

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 361/00

בפני: כבוד המשנה לנשיא (בדימ') א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט א' א' לוי

המערערים: 1. עאזם ד'אהר
2. עבד אללה ד'אהר

נגד

המשיבים: 1. סרן יואב
2. מדינת ישראל

ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בירושלים
מיום 1.12.99 בת.א. 649/91 שניתן על-ידי כבוד השופטת
א' פרוקצ'יה

בשם המערערים: עו"ד ס' אבו-חסיין

בשם המשיבים: עו"ד ד' פלומנבאום - אמסלם

פסק-דין

המשנה לנשיא (בדימ') א' מצא:

המערער 1 (המערער), תושב ג'נין, תבע מן המשיבים לפצותו בגין נזקי גוף קשים שנגרמו לו כתוצאה מפגיעת קליע שחדר לראשו. בתביעתו, שבעיקרה הופנתה נגד המדינה (המשיבה 2), ייחס המערער את ביצוע הירי למשיב 1 (סרן יואב). המערער 2, שהוא אביו של המערער, תבע לפצותו בגין הוצאות והפסדים שהוסבו לו עקב הפגיעה בבנו. בית-המשפט המחוזי דחה את התביעה, ומכאן הערעור שלפנינו.

2. ביום 7.7.1991 בשעות אחר הצהריים הובא המערער, כשהוא פצוע בראשו, לבית-החולים בג'נין. בשל חומרת פציעתו הועבר המערער, עוד באותו הערב, לבית-החולים ברמאללה. משם הועבר לבית-החולים הדסה עין-כרם בירושלים; ולאחר

שנערכו לו בדיקות מקיפות הוחזר המערער, למחרת היום (8.7.1991), לבית-החולים ברמאללה להמשך האשפוז והטיפול.

לבית-החולים בג'נין הובא המערער על-ידי בן-דודו, בהאא חמדאן סעיד (בהאא). מקץ יומיים (ביום 9.7.1991) התייצב במשטרת ג'נין אחיו של בהאא - עלאא חמדאן סעיד (עלאא) - ודיווח על אירוע שהתרחש יומיים קודם לכן ושבנו נפגעו מירי - עת נסעו יחדיו במכונית - בן-דודו (המערער), שנפצע באורח קשה, ואחיו (בהאא), שנפצע באורח קל. עלאא הביא לתחנת המשטרה את המכונית שבה, לפי הנטען, נסעו המערער ובהאא בעת שנפגעו. השוטר נחלה בשארה, שרשם את הודעתו של עלאא, בדק את המכונית (מסוג אופל בצבע כתום). שמשות החלון האחורי הייתה מנופצת, בשמשת החלון הקדמי ובמסעד הראש של המושב שלימין הנהג ניכרו סימני פגיעה, ועל המושב האמור ובסביבתו נראו כתמי דם. מאחר ועלאא, שלא נכח באירוע, לא ידע לספר את פרטיו, ביקשו השוטר בשארה להפנות למשטרה את אחיו, בהאא, למסירת עדות. נראה שבזמן ביקורו של עלאא בתחנת המשטרה לא היה במקום מומחה לזיהוי פלילי. מטעם זה - כך לדברי עלאא - התבקש על-ידי השוטר בשארה לצלם את סימני הפגיעה במכונית. עלאא נטל אפוא את המכונית ולמחרת ביקורו במשטרה צילם את סימני הפגיעה במכונית, ככל שהשוטר בשארה הורה לעשות. את התצלומים מסר למשטרה ואילו את המכונית מסר לתיקון. המערער, שלנוכח חומרת פציעתו לא היה מסוגל לספר דבר על קורות האירוע, לא התייצב במשטרה למסירת עדות; ואילו בהאא - שבאמצעות אחיו, עלאא, הוזמן להתייצב במשטרה למסירת עדות - בא למשטרה ומסר את גרסתו רק ביום 13.10.1991, היינו יותר משלושה חודשים לאחר יום האירוע.

3. תביעת המערער נסמכה על גרסתו בחקירה של בהאא, שעליה חזר בהאא בעדותו במשפט. בהאא סיפר, כי ביום 7.7.1991 סמוך לשעה 18:00 אסף במכוניתו את המערער במרכז של ג'נין והסיעו ברחוב אלמוחאטה לכיוון ביתם בוואדי בורקין. בהתקרבתם לצומת הסמוך לבניין הממשל האזרחי (המכונה "צומת מחנה הפליטים") חלפו על פני מספר חיילים שעמדו ליד ג'יפ שחנה בצד הדרך. סמוך לאחר מכן נורו לעבר המכונית, מאחור, מספר יריות. כתוצאה מהירי נופצה השמשה האחורית של המכונית. המערער (שישב במושב שלימינו) נפצע קשה בראשו, ואילו הוא נפצע באורח קל (ככל הנראה מפיזור שברי הזכוכית). לדבריו, המשיך בנסיעתו וחצה את הצומת בכוונה להביא את המערער לביתו של רופא. אך בדרכו פגש את הרופא והלה הורה לו לשוב על עקבותיו ולהסיע את המערער לבית-החולים; וכך עשה. לדברי בהאא, באזור הצומת לא הייתה כל התרחשות יוצאת-דופן. הדרך שלפניו הייתה פתוחה והחיילים שעל-פניהם חלף בנסיעתו לא עיכבוהו. בתביעה נטען, כי המערער נפגע מירי של קליעי

פלסטיק. ביצוע הירי יוחס בתביעה לסרן יואב, מפקד הכוח שניצב בצומת. לגרסת התביעה, המדובר בירי רשלני לעבר מכונית, שנעה בכביש לתומה ושנוסעיה לא היו מעורבים בשום פעילות שעלולה הייתה לסכן את החיילים. לפי הנטען, היה זה ירי שבוצע ללא סיבה סבירה, ללא התראה מוקדמת כלשהי ובניגוד להוראות הפתיחה באש שעל-פיהן היו החיילים מצוים לנהוג. זולת בהאא הובא מטעם התביעה עד נוסף, חאלד פרחאטי, אשר סיפר כי במועד האמור, בשעה 16:30-17:00 לערך, החנה את מכוניתו בקירבת ביתו, הסמוך לצומת מחנה הפליטים. לפתע שמע שתיים או שלוש יריות. בשלב זה הבחין במכונית מסוג אופל בצבע כתום, שנעה לכיוון ואדי בורקין, כשבמושב שליד הנהג ישב אדם (בדיעבד זיהה כי היה זה המערער) ודם זב מראשו. כיוון שהמכונית המשיכה בנסיעתה וחצתה את הצומת, לא יכול העד, לדבריו, לסייע לפצוע. לפיכך פנה לדרכו ונכנס לביתו. גם לדידו של העד פרחאטי - כמו לגרסתו של בהאא - בשעת הירי לא הייתה בסביבת הצומת כל התרחשות יוצאת-דופן.

המשיבים כפרו בגרסת המערער. הם לא חלקו כי סרן יואב ושניים-שלושה מחייליו אכן פעלו ביום האירוע בצומת האמור, בפזוזר התפרעות אלימה, וכי במהלך הפעילות הזאת ירה סרן יואב מספר קליעי פלסטיק. אלא שעל-פי גרסתם האירוע שבו מדובר הסתיים לא יאוחר מן השעה 17:00, ובמהלכו של אירוע זה סרן יואב (ואיש מחייליו) לא ירה לעבר מכונית כלשהי, שכלל לא עברה ואף לא יכלה לעבור בצומת, בשל היותו חסום לחלוטין. על-פי התיאור שסרן יואב וחיליו מסרו בעדויותיהם במשפט, הם הגיעו למקום בג'יפ, בשעה 16:00 לערך, בעקבות דיווח על ירי מכיוון מחנה הפליטים. בהגיעם לצומת נתקלו בהתקהלות של מאות צעירים, שהתגודדו בסביבת המסגד הסמוך למחנה והבעירו צמיגים ומכלי אשפה. משהופיעו החיילים רגמו אותם המתפרעים באבנים והשליכו לעברם ברזלים ובקבוקי תבערה. לאחר שהחנו את הג'יפ בכניסה לצומת, וחסמו בכך את הדרך למעבר כלי-רכב, ניסו החיילים לפזר את המתפרעים באמצעים המקובלים לפזוזר הפגנות אלימות, בהשלכת רימוני הלם וכנראה גם רימוני גז. כיוון שההמון המשיך להתפרע, פקד סרן יואב על אחד מחייליו לירות שני כדורי גומי לעבר מתפרעים שהסתתרו מאחורי חביות שניצבו בקירבת שפת הכביש. משגם אמצעי זה לא הרתיעם, ירה סרן יואב (ברובה M16) כמה קליעי פלסטיק, שהשימוש בהם הותר על-פי הפקודות לקצינים בלבד. להערכתו ירה כשבעה או שמונה כדורים, בירי בודד, שכוון לעבר רגליהם של מי שנראו בעיניו כראשי ומעודדי המתפרעים. על גרסתו בנקודה זו חלק בעדותו החייל שבפקודת סרן יואב ירה כדורי גומי לעבר מתפרעים שהסתתרו מאחורי החביות. הלה העיד, כי ירי הפלסטיק שבוצע על-ידי סרן יואב כוון, בין היתר, גם לעברן של אותן חביות. על-כל-פנים, סרן יואב וחיליו כפרו מכול וכול בביצוע ירי לעבר מכונית כלשהי. עם בואם למקום

ההתרחשות, הסבירו, חסמו את הצומת למעבר כלי-רכב; ובזמן שבו סרן יואב ירה כדורי פלסטיק לעבר המתפרעים היה הצומת חסום לחלוטין. הם כלל לא ראו מכונית שנעה ברחוב אלמוחאטה בכיוון לצומת, ולדעתם אף לא ייתכן כי מכונית כלשהי יכלה להיכנס לצומת בזמן האירוע, בשל היותו חסום. לחלופין טענו המשיבים, כי אף אם יימצא שהמערער נפגע מקליע פלסטיק שנורה על-ידי סרן יואב, הרי שהירי לא היה רשלני. עוד טענו, כי הירי בוצע במסגרת פעולה מלחמתית של הצבא, ולפיכך אין להטיל עליהם אחריות בנזיקין לתוצאותיו.

4. בית-המשפט המחוזי קיבל את גרסתו של סרן יואב. בפסק-דינו נקבע, כי ירי כדורי הפלסטיק על-ידיו בוצע במסגרת פעולה שמטרתה הייתה לפזר התפרעות המונית קשה שהחלה בין השעות 15:30 ו-16:00 וארכה כשעה. במהלכה של פעילות זו היה הכביש חסום, באופן שלא איפשר מעבר כלי רכב בשטח הצומת, והירי של כדורי הפלסטיק כוון לעבר רגלי המתפרעים, שהתקדמו לקראתו מכיוון המסגד של מחנה הפליטים שהוא שונה מכיוון הכביש. משמע כי המערער, שפגיעתו יוחסה לשעה 17:30 או 18:00 לערך, בהכרח נפגע באירוע אחר שפרטיו לא התבררו. יצוין כי המערער, שנפגע באורח קשה, לא היה מסוגל להעיד. גרסת התביעה סמכה אפוא בעיקר על עדותו של בהאא, שלפי הנטען נהג במכונית בעת האירוע. אלא שבית-המשפט דחה את גרסתו של בהאא, ביחס לנסיבות שבהן נפגע המערער. לא רק השעה, שבה לפי עדותו נגרמה הפגיעה, לא התאימה לשעת פעילותם של סרן יואב וחייליו. גם טענות עובדתיות אחרות שעליהן סמכה התביעה - שעניינן בשאלות כמה כדורים פגעו במכונית ומאיזה מרחק נורו, וכלום הקליע שחדר לראשו של המערער אכן היה קליע פלסטיק - עוררו מחלוקת בין המומחים הרפואיים והמומחים לבליסטיקה שהעידו במשפט. בראשו של המערער אובחנו פצע כניסה ופצע יציאה של קליע, אך צילומי רנטגן ו-C.T. שבוצעו למערער העידו כי נותרו בראשו רסיסי מתכת. שלושה רופאים שהגישו חוות-דעת על מצבו של המערער - בכללם קצין הרפואה האוגדתי שבדק את המערער בבית-החולים - ייחסו ממצא זה לפגיעת קליע פלסטיק. קליע כזה מכיל גם חלק מתכתי והרופאים העידו כי ניסיונם לימדם שקליע פלסטיק החודר לגולגולת מתפרק לרסיסים. אולם מומחה המשטרה לזיהוי פלילי בתחום הבליסטיקה, שחיווה את דעתו מטעם המשיבים, גרס שקליע פלסטיק, גם כאשר הוא חודר לגולגולת, אינו מתפרק אלא נותר מיקשה אחת. לאחר שהתייחס לעמדות המומחים, מזה ומזה, קבע בית-המשפט, כי המערער כשל בהוכחת טענתו כי מקור חלקיקי המתכת שנותרו בראשו הוא בפגיעת קליע פלסטיק.

זאת ועוד: בהאא העיד, כי הירי לעבר מכוניתו החל לאחר שכבר התרחק ממקום עמידתם של החיילים כדי 100-120 מטר לערך. בתצלומי הנזק למכונית, שכזכור בוצעו על-ידי על-אא, נראו שבעה סימני פגיעה בחלק האחורי של מסעד הראש של המושב שלימין הנהג. מקור הפגיעות עורר מחלוקת בין מומחי הצדדים. המומחה לבליסטיקה, שהעיד מטעם המשיבים, קבע כי הסיכוי שקליעי פלסטיק, שנורו מטווח כזה לעבר רכב נוסע, יחדרו למשענת הראש של המושב, הוא אפסי; ואילו המומחה לקליעה של משטרת ישראל, שאף הוא העיד מטעם המשיבים, קבע כי המקבץ של שבע פגיעות סמוכות אינו מתיישב עם ירי של כדורים בודדים לעבר מכונית נוסעת. המומחה מטעם המערער סבר, כי את סימני הפגיעה במשענת הראש ניתן לייחס לרסיסי זכוכית שהועפו קדימה עם ניפוץ השמשה האחורית של המכונית, כתוצאה מפגיעת קליע שנורה לעברה ממרחק. ואולם המומחה מטעם המשיבים הסתייג מן האפשרות הזאת.

5. מכוניתו של בהאא לא נבדקה על-ידי מומחי מז"פ. עדויות המומחים במשפט התבססו על סיפור קורות האירוע, כפי שתואר על-ידי בהאא, ועל תצלומי סימני הפגיעות במכונית שבוצעו על-ידי על-אא. המומחה מטעם המערער הלין בעדותו על כך ש"החוקרים באירוע הנדון לא השתמשו בשיטות מדעיות שיגרתיות המשמשות לחקירת אירועי ירי במשטרת ישראל ובמצ"ח". לטענתו, "אילו בוצעו חלק מהבדיקות המקובלות, ניתן היה לאשש או לסתור את הגרסאות שבמחלוקת". בהתייחסו לדברים אלה ציין בית-המשפט, כי "יש הרבה מן האמת בגישה זו של המומחה". עם זאת קבע בית-המשפט, כי המערער כשל בהוכחת טענותיו לעניין נסיבות האירוע שבו נפגע. בהסתמכו על חוות-דעתו של המומחה לבליסטיקה מטעם המשיבים קבע בית-המשפט כי ממצאיהם הלכאוריים של הרופאים, כי רסיסי המתכת שנותרו בראשו של המערער מקורם בקליע פלסטיק, אינם חד-משמעיים. ולאחר שניתח את הערכות המומחים לבליסטיקה קבע, כי על יסוד הנתונים ה"שבריריים" העולים מן התצלומים ניכרו בין המומחים הבדלי גישות לגבי מקור, סוג ומספר הפגיעות, וכי על יסוד גישות אלו "קשה לתמוך או לסתור את גרסת התביעה". מסקנתו הכוללת של בית-המשפט הייתה, אפוא, כי המערער לא הוכיח כי נפגע במקום, בשעה ובאופן שנטענו בתביעתו.

אחיזה נוספת לסברתו, כי אפשר שהמערער נפגע באירוע אחר, נמצאה לבית-המשפט בסיכום מחלתו של המערער בבית-החולים הדסה עין-כרם בירושלים. במסמך זה, שנערך על-ידי הרופא ד"ר צבי ישראל, נאמר, כי המערער אושפז בבית-החולים מיום 2.7.1991 ועד ליום 8.7.1991. בית-המשפט היה אמנם ער לכך, שבכל הממסכים הרפואיים האחרים שהוצגו במשפט, וכן גם ביומן המבצעים שערך

הצבא, יוחסו פגיעתו ותחילת אשפוזו של המערער (בבית-החולים בג'נין) ליום 7.7.1991. עם זאת ציין בית-המשפט, כי "אם אכן תיאור המועדים במסמך הרפואי האמור [קרי: סיכום המחלה שהוצא על-ידי בית-החולים הדסה] הינו נכון ואינו בבחינת טעות טכנית גרידא ברישום התאריך, כי אז מועד פגיעתו של [המערער] קדם ב-5 ימים למועד הנטען בתביעה, ומדובר אז במקור פגיעה מרוחק לחלוטין מזה הנטען בתביעה". את האחריות למחדל להבהיר עניין זה הטיל בית-המשפט על המערער, בציינו כי "התביעה הייתה בוודאי ערה לאי התאמה בסיסית זו ולא הציעה לכך הסבר, ואף לא ביקשה תיקון והבהרה מרושם המסמך הרפואי, ד"ר צבי ישראל". בית-המשפט הוסיף, כי אמנם ייתכן כי לאי-ההתאמה במועד אשפוזו של המערער אין לייחס משמעות מהותית, אלא ש"על רקע סתירות ואי התאמות אחרות, מתחדדת השאלה מדוע נרשם במסמך רשמי מבית החולים הדסה כי [המערער] היה מאושפז שם 6 ימים, וכי תחילת האשפוז 5 ימים לפני תאריך הפגיעה הנטען". בהסתמכו על כלל התמיהות שמצא בגרסה העובדתית שעליה סמכה תביעת המערער, לא שלל בית-המשפט את האפשרות שהמערער נפגע בנסיבות שונות לחלוטין מאלו שתוארו בתביעתו; כגון שנפגע בעימות עם מי מתושבי המקום.

לחלופין, הוסיף בית-המשפט וקבע, כי אפילו היה המערער מוכיח כי נפגע מכדור פלסטיק שנורה על-ידי סרן יואב, רואה היה לדחות את התביעה בשל היעדר רשלנות. בית-המשפט שוכנע, כי בהתעמתו עם מאות מתפרעים, שהשליכו לעברו אבנים, ברזלים ובקבוקי תבערה, נקלע הכוח שבפיקודו של סרן יואב למצב של סכנת חיים ממשית. במצב דברים זה, ירי מבוקר של מספר כדורי פלסטיק, שבוצע מבעד לכוונת הרובה לעבר רגליהם של ראשי המתפרעים, היה מעשה סביר שעלה בקנה אחד גם עם הוראות הפתיחה באש. מי שהתיר, בנסיבות המתוארות, אינם החיילים אלא דווקא בהאא והמערער שנכנסו במכוניתם לאזור ההתפרעות ובכך חשפו את עצמם לסכנת פגיעה אקראית. לנוכח מסקנותיו המצטברות, כי המערער כלל לא הוכיח את הנסיבות שבהן נפגע, ואף לא הוכיח כי ביצוע הירי על-ידי סרן יואב - בהנחה שירי זה הוא אשר פגע בו - היה רשלני, נמנע בית-המשפט המחוזי מלדון בטענת המשיבים, כי המעשה שעליו סמך המערער את תביעתו היווה "פעולה מלחמתית של צבא-הגנה לישראל", שעל-פי סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, אין המדינה אחראית עליו בנזיקין.

6. בסיכומיו לפני בית-המשפט המחוזי טען המערער, כי במחדלה להעביר את המכונית לבדיקתם של מומחי מז"פ הסבה לו המשטרה נזק ראייתי, שדי בגרימתו כדי להעביר לשכמה של המדינה את נטל השכנוע להיעדר אחריותה לפגיעתו. אף שטענה

זו לא נכללה בכתב-תביעתו של המערער, אלא הועלתה על-ידיו לראשונה בשלב סיכומי הטענות, דן בה בית-המשפט המחוזי לגופה ופסק לדחותה. בפסק-דינו נקבע, כי לכלל הנזק הראייתי אין תחולה בענייננו. ראשית, מאחר ותחולת הכלל האמור מוגבלת למקרה שבו חדל הנתבע מלתעד אירוע שחלה עליו חובה לתעדו, ואין להחילו על מקרה שבו המשטרה לא מיצתה את חקירתה; ושנית, מאחר ונסיבות הבאתה של המכונת למשטרה עוררו חשד היכול להסביר את מידת הרצינות שבה התייחסה המשטרה לעצם התלונה. שורש החשד טמון היה בכך, שהמכונת הובאה למשטרה - אף זאת, כאמור, רק יומיים לאחר האירוע - דווקא בידי עלאא, שכלל לא נכח באירוע עצמו, בעוד שבהאא (חרף היותו האדם היחיד היכול לתאר את קורות האירוע) לא התייצב כלל למסירת הודעה במשטרה ועד למתן עדותו במשפט כבש את גרסתו.

7. בגדר ערעורו ביקש המערער להגיש שתי ראיות נוספות: האחת, העתק מהודעתו של בהאא בחקירת המשטרה, וזאת במטרה לסתור את הנחת בית-המשפט המחוזי כי בהאא כלל לא מסר הודעה בחקירה; והשנייה, תעודת שחרור מתוקנת מן האשפוז בבית-החולים הדסה, המעידה כי אשפוזו בבית-החולים האמור החל ביום 7.7.1991 (ולא ביום 2.7.1991, כפי שנרשם בטעות במסמך הרפואי שערך ד"ר צבי ישראל). באת-כוח המשיבים לא התנגדה להגשת הודעתו בחקירה של בהאא, אך התנגדה להגשת תעודת השחרור המתוקנת של בית-החולים הדסה. לעניין זה טענה, כי לנוכח אי הבהירות שהותירו ראיות המערער ביחס לנסיבות שבהן נפגע, ובהיעדר הסבר מניח את הדעת לעניין פשר הטעות שלטענתו נפלה במסמך הרפואי שערך ד"ר ישראל, אין להתיר למערער להגיש ראיה חדשה לעניין מועד אשפוזו. אך יצוין כי עוד בטרם הגיע הערעור לשמיעה, המציא המערער מסמכים נוספים המסבירים את פשר הטעות שנפלה במסמך הרפואי המקורי. בבקשת המערער להגשת ראיות נוספות טרם ניתנה החלטה; ובטרם אדרש לטענות שהעלה המערער בערעורו אקדים ואתייחס לבקשתו להצגת ראיות נוספות.

דעתי היא כי יש לקבל את הבקשה על שני חלקיה. מן העיון בנימוקי פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי ניתן, לכאורה, להתרשם, כי בגיבוש הכרעתו לדחות את תביעת המערער ייחס בית-המשפט משקל לכל אחת משתי הנחותיו הבאות: האחת, כי בהאא לא התייצב כלל בחקירת המשטרה; והשנייה, כי האמור בתעודת שחרורו של המערער מן האשפוז בבית-החולים הדסה, אם אינו בבחינת טעות טכנית גרידא, תומך באפשרות כי המערער נפגע מן הירי באירוע שהתרחש חמישה ימים קודם למועד שנטען בתביעתו. בנסיבות העניין, ולנוכח חומרת הפגיעה שהוסבה למערער, נראה לי כי יהיה זה נכון, ואף צודק, לקבל את הראיות הנוספות. מן העיון באמרתו בחקירה של

בהאא, שבאת-כוח המשיבים לא התנגדה להגשתה, עולה, כי אף שהתייצב לחקירה יותר משלושה חודשים לאחר מועד האירוע, הרי שאת גרסתו ביחס לקורות האירוע - אותה מסר בעדותו במשפט - הקדים בהאא ומסר עוד בשלב החקירה. תעודת השחרור המתוקנת של המערער מבית-החולים הדסה, שהוצגה לפנינו, מעידה בבירור כי המערער אושפז בבית-החולים (על-פי הפניית בית-החולים ברמאללה) ביום 7.7.1991 ולאחר הבדיקות שנערכו לו הוחזר, למחרת היום, לבית-החולים ברמאללה להמשך הטיפול. בתעודת עובד ציבור, ערוכה כדין, העידה מנהלת המחלקה לרשומות רפואיות של בית-החולים הדסה, כי במועד קבלתו של המערער הודפס בסיכום מחלתו, בטעות, כי קבלתו חלה ביום 2.7.1991, בעוד שבפועל התקבל בתאריך 7.7.1991.

8. בערעורו הלין המערער על כי בית-המשפט המחוזי החמיר עמו יתר על המידה בשל אי-דיוקים כאלה ואחרים שנפלו במסכת ראיותיו, בעוד שלא-דיוקים בהם לקו עדויותיהם של סרן יואב והחיילים נמנע מלייחס חשיבות. כן שגה בית-המשפט בקביעתו שבהאא כלל לא התייצב לחקירה במשטרה ולא מסר בה את גרסתו, וכך גם בהנחתו כי אפשר שהמערער נפגע במועד ובמקום שונים מאלה שנטענו על-ידי. המערער חזר אפוא וטען, כי האירוע שבו נפגע התרחש כמתואר בעדותו של בהאא. לביסוס טענה זו סמך, בין היתר, גם על מסקנות חקירתה של מצ"ח, שלפיהן נמצא יסוד לייחס לסרן יואב את ירי הקליע שפגע במערער. בנוסף טען המערער, כי במחללה לבדוק כראוי את סימני הפגיעה במכונית הסבה לו המשטרה נזק ראייתי; שכן אילו נבדקה המכונית בידי מומחה, קרוב להניח כי היה בידו להראות כי נפגע מכדור פלסטיק שנורה מנשקו של סרן יואב. בנסיבות אלו, טען, עבר הנטל לשכמה של המדינה לסתור את הגרסה, בדבר הנסיבות שבהן נפגע, שעליה ייסד את תביעתו. נזק ראייתי נוסף - טען המערער - נגרם לו בכך שבמהלך חקירת האירוע על-ידי מצ"ח נטלו החוקרים מבית-החולים בו אושפז את צילומי הרנטגן וה-C.T., אשר לא הוחזרו ובעת ניהול המשפט שוב לא ניתן היה למוצאם.

המשיבים תמכו את יתדותיהם בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי. המערער, טענו, כלל לא הוכיח כי נפגע מכדור שנורה על-ידי סרן יואב. כן לא הוכיח כי ירי כדורי הפלסטיק, שבוצע על-ידי סרן יואב, היה רשלני. בית-המשפט אמנם שגה בהנחתו כי בהאא לא מסר עדות בחקירת המשטרה. אך משהוברר כי בהאא התייצב במשטרה למסירת עדותו יותר משלושה חודשים לאחר יום האירוע, אין בהנחתו המוטעית האמורה של בית-המשפט כדי לגרוע מצדקת קביעתו שבהאא כבש את עדותו. המשיבים חלקו על טענות המערער גם לעניין תחולת כלל הנזק הראייתי; הן על יסוד הנימוקים שנכללו בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי והן על רקע הנסיבות המיוחדות

ששררו באזור יהודה ושומרון בתקופת האינתיפאדה (שבינתיים היתוסף לה התואר "הראשונה"). לעניין זה הוסבר, כי בשל עומס האירועים שהתרחשו באזור בתקופה האמורה, ואשר רבים מהם הצריכו עריכת בדיקות מז"פ מדי יום, ובשל הקשיים והסכנות שהיו כרוכים בביצוע הבדיקות בשטח עוין, נאלצה המשטרה להגביל את בדיקותיה למקרים היותר קשים, בעיקר כאלה שהסתיימו בגרימת מוות. בנטילת הצילומים הרפואיים מבית-החולים לא היה משום גרימת נזק ראייתי, שכן הללו נדרשו להשלמת חקירת מצ"ח, שנערכה בהוראת פרקליט צבאי, והועמדו לעיון הרופאים שהעידו במשפט. המשיבים אף חזרו ועמדו על טענתם - שבה נמנע בית-המשפט המחוזי מלהכריע - כי המעשה שבעטיו נתבעו לפצות את המערער היה "פעולה מלחמתית", שעל ביצועו חסינה המדינה מפני חיוב בנוזיקין.

9. משבא הערעור לפנינו לראשונה, בישיבת יום 10.10.01, הסכימו באי-כוח הצדדים להצעתנו, כי הדיון בערעור יושהה עד לאחר מתן פסק-דין בע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, שבו הועמדה להכרעה לפני הרכב מורחב השאלה מהי "פעולה מלחמתית". פסק-הדין בפרשת בני עודה ניתן ביום 20.3.02 (ראו: ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1). בעקבות זאת הגישו בעלי-הדין סיכומי טענות משלימים. המשיבים נאחזו בפסק-הדין בפרשת בני עודה כאסמכתה התומכת בעמדתם. לעניין זה טענו כי ממצאי פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, בדבר חומרת הסכנה שבה נמצאו החיילים בעת שהותקפו על-ידי המון המתפרעים, תואמים לקריטריונים שנקבעו בפרשת בני עודה להגדרת פעילות של הצבא כפעילות מלחמתית. המערער טען לעומתם, כי מעדויות החיילים עצמם ניתן להסיק כי הפריזו בתיאוריהם על אודות היקפו של האירוע וחומרת הסכנה שבה הועמדו. לטענתו, אילו נכון היה כי הותקפו על-ידי מאות מתפרעים, שיידו לעברם אבנים, ברזלים ובקבוקי תבערה, הדעת הייתה נותנת כי לא יסתפקו בירי של שני כדורי גומי ושמונה כדורי פלסטיק; וממיעוט האמצעים שבהם השתמשו מתחייבת, לדעתו, המסקנה כי ההתפרעות שבגללה נזעקו לבוא לצומת מחנה הפליטים הייתה הרבה יותר מינורית מזו שתיארו, וכי המשימה אשר הוטלה עליהם לא חרגה מגדרה של משימת שיטור רגילה.

10. בשלב העיון ביקשנו מבאי-כוח הצדדים להשלים את סיכומיהם בשאלת היקף תחולתה של דוקטרינת הנזק הראייתי, הן בפן הראייתי-דיוני שלה והן בפן הנזיקי-מהותי. בא-כוח המערער חזר בסיכומיו המשלימים על עיקרי טענותיו. לדידו, על המשטרה וכן על מצ"ח - אשר טיפלו בחקירת האירוע - חלה חובה לבדוק, בעזרת מומחי מז"פ, את סימני הפגיעה במכוניתו של בהאא. במחדלם לבצע בדיקה כזאת

הסבו למערער נזק ראייתי, שהתבטא בגריעת יכולתו לבסס בעזרת ממצאים אובייקטיביים את גרסתו, כי נפגע בראשו מירי של קליע פלסטיק שנורה על-ידי החיילים במקום ובנסיבות שתוארו בעדותו של בהאא. נזק ראייתי נוסף נגרם למערער, לטענתו, בנטילתם מתיק החקירה של צילומי רנטגן ו-C.T. שבוצעו לו בבית-החולים.

באת-כוח המשיבים כפרה בתחולת הדוקטרינה של נזק ראייתי על ענייננו. היא הודתה שהדוקטרינה עשויה לחול לא רק על מחדלי תיעוד בלבד, כפי שסבר בית-המשפט המחוזי, אלא גם על מחדל רשלני מסוג אחר. עם זאת טענה, כי אין להחיל דוקטרינה זו על מחדל חקירתי של המשטרה אשר לא פגע ביכולתו להתגונן של החשוד שכלפיו כוונה החקירה, אלא פגע ביכולתו של מי שנפגע מן העבירה להוכיח, בהליך אזרחי, את קורות האירוע שבו נפגע. בענייננו, מכל מקום, אין לייחס את אי קיומה של בדיקת מז"פ למחדל רשלני של המשטרה או של מצ"ח. ומשדחה בית-המשפט המחוזי את גרסת עדי התביעה, ביחס לנסיבות האירוע שבו נפגע המערער, והעדיף על פניהן את גרסתם של סרן יואב וחייליו, אף לא התקיים בענייננו מצב של "תיקו ראייתי", שקיומו מהווה תנאי נוסף - על-פי הפן הראייתי-דיוני של הדוקטרינה - להעברת נטל השכנוע לשכמו של הנתבע.

11. דחיית תביעתו של המערער התבססה על שלושה טעמים מרכזיים: האחד, כי המערער כלל לא הוכיח שנפגע מכדור פלסטיק שנורה על-ידי סרן יואב לעבר המכונית בה הוסע, במקום ובשעה שנטענו בתביעתו. השני, כי לדוקטרינת הנזק הראייתי אין כלל תחולה על עניינו של המערער, ומכאן שבמחדלה של המשטרה לבדוק כראוי את המכונית, שהובאה על-ידי עלאא לתחנתה בג'נין, אין כדי לתמוך בעמדת המערער לגבי נסיבות האירוע שבו נורה; והשלישי, כי אפילו היה המערער מוכיח, כי נפגע מירי של כדורי פלסטיק במקום ובמועד הנטענים, היה דין תביעתו להידחות בשל היעדר ראיה המוכיחה כי סרן יואב התרשל בבצעו את הירי.

עיון מדוקדק בראיות שהיו לפני בית-המשפט המחוזי הביאני לכלל מסקנה, כי המערער הביא ראיות לכאורה לביסוס טענתו, כי נפגע בעת שהוסע במכוניתו של בהאא בצומת מחנה הפליטים ביום 7.7.1991 בשעות אחר הצהריים. ואף שהשעה המדויקת שבה נפגע לא התבררה לאשורה, לא היה בכך כדי להוביל לשלילת האפשרות כי הפגיעה אירעה בשעה שסרן יואב וחייליו פעלו באזור הצומת. כן אני סבור, כי מחדלה של המשטרה לבדוק כראוי את הממצאים הפיסיים במכוניתו של בהאא, הצדיק להעביר לשכם המדינה את נטל השכנוע לעניין סוג הקליעים שפגעו במכונית שבה הוסע

המערער, וממילא גם לעניין אימותה או שלילתה של התאמה בליסטית בין הקליעים הללו לבין נשקו של סרן יואב. לטעמו החלופי של בית-המשפט, כי בביצוע הירי לעבר המכונת לא הפר סרן יואב את חובת הזהירות שהייתה מוטלת עליו כלפי המערער, אין בידי, בכל הכבוד, להסכים. מסקנתי היא אפוא, שדין הערעור להתקבל. מסקנה זו מחייבת התערבות בקביעות העובדתיות של בית-המשפט המחוזי. אין צריך לומר, כי התערבות מעין זו אינה ממידותיה המקובלות של ערכאת הערעור. אך לאחר שהפכתי וחזרתי והפכתי בראיות, לא ראיתי מנוס מהתערבות כזאת.

12. בית-המשפט המחוזי רחש אמון מלא לגרסותיהם של סרן יואב וחייליו, כי בזמן האירוע שבמהלכו ירה סרן יואב את קליעי הפלסטיק לעבר המתפרעים, הצומת היה חסום לחלוטין ושום מכונת לא עברה בו. גרסת בהאא, כי הצומת היה פנוי וכי משלא עוכב על-ידי החיילים שעמדו ליד הג'יפ בצד הדרך, המשיך בדרכו אל תוך הצומת - וכי אף לאחר הירי שפגע במכונתו, המשיך בנסיעה וחצה את הצומת - נדחתה באשר לא התיישבה עם עדויותיהם המהימנות של סרן יואב והחיילים האחרים שפעלו באזור הצומת. טעם נוסף, שהנחה את בית-המשפט בגיבוש מסקנתו כי המערער לא נפגע במקום ובזמן שנטענו בתביעתו, סמך על הפער בין שעת האירוע שעליה העידו סרן יואב וחייליו, לבין השעה שעל-פי עדותו של בהאא הגיע אל הצומת.

13. אני, בכל הכבוד, סבור, כי התשתית הראייתית שהונחה במשפט הצדיקה מסקנות אחרות. אפתח בהתרשמות בית-המשפט מעדויותיהם של בהאא מחד ושל סרן יואב מאידך. בדחותו את גרסתו של בהאא ייחס בית-המשפט משקל להנחתו המוטעית כי בהאא כלל לא התייצב במשטרה למסירת עדות בחקירה. אין זאת אלא שעל רקע הנחה זו מצא יסוד לחשוד בבהאא, כי התחמקותו ממתן עדות בחקירה נועדה לחפות על הנסיבות האמיתיות שבהן נורה המערער. הנחה מוטעית נוספת שכנראה השפיעה - לפחות במידת-מה - על הערכת בית-המשפט כי אפשר שהמערער נפגע במקום ובזמן אחרים, נעוצה בתעודת השחרור המקורית של המערער מבית-החולים הדסה, בה צוין (בטעות) שאשפוזו החל ביום 2.7.1991, בעוד שבפועל הועבר לבית-החולים הדסה מבית-החולים ברמאללה אור ליום 8.7.1991. אינני מתעלם מכך, שעדותו של בהאא בחקירה נמסרה בשיהוי ניכר. ואולם, לעניין ההתייחסות לעדותו כאל עדות כבושה, נודעת משמעות להבדל בין ההנחה המוטעית שבהאא כלל לא התייצב לחקירה לבין העובדה כי אמנם התייצב ומסר את גרסתו אלא שעשה כן באיחור. מאידך נראה, כי בקבלו את עדויותיהם של סרן יואב וחייליו, כי בבואם למקום האירוע חסמו את הכניסה לצומת וכי בזמן שסרן יואב ירה כדורי פלסטיק, הצומת היה חסום באופן שלא איפשר מעבר כלי רכב, לא ייחס בית-המשפט משקל לעובדה, כי הטענה בדבר חסימת

הצומת הועלתה על-ידי עדי ההגנה, לראשונה, בעדויותיהם במשפט. עיון בעדויותיהם בחקירת מצ"ח מלמד, כי בעדויות אלו טענו כי במהלך האירוע לא הבחינו כלל במכונת אופל בצבע כתום, שנעה בכביש המוביל למחנה הפליטים או חוצה את הצומת. אך איש מהם לא טען, כי בשעת מעשה היה הצומת חסום וכי שום כלי-רכב לא יכול היה לעבור בו. אין תימה שגם בדו"ח סיכום החקירה שערך חוקר מצ"ח, וכן בחוות-דעתו של הפרקליט הצבאי במחוז המרכז - שהופנתה לפרקליטת המדינה - לא היה זכר לטענה בדבר חסימת הצומת לתנועת כלי-רכב.

זאת ועוד: על העובדה שהמערער נפגע מן הירי בעת שמכונתו של בהאא, בה הוסע, חצתה את צומת מחנה הפליטים לכיוון ואדי בורקין, העיד במשפט (זולת בהאא) גם עד התביעה חאלד פרחאטי. לגרסת העד, שלעיל כבר הוזכרה, ביום האירוע בשעה 16:30-17:00 לערך החנה את מכונתו ליד ביתו הקרוב לצומת מחנה הפליטים. לפתע שמע שתיים או שלוש יריות ואז הבחין במכונתו של בהאא, שנעה לכיוון ואדי בורקין כשבמושב שלייד הנהג ישב המערער ודם זב מראשו. לדברי העד, התכוון לסייע לפצוע, אך משהמשיכה המכוננית בדרכה וחצתה את הצומת, פנה והלך לביתו. בית-המשפט הזכיר בפסק-דינו את עדותו של פרחאטי. מדבריו עולה, כי לא נתן אמון בדברי העד כי בשעת הירי לא הייתה באזור הצומת כל התרחשות יוצאת-דופן. אך לעיקר אמירתו של העד, כי הירי לעבר המכוננית בוצע בעת שזו התקרבה לצומת וכי לאחר הירי המשיכה המכוננית בנסיעתה וחצתה את הצומת, לא התייחס בית-המשפט כלל.

14. קבלת גרסתו של סרן יואב, כי את הירי של כדורי הפלסטיק כיוון אך ורק לעבר רגלי המתפרעים שבאו לקראתו מכיוון שונה מכיוון הכביש, לא התיישבה עם ממצאי התחקיר שקיים סגן מפקד החטיבה המרחבית, סא"ל גיא רפאלי, במוצאי יום האירוע. גרסתו של סרן יואב לא התיישבה גם עם עדות החייל, שנמנה עם צוותו, ואשר העיד כי הירי של כדורי פלסטיק כוון, בין היתר, לעבר המתפרעים שהסתתרו מאחורי החביות. המידע שנמסר לצבא לעת הזאת היה, כי בשעה 17:00 לערך הובא המערער לבית-החולים בעיר כשהוא פצוע בראשו כתוצאה מחדירת קליע וכי לנוכח חומרת הפציעה הועבר, כעשרים דקות לאחר קבלתו, לבית-החולים ברמאללה. אך במידע שנמסר לא צוין, כי המערער נפגע בעת שהוסע במכונתו של בהאא לעבר הצומת, ונראה שסא"ל רפאלי הניח, כי המדובר בפגיעה במי שהשתתף בהתפרעות. אך בדיקת גרסתו של סרן יואב (החייל היחיד שירה כדורי פלסטיק), לגבי אופן ביצוע הירי, הביאה את סא"ל רפאלי למסקנה, כי הירי בחלקו היה בלתי-מבוקר. ואף שבסיכום תחקירו הניח, כי הפצוע שאושפז [היינו, המערער] נפגע מירי בלתי מזוהה, לא שלל את האפשרות כי הוא נפגע מירי כדורי הפלסטיק שבוצע על-ידי סרן יואב. יותר

חד-משמעית הייתה מסקנתם של חוקר מצ"ח, בדו"ח סיכום החקירה שנערך על-ידי, ושל הפרקליט הצבאי מחוז המרכז, בחוות-דעתו; שניהם הגיעו למסקנה כי המערער נפגע מירי כדורי הפלסטיק שבוצע על-ידי סרן יואב. יצוין כי הפרקליט הצבאי התייחס בחוות-דעתו גם לכיוון הירי, וכך כתב:

כיוון הירי הכללי תואם למיקום הרכב עת נפגע [המערער], כך שאין להוציא מכלל אפשרות כי הירי לכיוון שאליו ירה סרן יואב פגע ברכב שנסע בכביש מ.פ. ג'נין. יצוין כי השטח שבין מקום הירי למקום הפגיעה היה שטח פתוח ולא היו חפצים או מכשולים שימנעו מסלול ישיר של הקליע בין הנקודה שממנה ירה הקצין לבין הנקודה שעל-פי התרשימים בה נפגע [המערער] במהלך נסיעתו.

ובהסתמכו על התרשמותו של סא"ל רפאלי, כי סרן יואב ביצע ירי בלתי-מבוקר של כדורי פלסטיק, הוסיף הפרקליט הצבאי, כי בקביעה זו יש כדי להגדיל את ההסתברות שירי זה הוא אשר פגע במכוניתו של בהאא ופצע את המערער.

אין צריך לומר, כי בית-המשפט המחוזי - שחומר החקירה וחוות-הדעת האמורות הוגשו לו במסגרת פרשת ראיותיו של המערער - היה רשאי להעדיף על-פניהם את עדויותיהם של סרן יואב ושל חייליו ולבסס עליהן את ממצאיו. אלא שבפסק-דינו לא נדרש בית-המשפט כלל לעובדה שגרסת סרן יואב וחייליו בעדויותיהם במשפט נשנו, בנקודות מהותיות, הן מגרסתם בשלב התחקיר והחקירה והן ממה שהסיקו חוקרי מצ"ח והפרקליט הצבאי מן הנתונים האובייקטיביים. כן לא נדרש בית-המשפט בפסק-דינו לעדות החייל מצוותו של סרן יואב, אשר סיפר כי ירי כדורי הפלסטיק כוון בחלקו לעבר מתפרעים שהסתתרו מאחורי חביות, ובכך סתר את גרסתו של סרן יואב שירה כדורי פלסטיק רק לעבר רגליהם של ראשי המתפרעים שבאו לקראתו מכיוון המסגד שבמחנה הפליטים (השונה מכיוונו של הכביש). בית-המשפט הניח, כי הגרסה שמסר סרן יואב בעדותו תאמה לחלוטין את גרסתו בחקירת מצ"ח, ולאור מה שהובא אני מתקשה לאמץ את הערכתו. כן נראה, כי בתיתו אמון מוחלט בעדויותיהם של סרן יואב וחייליו, לא ייחס בית-המשפט משקל כלשהו לעובדה שגביית אמרותיהם של עדים אלה בחקירת מצ"ח הושתתה עד לאמצע חודש ינואר 1992 - היינו במשך יותר משישה חודשים מיום האירוע - וזאת אף שתיק החקירה הועבר למצ"ח (בהוראת הפרקליט הצבאי) עוד ביום 14.8.1991. דומה כי אף לשיהוי זה היה על בית-המשפט לייחס משקל בקביעת אמינותן הלכאורית של האמרות.

15. בית-המשפט המחוזי ייחס משקל רב לפער הזמנים שבין שעת האירוע לבין השעה שבה, לגרסת בהאא, הגיע במכוניתו לצומת. בית-המשפט הניח, כי מעורבותם של סרן יואב וחייליו באירוע הסתיימה, לכל המאוחר, בסביבות השעה 17:00, בעוד שבהאא עמד על כך שהגיע במכוניתו לצומת לא לפני השעה 18:00. פער הזמנים שלל, לדעת בית-המשפט, את האפשרות שהמערער נפגע מירי כדורי הפלסטיק שבוצע על-ידי סרן יואב. אף לקביעה זו התקשיתי למצוא תשתית בטוחה. לפחות ביחס לשעת סיום האירוע, מבחינתם של החיילים, היה לפני בית-המשפט נתון לכאורה בדוק. מן התחקיר שערך סא"ל רפאלי, במוצאי יום האירוע, עלה, כי צוותו של סרן יואב יצא למקום האירוע בעקבות דיווח, שנמסר על-ידי תצפיתן בשעה 16:35, על אודות קול של ירי שנשמע מכיוון מחנה הפליטים. כן עלה מן התחקיר, כי זמן קצר לאחר מכן נשלח למקום - כסיוע לצוותו של סרן יואב - צוות של שוטרי מג"ב ושני הכוחות פעלו יחדיו בפזור ההתפרעות שנמשכה עד ולאחר השעה 18:00. השעה שבה סרן יואב ירה כדורי פלסטיק לא התבררה, אך מן הדיווח שמסר בית-החולים בג'נין, כי המערער הובא לבית-החולים בשעה 17:00 (בהנחה שהדיווח, שנמסר בשעה מאוחרת בערב, נקב בשעה מדויקת ולא משוערת) ניתן לכאורה להסיק כי הפגיעה במערער (בהנחה שהוא אמנם נפגע מן הירי הזה) התרחשה קרוב לשעה 17:00. מסקנה זו מתיישבת גם עם עדותו של העד פרחאטי, שייחס את האירוע לשעות 16:30-17:00 לערך, ואף עם עדותו של עלאא אשר העריך כי התבשר על אודות האירוע, ומיהר לבית-החולים, בין השעות 17:00 ו-18:00. בהאא, כזכור, טען, כי הגיע לצומת בשעה 18:00. אך אין לשלול את האפשרות (כפי שסבר גם הפרקליט הצבאי בחוות-דעתו) כי הוא לא דייק במסירת השעה. על-כל-פנים, בין שבית-החולים בג'נין ציין במשוער את שעת קבלתו של המערער, ובין שבהאא שגה בציון השעה שבה הגיע לצומת, אין בפער הזמנים, כשלעצמו, כדי להוביל למסקנה כלשהי. השאלה המהותית שהועמדה להכרעתו של בית-המשפט המחוזי הייתה אם המערער אמנם נפגע מקליע פלסטיק. הכרעה חיובית בשאלה זו חייבה גם את המסקנה כי הוא נפגע מן הירי שבוצע על-ידי סרן יואב, שעל-פי תחקירו של סא"ל רפאלי היה החייל היחיד אשר ירה כדורי פלסטיק בתחומי העיר ג'נין ביום האירוע. וההכרעה בשאלה זו אמורה הייתה להתבסס על ראיות אחרות, ולא ניתן היה להעלותה - כפועל-יוצא מסתבר - מן הפער בין שעת הירי על-פי גרסת סרן יואב וחייליו לבין השעה שבה, לפי גרסתו של בהאא, הגיע לאזור הצומת.

16. המערער טען כי המדינה הסבה לו נזק ראייתי, הן במחדלה של המשטרה לבדוק את הממצאים הפיסיים (לרבות סימני הפגיעה ושרידי הירי) במכוניתו של

בהאא, והן בכך שבמהלך חקירת האירוע על-ידי מצ"ח נטלו החוקרים מבית-החולים בו אושפז את צילומי הרנטגן וה-C.T., שבעת ניהול המשפט שוב לא ניתן היה למוצאם. לא מצאתי מקום להכריע, בגדר פסק-דין זה, בשאלה אם בנטילת הצילומים הרפואיים מבית-החולים בשלב החקירה הייתה משום גרימת נזק ראייתי; וטענתו של המערער, לעניין זה, שמורה לו. להלן אדרש רק לטענת המערער כי מחדלה של המשטרה, לבדוק את הממצאים הפיסיים במכוניתו של בהאא, הסב לו נזק ראייתי שהמדינה נושאת באחריות לגרימתו. ייאמר מיד, כי טענתו זו, לדעתי, בדין יסודה.

17. מעדות השוטר בשארה, שהוזמן על-ידי המדינה לפי דרישת בא-כוח המערער, עלה, כי על-פי השיגרה שנהגה בתחנת המשטרה בג'נין צריך היה להעמיד את המכונית לבדיקתו של מומחה מז"פ. בהסתמכו על שיגרה זו אף ניסה השוטר להכחיש את גרסת עלאא, שלפיה בשארה עצמו הוא שביקש ממנו לצלם את סימני הפגיעה וכתמי הדם במכונית. צילום המכונית, טען בשארה, היה מתפקידו של מומחה מז"פ, ואם בשעת ביקורו של עלאא במשטרה לא נכח בתחנה מומחה כזה, היה על עלאא להשאיר את המכונית בחצר התחנה על-מנת שתיבדק על-ידי מומחה מז"פ למחרת היום. אך משנשאל, כיצד אפוא אירע שעלאא צילם את נזקי המכונית בעצמו, לא הייתה בפיו תשובה מניחה את הדעת. תפקידו בפרשה, טען, הסתיים ברישום אמרתו של עלאא ובעריכת דו"ח על סימני הפגיעה וכתמי הדם שראה במכונית, אשר הופנה על-ידיו לראש מחלקת החקירות; ללמדך, שאם נפל פגם בכך שהמכונית לא נבדקה על-ידי מומחה מז"פ, או בניהול חקירתה של הפרשה, אין לזקוף את המחדל לחובתו. נראה שבית-המשפט המחוזי, שבחר להתעלם מעדותו של בשארה, קיבל את גרסת עלאא, שלפיה התבקש על-ידי השוטר בשארה לצלם את המכונית; ואף המשיבים לא חלקו לפנינו על גרסה זו. אכן נראה כי לבשארה לא היה כל הסבר, כיצד אירע שלאחר מסירת אמרתו נטל עלאא את המכונית ונסע, מבלי שנדרש להחנותה בחצר המשטרה. ברי, כי עלאא צילם את סימני הפגיעה ואת כתמי הדם במכונית, מפני שכך התבקש על-ידי בשארה לעשות; וכי אילו נדרש על-ידי בשארה להחנות את המכונית בחצר התחנה, עד לבדיקתה בידי מומחה מז"פ, חזקה שהיה עושה כן.

18. בית-המשפט המחוזי מצא, כזכור, "הרבה מן האמת" בטענת המומחה שהעיד מטעם המערער, שאילו השתמשו חוקרי המשטרה בשיטות המדעיות השיגרתיות המקובלות במשטרה ובמצ"ח בחקירת אירועי ירי, ניתן היה לאשש או לסתור את עמדותיהם החלוקות של המומחים מטעם הצדדים בשאלת זיהוי סוג הקליע שפגע במערער. כן קבע בית-המשפט, כי על יסוד הנתונים ה"שבריריים" העולים מן התצלומים ניכרו בין המומחים הבדלי גישות לגבי מקור, סוג ומספר הפגיעות, וכי על

יסוד גישות אלו "קשה לתמוך או לסתור את גרסת התביעה". משמע שביחס למקור הפגיעות, סוגן ומספרן, נוצר בראיות מעין תיקו. עם זאת דחה בית-המשפט את טענת המערער, כי מחדלה של המשטרה לבצע את הבדיקות המקובלות הסב לו נזק ראייתי, שדי בגרימתו כדי להעביר לשכמה של המדינה את נטל השכנוע להיעדר אחריותה לפגיעתו. ראשית, משום הנחתו כי לכלל הנזק הראייתי אין תחולה בענייננו. ושנית, מאחר ונסיבות הבאתה של המכונית למשטרה עוררו חשד היכול להסביר את מידת הרצינות שבה התייחסה המשטרה לעצם התלונה.

19. טעמים אלה אינם מקובלים עליי. הלכה מיוסדת היא מלפנינו, כי מקום שבו נתבע גורם ברשלנותו נזק ראייתי לתובע - כלומר, פוגע ביכולתו של התובע להשתמש בראיה שלכאורה הינה בעלת פוטנציאל לביסוס איזו מן הטענות העובדתיות שעליהן מבוססת תביעתו - עשוי בית-המשפט להטיל על הנתבע את נטל השכנוע להיותה של אותה טענה עובדתית בלתי-נכונה (ראו, למשל, ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, דינים עליון סח 53, בפסקה 13; ע"א 8151/98 שטרנברג נ' צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539, 552-551; ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נה(3) 117, 125-126). הלכה זו, המבוססת בעיקרה על שיקולי צדק ועל הצורך החברתי בהרתעת נתבעים פוטנציאליים מפני איבוד ראיות, מבטאת את הפן הראייתי-דיוני של דוקטרינת הנזק הראייתי (ראו: א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 191, 241-254; Porat & Stein, *Tort Liability Under Uncertainty* (2001) 165-167). זאת, להבדיל מהפן הנזיקי-מהותי של הדוקטרינה, שטרם נקלט במפורש בפסיקתנו ואשר אף בענייננו לא מתעורר הצורך לבוחנו (השוו: פרשת מאיר, בפסקה 14; ע"א 6768/01 רגב נ' מדינת ישראל [טרם פורסם], בפסקה 5). ההלכה הראייתי-דיונית בדבר הנזק הראייתי משמעה, אפוא, הקמת חזקה עובדתית, כי אלמלא ניזוקו עקב רשלנותו של הנתבע, היו הראיות החסרות תומכות בגרסת התובע ביחס לטענה העובדתית שנשנתה במחלוקת. אף שחזקה זו ניתנת לכאורה לסתירה, הרי שמטבע הדברים - ובדומה לחזקות אחרות המופעלות בסופו של המשפט - נזקקים לה רק כאשר ידוע שאין בנמצא ראיות רלוונטיות אחרות; היינו, כשביחס לטענה העובדתית שהראיות החסרות נדרשו לתובע להוכחתה, מתקיים בין הצדדים "תיקו ראייתי". במצב-דברים זה נמצא הנתבע לוקה בחסר ראייתי לסתירת החזקה. ומכאן שהקמת החזקה מכריעה, למעשה, את המחלוקת העובדתית (פורת ושטיין, שם; ע"א 5373/02 נבון נ' קופת חולים כללית, פ"ד נז(5) 35, 47).

בפסיקת בית-המשפט העליון יושמה ההלכה, עד כה, רק בתביעות שעילתן רשלנות רפואית, ולרוב בהתייחס לאי-עריכתן, חסרונן או אובדנן של רשומות רפואיות. אולם ברי, כי הרציונלים שביסודה חלים גם בתביעות מסוגים אחרים ואין הצדקה עניינית להגבילה להקשר הרפואי בלבד. לא מכבר ציין המשנה לנשיא אור - בגדר פסק-דין שעניינו היה בתביעה שעילתה רשלנות רפואית - כי "העיקרון שביסוד העברת נטל השכנוע מתפרש לא רק על מחדלים בעריכת רשומות רפואיות ובשמירתן כנדרש. הוא מתפרש גם על רשלנות בעלת אופי שונה, אשר גורמת לכך שנפגעת האפשרות של התובע להוכיח את עילת תביעתו" (פרשת מאיר, בפסקה 13). וברוח דומה ציינה השופטת דורנר (בדעת יחיד ותוך שהפנתה, בין היתר, גם לפרשת מאיר), כי "בתביעות של רשלנות רפואית נפסק כי רישום לקוי או העדר רישום מתוך רשלנות מעביר את נטל השכנוע אל כתפי הנתבע, באשר לאותם העניינים שהרישום היה עשוי לתרום להוכחתם --- והלכה זו ישימה גם בתחומים אחרים" (ע"א 8858/02 מדינת ישראל נ' זהווה, דינים עליון סח 53). יצוין שהמדובר בפרשת זהווה לא היה בתביעה שעילתה רשלנות רפואית, אלא בתביעה נגד המדינה בגין הפקעת שטח פרטי, שאת גודלו המדויק התקשה התובע להוכיח בשל מוקשים שזרע בו הצבא ואשר מנעו ממנו את האפשרות למדוד את השטח.

20. אני סבור כי לדוקטרינת הנזק הראייתי - בפן הראייתי-דיוני שלה - יש תחולה בענייננו. תמיכה לעמדה זו מוצא אני בקביעת בית-המשפט המחוזי, כי הנתונים ה"שבריריים" שעלו מתצלומי סימני הפגיעה במכונית (שבוצעו על-ידי עלאא), והבדלי הגישות שניכרו בין המומחים לגבי מקור, סוג ומספר הפגיעות, הובילו למצב שבו "קשה לתמוך או לסתור את גרסת התביעה". משמע שבין גרסותיהם החלוקות של המומחים נוצר מצב של תיקו שאינו מאפשר הכרעה. תוזכר בהקשר זה גם הערת בית-המשפט, כי יש "הרבה מן האמת" בטענת המומחה מטעם המערער שאילו השתמשה המשטרה בשיטות הבדיקה המדעיות השיגרתיות המקובלות באירועי ירי, ניתן היה לאשש או לסתור את עמדותיהם החלוקות של המומחים בשאלת זיהוי סוג הקליע שפגע במערער. ואכן, באי-בדיקתם בידי מומחה מז"פ של שרידי הירי במכונית נכשלה המשטרה, כפי שיוסבר להלן, במחדל רשלני. בכך שמטה מידי המערער - שביצוע בדיקה כזאת נבצרה מיכולתו - ראייה בעלת פוטנציאל לביסוס טענתו כי נפגע מירי של קליע פלסטיק. זהו מצב-דברים טיפוסי שבו ראוי להחיל על המקרה את דוקטרינת הנזק הראייתי, במובן זה שנטל השכנוע ביחס לנסיבות האירוע שבמהלכו נפגע המערער, יוטל על המדינה.

בית-המשפט המחוזי, שסבר כי דוקטרינת הנזק הראייתי אינה חלה על המקרה הנדון, פסק לדחות את תביעת המערער. טעמו העיקרי לכך היה שהמערער כשל בהוכחת טענתו כי נפגע מקליע פלסטיק שנורה על-ידי סרן יואב לעבר המכונית שבה הוסע. דעתי, כאמור, היא, כי המערער זכאי להחלטה על עניינו של דוקטרינת הנזק הראייתי. ענייננו בתביעת נפגע נגד המדינה, הסומכת על טענתו כי נורה ונפגע מידי חיילי צה"ל. בדיקת שרידי הירי בידי מומחה מז"פ עשויה הייתה להעמיד לרשות המערער את הראיה האולטימטיבית שבכוחה לאשש, או לשלול, את טענתו כי נפגע מידי של כדור פלסטיק. ודוק: הצבא והמשטרה הם אורגנים של המדינה והיא הנושאת באחריות למעשיהם ולמחדליהם. במחדלה לבדוק את המכונית בידי מומחה מז"פ שללה המשטרה מן המערער את הראיה המרכזית שנדרשה לו להוכחת טענתו כי נפגע מקליע פלסטיק שנורה על-ידי סרן יואב. בהיות המערער והמדינה צדדים ישירים הן לתביעת הנזיקין והן לגרימת הנזק הראייתי, קמה חזקה ראייתית לזכות המערער כי נורה ונפגע מקליע פלסטיק. מן הראיות עלה כי סרן יואב היה החייל היחיד שירה קליעי פלסטיק ביום האירוע בתחומיה של העיר ג'נין. בהניחי שקליעי פלסטיק לא היו מצויים ברשות גורמים אחרים זולת צה"ל (הנחה שהמשיבים לא חלקו עליה בטיעונם לפנינו), די בחזקה האמורה כדי לחייב את המסקנה כי המערער נפגע מקליע פלסטיק שנורה על-ידי סרן יואב. ואולם, גם אם יימצא יסוד לחשוש, שמא קליעי פלסטיק היו מצויים גם ברשות תושבים מקומיים בג'נין, לא יהיה בכך כדי לגרוע מן המסקנה האמורה; שכן הנזק הראייתי שנגרם למערער, עקב מחדלה של המשטרה לבדוק את שרידי הירי במכונית, התבטא לא רק בגריעת יכולתו להוכיח את סוג הקליע שפגע בו אלא גם פגע ביכולתו להוכיח קיום התאמה בליסטית בין קליע זה לבין נשקו של סרן יואב.

21. כפי שכבר צוין, החלת הדוקטרינה של נזק ראייתי על ענייננו מותנית בקביעה, כי מחדלה של המשטרה לבדוק את המכונית היה, בנסיבות העניין, מחדל רשלני. דעתי, כאמור, היא, כי גם לקביעה זו זכאי המערער. לעניין זה אין בידי לקבל את נימוקו של בית-המשפט המחוזי, כי החשד שעוררה הבאת המכונית למשטרה על-ידי עלאא, רק יומיים לאחר האירוע שבו נפגע המערער, בעוד בהאא - אף שהוזמן - אינו מתייצב למסירת גרסתו, עשוי להסביר את יחסה של המשטרה לחקירת התלונה. שכן, גם אם חוקרי המשטרה העריכו כי ייחוס הפגיעה במערער לחיילי צה"ל הוא שקרי, וכי בפועל נפגע המערער בעימות פנימי בין תושבי העיר ג'נין, חלה עליהם חובה להעמיד את המכונית לבדיקה על-ידי מומחה מז"פ, במטרה לנסות ולהתחקות אחר גורמי הפגיעה. כן אין בידי לקבל את טענת המדינה, כי לנוכח גודש האירועים שהוטל עליהן לבדוקם בתקופת האינתיפאדה המדוברת, רשאיות היו המשטרה ומצ"ח להגביל את עריכתן של

בדיקות מז"פ בעיקר לאירועי מוות. המערער נפצע באופן קשה ביותר מפגיעת קליע שחדר לראשו. המדובר במקרה רציני. בדיקת המכונת היוותה אמצעי חיוני במסגרתה של החקירה, ואי-קיום הבדיקה מהווה מחדל רשלני של המשטרה. מסקנה פשוטה זו נלמדת גם מגרסת השוטר בשארה, אשר העיד כי על-פי הנהלים שנהגו בתחנת המשטרה, צריכה הייתה המכונת להיבדק על-ידי מומחה מז"פ. כן יש לציין, כי בדיקת המכונת לא חייבה השקעת מאמצים יוצאי-דופן, או נטילת סיכון בהוצאת המומחה אל השטח, שכן המכונת הובאה עד לחצר המשטרה וניתן היה לבודקה במקום מוגן זה.

22. טעמו החלופי של בית-המשפט המחוזי לדחיית התביעה התבסס על ההנחה שהמערער אכן נפגע מקליע פלסטיק שנורה על-ידי סרן יואב לעבר מכונתו של בהא. בנסיבות העניין, סבר בית-המשפט, בביצוע הירי על-ידי סרן יואב לא הייתה משום התרשלות. כפי שכבר ציינתי, גם טעם זה לדחיית התביעה אין בידי לקבלו. בחלק זה של הכרעת בית-המשפט המחוזי אדון על יסוד הנחת בית-המשפט, כי המערער אכן נפגע מקליע פלסטיק שנורה על-ידי סרן יואב. עם זאת - ובהיעדר ממצא אובייקטיבי בדבר סוג הקליע שחדר לראשו של המערער - לא אקבע לחובת סרן יואב כי המערער נפגע מקליע פלסטיק שנורה על-ידיו. בהקשר זה ניתן לציין, כי במחדלה הרשלני לבדוק את שרידי הירי במכונתו של בהא הסבה המשטרה נזק ראייתי, לא רק למערער, אלא גם לסרן יואב. הנזק שהסבה למערער התבטא בשלילת יכולתו להוכיח את טענתו, כי נפגע מקליע פלסטיק שנורה על-ידי סרן יואב; ואילו הנזק שהסבה לסרן יואב התבטא בשלילת יכולתו לסתור את טענתו האמורה של המערער. אסתפק, אפוא, בדיון בשאלה אם סרן יואב התרשל בביצוע הירי, מבלי שיהיה בכך כדי להוביל לקבלת הערעור על דחיית התביעה כנגדו.

23. הלכה פסוקה היא, ש"בעת ביצוע פעילות בקרב האוכלוסיה האזרחית, בין בתחומי הקו הירוק ובין מעבר לו, חלה על חיילי צה"ל, בכל הקשור לשימושם בנשק, חובת זהירות כלפי אזרחים העלולים להיפגע" (ע"א 3889/00 לרנר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 304, 311; והשוו: ע"א 1354/97 עכאשה נ' מדינת ישראל [טרם פורסם]). השאלה הניצבת לפנינו היא אם בבצעו את ירי כדורי הפלסטיק הפר סרן יואב את חובת הזהירות שהייתה מוטלת עליו כלפי אזרחים (כדוגמת המערער) שהיו עלולים להיפגע מן הירי. בית-המשפט המחוזי, שהשיב לשאלה זו בשלילה, ביסס את עמדתו על עדויות סרן יואב וחייליו. הללו כזכור סיפרו, כי בפעילותם באזור הצומת נאלצו להתעמת עם מאות מתפרעים, שהשליכו לעברם אבנים, ברזלים ובקבוקי תבערה; ורק משנוכח, כי הוא וחייליו נקלעו למצב הטומן סכנת חיים ממשית, ביצע סרן יואב ירי מבוקר של

מספר קליעי פלסטיק לעבר רגליהם של ראשי המתפרעים. בית-המשפט המחוזי סבר, כי בנסיבות המתוארות לא חרג מעשהו מגדר הסבירות.

דעתי היא, כי עדויותיהם של סרן יואב וחייליו לא העמידו תשתית ראייתית ראויה לשמה לביסוס קביעתו של בית-המשפט המחוזי, שבנסיבות שאליהן נקלעו עצם הירי של קליעי פלסטיק היווה אמצעי סביר. הנטל להוכיח את טענתם - כי אכן היה צורך להשתמש בירי כזה להשגת המטרה שהוטלה עליהם, או כדי להיחלץ מסכנה ממשית שאליה נקלעו - רבץ, בנסיבות ענייננו, על המשיבים (השון: ע"א 2176/94 מדינת ישראל נ' טבנג'ה, פ"ד נז(3) 693, דברי השופט אנגלרד בפסקה 12 לפסק-הדין). בית-המשפט המחוזי קיבל את הגרסה, שלפיה סרן יואב ביצע את הירי רק לאחר שנוכח כי הוא ואנשיו נקלעו למצב המסכן את חייהם. עובדה בעלת חשיבות מרכזית בהקשר זה, שעליה העידו סרן יואב וחייליו במשפט, הייתה כי המתפרעים השליכו לעברם, בנוסף לאבנים, גם בקבוקי תבערה. אלא שעובדה נטענת זו לא בא זכרה, מפי מי מהם, באיזו מן העדויות שנמסרו על-ידם בהליכי התחקיר שערך הסמח"ט במוצאי יום האירוע, ואף לא בחקירת מצ"ח. בכל הודעותיהם סיפרו, כי המתפרעים הבעירו צמיגים ובשלב מסוים אף השליכו אבנים, אך לא סיפרו דבר-וחצי-דבר על אודות בקבוקי תבערה שהושלכו לעברם על-ידי המתפרעים. העובדה שאת גרסתם, כי המתפרעים יידו לעברם בקבוקי תבערה, העלו סרן יואב וחייליו לראשונה בעדויותיהם במשפט, מערערת את צדקת קביעתו של בית-המשפט המחוזי, כי סרן יואב וחייליו נמצאו בסכנה ממשית לחייהם וכי בנסיבות אלו ירי של קליעי פלסטיק היווה אמצעי סביר.

על-כל-פנים, גם בהניחי כי ביצוע הירי, כשלעצמו, היה אמצעי דרוש, אין בידי לאמץ את מסקנת בית-המשפט המחוזי, כי אופן ביצוע הירי על-ידי סרן יואב לא חרג מגדר הסביר. ביסוד מסקנתו האמורה של בית-המשפט המחוזי ניצבה ההנחה, כי סרן יואב ביצע ירי מבוקר של מספר קליעי פלסטיק לעבר רגליהם של ראשי המתפרעים. דעתי היא, כי להנחה זו אין עיגון מספק בתשתית העובדתית. כבר הזכרתי, כי לפני בית-המשפט המחוזי באו ראיות (תחקירו של הסמח"ט סא"ל רפאלי ועדות אחד מחיילי הצוות) שהעמידו בספק ממשי את גרסתו של סרן יואב כי ביצע ירי מבוקר בלבד. ואף ההנחה, שהירי שבוצע על-ידי פגע במכונית שנעה בכביש החוצה את הצומת, מהווה (לצורך הכרעתנו) ראיה לכך שהירי, לפחות בחלקו, היה בלתי-מבוקר. אינדיקציה נוספת לכך שהירי לעבר המכונית היה רשלני יש בעדותו של סרן יואב, שלפיה כלל לא

ראה את המכונית, וכן בטענתו הכבושה, שכאמור לא ניתן לקבלה, כי הצומת היה חסום באופן שלא איפשר מעבר של כלי-רכב.

בכך טמונה התשובה גם לטענתם החלופית הנוספת של המשיבים, כי המערער - אם אכן נפגע מידי קליעי הפלסטיק - נפגע במהלך "פעילות מלחמתית" של צה"ל, כמשמעה בסעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה). סיווג פעילותם של שלושה או ארבעה חיילים, עליהם הוטל לפזר התפרעות של אזרחים המבעירים צמיגים ומשליכים אבנים, כ"פעילות מלחמתית", נראה לי מרחיק-לכת, ומפסק-הדין בפרשת בני עודה - שבו נקבעו אמות המידה לסיווגה של פעילות צבאית כ"פעילות מלחמתית" - לא עולה מסקנה אחרת.

24. מן הטעמים שפורטו הייתי דוחה את הערעור, ככל שהוא מופנה נגד סרן יואב, אך הייתי מקבלו בכל הנוגע לדחיית תביעתו של המערער נגד המדינה וקובע כי על המדינה מוטלת חובה לפצות את המערער בגין הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מן הירי. ההליך יוחזר אפוא לבית-המשפט המחוזי להשלמת הדיון במידת הנזק ובשיעור הפיצויים ולמתן פסק-דין משלים. ככל שימצא בית-המשפט כי למערער 2 - שתביעתו טרם נדונה לגופה - עילה מבוססת לתביעת דמי-נזק, יקבע גם את מידת נזקו ואת שיעור פיצוייו. המשיבים ישלמו למערערים (יחדיו) את הוצאותיהם בשתי הערכאות, כפי שתישומנה על-ידי הרשם, וכן שכר-טרחת עורך-דין בסך 40,000 ₪.

המשנה לנשיא (בדימ')

השופט מ' חשין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

1. שתי גרסאות עובדתיות הובאו להכרעתו של בית המשפט המחוזי ביחס לאירועים שהתרחשו בשעות הערב של יום 7.7.91, ברחוב אלמחטה בגנין בואך וואדי בורקין.

א. גרסת התביעה -

כאמור בפסק דינו של חברי, המשנה לנשיא בדימו' (א' מצא), נשללה מהמערער, עקב פציעתו, היכולת להעיד, ועל כן הובאה התשתית העובדתית מפיהם של אחרים. ראשון המתייצבים בתחנת המשטרה בג'נין היה עלא דאהר, אשר לא היה עד לפציעת המערער. עלא טען בהודעה שנרשמה מפיו ביום 9.7.91, כי שמע מפיו של אחיו, בהא, כי ביום 7.7.91, בשעה 18:00 לערך, הוא הסיע ברכבו את המערער, כשלפתע פתחו חיילים באש לעברם וכתוצאה מכך נפצע המערער בראשו. בסוף דבריו הודיע עלא לחוקר בזו הלשון: "בהא אחי מסר לי שהוא יגיע לתחנת המשטרה בהקדם האפשרי כדי למסור עדות".

בפועל, התייצב בהא רק ביום 13.10.91, למעלה משלושה חודשים לאחר פציעתו של המערער. במועד זה נרשמה גרסתו ובה טען שהוא אסף את המערער לרכבו בין השעות 18:00 עד 18:30, וכאשר הגיעו לצומת של בניין המכס, הבחין בג'יפ של מג"ב שלידו ניצבו מספר חיילים. את אשר התרחש בהמשך תאר בהא כך: "אני המשכתי בנסיעתי וכעבור 100 מטר בערך שמעתי פיצוץ ברכב, הרגשתי שברי זכוכית שעפו על הפנים שלי וראיתי שני חורים בשמשה הקדמית ... כעבור מספר מטרים הסתכלתי על עזאם [המערער] וראיתי דם על חולצתו. דיברתי איתו, לא הגיב ... לא שמעתי יריות לפני הפגיעה ברכב, שמעתי רק פיצוץ שמשות. לא ראיתי את החיילים שעמדו ליד הג'יפ יורים לעברי ולא ראיתי אותם מסמנים לי לעצור". בהא טען עוד: "לא היו הפרות סדר במקום בו עברתי ולא הבחנתי בנערים שזורקים אבנים מכיוון המחנה לעבר החיילים שעמדו ליד הג'יפ".

מטעם המערער העיד גם חאלד מונדר עבדלרחמאן פרחתי. עד זה מסר כי בשעה 16:00 עד 17:00 של יום האירוע, הוא שמע יריות, ולפתע ראה מכונית מתקרבת כששמשתה האחורית מנופצת, ובמושב שליד הנהג ישב אדם שמראשו זב דם.

להשלמת התמונה ביחס לשעת האירוע אוסיף, כי חברו של המערער, זכי סוויטי, העיד כי שניהם ביקרו ביום האירוע במפעל הנמצא במפרץ חיפה, ואת דרכם לג'נין החלו עושים לאחר השעה 16:00. נתון זה עשוי להתיישב, אף כי בדוחק, עם האמור בדו"חות החקירה של האירועים שנערכו על ידי גורמי הצבא, ומהם עולה כי המערער אושפז בבית החולים בג'נין בשעה 17:00 לערך (ראו ת/35, ת/36, וכן יומן המבצעים ת/25). אולם, קשה עד למאוד ליישב את כל אלה עם גרסתו של עלא, לפיה נסיעתו של אחיו בהא החלה אי-שם בסביבות השעה 18:00, ושפציעת המערער התרחשה בין השעות 18:00 ל-18:30, דהיינו, זמן ניכר לאחר שהמערער כבר אושפז בבית החולים.

ב. גרסת המשיבים -

גרסה זו נסמכה על עדויותיהם של החיילים אשר היו בזירת האירוע, ועל פיהן הצטיירה תמונה שונה לחלוטין. לטענתם, הם הוזעקו לאותה צומת בשעה 16:00 לערך, עקב התפרעות בה נטלו חלק מאות צעירים אשר ידו לעבר החיילים מכל הבא ליד. במצב זה, נחסם הצומת במטרה לבודד אותו, ועל כן לא ייתכן כלל כי רכב כלשהו הצליח לחלוף על פניהם.

2. בית המשפט המחוזי, לו היה היתרון להתרשם בדרך ישירה ובלתי אמצעית ממהימנות העדים אשר הופיעו בפניו, החליט להעדיף את גרסת המשיבים על פני גרסת עדיו של המערער, ובלשונו:

“ בעיקרם של דברים אני רוחשת אמון לעדויותיהם של חיילי צה”ל ובתוכם סרן יואב. הם תיארו מציאות קשה מאוד בה היו נתונים ופרטו את דרכי ההתמודדות שלהם בלי לנסות להמעיט מעוצמת הכוח והאמצעים שהפעילו. אני מעריכה כי אילו היו עדים למעבר המכונית ולירי שפגע בה היו מתייחסים לכך ומסבירים את הנסיבות. הגרסה המתוארת על ידי עדי ההגנה באשר לנסיבות האירוע מקובלת עלי אפוא” (ראו עמוד 11 לפסק הדין).

כידוע, הלכה היא שאין זו דרכה של ערכאת ערעור להתערב בממצאים של עובדה הנקבעים בערכאה הדיונית, ולא מצאתי כי הוכחה עילה אשר תצדיק סטייה מהלכה זו בנסיבותיו של המקרה הנוכחי.

3. נדמה, כי חרף הנתונים הסותרים שהובאו בפני בית המשפט המחוזי, לא היה מקום לפקפק ברישום שנעשה בבית החולים בגנין בדבר שעת הבאתו של המערער לשם, דהיינו, בסמוך לשעה 17:00. מכאן מתחייבת המסקנה, שעדויותיהם של עלא ואחיו בהא מעוררות, למצער, תהיות אם לא מעבר לכך, הואיל ועל פי גרסתם התרחשה פציעתו של המערער כשעה וחצי לאחר שכבר היה מאושפז בבית החולים. בנסיבות אלו לא הייתי ממהר לשלול את האפשרות שפציעת המערער לא התרחשה כלל בעת נסיעה ברכבו של בהא, ואולי עובדה זו היא המסבירה מדוע השהה בהא את התייצבותו במטרה במשך למעלה משלושה חודשים. יתרה מכך, האמון שנתן בית המשפט המחוזי בגרסתם של החיילים, חייב את המסקנה הנוספת ולפיה מחמת ההתפרעות שהתרחשה נחסם הצומת כליל לנסיעת כלי רכב, וגם בכך יש כדי להפריך את טענתו של בהא באשר לנסיבות פציעתו של המערער.

4. השאלה הנוספת היא, אם חטאו המשיבים במחדל רשלני שעה שלא בדקו את מכוניתו של בהא על ידי מומחי מז"פ, ואם בנסיבות אלו נכון לקבוע כי למערער נגרם נזק-ראייתי המצדיק את העברת נטל השכנוע ממנו למשיבים. לעניין זה הגישה המקובלת היא, כי תנאי להיווצרותו של נזק ראייתי, הוא קיומה של חובה המוטלת על שכמו של הנתבע, חובה שהופרה במחדלו (ע"א 58/82 קנטור נ' מוסייב ואח', פ"ד לט(3), 253, 259; דברי השופט ד' לויין בע"א 2245/91, 2359 ברנשטיין ואח' נ' עטייה, פ"ד מט(3), 709, 721; ע"א 789/89 עמר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד מו(1), 712, 721; ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נה(3), 117, 125; ע"א 8151/98 שטרנברג נ' צ'צ'יק, פ"ד נו(1), 539, 549).

לעניינו של המערער השאלה היא אם נכון לקבוע כי בנסיבות שתוארו על ידי עלא בפני השוטר שרשם את הודעתו ביום 9.7.91, קמה חובה לפתוח בחקירה אשר מטרתה לאמת או להפריך את הטענה לפיה נפצע המערער כתוצאה מקליעים שירו חיילי צה"ל לעבר רכב בו הוא נסע. להשקפתי, על שאלה זו בנסיבותיו של האירוע הנוכחי, יש להשיב בשלילה. לנוכח ריבויים של אירועי הירי בשטחים בהם היו מעורבים גם אחרים ולא רק חיילי צה"ל, רק טבעי היה שמאמצי החקירה יופנו, בראש ובראשונה, לאותם מקרים בהם נסיבות פציעתו של אדם עוררו חשד, ולו ראשוני, כי היה כרוך בהם מעשה עבירה או מחדל של כוחות הביטחון. חשד כזה עשוי היה להתגבש באותו מקרה בו נמסרה הודעה מפורטת של הפצוע על נסיבות פציעתו, ואם הדבר נבצר ממנו, אזי מפיהם של עדי ראייה אשר נכחו בזירה. מאידך, קשה עד למאוד לפתוח בחקירה מקום שהעובדות היחידות אשר נטענו באוזני החוקר הובאו מפי השמועה ומכלי שני, וכאשר אותן "עובדות" לא זו בלבד שהן מעלות תמיהות ביחס לאמיתותן, אלא גם נסתרו בדבריהם של החיילים אשר נכחו בזירה ואליהם מופנה האשם. במצב זה לא היה זה בלתי סביר להמתין עד לשמיעתה של עדות מקיפה מפיו של בהא, אשר לטענתו הסיע את המערער ברכבו שעה שזה נפצע. ברם, עד זה בחר לכבוש את גרסתו, ואין מדובר בשיהוי של ימים או שבועות אלא של מספר חודשים, ועל כן את טרונייתו צריך היה המערער להפנות לבהא ולא למשיבים, באשר לפתחו של בהא רובץ האשם לכך שלא ניתן היה לחקור בזמן-אמת את נסיבות פציעתו. ואם תאמר כי די היה בגרסתו של עלא כדי להצדיק את בדיקתה של המכונית על ידי מומחי מז"פ, כי אז משמעותה של קביעה זו היא יצירתו של מצב בו היו מתקשים המשיבים לעמוד, לאמור, כל תלונה על פציעה באותם ימים, ואפילו כזו הנשמעת על פניה כבדויה, חייבה אותם לפתוח בחקירה כדי לשלול את האפשרות שהפציעה נגרמה על ידי כוחות הביטחון, גם אם טרם נמסרו לידיהם פרטים בסיסיים המצביעים על כך. להשקפתי, זהו נטל המציב את המדינה במצב נחות במידה ניכרת מזה בו ניצב בעל דין רגיל, ואינני סבור כי תוצאה זו עושה צדק עם המשיבים, וככזו היא אינה רצויה.

5. לפיכך, ואם דעתי הייתה נשמעת, הייתי דוחה את הערעור.

ש ו פ ט

הוחלט, ברוב דעות, כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ').

ניתן היום, א' באדר א' תשס"ה (10.2.05).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא (בדימ')