך חושפים את עצמם לסכנת היפגעות. אנשי יחידה לפיקוח בשטחים עוברים באזורי שטחי האימונים ומזהירים את הרועים לפנות את עדריהם משטחי האש. אחרי 3 התראות מוגשת נגדם גם תלונה. הרועים מצידם, ממשיכים להיכנס שוב ושוב לשטחי האימונים ואינם שועים לאזהרות".

המצב המתואר במכתב זכה לאימות מפיו של מוחמד (עמ' 23, שורות 18-20):

"ש. לאחר שהוא בא אליך פעם ראשונה ואמר לך שאתם נמצאים בשטח אש, המשכת לרעות את צאנך

ת. עד עכשיו אני רועה את צאני שם, גם כל האנשים."

59. כל האמור לעיל, מצביע על כך כי משפחתו של התובע ידעה או הייתה צריכה לדעת כי התובע ומוחמד רעו את עדר המשפחה בתחומי שטח אש צה"לי. שטח האש הינו מטיבו שטח רב סכנות, ובהן הסכנה אשר התממשה במקרה שלפנינו. בשולחם את התובע לרעות את הצאן בשטח האש, הפרו הורי התובע את חובתם כלפיו. על כן, לכאורה, יש לחייב את ההורים באחריות מסוימת לנזק אשר נגרם לבנם. אני מעריך אחריות זו בשיעור של 20%, כך שבהתחשב גם באשם התורם שיוחס לתובע עצמו, אחריותה של הנתבעת היא בשיעור של 70% בלבד.

60. ואולם, גם אם אקבע כי הורי התובע אכן הפרו את חובתם כלפיו, לא ניתן לחייבם בגין אחריות זו במסגרת פסק דין זה. בע"א 1819/03 אברהם נ' ש.ר.ב., (לא פורסם, ניתן ביום 12.3.06, להלן: "פרשת אברהם") אמר השופט א' ריבלין:

" הדוקטרינה המכונה "אשם תורם" מעוגנת בסעיף 68(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] הקובע לאמור:

" סבל אדם נזק, מקצתו עקב אשמו שלו ומקצתו עקב אשמו של אחר, לא תיכשל תביעת פיצויים בעד הנזק מחמת אשמו של הנזוק, אלא שהפיצויים שייפרעו יופחתו

בשיעור שבית המשפט ימצא לנכון ולצורך תוך התחשבות במידת אחריותו של התובע לנזק;...

עניינו של הסעיף בשיעור אשמתו של הניזוק-עצמו בגרימת הנזק – הניזוק ולא אחר. כאשר גורם נוסף, שאינו הניזוק עצמו, תרם לגרימת הנזק, חלה הדוקטרינה של מעוולים במשותף (ראו: סעיפים 11, 83-84 לפקודת הניזוקין).”

61. מהאמור עולה כי הורי התובע הם בגדר מעוולים יחד עם הנתבעת על פי סעיף 11 לפקודת הניזוקין. כידוע, הכלל החל לגבי מעוולים יחד הוא, כי הניזוק רשאי לתבוע את הנזק כולו מכל המזיקים בתביעה אחת או לתבוע את כל הנזק בשלמותו מכל אחד מהמזיקים, בלי לצרף את האחרים (ראה: פרופ' א' ברק, מעוולים יחד, דיני הניזוקין - תורת הניזוקין הכללית, (מהדורה שנייה, ג' טדסקי עורך, תשל"ז), עמ' 486). במקרה שכזה, על פי סעיף 84 לפקודת הניזוקין, יכול המזיק אשר נמצא אחראי ופיצה את הניזוק לפנות ולתבוע מהמזיקים האחרים שיפוי בשל חלקם בנוק (ברק, שם, עמ' 493, וכן עמ' 500-502). בהתאם להלכה זו, נהגו מזיקים שונים במקרים דומים למקרה שלפנינו. במקרים אלה, כנגד המזיק, שלא נתבע על שום היותו קרובו של הניזוק, הוגשו הודעות צד ג', ובעקבותיהן נדונה בפסק הדין אחריותם של המזיקים השונים וחלוקת הנזק ביניהם (ראו לדוגמא: פרשת נחום; פרשת נעמנה; פרשת אסלן; פרשת צימרמן; פרשת אפיקים).

62. במקרה שלפנינו, בחרה הנתבעת, מסיבותיה, שלא להגיש הודעת צד ג' להורי התובע. התובע בחר שלא לתבוע את הוריו. לפיכך, אין מקום לדון באחריותם של ההורים לנזק או בחלוקת האחריות בין נתבעת לבינם. עם זאת, כבכל מערכת יחסים שבין מעוולים בצוותא, בפני הנתבעת פתוחה הדרך לתביעה עתידית כנגד הורי התובע לשם שיפוי על הפיצוי אשר תשלם לתובע על פי פסק דין זה (יש להבהיר, כי אין בדבריי אלא משום נקיטת עמדה ביחס להליך בו על המדינה לנקוט, או ביחס לשאלת התיישנותו של הליך שכזה, כל שנאמר הוא כי במסגרת פסק דין זה אין לי סמכות להכריע בנושא זה).

## הנזק

63. כתוצאה מהפיצוץ, נפגע התובע בראשו ובגפיו, והובהל, לאחר שקיבל טיפול ראשוני בשטח, לבית החולים "העמק" בעפולה, שם אושפז במחלקה האורטופדית מיום 27.7.97 ועד ליום 12.8.97, ומיום 7.9.97 ועד ליום 14.9.97 במחלקת העיניים.

64. בבית החולים אובחנו אצל התובע פגיעה קשה בעין שמאל, פגיעה באוזניים וכן שברים ביד ימין וברגל ימין, ובהם שבר מרוסק בירך ימין, אשר הצריך ניתוח, קיבוע והשתלות עור.

65. לצורך יעילות הדיון, הוסכם בין הצדדים כי ימונו שלושה מומחים רפואיים מוסכמים בתחום האורטופדיה, רפואת העיניים ואף אוזן גרון, אשר יחוו דעתם לענין נכותו של

הקטין עקב האירוע. המומחים שמונו הם פרופ' ש' מרין, מומחה בתחום רפואת העיניים ; ד"ר י' גורביץ מומחה לאף אוזן גרון ; ופרופ' א' פינסטרבוס, בתחום האורתופדי.

66. בחוות דעתו אשר הוגשה ביום 18.12.2000, קבע פרופ' פינסטרבוס כי לא נמצאה כל הפרעה תפקודית בגפיים שנפגעו: אין הפרעה בטווח תנועת המרפקים או חולשה בהפעלת הגפיים. בשל הצלקות שנתרו לתובע באמתו הימנית ובירכיו, קבע ד"ר פינסטרבוס נכות צמיתה בשיעור של 10% בהתאם לסעיף 75(1)ב של תקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה), תשט"ז – 1956 (להלן: "תקנות המל"ל").

67. בחוות הדעת מיום 11.1.01, קבע ד"ר גורביץ כי לתובע אין כל נכות בתחום האף האוזן והגרן.

68. פרופ' מרין אבחן בחוות דעתו מיום 10.4.2000 כי התובע סובל מעיוורון מלא בעין שמאל לצמיתות, כתוצאה מהאירוע בו עסקינן. בשל נכות זו קבע פרופ' מרין לתובע, נכות בשיעור של 30% לצמיתות לפי סעיף 52(1)(1) לתקנות המל"ל.

69. לאור חוות דעת אלה, נכותו הרפואית המשוקללת של התובע היא בשיעור של 37%.

#### אובדן כושר השתכרות

70. ככלל, הנכות התפקודית ואובדן כושר העבודה אינם זהים בהכרח לדרגת הנכות הרפואית שנקבעה על ידי המומחים הרפואיים, זאת משום שהאחרונה מבטאת ממצאים רפואיים, כשהם מתורגמים לאחוזים, בעוד שדרגת הנכות התפקודית ואובדן כושר העבודה, מגלמים גם את מידת הפגיעה בתפקוד, הנובעת מן הנכות הרפואית, ואת השפעת הפגיעה בתפקוד במישור התעסוקתי.

71. עם זאת, לא אחת משמשת דרגת הנכות הרפואית כמדד סביר בהערכת הנכות התפקודית ואובדן כושר ההשתכרות שנגרם לנפגע. כך, במיוחד, לגבי קטינים שכושר השתכרותם טרם גובש (ע"א 311/85 אפראימוב נ' גבאי, פ"ד מב(3) 191). כאשר הנפגע הינו קטין, על בית המשפט לשקול שני שיקולים מנוגדים: האחד הוא כושר ההסתגלות בו ניחן קטין, שטרם בחר מקצוע לעצמו; והשני, ההגבלה בקשת המקצועות שהקטין יוכל לבחור בהם (ע"א 746/81 המועצה המקומית נחלת יהודה נ' זדה, פ"ד לט(19) 19). מערך זה של אי ודאות, עשוי לגרור אחריו היזקקות לנכות הפיזית של הקטין בקביעת הפסד כושר ההשתכרות. יחד עם זאת, לא נמנעו בתי המשפט גם מסטיות מהנכות הרפואית מקום בו נתוני המקרה הספציפי, כגון: אופי נכויותיו של הקטין וחווות דעת הרפואיות, הצביעו על פער אפשרי בין הנכות הרפואית להשפעתה על אובדן ההשתכרות (ע"א 61/89 מדינת ישראל נ' אייגר, פ"ד מה(1) 580 וכן ראה מש"כ בת.א. (י-ם) 1738/98 בטיש הלוי נ' שריקי, תק-מח 2004(4), 1744).

72. בסיכומיהם טוענים התובעים שתי טענות, העומדות אחת בניגוד לשנייה: מחד גיסא, טוענים התובעים כי משפחתו של התובע הינה משפחה פשוטה המתפרנסת מעבודת האדמה והחיה בתנאי הגיינה לקויים. מכאן, שסביר כי גם התובע יעסוק בעבודה חקלאית וברעיית צאן. על כן, לטענת התובעים, יש לקבוע לתובע נכות תפקודית גבוהה יותר מהנכות הרפואית, כיוון שבתנאים אלו יש סכנה גבוהה יותר למחלות עיניים ולאובדן העין השניה (סעיפים 16 ו-21 לסיכומי התובעים). מאידך גיסא, טוענים התובעים כי יש להעריך את נכותו של התובע כאילו היה צפוי להיות צייר או טייס או בעל כל מקצוע אחר בו יש צורך בראייה בשתי העיניים (סעיף 20 לסיכומי התובעים).

הנתבעת טוענת כי בהעדר נתונים על כישוריו של התובע ובהתחשב בגילו הצעיר יש לקבוע את נכותו התפקודית של התובע בשיעור של 15%.

73. צודקת הנתבעת בטענתה, כי הנתונים ביחס ליכולותיו של התובע ולאופציות העומדות בפניו מועטים ביותר. נסיון החיים מלמד כי מי שיש לו עיוורון בעין אחת יכול לנהל אורח חיים מלא כמעט לחלוטין. מאידך גיסא, אכן קיימים מקצועות הסגורים בפני העיוור בעין אחת, ואין אף להתעלם מהחשש לשלמותה ובריאותה של עין השניה. במצב זה, ולאור הפסיקה הנוגעת לקטין אשר הובאה לעיל, יש לפנות אל הנכות הרפואית כאמת מידה להערכת הנכות התפקודית ואובדן כשור ההשתכרות. על כן אני קובע כי הפגיעה בכושר השתכרותו של התובע היא בשיעור של 37%.

74. השאלה השניה עליה יש לענות בהקשר של הפגיעה בהשתכרות הניזוק היא שאלת בסיס השכר. בע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא ואח' (תק-על-3)2005, 3932, להלן: "פרשת אבו חנא", פיסקה 29) קבע השופט ריבלין:

כאמור, הפסיקה בארץ מבססת, לרוב, את הפיצוי בגין הפסד כושר ההשתכרות של קטין, על רמת השכר הממוצע במשק. בחירה זו נשענת על הצורך להשיב את המצב לקדמותו. אומנם, האחזה זו של הפיצוי מתנגשת, לכאורה, עם התפישה האינדיבידואלית העומדת ביסוד עקרון השבת המצב לקדמותו. אלא שבהיתן עמימות ראייתית, כבעניינו של הקטין, כאשר המציאות עצמה עמומה, החישוב על-פי הנתון הסטטיסטי של השכר הממוצע במשק מבקש להגשים בדרך הקרובה ביותר את העיקרון הזה. ההנחה העובדתית העומדת ביסוד הבחירה בנתון זה היא כי בהיעדר ראיה מספקת אחרת, ראוי להניח במידת ההסתברות, כי הניזוק הקטין היה משתכר בגובה השכר הממוצע במשק."

לאור דברי כללים אלה נקבע באותו פסק דין כי לצורך חישוב שכרה של נערה הגרה בכפר ערבי במדינת ישראל, הבסיס לחישוב הפסד השכר היה השכר הממוצע במשק (שם, בפיסקה 50).

75. לאור פסק דין אבו חנא, לכאורה, לאור גילו הצעיר של התובע, יש לחשב את הפסד השכר על פי בסיס של השכר הממוצע במשק.

ואולם במקרה דנן מדובר במי שהינו תושב אזור יהודה והשומרון, בלא שנטען, וממילא לא הוכח, כי התובע נתכוון בשלב זה או אחר של חייו להעתיק את מגוריו לישראל או לעבוד בה או בכל ארץ אחרת, לצורך העניין.

בנסיבות אלה, אין מקום לפנות לשכר הממוצע במשק הישראלי כמדד לאובדן כושר השתכרותו אלא לזה המקובל במקום מושבו של התובע (ראה: ע"א 1433/98 חמד נ' אהלם, תק-על 399(3), 1754; ע"א 9117/03 זהר נ' ברדויל, תק-על 2004(3) 3060 להלן: "פרשת זהר"; פרשת אבו חנא).

וכך נאמר בפסק דינו של כב' השופט א. גולדברג בע"א 718/91 סולימאן נ' טוויל וופא, (תק-על 602(3)92):

" צודק בא כוחם המלומד של המערערים, כי את בסיס חישובם של שני ראשי הנזק הנ"ל יש לקבוע במקרה זה על פי נתונים החלים באזור מגוריה של המשיבה. זאת שעה שמרכז חייה היחידי של המשיבה הוא ברצועת עזה, אין לה כל זיקה לישראל, ואין לייחס לה כוונה לגור בישראל בעתיד. כשם שאין לומר כי קיים סיכוי של ממש כי בהתבגרותה תעבוד בישראל, או היתה עובדת בה דווקא אלמלא התאונה. המקום היחידי בו ייתגבש נזקה של המשיבה בשני ראשי הנזק האמורים הוא באזור מגוריה, והפיצוי לו היא זכאית הוא לשם כיסוי הנזק האפקטיבי שייגרם לה שם."

76. הנתבעת הגישה מטעמה, תעודת עובד ציבור שנערכה על ידי רס"ן אוריה בן דוד, שהוא כלכלן וסטטיסטיקאי במנהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון. לתעודה זו צורפה טבלת נתוני השכר לכלל הסקטורים בשטחי איו"ש. נתונים אלה לקוחים מנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה של הרשות הפלסטינית. על פי הנתונים המופיעים בתעודה זו, השכר היומי הממוצע לעובד תושב איו"ש הוא כ- 1,800 ₪ לחודש (ממוצע של 108.8 ₪ ליום עבודה לעובדים בישראל ו-68.2 ₪ לעובדים באיו"ש = 20.3 X 88.5 ימים בחודש).

התובעים, לעומת זאת, טוענים כי יש לקבוע את בסיס השכר על סך של 3,200 ₪ לחודש. טענתם של התובעים מתבססת על פסק דינו של השופט ריבלין בתקופת כהונתו בבית המשפט המחוזי בבאר שבע, בו פסק לקטין תושב יהודה ושומרון, הפסד שכר על פי הממוצע שבין רמת השכר משתלמת באיו"ש לבין השכר החציוני הישראלי (ת"א (באר-שבע) 38/93 מוניר נ' המנהל האזרחי, תק-מח 3555(3)99).

77. אכן צודק ב"כ התובעים, כי איזור יהודה ושומרון, בו חי התובע, נתון למציאות משתנה ועתיד החיים בו לוט בערפל. היטיב לבטא זאת הנשיא זיילר, באומרו, בשנת 1998 כי "כל נסיון לצפות את העתיד הכלכלי כצפוי באיזור שמדובר בו [יהודה ושומרון], בטווח של 30-40 שנה, לא יחרוג מגדר ניחוש. הכלכלה יכולה לשגשג נוסח המזרח הרחוק, או לשקוע למצוקה הכלכלית האופיינית למדינות האיזור" (פרשת בשארת). גם היום, בשנת 2006 אנו נמצאים עדיין בעידן של אי וודאות ביחס למה שיקרה בעתיד באזור יהודה ושומרון. יתכן עם השיפור בוודאות המדינית, עשוי השכר הממוצע של העובדים באזור לעלות. אולם, ניתן להניח, כי באותה מידה יכול השכר הממוצע אף לרדת. בהעדר ראיות אחרות, לא נותר לנו, לכאורה, אלא להסתמך על המציאות כיום, כפי שהיא באה לידי ביטוי בנתונים הסטטיסטיים אשר הוגשו על ידי הנתבעת. עם זאת, ולאור גילו הצעיר של התובע, ובהתחשב בכך שהפיצוי נקבע לאובדן הכנסה של עשרות שנים, מצאתי לנכון לאמץ גישה אופטימית, זהירה ומתונה, ולהניח כי השכר ממוצע באזור יהודה ושומרון, אכן יעלה במידה זו או אחרת. לאור האמור מצאתי לקבוע את בסיס השכר על סך של 2,000 ₪ לחודש. סך זה מתאים לבסיס השכר שנקבע בפסיקה בנסיבות דומות והוא משקף את המצב כיום, יחד עם ציפייה, זהירה, לעתיד טוב יותר (ראה לדוגמא: פרשת זהר; ע"א 8288/00 קרנית קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' סאמי. תק-על 2001(2) 655, עמי 657; ת.א. (ת"א-יפו) 2024/01 בטרין נ' Tryg-Baltica תק-מח 2004(3) 2319; ת"א (ירושלים) 1577/97 חזין נ' הפניקס הישראלי לביטוח בע"מ תק-מח 2004(4) 2481; ת"א (חיפה) 1044/98 ג'ודה נ' המפקד הצבאי תק-מח 2002(2) 13494; ת"א (חיפה) 1772/87 - אגריוה נ' אלדיוק תק-מח 2004(3) 1493).

78. בסיכומיהם מבקשים התובעים לחשב את שנות עבודת התובע מגיל 18 שנים ועד לגיל 70 שנים וזאת מתוך הציפייה, כי התובע, כיתר בני משפחתו, יעסוק בחקלאות. כשלעצמי, סבור אני כי ההנחה שהתובע יעסוק בחקלאות כמשפחתו, דווקא תומכת בהורדת גיל הפרישה מהמקובל ולא בהעלתו. החקלאות עבודה פיזית קשה היא ורבה בה השחיקה עם השנים. הוסף לכך את תנאי התברואה הקשים, עליהם הצהירו התובעים והמסקנה היא כי התובע יחדל לעבוד בגיל צעיר מהמקובל במשק. עם זאת, לאור גילו הצעיר של התובע ולאור אי הוודאות שהוזכרה לעיל, איני רואה מקום לסטות מהכללים שנקבעו בחוק גיל פרישה התשס"ד-2004. על כן, יש לחשב את שנות עבודתו של התובע מגיל 18 שנים ועד לגיל 67 שנים. בעניין זה, שוב, מקבל אני את הנתון הישראלי של גיל הפרישה על פי חוק הפרישה, שלא הוכח כי אומץ ביהודה ושומרון, אך ההנחה היא כי במשך השנים הבאות תהיה השראה בין המשקים וגיל הפרישה ביהודה ושומרון יהיה זהה או קרוב מאוד לזה שיהיה נהוג בישראל.

79. לאור כל האמור לעיל, שיעור הפיצוי המגיע לתובע בגין אובדן כושר השתכרות הוא 227,817 ₪ (2,000 ₪ לחודש X 588 חודשי זכאות X 37% נכות X מקדם היוון מחזורי 307.860936).

#### עזרת צד ג' ושיעורים פרטיים

80. לטענת התובעים, לאחר שיחרורו של התובע מבית החולים ועד להחלמתו, נזקק התובע לעזרת הוריו ובני משפחתו, וזאת באופן החורג מהטיפול השגרתי אותו ניתן לצפות מבני משפחה. בשל כך מבקשים התובעים כי ייפסק לזכותם סך גלובלי של 50,000 ₪. עוד מבקשים התובעים סך של 5,000 ₪ עבור שיעורים פרטיים אשר ניתנו לתובע, לטענתם, בזמן בו שהה בביתו לאחר האירוע.

הנתבעת משיבה על כך כי לא הובאו כל ראיות בנוגע לטיפול בתובע או של היקפו, ועל כן אין לפסוק כל פיצוי בראש נזק זה.

81. צודקת הנתבעת בטענתה כי לטיפול בתובע לאחר שחרורו מבית החולים ולהיקפו לא הובאה כל ראיה, למעט אמירה לאקונית בתצהירו של האב (סעיף 14 לתצהיר). כך אף לא הובאה כל ראיה בנוגע לשיעורים הפרטיים הנטענים על ידי התובעים. הבחירה שלא להעיד את התובע 1, או עדים אחרים אשר היו יכולים לשפוך אור על הנסיבות שלאחר האירוע, כגון: התובעת 3, אם התובע, המורים אשר לימדו אותו או בני משפחה אחרים, פוגעת בטיעוני התובעים גם בנושא זה.

עם זאת, נכון אני להניח, במיוחד לאור אופי הפגיעות וההליכים הרפואיים אותם עבר התובע בבית החולים, כי בני משפחתו של התובע אכן טיפלו בו באופן אינטנסיבי רב יותר מהצפוי והמקובל, במהלך החודשים שלאחר שחרורו מבית החולים ועד להחלמתו המלאה.

כמו כן, רוצה אני לקוות, כי בתקופת ההחלמה זכה התובע לסיוע לימודי כלשהוא. על כן, ובהתחשב בחוסר הראייתי, אני רואה לנכון לפסוק לתובע סך גלובלי של 15,000 ₪ עבור עזרת צד ג' ושיעורים פרטיים בחודשי ההחלמה.

82. כאן המקום להתייחס גם לשאלת פיצויו של התובע 2. התובעים בסיכומיהם טענו כי התובע שהה עם בנו בבית החולים משך ימים רבים לאחריהם טיפל בקטין בבית במשך יותר משנה. בשל כך מבקשים התובעים בסיכומיהם סך של 10,000 ₪ לאבי התובע. גם בראש נזק זה לא הציג התובע 2 כל ראיה ואף לא פירט מה היה היקף שהייתו לצד התובע בבית החולים ובבית ובאיזו מידה פגע הדבר בעבודתו וגרם לו נזק. כמו כן לא הובאה כל ראיה על הכנסותיו של האב. העובדה שכתב התביעה התבקש סך של 30,000 ₪ ואילו בסיכומים סך של 10,000 ₪ בלבד, גם היא אינה תורמת לאמינות הבקשה. על כן, ולאור העובדה כי לתובע נפסק פיצוי עבור עזרת צד ג' אשר ניתנה לו על ידי הוריו, איני רואה מקום לפסוק בראש נזק זה סכום נוסף על זה שנפסק לתובע בגין עזרת צד שלישי.

### הוצאות רפואיות ונסיעות

83. בתצהירו טען אבי התובע כי לשם קבלת טיפול רפואי יש לנסוע לעיר השכנה, שכס, ובה לשלם עבור טיפול רופא ותרופות. לטענת האב, עד ליום מתן התצהיר הוצאו אלפי שקלים על נסיעות ותרופות. בסיכומיהם מבקשים התובעים סך גלובלי לעבר ולעתיד בשיעור של 50,000 ₪ עבור הוצאות רפואיות ועוד סך של 30,000 ₪ עבור נסיעות לטיפולים הרפואיים.

ואולם, התובעים לא הביאו כל קבלה או ראיה אחרת לאותן הוצאות. אף העלות המדוייקת של כל פריט ופריט, כגון: עלות ביקור אצל רופא או עלות נסיעה לשכס במונית, לא הוצגו בפניי.

עם זאת, כיוון שתושבי האיזור אינם זכאים לביטוח בריאות - כתושבי ישראל - ולאור נכותו של התובע, אני רואה לנכון לפסוק לתובע פיצוי גלובלי לעבר ולעתיד בשיעור של 10,000 ₪ עבור הוצאות רפואיות ונסיעות.

84. בנוסף, ובאם לא שולם הסכום עד היום, על הנתבעת החובה לשלם 90% של חשבונותיו של התובע בבית החולים "העמק", כמפורט במוצג 2 אשר צורף לתיק המוצגים מטעם התובעים.

כאב וסבל

85. בכתב התביעה ביקשו התובעים סך של 300,000 ₪ עבור נזק לא ממוני שנגרם לתובע כתוצאה מהאירוע. בסיכומיהם, ללא סיבה הנראית לעין, גדל הסכום המבוקש לכדי סך של 350,000 ₪.

הנתבעת מציעה בסיכומיה בגין הנזק הלא ממוני פיצוי בסך של 100,000 ₪ בלבד.

86. הראיה היחידה על סבלו של התובע בשל האירוע היא עדותו של האב בתצהירו, בו נאמר כי התובע סובל מרגישות וגירוי בצלקות אשר נותרו לו בעקבות האירוע. גם אם אקבל את דברי האב כלשונם, אין בהם כדי לפצות על החסר אשר נגרם, ובמיוחד בנושא זה, בשל העדר עדות מכלי ראשון של התובע, התמודדותו על הנכות שנגרמה לו בשל האירוע ועל הסבל שנגרם לו. בהעדר ראיות, מחד גיסא, אך בהתחשב בנכותו של התובע, בימי אישפוזו בבית החולים והטיפולים והניתוח שעבר, ובשנים הרבות הצפויות לו בנכותו, מאידך גיסא, ולאור המגמה בפסיקה של השנים האחרונות להגדיל את הפיצוי בראש הנזק הלא ממוני (ע"א 2055/99, פלוני נ' הרבנות הראשית, נה (5), 241) מצאתי לפסוק לתובע סך של 175,000 ₪ בגין כאב וסבל אשר נגרמו לו כתוצאה מהאירוע. (השווה: ת"א (תל-אביב-יפו) 1599/97 דיראוי נ' מרכז לייזר לניתוחי קרנית בע"מ תק-מח 2003(4), 381 (נפסק סך של 100,000 ₪); ת"א (חיפה) 1542/00 קוגן נ' מטל און תעשיות (1994) בע"מ תק-מח 2005(1), 400 (נפסקו 200,000 ₪); ת"א (חיפה) 1091/95 כאמל נ' מדינת ישראל תק-מח 2003(2), 10889 (נפסקו 160,000 ₪); כפי ניתן לראות, הסך שנפסק בגין ראש נזק זה בת.א. (חי' 378/99 בריק נ' תנועת הצופים, אשר צורף לסיכומי התובעים (סך של 300,000 ₪), חורג במידת מה מן הנהוג בפסיקה).

## סיכום

סך הפיצוי בשל נזקי התובע הוא כדלקמן –

הפסד השתכרות (פיסקה 79 לעיל)	₪ 227,817
עזרת צד ג' (פיסקה 81 לעיל)	₪ 15,000
הוצאות רפואיות ונסיעות (פיסקה 83 לעיל)	₪ 10,000

כאב וסבל (פיסקה 86). הראיה היחידה על סבלו של התובע בשל האירוע היא עדותו של האב בתצהירו, בו נאמר כי התובע סובל מרגישות וגירוי בצלקות אשר נותרו לו בעקבות האירוע. גם אם אקבל את דברי האב כלשונם, אין בהם כדי לפצות על החסר אשר נגרם, ובמיוחד בנושא זה, בשל העדר עדות מכלי ראשון של התובע, התמודדותו על הנכות שנגרמה לו בשל האירוע ועל הסבל שנגרם לו. בהעדר ראיות, מחד גיסא, אך בהתחשב בנכותו של התובע, בימי אישפוזו בבית החולים והטיפולים והניתוח שעבר, ובשנים הרבות הצפויות לו בנכותו, מאידך גיסא, ולאור המגמה בפסיקה של השנים האחרונות להגדיל את הפיצוי בראש הנזק הלא ממוני (ע"א 2055/99, פלוני נ' הרבנות הראשית, נה (5), 241) מצאתי לפסוק לתובע סך של 175,000 ₪ בגין כאב וסבל אשר נגרמו לו כתוצאה מהאירוע. (השווה: ת"א (תל-אביב-יפו) 1599/97 דיראוי נ' מרכז לייזר לניתוחי קרנית בע"מ תק-מח 2003(4), 381 (נפסק סך של 100,000 ₪); ת"א (חיפה) 1542/00 קוגן נ' מטל און תעשיות (1994) בע"מ תק-מח 2005(1), 400 (נפסקו 200,000 ₪); ת"א (חיפה) 1091/95 כאמל נ' מדינת ישראל תק-מח 2003(2), 10889 (נפסקו 160,000 ₪); כפי ניתן לראות, הסך שנפסק בגין ראש נזק זה בת.א. (חי' 378/99 בריק נ' תנועת הצופים, אשר צורף לסיכומי התובעים (סך של 300,000 ₪), חורג במידת מה מן הנהוג בפסיקה).

87. כאמור בפיסקה 52 לעיל, לתובע 1 אשם תורם בשיעור של 10%. על כן, מסכום הפיצויים לעיל יש לנכות סך של 42,781 ₪, ולכן הסכום נטו לתשלום הוא 385,036 ₪.

88. לאור האמור לעיל, אני מחייב את הנתבעת לשלם לתובעים סך של 385,036 ₪. סכום זה ישולם תוך 30 יום מהיום, שאם לא כן ישא ריבית פיגורים כחוק מהיום ועד לתשלום המלא בפועל.

89. כמו כן תשלם הנתבעת לתובעים שכר טרחת עו"ד בשיעור של 20% מסכום הפיצוי וכן 90% של הוצאות משפט שייקבעו על ידי הרשם (אם הצדדים לא יגיעו להסכמה תוך 30 יום). סכום זה ישולם אף הוא תוך 30 יום מהיום, שאם לא כן ישא ריבית פיגורים כחוק מהיום ועד לתשלום המלא בפועל.

90. המזכירות תשלח העתק פסק דין זה לב"כ הצדדים.

**ניתנה היום כ"ב באדר, תשס"ו (22 במרץ 2006) בהעדר הצדדים.**