



בתי המשפט

תא 004350/97

1

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

בעניין:

1. _____ אבו חסן
 2. _____ אבו חסן
- ע"י ב"כ עוה"ד מיכל פינצ'וק

התובעים

נגד

1. קוסייב _____
 2. מדינת ישראל - משרד הבטחון
- ע"י ב"כ עוה"ד א. גלילי-יולזרי מפרקליטות ת"א הנתבעים

פסק דין

הרקע

נטען בכתב התביעה שהתובע מס' 1 (להלן: "האב") הינו יליד 1930 והוא תושב הכפר בתיר (להלן: "הכפר"). תובע מס' 2 הינו בנו של תובע מס' 1 (להלן: "הבן"), יליד 1965 ואף הוא תושב הכפר. ביום 26.4.90 בשעות אחר הצהריים והערב, תקפו הנתבע מס' 1 (להלן: "קוסייב") וחיילים נוספים שהיו בפיקודו את התובעים. קוסייב והחיילים אשר היו בפיקודו יקראו להלן יחדיו: "החיילים". על פי הטענה, החיילים היכו את התובעים בכל חלקי גופם כשהם משתמשים בידיהם וברגליהם ובכתות רוביהם. החיילים אף משכו בשערותיהם של התובעים, הטיחו בהם קללות גסות ומשפילות. ההכאות הנ"ל, החלו בכפר עצמו ונמשכו בתוך הגייפ בו נסעו התובעים והחיילים בדרך המובילה מהכפר אל יער קנדה (אשר לימים התברר שהכוונה ליער שליד יד קנדי), החוצה את פסי הרכבת שבמבואות הכפר ועוברת לכיוון ירושלים.

בסיפור המעשה, מתואר בכתב התביעה, כי ביום הנטען חל "איד אל פיטר" המוסלמי (להלן: "החג"). לקראת החג נדברו נציגי הכפר עם הקצין שהיה אחראי על המאחז הצבאי שהיה ממוקם ליד פסי הרכבת במבואות הכפר (אשר לימים התברר ששמו _____ אלון, ואשר יקרא להלן: "הקצין") והגיעו להסדר עימו לפיו, במהלך החג ישמר השקט. בהסכם נקבע שתושבי הכפר לא יידו אבנים לעבר הרכבת העוברת בפסים ואילו החיילים לא יכנסו לכפר. על פי הטענה, לפתע, ללא כל הסבר או הצדקה ובחריגה מנוהלי הצבא, הגיח מכיוון בית ג'אללה, גיפ סיור צהלי ובתוכו החיילים. נטען כי הכניסה של הגייפ לכפר הייתה "כניסה פרובוקטיבית" והייתה בלתי מתואמת עם הגורמים המתאימים בצה"ל. קוסייב אף הועמד לדין משמעת לאחר מכן על כך. משנכנס הגייפ לכפר, החלו



בתי המשפט

תא 004350/97

2

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

החיילים לעכב אנשים ולדרוש מהם תעודות זהות ואף הורו לכמה צעירים, בניהם הבן, לרוץ לפני הגייפ תוך שהחיילים יורים באוויר. נטען גם, שהחיילים נטפלו במיוחד לבן משום שהכירוהו קודם לכן. משניסה האב לברר מדוע מפליאים החיילים את מכותיהם בבנו, הוכה אף הוא. הגייפ יצא מן הכפר כשהאב ובנו מצויים בתוך הגייפ בעוד החיילים ממשיכים כל העת לירות באוויר. בדרך אל המאחז, פגש הגייפ ברכבו של הקצין שעלה מכיוון המאחז והתפתח דין ודברים בין הקצין לבין קוסייב. הגייפ פתח שוב בנסיעה, התעלם והתחמק מהקצין ומהחיילים במאחז ונסע לכיוון יד קנדי. אף בהמשך הדרך המשיכו החיילים להכות בתובעים. על אף שהאב התחנן בפני החיילים להשאר בגייפ וללוות את בנו אל עבר בית המעצר שבממשל בית-לחם, החיילים התנגדו, השאירו אותו על אם הדרך והמשיכו בנסיעתם. האב הגיש תלונה על תקיפה במשטרת בית-לחם. בשל מעשים אילו שביצעו החיילים תבעו התובעים נזקים בסך של 20,000 ש"ח לכל אחד מהם.

התובעים הגישו לבית המשפט חמישה תצהירים. תצהירו של האב, תצהירו של הבן, שני תצהירים נוספים של צעירים שהיו יחד עם הבן ותצהיר נוסף מטעם שכן שהתערב בנעשה. בכל התצהירים, המצהירים חוזרים בצורה זו או אחרת על סיפור המעשה כפי שתואר לעיל ומתוכם משתקפת תמונה של פסטורליה ששררה בכפר עובר לכניסתו "הפרובוקטיבית" של הגייפ לפאתי הכפר ואל תוכו.

לנוכח העובדה שהאב הגיש תלונה במשטרה ביום 28.4.90 (מוצג 1/א+ב) בתיק המוצגים מטעם הנתבעים - מוצג א' הינו צילום של ההודעה עצמה ומוצג ב' הינו תעתיק מודפס של ההודעה) ואף פנה לח"כ דדי צוקר בליווי "תצהיר" אשר נגבה ואשר תיעד את שהתרחש לדעת האב (ג/5), ועוד על "תצהיר" זה בהמשך), ומשח"כ דדי צוקר פנה ביום 1.5.90 לשר הביטחון (ג/6), נפתחה בהוראת פרקליטות מרכז (של צה"ל), חקירת מצ"ח בנושא וזאת כפי שמתועד במכתבו של שר הביטחון ביום 15.6.90 (ג/7). באותה חקירה נחקרו האב והבן וחמשת החיילים אשר היו בגייפ וכן הקצין. עדותו של האב ותעתיק עדותו סומנו כנספחים ג/3+א) ועדותו של הבן ותעתיק עדותו סומנו כנספחים ג/4+א). ליד תצהיר העדות הראשית של כל חייל ושל הקצין, צורפה הודעתו כפי שנגבתה לפני חוקר מצ"ח בשעתו.

תצהיר האב - ג/5 מהווה תיעוד של סיפור המעשה, כפי שסיפר האב לעובדת מטעם "העמותה לזכויות האזרח" בשם דליה אשר עזרה להעלות על הכתב את אשר אירע לפי גרסת האב. האב הסביר בעדותו בבית המשפט (עמ' 27 לפרוטוקול) שהגב' דליה העלתה את הסיפור על הכתוב בעברית ולאחר מכן הפנתה את האב לעו"ד מוחמד מוסלם. במשרדו של עו"ד מוסלם תרגמו לאב את המסמך מעברית לערבית והסבירו לאב בדיוק על מה הוא חותם לאחר מכן האב חתם על



בתי המשפט

תא 004350/97

3

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

המסמך לפני עו"ד. המסמך כונה על ידי אלו שהכינוהו "תצהיר", על אף שהוא לא נחתם כתצהיר על פי סעיף 15 לפקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א-1971. מכל מקום יש להתייחס למסמך זה בכובד ראש, שכן הוא מתעד את גרסת האב לראשונה ובעקבותיו, בסופו של דבר, נפתחה חקירת מצ"ח.

טענתם המשותפת של כל החיילים הייתה, שהם קיבלו הוראה ממפקדת חטיבת בית-לחם לברר דבר אודות שריפה שעשנה התמר כלפי מעלה באיזור בית ג'אללה. הם נסעו בציר המוביל מבית ג'אללה לכפר, נתקלו בערימת צמיגים בוערים על אם הדרך, עברו את ערימת הצמיגים וצעירים אשר היו במעלה ההר למעלה מהציר התחילו ליידות לעברם אבנים. הציר כולו היה זרוע אבנים וסלעים. הגייפ התחיל לנסוע עד פאתי הכפר ואז נפתח לעברו מטח אבנים חדש. כשקוסייב זיהה בוודאות את הבן מיידה אבנים, פתח במנוסה אתרו וילכדו. לפי גרסת כל החיילים, הם לא היכו לא את הבן ולא את אביו, על אף שהם הודו שהשתמשו בכוח סביר כדי לגרום למעצרו של הבן ולהדוף את האב מלהפריע למעצר.

עוד על עדויותיהם של כל המעורבים בעניין להלן.

האיזור והתקופה

האירוע הנטען התרחש בשיאה של "האינתיפדה". דבר ידוע ומפורסם הוא, כי באותה תקופה הוטלו על כוחות הבטחון תפקידים קשים מנשוא של השלטת סדר בכפרים הערביים ביהודה ושומרון ובחבל עזה. יידוי האבנים כלפי כוחות הבטחון וכלפי אזרחים ישראלים, היה דבר של יום יום. מסתבר שמקומו של כפר בתיר לא נפקד בהפרעות הסדר שהתקיימו, ואף זכה, לפי עדות החיילים, במקום מכובד בראש סולם מפרי הסדר.

הכפר עצמו מצוי מערבית לבית-לחם, משוך קמעה צפונה. הכפר ממוקם בעיקרו על שלוחה המשקיפה אל עבר נחל שורק, המהווה את תווי הדרך העיקרי של פסי הרכבת, המוביל מהבירה אל עבר השפלה (מפה על האזור צורפה לתצהירו של קוסייב וסומנה כנספח 2 ומפה זהה צורפה כנספח לתצהירו של חייל נוסף בשם _____ ששון). הדרך העיקרית המובילה לכפר, עברה דרך הכפר אל חאדר שיושב בסמיכות לכביש שהוביל בשעתו (עובר לסלילת "כביש המנהרות" החדש) מבית-לחם דרומה אל עבר גוש עציון וחברון. הדרך האמורה הינה דרך רגילה מאספלט והיא משוכה על גבי כל השלוחה אל תוך מרכז הכפר. בנוסף על הדרך האמורה, קיים שביל כורכר המוביל מבית ג'אללה אל עבר הכפר והוא מצוי צפונית מזרחית לדרך הראשית. שביל הכורכר הינו



בתי המשפט

תא 004350/97

4

בית משפט השלום בירושלים

לפני כבי' השופט דוד מינץ

ציר הררי והוא נמשך על גבי קווי הגובה של השלוחה עד אשר היא נשפכת אל עבר הכפר, ובסופו של דבר אף מגיעה לנחל שורק בו עוברים פסי הרכבת כאמור. בנוסף על המפות אשר הוגשו לבית המשפט הוגש גם תצלום אוויר (להלן: "התצ"א") אשר ממנו ניתן להבחין בנקל בתווי הדרך (נ/9).

העובדה שהחיילים נסעו בציר ההררי, לא הייתה שנויה במחלוקת, ובאופן האמור נכנסו החיילים אל הכפר מפתחו המזרחי (ולא מפתחו הדרומי המצוי על אם הדרך הראשית המובילה אל הכפר). גם העובדה, שלאחר כמספר מאות מטרים מהכניסה אל פאתי הכפר בכניסתו המזרחית, קיימת ירידה תלולה אל עבר פסי הרכבת, אף היא לא הייתה שנויה במחלוקת. האירוע התרחש איפוא בין פאתי הכפר לבין הדרך המובילה אל עבר הנחל, (אשר כונתה ע"י הצדדים כ"סיבוב המוות") ובדרך אשר הובילה אל פסי הרכבת, עליו נבנה המאחז הצבאי. המאחז הצבאי סומן על התצ"א בעיגול כחול גדול, ו"מתחם המריבה" תוחם ע"י שני קווים כחולים.

כפי שפורט לעיל, כנגד תיאורם הפסטורלי של התובעים, החיילים הצהירו כי נקלעו למצב מלחמתי של ממש בו חיהם היו נתונים בסכנה; צמיגים בוערים; סלעים פזורים על אם הדרך; יידוי אבנים מכל עבר; התקהלויות של תושבים ונסיונות התושבים למנוע את מעצר מידי האבנים. ברם, עוד עובר לניתוח העדויות, אדון בטענות הצדדים בקשר ל"נזק הראייתי" אשר כל צד סבור שנגרם לו ע"י יריבו.

הנזק הראייתי

משמעותה של דוקטרינת הנזק הראייתי הינה, שמוטלת על הנתבע אחריות כלפי תובע אם התנהגותו העוולתית שללה מן התובע את היכולת או את הסיכוי להוכיח את המרכיבים של עוולת תביעתו נגד מי שגרם לו נזק. שלילת יכולת או סיכוי הוכחה היא "הנזק הראייתי" שנגרם לתובע (ראה מאמר מרכזי שנכתב בעניין, א. פורת, א. שטיין, דוקטרינת הנזק הראייתי" שנגרם לתובע לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי וודאות בגרימת נזקים, עיוני משפט כא (תשנ"ח) 191 וכן ראה ע"א 789/89 סמדר עמר, קטינה נ. קופ"ח של ההסתדרות הכללית, פד"י מו(1) 712, 721 וכן ע"א 664/95 יהונתן כהן נ. קופ"ח של ההסתדרות הכללית, תקדין-עליון כרך 99(2) תשנ"ט/תש"ס - 1999, 232). הדוקטרינה האמורה יושמה בדרך כלל בתביעות על רשלנות רפואית ונקבע כי במקרה של תיעוד רפואי חסר, עובר נטל ההוכחה של העובדות השנויות במחלוקת שיכלו להתבהר מתוך הרשומות, מכתפי התובע לכתפי הנתבעת (ראה ע"א 2245/91 ברנשטיין נ. קופ"ח של ההסתדרות הכללית של העובדים, פד"י מט(3), 709). ע"י העברת הנטל לכתפי הנתבעת, ניתן לקבוע את האחריות הרופא לנזקי המטופל אף במקום שלא ניתן היה להוכיח את הקשר הסיבתי



בתי המשפט

תא 004350/97

5

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

בנסיבות רגילות (ע"א 6330/96 אורנה בינגר נ. בית החולים הילל יפה, תקדין- (1)98, 249). הדוקטרינה האמורה אף אומצה בתביעות המוגשות כנגד הצבא, (ראה לדוגמא, ת"א (ירושלים) 82/94 עלי מוחמד פנון נ. מדינת ישראל, תקדין-מחוזי, כרך 96(3) תשנ"ו/תשנ"ז -1996, 748), אולם נקבע כי ייתכן שיש מקום להקל עם הצבא ולקבוע שיש נזק ראייתי רק כאשר מוכחת התרשלות רבתי (השווה ת"א (ירושלים) 170/94 מוחמד אבו לחיה נ. מדינת ישראל, תקדין מחוזי כרך 97(3) תשנ"ז/תשנ"ח -1997). ניתן גם להעלות על הדעת נזק ראייתי שגורם הנתבע לתובע.

טענתה של ב"כ התובעים הינה, שלאחר האירוע התקיים תחקיר מח"ט, ותחקיר זה לא נמצא ולא הומצא לעיונה. עובדה היא, כך טענה, שקוסייב נשפט משמעתית על מעשיו בכפר ולמעט טופס השפיטה (טופס 630) שצורף לתצהירו, לא ניתן ללמוד דבר אודות התחקיר שקדם למשפט האמור. לפי טענת ב"כ הנתבעים, המצב הוא בתכלית ההיפוך. שכן משהוגשה התביעה ביום 11.3.97 מספר ימים מועט לפני חלוף תקופת ההתיישנות, נגרם לנתבעים נזק ראייתי עצום.

"התמזל המזל" ובעקבות פנייתו של האב ופנייתו של ח"כ צוקר, נפתחה חקירת מצ"ח. בעקבות חקירה זו משופעים אנו בגרסותיהם של כל המעורבים בסמיכות לאירוע. במובן זה איפוא, לא נשללה מהתובעים ראייה כל שהיא. באמתחותיהם היו מצויות כל ההודעות והגרסאות של הנתבעים במשך שבע שנים. להליך כיום על נתבעת 2, דורש לא מעט תעוזה.

הנזק הראייתי מתבטא לא רק בתיעוד הכתוב, אלא גם, ואולי בעיקר, במקרה זה, במסירת עדות בעל פה לפני בית המשפט ובכך שהעדים אשר יתייצבו בבית המשפט למתן עדות יזכרו עד כמה שניתן את אשר התרחש בפועל. כך, יוכל בית המשפט להתרשם מהעדות באופן בלתי אמצעי ולא יסמך את התרשמותו ויסיק את מסקנותיו רק על סמך חומר ראייתי כתוב. הדברים האמורים מקבלים משנה תוקף, מקום בו הממצאים מושתתים על מהימנותם של העדים. המצב שנוצר במקרה זה באולם בית המשפט בעטיים של התובעים, היה במובן מסויים, די מבזה. החיילים אשר העידו, תזרו באופן לאקונוי על הודעותיהם אשר נגבו מהם לפני 10 שנים במצ"ח. איש מהם לא זכר במדויק את אשר התרחש. החיילים אשר היו בעת האירוע צעירים בימים שטרם מלאו להם שני עשורי שנים, הופיעו בבית המשפט אנשים מבוגרים (יחסית) בני כ- 30. הקצין אשר היה בן 36 בעת האירוע, העיד בהיותו בן 46, משוחרר זה מכבר משירות מילואים. כל החיילים העידו שבימים ההם ידווי אבנים היה דבר שבשיגרה והם היו מעורבים בעשרות ובמאות של אירועים בעת שירותם, אשר היה ברוב רובו ועיקרו בטיפול בהפרות סדר באינתיפדה. לא לפלא, איפוא, שהאירוע לא נחרט בזיכרונם. אפילו קוסייב אשר נשפט על המקרה, ועל אף נסיונו לזכור את אשר התרחש, לא יכל לעשות כן כדבעי. לעומתם, התובעים, הם אלו שבחרו בעיתוי של הגשת התביעה



בתי המשפט

תא 004350/97

6

בית משפט השלום בירושלים

לפני כבי' השופט דוד מינץ

ובחרו להגיש אותה בסוף תקופת ההתיישנות, כשיכלו על נקל לתעד את גרסתם ולהתכונן כראוי לתביעה במשך מספר שנים. האמת היא, שמגיעות לנתבעת 2 מלוא חופניים תשבחות על אשר הצליחה לאתר את כל החיילים אשר היו מעורבים באירוע, להחתימם על תצהירים ולהביאם לבית המשפט למתן עדות. לולא כן, מצבם של הנתבעים היה עוד יותר גרוע. לטעמי, התובעים גרמו למצב בלתי נסבל וגרמו לנתבעים נזק ראייתי עצום. על אף שהתביעה הוגשה עוד לפני תום תקופת ההתיישנות, הרי שהתובעים ניצלו את התקופה שלא בתום לב, שמא תוך תקווה שהנתבעים לא יוכלו להוכיח את הגנתם כדבעי. יש לזכור גם, כי צה"ל ממלא אלפי משימות ביממה. בדרך כלל אין לו תיעוד נשמר לגבי משימה, ולגבי היכן, ומתי ועל ידי מי המשימה מבוצעת. בחלוף הזמן, החיילים שהשתתפו בפעילות זו או אחרת, עוברים מיחידותיהם ומשתחררים משירות סדיר ומילואים. לעתים, יש לשער, אין בידי הצבא תיעוד כל שהוא על האירועים והפעילויות שמיוחסים להם על ידי תובע זה או אחר, והצבא לומד על קיומו של האירוע רק כאשר מוגשת התביעה בפועל. במובן זה, אין הצבא (והמדינה) בעל דין רגיל, לו נתונה הידיעה הבלתי אמצעית על הנעשה בחצריו. ככל שחולף הזמן, מלאכת האיתור נעשית קשה יותר. לעתים, יש להניח, מוצא עצמו הצבא חסר אונים מבלי יכולת לברר אודות האירוע הספציפי בגינו מוגשת התביעה. ברור שאין לקבוע מסמרות וכללים נוקשים מתי ייחשב השיהוי בהגשת התביעה כנגד הצבא כשימוש לרעה בהליכי משפט. דמו של הצבא אינו אדום יותר מדמו של כל בעל דין אחר. ברם, כל מקרה יימדד לפי נסיבותיו המיוחדות. במקרה של שיהוי ניכר בהגשת התביעה ללא כל הצדק או סיבה, בית המשפט עלול להסיק מכך שרצונו של התובע היה להכות בצבא "בבטן הרכה" שלו ולגרום לנזק ראייתי מכוון למדינה, אם ישתכנע ביהמ"ש כי רצונו של התובע היה לנצל את חולשתו של הצבא באיתור עדיו וראיותיו. במקרה זה, לא נשמע נימוק כל שהוא מדוע התובעים השתהו כה רבות בהגשת תביעתם ובבוא בית המשפט להסיק את מסקנותיו, יש לקחת עניין זה לידי חשבון.

נטל הראייה

משבאנו לכאן, יש לדון בנטל הראייה. התובעים טוענים כנגד הנתבעים, שהחיילים תקפו את האב ובנו. התקיפה הנטענת אינה תקיפה של מה בכך, אלא לפי התיאור המשתקף מכתב התביעה ומתצהירי התובעים, מעשה התעללות וסדזים של ממש. הלכה היא מקדמת דנן, כי הצד שעליו רובץ הנטל להוכיח עובדות המטילות על יריבו סטיגמה של ביצוע עבירה פלילית, חייב לעשות זאת באמצעות ראיות בעלות משקל רב וכבד יותר ממה שדרוש במשפטים אזרחיים רגילים (ע"א 475/81 זיקרי יעקב נ. כלל חב' לביטוח בע"מ, פד"י מ(1) 589). אף אלו אשר דוגלים בתורה שאין לסטות מההלכה שקיימות שתי רמות הוכחה בלבד - זו הקיימת במשפט פלילי וזו הקיימת במשפט אזרחי - עפ"י מאזן ההסתברות, טוענים, כי כמות הראיות שיהיה בה כדי לספק את



בתי המשפט

תא 004350/97

7

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

המידה הדרושה, משתנה לפי מהות הנושא (פס"ד של כב' השופט ברק כתוארו אז בפס"ד זיקרי, שם עמ' 605; ראה גם ע"א 954/93 חממה חגיבי נ. ברכה בן יוסף, פד"י נ(1) 417; ע"א 6138/93 הארגון למימוש האמנה על הביטחון נ. ברכה בן יונה, פד"י נ(1), 441). כמות הראיות נמדדת איפוא, לפי חומרתן של הטענות (ע"א 678/86 חסן חניפס נ. סהר חב' לביטוח, פד"י מג(4), 177). אין צריך לאמר איפוא, לנוכח הטחת הטענות הקשות של התובעים כנגד החיילים, שנדרשת מהתובעים רמה גבוהה מאוד של אמינות בגרסותיהם. אין צריך לאמר כי דבר זה מקבל משנה תוקף לנוכח הנזק הראייתי שגרמו התובעים לנתבעים כפי שפורט לעיל.

בלוקחי בחשבון איפוא, הן את הנזק הראייתי שנגרם לנתבעים ע"י התובעים והן את נטל הראייה הרובץ על שכמם אפנה מכאן לניתוח הראיות.

העובדות שביסוד טענת התובעים

כאמור לעיל, התובעים טוענים שהייתה קיימת הסכמה בין נכבדי הכפר לבין הקצין בדבר "שביתת נשק". שביתת נשק זו אף לשיטת התובעים לא הייתה מאוזנת. לפי הטענה, שהיא על פניה מוזרה ואפילו אבסורדית, הגיעו נכבדי הכפר להסכמה עם הקצין שאנשי הכפר ימנעו מהפרות סדר ומיידוי האבנים על הרכבת ועל כוחות הבטחון ואילו הצבא ימנע מלהכנס לכפר. טענה זו נטענה על יסוד עדותו הבלעדית של העד _____ עדוי (להלן: "עדוי"). עד זה אשר לא כיהן בזמן הרלוונטי ואף לא כיום בתפקיד בכפר, ניסה לשוות לעצמו תפקיד של "הכל יכול" ושל אדם אשר על פיו ישק כל דבר בכפר. לפי טענתו, הוא ניסה להרגיע את הרוחות אשר סערו בכפר לאחר הגעת הגייפ, אולם החיילים העידו שדווקא איש זה שילהב את הרוחות. הקצין אשר עימו הגיע עדוי להסכם כביכול, שלל את קיומו של ההסכם וטען שאף אם רצה להגיע לכלל הסכם כאמור, הוא לא יכל לעשות כן משום שהוא לא היה מוסמך להגיע להסכם שכזה. יתר על כן, הקצין העיד שעורק חייו של המאחז עבר דרך הכפר, דרכו הועברה כל האספקה. על כן עצם הטענה שהגיע להסכמה שלא יעברו כוחות צה"ל דרך הכפר משוללת עד ליסוד. עדותו של עדוי לא הייתה אמינה מהיבטים אחרים. בתצהירו טען שאחד החיילים ניסה להלביש את הבן בנשקו של החייל ובאופן האמור להציג מצג כאילו הבן מנסה לחטוף את הנשק. בצדק גיחכה ב"כ הנתבעים בסיכומיה על טענה זו, שכן עצם העלאת הטענה שבסיטואציה שבה החיילים היו נתונים בסכנת חיים, הם העלו על דעתם להלביש את נשקיהם על המתפרע המרכזי, באמת מגוחכת היא. עד זה גם ניסה לשוות למצב בכפר עובר להגעת הגייפ פסטורליה של ממש. תפקיד מנהיג הכפר שניסה העד לשוות לעצמו מתועד גם בתצהירו בו טען שאחד החיילים אף הורה לו להעלות את הבן על הגייפ. לא נמצא לטיעון זה תימוכין, לא בעדויות התובעים ולא בעדויות החיילים. סיכומו של דבר איפוא, לא



בתי המשפט

תא 004350/97

8

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

הוכחה כל הסכמה. אטעים ואומר שאף אם הייתה מוכחת הסכמה שכזו, הרי שקשה לי לראות הצדקה להפרות סדר, ליידוי אבנים ולהתפרעויות, אף אם הופרה ההסכמה על ידי הצבא.

טיעון נוסף בפי התובעים היה, שהכניסה של הגייפ הצה"לי לכפר הייתה פרובוקטיבית. טיעון זה במנותק מהנסיבות הספציפיות של המקרה, הינו טיעון משולל עד היסוד ואינו עומד בשום קנה מידה. תפקידו המוגדר והמוצהר של הצבא היה והינו להמצא בכל רגע נתון בכל אתר ואתר. על ידי כך הצבא שומר על הסדר הציבורי. העובדה שהמצאותו של הצבא בכפר לא הייתה ערבה לחיכם של תושבי הכפר אינה מעלה ואינה מורידה. יתר על כן, בצדק טענה ב"כ הנתבעים, שמתוך הוראות ההתנהגות בשטחים אשר צורפו לתצהירו של קוסייב, לא נלמד דבר אודות המנעות כניסת כוחות צה"ל למקומות מסויימים בעת חגים. אין בהוראות כל הגבלה בדבר התנועה של כוחות הביטחון בכל מקום ובכל שעה. לא הונחו בפני בית המשפט ראיות כלשהן אחרות הסותרות את ההוראות ולא ניתן לבסס על הבל פיו של עדוי בלבד, הנהגות או הסכמות שלא באו לידי ביטוי בחומר הכתוב והרשמי של הצבא.

התובעים ניסו גם להבנות מכך שקוסייב נשפט על עבירת משמעת "בכך שנכנס לכפר באופן בלתי מתואם עם הגורמים המתאימים בצה"ל" (סעיף 12 לכתב התביעה). ברם, מתוך העדויות אשר הושמעו בבית המשפט עלתה תמונה אחרת לגמרי. הכפר עצמו היה תחת אחריותו של גדוד מילואים אליו השתייך הקצין. לגדוד החרמ"ש אליו השתייכו החיילים, נמסרה גזרה אחרת, אולם ביום האירוע הגייפ של החיילים היה מוגדר כ"כוח תגובה חטיבתית". הגייפ נשלח בהוראת "מבצעים חטיבה" לברר מה פשר העשן המתמר מאיזור בית ג'אללה. איזור זה של בית ג'אללה ושל הציר המוביל לכפר, היה תחת אחריותו של גדוד החרמ"ש. על אף שלא התברר לי די היכן עבר גבול הגזרה בין שני הגדודים, נראה שגבול הגזרה בין גדוד המילואים לבין גדוד החרמ"ש, עבר במקום כל שהוא לפני פאתי הכפר. משהגיע הגייפ לאיזור הצמיגים הבווערים - איזור שהיה כנראה עדיין באחריות גדוד החרמ"ש (או לכל הפחות איזור שאליו הגיע הגייפ בהוראת החטיבה), החל להתפתח אירוע מתמשך ומתגלגל של זריקות אבנים ושל הפרות סדר. מסתבר שבאותו שלב קוסייב נטל על עצמו יוזמה ובהחלט באירוע. באותו שלב איפוא, נכנס הגייפ לגזרה אשר לא הייתה תחת אחריותו של הגדוד אליו השתייך. הואיל וכך, מפקד הגיזרה במקום - שהיה קצין המאחז, קיבל את פניו של הגייפ בהפתעה, שכן איש לא הודיע לקצין על כך שנכנס כוח זר לתוך גיזרתו. לאחר שהתחיל להתפתח האירוע והפרות הסדר גברו, סבר הקצין, ומסתבר שבצדק, שלא היה מקום שהגייפ יכנס ויטפל באירוע ללא תיאום מראש עימו כמפקד הבכיר באיזור. בשל כך **בלבד** נשפט קוסייב. כך גם מופיע בטופס 630 - נספח מס' 4 לתצהירו. קוסייב לא נשפט על התנהגותו בתוך הכפר ולא ניתן ללמוד ממשפטו המשמעותי מאומה על התנהגותו כאמור.



בתי המשפט

תא 004350/97

9

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

עובדה נוספת אשר נטענה ע"י התובעים ושהייתה ביסודות תביעתם היא שהחיילים התנכלו לבן בהיותו מוכר להם כמפר סדר בעל עבר ובהיות האב ובנו משתייכים למשפחה אשר אחד מבניה נהרג בעקבות אירוע אחר באינתפדה. טענה זו הוכחה כלא נכונה בעליל, שכן הסתבר על פי עדויותיהם של כל החיילים, שלא זו בלבד שלא ידעו על כך שהמשפחה שכלה את אחד מבניה ושהבן עצמו ישב בעברו כ- 3 חודשים במעצר מנהלי, אלא שבזמן האירועים האמורים, כלל לא היו בגזרה. על פי עדותו של הבן, הוא היה במעצר מנהלי של שלושה חודשים בחודשים ספטמבר - נובמבר 1989 (פרוטוקול עמ' 23) ואילו לפי קוסייב, היחידה כולה לא הגיע אל איזור בית לחם אלא בחודש 9/89 (עמ' 65 לפרוטוקול). חברו לגייפ _____ ששון אף טען כי היחידה הגיע לאיזור בחודשים 10-11/89- (עמ' 62 לפרוטוקול). החיילים לא ידעו ולא יכלו לדעת איפוא, שהבן היה במעצר מנהלי ווודאי שידם לא היתה במעצר כפי שטען האב בתצהירו - נ/5. קל וחומר הוא שלא אלו החיילים אשר הרגו את בנו הנוסף של האב, וטענותיו בעניין זה היו דמיוניות.

משכל העובדות שנטענו מסביב לאירוע ע"י התובעים, הוכחו כלא נכונות, נותר לדון איפוא, אך על התנהגות החיילים בתוך הכפר ובשאלת גרסתו של מי תיגבר.

פסק הדין המרשיע במשפטו של הבן

ייאמר, כי לו התובעים היו מודים בכך שהם אלו אשר היו אחראים על הפרות הסדר, ואילו החיילים על אף העובדה האמורה, התנהגו כלפיהם בכוח בלתי סביר והיכו אותם ללא צורך, ההכרעה הייתה קשה יותר. ברם, משבחרו התובעים להתכחש באופן כליל להפרות הסדר שגרמו וציירו כאמור תמונה שלווה ופסטורלית להפליא, ההכרעה היא קלה יותר. בצירוף לתצהירו של קוסייב, צורף כל תיקו האישי של הבן במשטרה הצבאית (נספחים 3 לתצהיר). בתוך תיק זה נלמד שהבן הובא לבית המעצר ביום האירוע, עבר בדיקה רפואית, ונמצא כשיר להקלט במעצר (נספח 3ב'). הדעת נותנת שאם הוכה ונחבל הבן כפי שתואר על ידו, הוא לא היה נמצא כשיר להכנס לבית המעצר. כנגד הבן ניתנה פקודת מעצר ל- 96 שעות (נספח 3ה'), מעצרו הוארך (נספח 3ז') וניתן כנגדו צו מעצר עד תום ההליכים (3ח'). באותו דיון, הבן היה מיוצג ע"י עורך דין, דבר אשר אישר הבן בעדותו. באותו שלב הכחיש הבן את המיוחס לו. בשלב הראשון של הדיונים ובחומר אשר הוגש כראייה לבית המשפט במסגרת תיק המוצגים, צורפה רק הפקודה המורה על מאסר אשר הושת על הבן בעקבות האירוע. כפי שמופיע בנספחים (3ט' - 3יב') הבן נשפט ונמצא אשם בהפרות סדר והוטלו עליו 5 חודשי מאסר בפועל וקנס כספי של 500 שקלים. הבן אישר בעדותו את כל הליך השפיטה אשר עבר (עמ' 24 לפרוטוקול) וזאת על אף שטען - באופן סתמי, שלא נתנו לו להתגונן



בתי המשפט

תא 004350/97

10

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

כלל במשפטו וגזר הדין היה מוכן קודם לכן מבעוד מועד (עמוד 27 לפרוטוקול). רק לאחר מכן במרוצת שמיעת ההוכחות הוגשה ההשלמה לתיק בית המשפט הצבאי (נ/8). מתוך תיק בית המשפט הצבאי, מסתבר שביום 24.5.90 הנאשם כפר בעובדות כתב האישום אשר יוחסו לו ועניינו נקבע להוכחות ליום 1.7.90. ברם, התקיים דיון לפני אותו מועד וביום 7.6.90 הן בחר לחזור בו מכפירתו והוא הורשע בדינו. מסתבר כי הודאת הן במיוחס לו הייתה פרי הסדר טיעון בו הן ביקש מבית המשפט לכבד את ההסדר ולגזור עליו את העונש אשר בסופו של דבר הושת עליו בפועל.

לנוכח הגשתו המאוחרת של תיק בית המשפט הצבאי במסגרת שמיעת פרשת ההגנה, קבעתי ביום 12.3.00 כי תנתן לבן הזכות לשוב לדוכן העדים על מנת להגיב על תוכנו של התיק. בהתאם לכך, ביום 23.3.00 התקיימה ישיבה מיוחדת בה הושמעה השלמת עדותו של הן וב"כ הצדדים השלימו אף את סיכומיהם בעניין קבילותה של הראייה (נ/8). בעדותו מסר הן, שבעת הדיון שהתקיים בעניינו בבית המשפט הצבאי היו נוכחים מספר רב של מתדיינים והוא לא הבין כלל מה שהתרחש משום שלא נכח מתורגמן בעת הדיון. ב"כ התובעים השתיתה את סיכומיה על שני טיעונים מרכזיים לפיהם לדעתה לא ניתן להסתמך על הכרעת הדין האמורה, שכן אין המדובר בפסק דין מרשיע במשפט פלילי כמשמעותו בסעיף 42א' לפקודת הראיות (נסח חדש) תשל"א -1971 (להלן: "הפקודה"), הואיל ופסק הדין ניתן בבית משפט צבאי באזור יהודה ושומרון. בנוסף לכך נטען, שנפל פגם מהותי בהליך הואיל ולא נכח מתורגמן באולם בית המשפט והבן לא היה מיוצג ע"י סניגור.

באשר לטענה הראשונה, ב"כ התובעים טוענת, שסעיף 42א' לפקודה מתייחס לפסק דין חלוט במשפט פלילי שהתקיים בישראל ולא במדינה זרה. לפי הטענה, בית המשפט הצבאי בחברון שכוון לפי צו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378) תשל"א -1970 (להלן: "הצו") הנו בית משפט במדינה זרה, ועל כן פסק הדין אינו קביל כראייה במשפט זה. ב"כ התובעים תמכה את יתדותיה בעניין זה על פסק דינו של השופט אלוני בבר"ע (ת"א) 10503/85 **עומר עלי עומר, אלהדד ואח' נ. וג'יה מחפול לאוי**, פד"י תשמ"ג, 170, בו נקבע שפסק דין שניתן על ידי בית המשפט המקומי בבית לחם אינו פסק דין במשפט פלילי עליו ניתן להסתמך לפי סעיף 42א' לפקודה. ואמנם, אין ספק שבית המשפט המקומי בבית לחם, מהווה בית משפט זר, הוא פועל מחוץ לגבולות המדינה וחוקי המדינה אינם חלים עליו. ברם שונה הדבר במקרה זה.

בבסיס סעיף 42א' לפקודה מונח כלל ההשתק. השימוש בפסק דין פלילי בהליך אזרחי הינו כפול. כראייה מצד אחד, וכמעשה בית דין מצד שני (ע"א 581/72 **יוסף ארביב נ. מדינת ישראל**, פד"י



בתי המשפט

תא 004350/97

11

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מייץ

כז(2)513). ההגיון הטמון בהוראה הוא, שפסק הדין המרשיע מוכשר כראיה בהליך האזרחי משום שההרשעה בפלילים נשענת על ראיות שהוכחו מעבר לכל ספק סביר שעה שבהליך אזרחי נדרשת הכרעה אך על יסוד מאזן ההסתברויות (ע"א 269/82 רחל הלמן נ. דוד כרמי ואח', פד"י מא(4)1). בדרך זו, לא מקופחת זכותו של בעל הדין כנגדו ניתן פסק הדין המרשיע, שכן משהוכחה אשמתו לפי דיני הראיות המחמירים יותר במשפט הפלילי, "אשמה" זו לוודאי הייתה מוכחת לפי הכללים המקילים יותר במשפט האזרחי. מצד אחד איפוא, ההסתמכות על פסק הדין הפלילי חוסכת זמן יקר מבית המשפט, אולם מאידך זכויות הצדדים אינן מקופחות (ראה ע"א 581/72 בעניין ארביב וכן ע"א 79/72 האפוטרופוס לנכסי נפקדים ממנהל מקרקעי ישראל ירושלים נ. יצחק יעקב ואח', פד"י כז(1), 768).

ההלכה היא, כי פסק הדין הפלילי, יכול להיות של כל ערכאה מוסמכת שהכריעה בפלוגתא שבתחום סמכותה, גם אם אין הערכאה נמנית על מערכת בתי המשפט הכללית. בדרך זו נקבע למשל, כי פסק דין מרשיע של בית הדין לעבודה (לפי תקנה 89 לתקנות הבטיחות בעבודה) משמש פסק דין מרשיע עליו ניתן להסתמך במשפט אזרחי (ראה ת"א (תל-אביב) 2774/80 יוסף פלאח נ. בנימין ברבי, תקדין-מחוזי, כרך 91(3) תשנ"א/תשנ"ב - 1991, 367). עקרונית הפסיקה פירשה את סעיף 42א' באופן שניתן להסתמך על פסק דינה של ערכאה שיפוטית, ובלבד שאלו אינן נמנות על החריגים שבסיפא של הסעיף האמור, שהערכאה אינה בית דין צבאי לעבירות תנועה או שפסק הדין אינו של בית משפט עירוני שפסקו ניתן מאת שופט שאינו שופט של בית משפט שלום. מכלל לאו אפוא, אתה שומע הן. היטיב להסביר זאת בית המשפט בעניין ת"א (בת-ים) 89/88, כילוב איתן נ. צאלח עאשור דגמש, פד"י תש"ן(ב) 39, כי כוונת המחוקק הייתה לסייג את תחולת סעיף 42א' לפקודה רק לגבי בתי משפט שבהם הדיינים הם שופטים מקצועיים או לפחות משפטנים. כוונה זו שביסוד סעיף 42א' (ב) (התחולה מסוייגת) מתבטאת, בעיקרה, בכריכתן יחדיו של שתי ערכאות שבהן הדיינים לא היו בהכרח משפטנים. באותו פסק דין בית המשפט התייחס לפסק דינו של בית משפט צבאי ברמאללה כפסק דין מרשיע עליו השתית את ממצאיו, ואף קבע ששונה פסק דין שניתן בבית משפט צבאי ישראלי ברמאללה לבית משפט מקומי עליו נסב הדיון במסגרת בר"ע 10503/85 בעניין אלהדד. הטעם לכך הוא, שהדין שמכוחו ניתן פסק דין בבית המשפט הצבאי הישראלי הוא דין ישראלי ולא דין זר כפי המקרה הנדון בעניין אלהדד (ראה גם קדמי, על הראיות מהדורה משולבת מעודכנת, 1997, חלק ג' עמ' 1150).

זאת ועוד, כבר בפסק הדין בע"א 581/72 בעניין ארביב, נאמר, כי במישור האזרחי, השתק הפלוגתא הפסוקה חל מקום בו פסקי הדין שניתנו, ניתנו על בסיס דיני ראיות דומים בעקרם. אף השופט אלוני בבר"ע (ת"א) 10503/85 בעניין אלהדד הטעים, כי ההגיון הטמון ביישומו של סעיף



בתי המשפט

תא 004350/97

12

בית משפט השלום בירושלים

לפני כבי השופט דוד מינץ

42א' לפקודה הינו, שעל פסק הדין הפלילי להיות פסק דין שניתן על ידי בית משפט ישראל, הנשלט על ידי אותם הדינים, לרבות דיני הראיות השולטים על הדיון בבית המשפט האזרחי (שם עמ' 172). הפסול בהסתמכות על פסק דין של בית משפט מקומי ביהודה שומרון, לפי דעת השופט אלוני היינו בכך, שלבית המשפט האזרחי אין את הסמכות לבדוק "בציציותיו" של פסק הדין. לא כן במקרה זה. עיון בצו מגלה, שבית המשפט הצבאי דן לפי דיני הראיות והכללים הנהוגים בבתי דין צבאיים הדנים חיילים (סעיף 9 לצו) ואין מחלוקת שבית דין צבאי (רגיל) הינו בית משפט כמשמעו בסעיף 42א' לפקודה אף אליבא דעת ב"כ התובעים בטעוניה. לא זו בלבד איפוא, שבית המשפט הצבאי אינו בית משפט "זר" הדן על פי המשפט הזר, אלא הוא מכיל על פי הדינים החלים עליו, אף את הכללים ודיני הראיות הישראליים. לדידי איפוא, אין ספק שפסק הדין שניתן בענייניו של הבן בבית המשפט הצבאי הוא פסק דין מרשיע במשפט פלילי שהינו קביל במשפט זה ושהוא כולל בחובו את עובדות כתב האישום בהן הודה הבן כחלק בלתי נפרד מהממצאים שבפסק הדין (ראה ע"א 71/85 אריה, חברה לביטוח בע"מ נ. סילביה בוחבוט ואח', פד"י מא(4), 328).

ובאשר לטענה השנייה, והיא העדרו של מתורגמן מהדיון במסגרתו הודה הבן במיוחס לו. בעניין זה, תומכת ב"כ התובעים את יתדותיה בסעיף 12 לצו, בו נקבע כי אם הנאשם "אינו שומע" עברית ימנה בית המשפט הצבאי מתרגם על מנת לתרגם לו את הנאמר במהלך הדיון ואת החלטות בית המשפט. העדרו של המתורגמן בדיון, פוגם לפי הטענה בהליך כולו.

מעשה הרשות המנהלית ובכלל זה בית המשפט הצבאי מוגנים בדרך כלל ע"י "חוקת החוקיות". החזקה היא שהחלטות המנהל ניתנות כדין. לפיכך מי שטוען שהחלטה ניתנה שלא כדין עליו נטל הראייה (בג"צ 5621/96 מיכה הרמן נ. השר לענייני דתות, פד"י נא(5) 791; בג"צ 4733/94 פרופ' יהודית נאות נ. מועצת עיריית חיפה, פד"י מט(5) עמ' 111). על הטוען לסתירת החזקה, להשתית את טענתו על עובדות מוכחות (רע"פ 1088/86 סברי חסן מחמוד נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה בגליל המזרחי, פד"י מד(2), 417). יתר על כן, חזקת החוקיות עשויה להוסיף משקל עם הזמן. לאחר שנים רבות יהיה לה משקל רב. ככל שחולף הזמן, יקשה יותר ויותר לסתור אותה (בג"צ 4146/95 עזבון המנוחה לילי דנקר ז"ל ואח' נ. מנהל רשות העתיקות, תקדין-עליון, 98(3) 576). במקרה זה ב"כ התובעים מבקשת מבית המשפט זה לפסול את כל ההליך השיפוטי שהתנהל בבית המשפט הצבאי בהבל פיו של הבן. לא הונחה לפני ראייה פוזטיבית שלא היה נוכח מתורגמן בדיון, העובדה שבהליך של מעצרו של הבן עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו (נספח ח' לתצהיר קוסייב), ישנו מקום בטופס בו נרשם שמו של המתורגמן, אינה מלמדת שלא היה מתורגמן בדיון שהתקיים לאחר מכן, רק בשל העובדה שאין מקום מיוחד בדף הפרוטוקול לרשום את התייצבותו ושמו של המתורגמן שנכח בדיון. לדעת ב"כ התובעים, במטה קסם ניתן לבטל את כל ההליך



בתי המשפט

תא 004350/97

13

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

השיפוטי שהתנהל בעבר אגב הליך זה, רק בשל טענתו של הבן שלא היה מתורגמן בעת הדיון זאת בה בשעה שהבן הגיע לכלל הסדר טיעון עם התובע, דברי שני הצדדים נרשמו בפרוטוקול והבן אף ריצה את עונשו כמוסכם וכפי שהושת עליו. במקרה זה, לא זו בלבד שהחלטה המנהלית עומדת בחזקת כשרותה, אלא שבחלוף הזמן, אף אם ניתן היה להעלות על הדעת שההליך השיפוטי נעשה שלא כהלכה, הרי שהנזק הראייתי שנגרם לנתבעים בהגשת התביעה במועד כה מאוחר, עומד לרועץ לתובעים לטעון דבר בניגוד למה שנטען בשעתו במסגרת ההליך השיפוטי הצבאי. בנוסף, לטעמי, לא ניתן להתעלם באופן כה גורף מהדברים שנאמרו ע"י הבן באותו דיון וממכלול הנסיבות האופפות את המקרה. עובדה היא, שהבן ריצה מאסר בפועל של 5 חודשים ושילם את הקנס אשר הושת עליו. עובדות אלו מצביעות על כך שהבן נטל על עצמו את האחריות בגין מעשיו.

כמו כן, לא מצאתי מקום בצו או בדיון כלשהו המורה על פסלות ההליך בשל העדרו של סניגור. דוחה אני איפוא גם טענה זו.

מכאן איפוא, ניתן לקבוע בנקל שהבן השתתף בהפרות סדר בניגוד מוחלט להודעתו במצ"ח ולעדונו לפני. ברור כי קביעה זו עומדת גם בסתירה קוטבית לטיעוניהם ולגרסותיהם של התובעים ושל עדיהם. אטעים ואומר, כי עצם העלאת הטענה שכל מה שביקשו החיילים היה אך להתעולל באנשי הכפר ושהם בדו מליבם את הסיפור של המצאותם של הצמיגים והסלעים הזרועים על הכביש, ידויי האבנים וההתפרעויות הקשות - דמיונית בעיניי. השאלה, לטעמי, שהיה ראוי לדון בה, הייתה - האם בכל זאת החיילים השתמשו במידה סבירה של כוח בפיזור ההתקהלות.

השימוש בכוח על ידי החיילים

למעשה פטור אני מלדון בשאלה האמורה, שכן מששללו התובעים ועדיהם את השתתפותם בהפרות הסדר, הם אינם ראויים לאמונו של בית המשפט ואין לי אלא לאמץ את גרסתם של החיילים. אך מבחינת למעלה מן הצריך אבהיר, כי נחה דעתי שהחיילים התנהגו כיאות בנסיבות שנוצרו.

יש לזכור, כי מדובר בכוח צה"ל שתפקידו, על פי הגדרתו, הוא לטפל בהפרות סדר ובהתקהלויות אסורות וזאת בתקופה סוערת של האינתיפדה. כוחות הצבא נתונים, והיו נתונים בעת אירועי האינתיפדה ביתר שאת, בסכנות שונות ומשונות ויש צורך לבחון את מעשה החיילים לפי נתוני הזמן, המקום והאירוע הספציפי ולבדוק את התנהגות החיילים לפי מכלול הנתונים, האילוצים והסכנות שבהם היו נתונים. המבחן, אינו התנהגותו של האדם הסביר או אפילו החייל הסביר בעת



בתי המשפט

תא 004350/97

14

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

רגיעה, אלא יש לבחון התנהגות זאת לנוכח האירועים עצמם והסכנות המתחלפות מרגע לרגע. לא תמיד ניתן לבחון את התנהגות החיילים שרואים עצמם נתונים בסכנת חיים באמות מידה של רוגע או של "חוכמה של לאחר מעשה" (ע"א 751/68 חמאמה רעד ואח' נ. מדינת ישראל, פד"י כה(1) 197). סבירות המעשים של החיילים נבחנת אמנם לפי אמות מידה אובייקטיביות, אך הנתונים המשמשים לצורך המבחן, הם אלו שנפרשו לפני הנוגע בדבר בשעת המעשה ולא אלו שנתבררו לאחר מכן (ע"פ 486/88 סמ"ר דוד אנקונינה נ. התובע הצבאי הראשי, פד"י מד(2) 353; ת"א (ירושלים) 1375/96 מנאל נ. מדינת ישראל, תקדין מחוזי 199(1), 3197). קשה עד למאוד לבית המשפט "לשים עצמו" בתוככי הגייפ ובתוככי הכפר העויין עת נזרקות על הגייפ אבנים וסלעים וסובב אותו קהל מתפרע. האם ניתן בכלל להעלות על הדעת "מעצר שקט" בנסיבות שכאלה? האם ניתן לצפות שהחיילים יתנהגו עם הסובבים אותם בכפפות של משי? האם אמות המידה הרגילות של ביצוע מעצרים נוגע כלל לעניין בנסיבות שכאלו? האם בית המשפט יכול להעביר תחת שבת ביקורתו את מעשה החיילים כשנתונים היו בסכנת חיים? האם אווירת המשפט - אוירה שקטה ונינוחה בתוככי אולם בית המשפט יכול להוות כלל אוירה מתאימה כדי להתחקות אחר מעשיהם של החיילים? ברור הוא, כי יש ליתן מענה על השאלות האמורות ולא ניתן להותירן מיותמות ממענה. ברם, במקרה זה קל להשיב על השאלות, שכן נחה דעתי שתיאוריהם של התובעים היו מופרזים והקשר בינם לבין האמת היה מקרי לחלוטין.

ועוד זאת, בל נשכח את חומרתם של המעשים בהם הורשע הבן. נכון, כי אירועי האינתיפדה היו משופעים בידוי אבנים, אולם אין בכך כדי להוות נסיבה לקולה ולהקהות את חומרתן של העבירות. "סיטונאות" של ביצוע העבירות, אינה מגמדת את חומרתן, אלא היא מגבירה אותן. בית המשפט נתן את דעתו אין ספור פעמים על חומרתם של המעשים בהם הורשע הבן ואין צורך להרחיב על כך את הדיבור (ראה רק למשל בש"פ 162/95 מדינת ישראל נ. גורפין, תקדין-עליון 195(1) 115).

ומכאן אפנה לעדויות התובעים עצמן.

עדויות התובעים

כאמור לעיל, התובעים נסמכו על תצהיריהם, על תצהיריהם מטעם שניים אחרים אשר השתתפו באירוע ועל תצהירו של עדוי אשר הינו שכן של התובעים כאמור. ראשית אדון בעדות האב.



בתי המשפט

תא 004350/97

15

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

האב משופע בעדויות. קיימת הודעתו במשטרה מיום 28.4.90 (נ/1); קיימת הודעתו במצ"ח מיום 18.6.90 (נ/3); קיים "תצהירו" מיום 29.4.90 אשר נחתם בפני עו"ד מוחמד מוסלם (נ/5) וקיימת עדותו כפי שנמסרה בבית המשפט. הצד השווה שבכל העדויות הוא, שהאב טוען שהוכה קשות ע"י החיילים. האב אינו מזכיר ולו ברמז שניסה למנוע את מעצרו של בנו. בעדותו במשטרה (נ/1) טען האב, כי החיילים הורו לו לעלות לגיפ. בניגוד לאמור, בתצהירו שהוגש לבית המשפט טען האב שהוא זה אשר ביקש לעלות לגיפ ולא נתנו לו, ואילו בתצהירו נ/5 טען שביקש לעלות לגיפ והדבר ניתן לו ללא כל בעיה. בעדותו במשטרה טען שהחיילים עזבוהו ליד המאחז. בתצהירו הוא טען כי נשאר בגיפ. בעדות במשטרה הוא טען שהרביצו לו במאחז, אולם בתצהיר אין איזכור שכזה.

לא זו בלבד, איפוא, שעדותו של האב סותרת את עצמה מניה וביה, אלא שברור מתוך עיון בעדותו במשטרה שהוא ניסה להאדיר את חלקם של החיילים בפרוץ הפרעות ולהמעיט את חלקו. עובדה היא שגם בעדותו במשטרה, גם בעדותו במצ"ח (נ/3) וגם בתצהירו נ/5 טען שהיו שבעה או שמונה חיילים. בפועל הוכח למעלה מכל ספק שהיו אך חמישה חיילים בתוך הגיפ. בעדותו במצ"ח (נ/3) ובתצהירו (נ/5) טען האב בעקשנות (פעמיים בנ/5) שהחיילים במקרה דנן היו אותם חיילים שעצרו את הבן בפעם הקודמת בה נעצר. ברם הוכח למעלה מכל ספק שהחיילים לא ידעו כלל על קיומו של הבן עובר לאירוע, שכן הם לא היו כלל באותה גזרה כאמור. האב אף הגדיל לעשות וטען בנ/5 שאלו הם החיילים אשר הרגו את בנו השני. גילויי ההפרזה של האב שזורים בכל הודעותיו. בעדותו במצ"ח טען שהחיילים היכו אותו עם ג'ק בצווארו! בתצהירו לפני עו"ד מוסלם טען כי החיילים ירו לכל עבר ואף אספו את הקליעים! ברור שטיעון זה אינו עומד בשום קנה מידה סביר ולא ניתן להעלות על הדעת שבאמצע התופת בה נמצאו החיילים, הם ידאגו לאסוף את קליעי הירי לבל יותירו אחריהם ראיות מפלילות. האב העיד כי החיילים השתמשו בגז "כנגד כולם" (גם בעדותו במצ"ח וגם בתצהירו שבו אף הטעים כי הם "ריססו" גז מסביב לאשתו ממיכל שהיה ברשותם). גם דבר זה משולל עד היסוד, שכן לא זו בלבד שהטווחים שהיו בין הצדדים היריבים, היו טווחי "אפס", אלא שלא היו ברשות החיילים מיכלי גז אישיים. בתצהירו (נ/5) טען האב שהוכה בנוכחות הקצין, אולם הקצין לא אישר זאת. על מנת להשחיר את פני החיילים טען גם בתצהירו בבית המשפט כי כל הדרך היכו אותו ובעדויותיו הנוספות טען כי החיילים היכו את "כולם". הגדיל לעשות האב והכין "אליבי" מראש וטען כי העדות שניתנה על ידו במצ"ח לא היתה מדויקת והוא סתם חתם עליה. במסגרת זו יוטעם גם, שצודקת ב"כ הנתבעים שהאב אישר בעדותו שהוא הראה לקצין שהוא נפגע ברגל ימין (עמ' 28 לפרוטוקול) ואף תיעד את הפגיעה ברגל ימין בתצלום (נ/6). ברם, בתעודה הרפואית אשר הוגשה לאישוש טענתו (ת/2) כתוב שהוא נפגע ברגל שמאל.



בתי המשפט

תא 004350/97

16

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

התמונה המשתקפת מכלל עדותו של האב הינה, איפוא, חוסר מהימנות. לאב היה די והותר זמן להתכונן למשפטו (כמעט 10 שנים!), ומשבחר להגיש את תביעתו באיחור כה גדול ומשמעותי, לא ניתן להתייחס אליו באותה מידה של סלחנות שיש להתייחס לחוסר הזיכרון של העדים מטעם הנתבעים. לטעמי העובדה שהאב הראה את רגל ימין ואף צילמה, אינו דבר של מה בכך כדברי ב"כ התובעים בסיכומיה. על המגיש תביעה לאחר תקופה כה ארוכה תוך נסיון לזכות ביתרונות מעל פני יריבו, לדקדק בעדותו.

ומכאן לעדותו של הבן.

הבן העיד, כי בנובמבר 1989 היה נתון במעצר מנהלי, דבר המוכיח שזהותו לא היתה ידועה לחיילים עובר לאירוע. אף עד זה שיווה, כאמור, ליום החג עובר לכניסת הגייפ לכפר, אוירה שלווה ושקטה. ברם, בעדותו הוא "לא זכר אם התנגד למעצר" (עמ' 24 לפרוטוקול) דבר שבנסיבות העניין מוזר ביותר. מתוך תצהירו של הבן בבית המשפט, עלה שהוא לא נלקח ע"י החיילים בגייפ שלהם לממשל אלא הועבר לאחר מכן לגייפ אחר בו ישב איש אחר מכפר חוסן (סעיף 13 לתצהירו). בעניין זה אף החיילים היו מפולגים בניהם. החיילים _____ שפיר, _____ ברגר _____ אגאי העידו כדעת הבן ואילו קוסייב _____ ששון לא הזכירו דבר זה כלל. על כל פנים, הבן הכחיש שנטל כל חלק ביידוי האבנים וזאת הן בעדותו במצ"ח (4/נ) והן בעדותו בבית המשפט. לנוכח הודאתו במיחוס לו בבית המשפט הצבאי, אין לקבל גם עדותו זו של הבן.

עדותו של _____ חליל, אשר הינו בן נוסף של האב, עלתה גם היא בקנה אחד עם עדות אחיו במובן זה שהוא טען בתוקף שלא זרק אבנים על כוחות צה"ל. אף עד זה סידר את עדותו בהתאם לאינטרסים שלו. על מנת להוכיח את הטענה שלא היה לחיילים עניין להכנס דרך השביל ההררי, טען שהם יכלו להגיע אל הכפר או אל המאחז הצבאי בדרך **קצרה יותר** דרך יד קנדי (עמ' 2 לפרוטוקול). על פניה עדות זו אינה עולה בקנה אחד עם מכלול הראיות אשר הוגשו. נלמד, כי הנסיעה דרך יד קנדי לירושלים היתה נסיעה ארוכה ועקיפה ביותר. העד אף אמר, כי גם בעת האירוע לא היו זריקות אבנים. במסגרת זו יצויין, שעדי התובעים לא היו תמימי דעים עם הטענה שהכאת נשים באינתיפדה, היה דבר חריג. עד זה למשל (עמ' 9 לפרוטוקול) טען שהעניין היה דבר חריג. אף חברו מר עדי טען כי היה בכך דבר חריג (עמ' 19 לפרוטוקול). אף _____ אבו חסן, עד נוסף מטעם התובעים, טען כי היה בהכאת הנשים דבר חריג (עמ' 12 לפרוטוקול). ברם, האב ובנו טענו שגם הכאת נשים הייתה דבר שבשיגרה. מכל מקום, אין צריך לאמר שעד זה נגוע בחוסר אובייקטיביות בהיותו קרוב מדרגה ראשונה לשני התובעים והוא לא הוסיף דבר על עדות אביו ואחיו.



בתי המשפט

תא 004350/97

17

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

העד הנוסף _____ אבו חסן שאף הוא קרוב (רחוק) של התובעים (עמ' 10 לפרוטוקול) טען שהיה עם הבן כל העת והלה לא זרק אבנים (עמ' 12 לפרוטוקול). אף עד זה לא הוסיף מאומה על עדותם של התובעים.

לסיכום, איפוא, ניתן לאמר שעדויותיהם ותצהיריהם של התובעים ועדיהם תואמו מראש, והעדים הנוספים, לא זו בלבד שלא ריפאו את הפגמים שנפלו בעדויות התובעים, אלא הוסיפו אי בהירות נוספת.

בפי ב"כ התובעים בסיכומיה היה הסבר לאי הדיוקים הקיימים בין גירסותיהם השונות של התובעים והוא, שהשינויים נובעים מכך שהעדויות נגבו בעברית ולא תורגמו לתובעים לערבית כהלכה. אם נכונה טענה זו, מדוע התובעים בתצהיריהם לא הצביעו מראש על השינויים למניהם ומדוע המתינו לחשיפתם רק בבית המשפט. כמו כן, האב אישר שתצהירו (נ/5) נגבה ממנו לאחר שהוא תורגם לפניו מעברית לערבית והוא אישר את התירגום ואת התוכן. דווקא בתצהיר זה (נ/5) קיימות מרבית ההפרזות וההגזמות. שולל אני איפוא, טיעון זה.

ובאשר לתיעוד הרפואי. התובעים נסמכים אך על כך שהאב והעד _____ הגיעו לבית חולים מוקסאד והוגשה גם תעודה רפואית אשר תעתיק מודפס ממנה הוגש אף הוא כראייה (ת/1; ת/2). לא ניתן ללמוד מתיעוד זה מאומה לגבי הגורם לפגיעות הגוף המתועדות במסמך. לא ניתן לסתור על פניהם את הממצאים הרפואיים, אך משהאב הודה בפה מלא כי ניסה למנוע מבעד החיילים לעצור את בנו, יש יותר מרגליים לסברה כי אף נחבל בעת נסיונותיו. צודקת ב"כ הנתבעים בסיכומיה, שאין לאב להלין בעניין זה, אלא על עצמו.

כמו כן טענה ב"כ התובעים בסיכומיה, כי קיימת זהות בין גרסותיהם של האב ובנו ולא הייתה להם הזדמנות לתאם ביניהם את גרסותיהם. מכאן ביקשה ללמוד, שהתובעים דוברי אמת הם. ראשית יאמר, כי לא הוכח לפני כי לא הייתה לאב ובנו הזדמנות לתאם את גרסותיהם. שנית, העובדות הזהות שנטענו בהודעות האב ובנו במצ"ח לא היו עובדות שניתן להצביע עליהן כעובדות אשר דורשות תיאום. בבסיסו של דבר, שני התובעים טוענים שהוכו ע"י החיילים. עובדה זו כשלעצמה לא הייתה שנויה במחלוקת. השאלה מי יזם את המכות ובגין מה ניתנו היא זו אשר שנויה במחלוקת והתשובות הזהות אשר ניתנו ע"י האב והבן הן פועל יוצא מעצם החקירה ומהשאלות אשר נשאלו ע"י החוקרים.



בתי המשפט

תא 004350/97

18

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

בשולי הדברים אעיר, כי ב"כ התובעים טענה בסיכומיה כי ניתן ללמוד על האווירה הנינוחה ששררה בכפר מתוך עדותו של הקצין אשר העיד כי עובר לשמיעת קולות הירי, הכפר היה שקט. לי נידמה שאין ממש בטיעון זה. אמנם נכון כי עובר לכניסת הגייפ לכפר לא נשמעו קולות נפץ וירי ולא היו הפרעות סדר והתפרעויות. וכי לאיזה צורך היה מקום להתפרע ולעבר מי ניתן היה ליידות אבנים? ברור לכל בר דעת שהגייפ הוא זה שמשך את תשומת הלב ועצם המצאותו בפאתי הכפר הניע את ההתפרעויות ואת יידויי האבנים. באותה מידה ניתן היה לטעון שולא המצאותם של כוחות צה"ל בכלל באיזור, האינתיפדה כולה לא הייתה מתרחשת. שולל אני גם את טענת ב"כ התובעים בסיכומיה, שסיפור החיילים אינו סביר לנוכח העובדה שהצמיגים והאבנים שנמצאו על הדרך לפי שיטתם, נמצאו בכניסה הצדדית לכפר, כשלא הייתה כל סיבה שדווקא שם ימנעו התושבים את כניסת כוחות הביטחון לכפר. על כך יאמר, ראשית, כי לא ידוע אלו מחסומים היו גם בכניסה הראשית. שנית, מתוך מה שקרה בפועל אתה למד, שרצונם של בני הכפר היה למנוע את כניסת כוחות צה"ל אל הכפר באותו יום. יש להניח כהנחה סבירה, אם כי לא מוכחת, כי לו הגיע הגייפ מהכיוון האחר, היה זוכה לאותה קבלת פנים. את זאת לא נדע. ברם, אין בעובדה שהיה נסיון למנוע את כניסת הגייפ דרך הדרך הצדדית - דרך אשר נסעו בה לעיתים קרובות כוחות הבטחון ממילא, בכדי לשלול את גירסת החיילים. במסגרת זו אטעים, כי גם טענת ב"כ התובעים לפיה אין זה סביר שמשפחת התובעים שהינה משפחה משכילה תתלונן דווקא במקרה זה, הואיל והמשפחה עברה אירועים קשים יותר באינתיפדה ולא התלוננה לגביהם, אינה מקובלת עלי. נכון, תמים דעים אני עם ב"כ התובעים שאין מקום להטביע חותם שלילי על כל המשפחה, אלא על הבן בלבד. לא נטען כי כל המשפחה ובכלל זה האב, השתתפו בהפרות הסדר באותו יום. הבן הוא זה שנתפס כמיידה אבנים וניתן להבין במידה זו או אחרת את נסיונות האב למנוע את מעצר בנו. ככלות הכל מדובר באב אשר כבר שכל ילד אחד באירועי האינתיפדה וקל להבין את החרדה שאחזה בו כשעצרו בן נוסף. מנגד נראה, שדווקא במקרה זה ראתה המשפחה לנכון להתלונן מתוך ניצול הוויכוח שנוצר בין הקצין לבין קוסייב. לא ניתן לדעת גם, אם הוגשו תלונות נוספות ע"י המשפחה. על כל פנים אין בטיעון זה בכדי לקעקע את גירסת חיילי הסיור שלא פגעו באב ובנו לרעה למעט מה שנדרש מהם על מנת למלא את תפקידם כהלכה.

המנעות מלהביא עדים נוספים

טענה ב"כ הנתבעים, שמשמנעו התובעים להביא למתן עדות את הנשים אשר השתתפו באירוע יש לזקוף זאת לחובתם של התובעים. מנגד, טענה ב"כ התובעים, כי לא היה מקום להביא את האמא ואת הסבתא אשר הוכו באירוע ואף התיזו עליהם גז, שכן הסבתא הינה באה בימים כבת 100 שנה והאם לוקה בעיניה.



בתי המשפט

תא 004350/97

19

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

אמת, אי הבאתו של עד רלוונטי מעוררת מדרך הטבע את החשד כי יש דברים בגו וכי בעל הדין שנמנע מהבאתו, חושש מעדותו ומחשיפתו לחקירה שכנגד (ע"א 465/88 הבנק למימון ולסחר בע"מ נ. מתיתיהו, פד"י מה(4) 651; ע"א 2275/90 לימה חב' ישראלית לתעשיות נ. פרץ רוזנברג, פד"י מז(2) 605). לטעמי, יתכן והיה מקום להמנע מלהביא את הסבתא הישישה למתן עדות וספק בעיני אם הייתה מוסיפה דבר. ברם, משנתגלעה מחלוקת בין העדים - משני הצדדים-באשר לחלקן של הנשים באירוע ובאשר למשמעויות שיש ליתן לכך, נראה לי כי הייתה חובה על התובעים להצטייד בעדותה של האישה. ההמנעות מלהביא את העדות האמורה נזקפת, איפוא, לחובת התובעים - יתכן שעדותה הייתה תומכת בעדות החיילים ולפיכך ביקשה להמנע ממתן עדות הסותרת את השקפתה באשר לאירועים שהתרחשו, ובקשה שלא ליטול חלק בהטפלת הדברים על החיילים. את זאת לא נדע.

עדותו של הקצין

התובעים תלו רבות בקצין וייחסו לו לא מעט הסכמות, הגיגים ומחשבות אשר לא היו ולא נבראו. כאן המקום איפוא, להביא את עיקרי עדותו. ראשית יאמר, כי הקצין היה כמעט כפליים בגילו מגילם של החיילים. אין ספק שאיש בן ל"ו שנים, בוגר בנפשו יותר מהחיילים אשר אך עברו זמן קצר לפני כן את גילם הי"ח. כבר בעדותו במצ"ח, טען כי מטרתו הייתה להרגיע את הרוחות ולהרגיע את האב שלא יאונה כל רע לבנו. בעדותו בבית המשפט אמר הקצין מפורשות כי הוא ראה בהרגעת הרוחות את אחד מהתפקידים שלו (עמ' 43 לפרוטוקול). כבר בחקירת הקצין במצ"ח, הוא לא העביר ביקורת על החיילים באשר להתנהגותם כלפי האב ובנו, אלא כל טרונייתו הייתה בכך שהחיילים נכנסו לכפר ללא תיאום עימו. על טיעון זה חזר בעדותו בבית המשפט (עמ' 43 לפרוטוקול). בתצהירו, שלל הקצין מכל וכל את ההסכמה שהייתה כביכול עם נכבדי הכפר ולו מהטעם שכוחות צה"ל היו מחוייבים לעבור דרך הכפר על מנת ליתן את האספקה המגיעה למאחז שבפיקודו. בתצהירו אף הטעים, כי ההסכמה האמורה הייתה בלתי סבירה והייתה משבשת את החיים במקום. באותה מידה שלא הבטיח ולא הגיע להסכמה עם נכבדי הכפר לגבי הפסקת האלימות, טען גם שלא הבטיח לאב שיחזיר את בנו מהמעצר. בעדותו בבית המשפט אף מסר, כי לא יתכן שהבטיח להחזיר את הבן מהמעצר משום שלא הייתה לו את הסמכות לכך (עמ' 44 לפרוטוקול). גם בתצהירו וגם בחקירה במצ"ח טען הקצין שהבן לא התלונן על קבלת מכות לאחר שעלה לגיף אלא אך לפני כן. על גירסה זו חזר הקצין בעדותו ועמד מאחוריה (עמ' 44,45 לפרוטוקול). מכל מקום, הקצין אמר בלשון שאינה משתמעת לשני פנים, כי לא חשש לשלומו של הבן וכי יוכה ע"י החיילים וכל אשר אמר לאב היה אך כדי להרגיע את האב ותו לא (עמ' 45



בתי המשפט

תא 004350/97

20

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

לפרוטוקול). ואמת, לא זו בלבד שהקצין מילא תפקידו הצבאי בהרגעת הרוחות, אלא אף מילא אחר הבטחתו וניגש לממשל על מנת לברר **עבור האב** מה שלום בנו. גם בעניין ביקור זה, מסר הקצין שהוא לא חשש לשלום הבן (עמ' 44 לפרוטוקול). ממכלול עדותו של הקצין אתה למד איפוא, שכל הגירסה אשר הייתה בפי התובעים בעניין הקצין הייתה אך בבחינת - עורבא פרח - ובבחינת לא היה ולא נברא.

עדויות החיילים

כאמור לעיל, הנתבעים הצליחו להביא למתן עדות את כל חמשת החיילים שהיו בגייפ וגם את הקצין. כל החיילים שהיו בגייפ היו תמימי דעים בכך שבמקום כלשהו שניצב בדרכם בשביל ההררי נתקלו בערימת צמיגים. תיאורם של החיילים בעניין זה לא היה זהה, הן במרחק של הערימה מהכפר, הן בגודלה של הערימה והן במיקומה על השביל. קוסייב העיד במצ"ח כי הערימה היתה בסדר גודל של כ- 500 עד 600 צמיגים ובעדותו בבית המשפט טען שהיו כ- 600 צמיגים (עמ' 66 לפרוטוקול). ששון אשר היה נהג הסיור העיד במצ"ח, כי הייתה ערימה גדולה אך לא פירט מה גודלה של הערימה. בעדותו בבית המשפט הטעים ששון, כי מדובר במאות צמיגים (עמ' 57 לפרוטוקול). גם קוסייב וגם ששון העידו כי חלקם של הצמיגים היו על אם הדרך. אגאי, חייל נוסף בגייפ טען בחקירתו במצ"ח כי הייתה ערימה של צמיגים אך לא ציין את גודלה ושותפו מר שפירר אף הוא ציין בחקירתו במצ"ח כי הייתה ערימה אך לא ציין את גודלה. ברם, בבית המשפט ציין מר שפירר כי היו אך צמיגים בודדים (עמ' 73 לפרוטוקול). החייל האחרון בגייפ, ברגר טען במצ"ח כי היו כ- 150 צמיגים ובעדותו בבית המשפט ציין כי היו כ- 100 או 150 צמיגים (עמ' 48 לפרוטוקול). ניתן היה לסבור בעקבות אי הדיוקים האמורים, כי העדים תיאמו ביניהם את עדויותיהם מבלי משים בקשר לגודלה של ערימת הצמיגים. ברם, תפיסה זו נשללת לנוכח העובדה שבמרוצת עדותו של הקצין בבית המשפט, נזכר הוא שמכיוון בית ג'אללה היתמר עשן כלפי מעלה (עמ' 45 לפרוטוקול). עדות זו של הקצין ניתנה לראשונה רק בבית המשפט ואין ספק איפוא, שהוא לא תיאם אותה עם שאר החיילים. יתר על כן, לא זו בלבד שהקצין לא היה חייל מאותה יחידה של החיילים, ולא זו בלבד שהוא אף התלונן על קוסייב שנכנס ללא תיאום לכפר, אלא שהיה מהימן אף על **התובעים**. עדותו של הקצין הייתה מהימנה איפוא על כולם וגם על בית המשפט.

החיילים גם לא היו תמימי דעים בקשר למרחק שערימת הצמיגים הייתה מונחת לפני פאתי הכפר, אולם גם לעניין זה נוכחתי לראות שהם התקשו כיום, אחרי 10 שנים להצביע על התצ"א היכן נתקלו בצמיגים לראשונה (קוסייב העיד במצ"ח כי הצמיגים נתגלו בוואדי בין הר גילה לבתיר;



בתי המשפט

תא 004350/97

21

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מיינץ

בבית המשפט טען כי הצמיגים היו כ- 2 קילומטר לפני הכפר [עמ' 66 לפרוטוקול]; העד ____ ששון העיד בחקירתו במצ"ח כי הצמיגים נתגלו כ- 4 קילומטר לפני הכפר וכך גם הצהיר בתצהירו ואילו בבית המשפט הצביע על מקום המרוחק כקילומטר לפני הכפר [עמ' 56 לפרוטוקול], אך אמר כי יתכן כי היה מדובר ב- 4 קילומטר כאמור בתצהירו ובעדותו בפני מצ"ח [עמ' 57 לפרוטוקול]. העד ____ ברגר העיד כי הצמיגים היו סמוכים ממש לתחילת הכפר והגיף נעצר ממש לידם [עמ' 49 לפרוטוקול]. גם בעניין זה נחה דעתי כי אין למרחק שהיה בין ערימת הצמיגים לכפר כל חשיבות, שכן לא זהו העיקר.

מה שעלה ממכלול העדויות מטעם החיילים היה, שארעו, ככל הנראה, שני אירועים שונים של ידוויי אבנים. האחד ליד ערימת הצמיגים והשני בפאתי הכפר. בין לבין (בין ערימת הצמיגים ובין פאתי הכפר) היו זרועים סלעים על הדרך. אמת, החיילים היו חלוקים בדעותיהם באיזה מרחק נתקלו לראשונה באבנים אשר נזרקו על רכבם. קוסייב העיד הן בחקירתו במצ"ח והן בתצהירו בבית המשפט כי במרחק של כ- 200 מ' לפני הכניסה אל הכפר יידו לעברו אבנים. בבית המשפט טען כי המרחק היה כ- 100 עד 200 מ' [עמ' 66 לפרוטוקול] ואילו חברו מר ____ ששון העיד הן במצ"ח והן בתצהירו והן בעדותו בבית המשפט [עמ' 58 לפרוטוקול] כי לראשונה נתקלו באבנים במרחק של כ- 2 קילומטר מהכפר. מר ____ אגאי העיד שהמרחק היה 500 מ'. ברם, למעט העד ____ שפירר אשר טען שלא נזרקו על הסיור אבנים במרחק מה מהכפר אלא אך בתוכו, כל החיילים העידו שנזרקו עליהם אבנים פעמיים.

באשר לזריקות האבנים בפעם השנייה, הרי שמסתבר שהדבר אירע ממש בפאתי הכפר כאמור (עדותו של מר ____ ששון בבית המשפט עמ' 60 לפרוטוקול ותצהירו של מר ____ ברגר). לטעמי, לפנינו שוב מקרה מובהק של חוסר הגינות בהגשת תביעה והשמעת עדויות 10 שנים לאחר קרות האירוע, שכן אין ספק שזכרונם של החיילים לוודאי בגד בהם.

מחלוקת נוספת הייתה בעניין חטיפת נשקו של מי מהחיילים. לפי דברי קוסייב במצ"ח, האב ניסה לחטוף לא רק את נשקו אלא גם את נשקם של החיילים האחרים. העד ____ ששון הצהיר כי היה נסיון של חטיפת נשק, אולם בבית המשפט הטעים כי הוא טען את האמור בתצהירו לאחר שהראו לו בעת עריכת תצהירו את עדויות התובעים אשר התייחסו לעניין זה [עמ' 58 לפרוטוקול]. עם זאת העד היה איתן בדעתו כי הדבר אירע בפועל [עמ' 59 לפרוטוקול]. העד ____ שפירר טען כי אינו זוכר דבר שכזה [עמ' 76 לפרוטוקול] והעד ____ ברגר הצהיר ואף טען בבית המשפט [עמ' 51 לפרוטוקול] כי האב ניסה לחטוף אך את נשקו של קוסייב.



בתי המשפט

תא 004350/97

22

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

חלקן של הנשים שהשתתפו באירוע אף לפי גרסת החיילים היה לוט בערפל. קוסייב הצהיר כי לא שם ליבו להשתתפותן של נשים באירוע ובבית המשפט אף הטעים, כי לפי מיטב ידיעתו לא היו כלל נשים באירוע (עמ' 70 לפרוטקול). העד _____ ששון מסר במצ"ח כי האם הייתה נוכחת במקום והחייל _____ שפריר היה שותף עימו בדיעה זו בהודעתו במצ"ח. בבית המשפט טען מר שפריר כי הוא זוכר שהאם הייתה, אך החיילים לא דחפוה. שותף לדיעה זו היה מר _____ ברגר שטען שגם האמא וגם הסבתא היו במקום וגם נשים אחרות הקיפו את הגייפ (עמ' 50,53 לפרוטוקול).

ב"כ התובעים ביקשה להוכיח כחלק מטענת הפרובוקציה, שהחיילים טענו שנכנסו לכפר רק בשל כך שלא יכלו להסתובב מפאת תנאי הכביש. לפי הטענה, גרסתם זו של החיילים נשללת לאור העובדה שניתן לראות בנקל על התמונות שהוגשו (נ/4 תמונה 5; נ/1 תמונות 3-4) שניתן היה להסתובב במקום על השביל מבלי צורך להכנס לכפר. על כן איפוא, לפי טענת ב"כ התובעים, החיילים אך ביקשו אמתלא להכנס לכפר על מנת לבצע בו את זממם. על אף שהנהג _____ ששון העיד שטכנית הוא יכל להסתובב, אך לא עשה כן בתנאים שהצטברו (עמ' 57 לפרוטוקול, וכן עדותו של _____ אגאי עמ' 38 לפרוטוקול), הרי שנדמה לי שההסתכלות האמורה הינה צרת ממדים. אמת, קוסייב העיד שהוא לא יכל להסתובב בנקל מבלי להכנס אל פאתי הכפר עד שהגיע לסיבוב המוות (עדותו במצ"ח וכן בתצהירו בבית המשפט), אולם יחד עם זאת, קוסייב הטעים בתצהירו ובעדותו בבית המשפט כי חברו יחדיו **שני שיקולים**. האחד, חוסר היכולת להסתובב בלי הפרעה - משהתחיל האירוע להתגלגל ומשהתחילו ליידות לעבר הגייפ אבנים, והשני, רצונו לטפל באירוע (עמ' 66-67 לפרוטוקול, וכך גם עלה מעדותו של הנהג _____ ששון בעמ' 60 לפרוטוקול). יש להניח איפוא, שלולא ידוויי האבנים, העובדה שהכניסה לכפר נחסמה ע"י ערימת הצמיגים והסלעים אשר היו על הכביש, קוסייב היה חוזר על עקבותיו. ברם, משאירוע הפרת הסדר נתגלה אל מול עיניו, חשב שמחובתו הוא לטפל באירוע זה. על "התלהבותו" זו נשפט קוסייב, אשר לא ראה לנכון לתאם את כניסתו לכפר עם הגורמים המוסמכים. אין בכך איפוא, בכדי להטיל דופי במעשיו של קוסייב ככל שנוגע למעשים החמורים המיוחסים לו בהכאת התובעים. החריגה מנוהלי הצבא לא הייתה ואינה יכולה להשפיע על זכויותיהם של התובעים.

אציין עוד זאת. קיים נופך נוסף של מהימנות שיש ליתן לקוסייב. גם בעדותו שניתנה במצ"ח, גם בתצהירו שניתן בבית המשפט וגם בעדותו בבית המשפט, קוסייב מסר מידע ועובדות אשר על פניהם, שמא היו מזיקים לו. בעדותו במצ"ח הודה קוסייב שנתן מכה בכת נשקו וזאת על מנת להדוף את האבא אשר ביקש למנוע את מעצר בנו. קוסייב גם הודה הן בחקירתו במצ"ח והן בתצהירו בבית המשפט כי נתבקש לשחרר את הבן ע"י הקצין והוא סירב לבקשה זו. הטעם לכך היה, כי לפי דעתו הפשע אשר נחשד בו הבן היה פשע חמור. קוסייב גם לא ראה עצמו כפוף למרותו



בתי המשפט

תא 004350/97

23

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

ולפיקודו של הקצין. כמו כן, קוסייב הודה בבית המשפט שבדרך כלל הכניסה הראשית לכפר הייתה דרך הכפר אל חאדיר - בכביש הראשי, אולם במקרה זה נסע בדרך האחורית הואיל ונקרא אל האירוע של הבערת הצמיגים (עמ' 68 לפרוטוקול וכן עדותו של _____ ששון בעמ' 61 לפרוטוקול). יתר על כן, קוסייב הודה בחקירתו בבית המשפט שעל אף שהוא ביקש תגבור לאחר שצפה את אשר מתרחש, הורו לו בחטיבה לצאת מהכפר (עמ' 70 לפרוטוקול).

עובדות אלו כולן, הן למעשה עובדות שקוסייב היה מטיב להסתירן, לו ביקש לשקר. לא הייתה שום סיבה שקוסייב ינדב את המידע שהורו לו לצאת מהכפר, לו ביקש להסתיר דבר מה. אמת איפוא, איש זה עשה רושם מהימן על בית המשפט.

יתר על כן. מתוך עדותו של קוסייב במצ"ח עולה שהוא לא ידע לנקוב בשמותיהם של החיילים שהיו עימו בגיפ. עובדה זו שוללת אפשרות כלשהי של תיאום גרסאות בניהם. ויוטעם, החיילים - כולם, לא ידעו באותה שעה עד אשר קוסייב נחקר במצ"ח, כי נתונים הם בחקירה או שהוגשה כנגדם תלונה כלשהי - הן במשטרה, הן במצ"ח ולוודאי לא ע"י ח"כ צוקר. משכך, דימיוני הוא לחשוב שהחיילים תיאמו בניהם גרסאות וכל אחד מהם בדה בליבו את הסיפור של הבערת צמיגים, יידויי אבנים והפרות הסדר.

עובדות אלו חשובות מטעם אחר. אין לכחד, לפני בית המשפט ניצבו החיילים כשהם היום בני כ- 30 ויש להניח מיושבים יותר בדעתם. רובם הקימו כבר משפחות, אבות לילדים ועובדים בצורה מכובדת לפרנסת משפחותיהם. יתכן שהתרשמותו של בית המשפט הייתה שונה במקצת לו ניצבו לפניו "נערים בוגרים", הנמצאים באמצע שירותם הסדיר בצה"ל עם "דם צעיר זורם בעורקיהם". אך נדמה לי, כפי שצינתי מספר פעמים בפסק דין זה, כי עובדה זו אינה צריכה לשמש לחובת הנתבעים אלא דווקא לזכותם ועל התובעים לשאת בתוצאות הנובעות מהאפשרות שמא בית המשפט קיבל התרשמות שונה במקצת מזו שהיה מקבל לו היה שומע את העדים לפני עשור.

ועוד זאת. קוסייב הטעים מספר עובדות נוספות שיש לקחתם בחשבון. ראשית, כבר בחקירתו במצ"ח טען כי זיהה בוודאות את הבן מיידה לעברו אבנים. עובדה זו חשובה לנוכח התנגדות ב"כ התובעים לקבלת הכרעת הדין המרשיע את הבן כראייה בתיק זה. אף אם ניתן היה לסבור, דבר שאני שולל אותו כאמור, שיש מקום להתעלם מהכרעת הדין המרשיעה את הבן, הרי שדי בעדותו של קוסייב בכדי לסבך את הבן בפעילות העבריינית שיוחסה לו. שנית, מקובלת עלי עדותו של קוסייב שבהיות היחידה לה השתייכו כל החיילים, יחידה מיוחדת אשר נועדה לטפל באירועי האינתיפדה, החיילים ידעו היטב, כי אם המובא למעצר ימצא לא כשיר להקלט מבחינה בריאותית



בתי המשפט

תא 004350/97

24

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

במעצר, הרי שיהלך חופשי ונסיונות החיילים להביא את העציר לדין ירדו לטמיון (עמ' 71 לפרוטוקול). אין לי ספק שאם נכונים התאורים של האב והבן באשר למה שעוללו להם החיילים, הרי שלוודאי היו נותרים רישומים על גופם, דבר שהיה שולל את קליטתו של הבן במעצר.

אמת, קוסייב טען בחקירתו במצ"ח שהוא נשפט ונענש ל - 14 ימי מחבוש על תנאי בגין עבירה של כניסה לכפר בחוסר תיאום ובגין שימוש בכוח בלתי סביר, וזאת למרות שבפועל הושתו עליו אך שני ימי מחבוש על תנאי בלבד וכי העבירה עליה נשפט היה רק על כניסה לכפר ללא תיאום. ברם, אין לעניין הזה כל משמעות, שכן האמת היא כפי שציין זאת קוסייב בתצהירו שהוא נשפט על עבירה קלה יותר וזכה לקבל עונש קל יותר. לולא הדברים היו הפוכים, ניתן היה ליחס לקוסייב חוסר מהימנות. יתר על כן, קוסייב הסביר שהוא השיב כפי שהשיב לחוקר בהתאם לשאלותיו ובהתאם לעבירות אשר ייחסו לו ושעליהן נחקר (עמ' 71 לפרוטוקול). מכל מקום, יוטעם שתיק מצ"ח נסגר, קוסייב לא הועבר מיחידתו בעקבות בעיות משמעת אלא בגלל שהוא הוגדר באותה שעה כחייל וותיק "בעל פז"מ".

סיכומו של דבר והוצאות משפט

כל השיקולים מובילים אותי לכלל המסקנה שדין התביעה להדחות. התובעים גרמו לנזק ראייתי לנתבעים ונמנעו מלהביא את האם למתן עדות. התובעים לא הוכיחו את העובדות שביסוד תביעתם ולא זו בלבד שלא עמדו בנטל הראייה "המוגבר" הרובץ על שכמם, אלא שאף לא עמדו בנטל הראייה "הרגיל" המוטל עליהם ממילא.

ובעניין ההוצאות. יש להתחשב במספר גורמים ושיקולים. ראשית כדבר המובן מאליו - בזכיה במשפט. שנית, בדרך ניהולו ובכלל זה המחלוקת שהייתה נטושה בין ב"כ הצדדים באשר לצורך בהגשת הבקשה לחשיפת גילוי גליון המשמעת של קוסייב (אשר על שאלה זו נתתי את דעתי בהחלטה ביום 7.2.99 עליה הוגש בקשת ערעור). שיקול נוסף שיש להביא בחשבון הוא האיחור בהגשת התביעה וחוסר תום הלב באשר לעיתוי בהגשתה.

באשר לשיקול הראשון, העניין הוא די ברור. באשר לשיקול השני, הרי שמתברר למפרע שהתובעים לא למדו מאומה מחשיפת גליון המשמעת של קוסייב, דבר אשר הוכיח שלא היה כל טעם בהגשת העתירה הראשונה ולוודאי לא בהגשת הערעור. באשר לשיקול השלישי, ציינתי לעיל כי הגשת התביעה במועד אשר הוגשה היה מעשה בחוסר תום לב. כל השיקולים מובילים למסקנה איפוא, כי יש להשית על התובעים הוצאות משפט ראויות. במסגרת זה אזכיר את הקשיים האדירים בהם



בתי המשפט

תא 004350/97

25

בית משפט השלום בירושלים

לפני כב' השופט דוד מינץ

נתקלת נתבעת 2 באיתור העדים אשר אינם נמצאים תחת שליטתה. ההוצאות אשר היא נאלצת להוציא באיתור העדים ובהבאתם למתן עדות הינן הוצאות אדירות וזאת רק בשל רצונם של משתתפים בהפרות סדר לזכות בפיצויים שאינם מגיעים להם. על מעשיהם של התובעים נאמר "עושים מעשה זמרי ומבקשים שכר כפנחס".

סוף דבר, אני דוחה את התביעה ומחייב כל אחד מהתובעים לשלם לנתבעת 2 סך של 10,000 ש"ח עבור הוצאות משפט.

ניתן היום כ"א ב אדר ב תש"ס, 28 במרץ 2000 בהעדר הצדדים.

המזכירות תמציא העתק לב"כ הצדדים.

דוד מינץ, שופט

ד00435097a.1.doc / נ