

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 6732/97

בפני : כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת א' חיות

המערערת : נעימה אבו אלעש

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
בת"א 1377/96 מיום 22.9.97 שניתן על ידי כבוד הנשיא
ו' זילר

תאריך הישיבה : ט"ו בטבת התשס"ה (27.12.04)

בשם המערערת : עו"ד עמוס גבעון

בשם המשיבה : עו"ד טלי מרקוס

פסק-דין

השופטת א' חיות:

זהו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד הנשיא ו' זילר) מיום 22.9.1997, אשר דחה את תביעתה של המערערת לפיצויים בגין נזקי גוף שנגרמו לה מירי של כוחות הביטחון.

עובדות המקרה ופסק דינו של בית משפט קמא

1. תמצית העובדות הצריכה לעניין, כפי שנתבררה מן הראיות שהוצגו בבית משפט קמא היא זו: בבוקר יום 7.1.1993 ירו מחבלים על תצפית של צה"ל במחנה הפליטים ג'באליה. בעקבות הירי התפתחו מהומות והפרות סדר במהלכן נזרקו אבנים

ובקבוקי תבערה לעבר סיורים של צה"ל ושל משמר הגבול. בין האמצעים שעמדו לרשות החיילים לשם פיזור ההתפרעויות היה גם נשק מסוג רנ"ג (רובה רימונים נגד מפגינים), היורה "מטען" שיש בו כחמש-עשרה כדוריות ברזל עטופות גומי, המתפזרות לכל עבר. המערערת ערכה את קניותיה בשוק, המרוחק כ-70 מטרים מן התצפית שלעברה ירו המחבלים והיא נפגעה בעינה ובמקומות אחרים בגופה כתוצאה מירי.

2. המערערת הגישה תביעה כנגד המשיבה לפיצוי בגין הנזקים שנגרמו לה. בפסק דינו קבע בית משפט קמא כי העובדה שהמערערת נפגעה על פי עדותה בכמה מקומות בגופה בו-זמנית, מלמדת על כך שפגיעותיה נגרמו כתוצאה מירי רנ"ג שנורה על ידי כוחות הביטחון. עוד קבע בית המשפט כי המערערת הייתה עוברת-אורח תמימה שנקלעה לעין-הסערה ולא השתתפה בהפרות הסדר או בתקיפת כוחות הביטחון. עם זאת, דחה בית המשפט את תביעתה בקובעו כי אין בנסיבות פגיעתה כדי להצביע על רשלנות מצד כוחות הביטחון. בית משפט קמא קבע כי הרנ"ג הוא אמצעי מתון וכי השימוש בו בנסיבות העניין היה מוצדק שכן נשקפה לכוחות הביטחון סכנת חיים. בית המשפט קבע עוד כי במהלך האינתיפאדה התרחשו מאות אם לא אלפי מקרים דומים של הפרות סדר ותקיפת כוחות צה"ל וכי כוחות הביטחון לא יכלו לבצע רישומים מלאים, מדויקים ומפורטים של כל האירועים הללו, שהתאפיינו בדינמיות ובאינטנסיביות. על כן, כך נקבע, אין באי הבאתן של ראיות מלאות על ידי המשיבה בנסיבות אלה כדי להצביע על ניסיון להתחמק או להסתיר ראיות.

טענות הצדדים בערעור

3. המערערת טוענת כי משנתקבלה טענתה כי נפגעה מירי של כוחות הביטחון שגה בית משפט קמא בקובעו כי אין להסיק מעצם העובדה שנפגעה על רשלנות כוחות הביטחון. לטענתה, משקיבל בית משפט קמא את גרסתה באשר לנסיבות הפגיעה, ובהעדר גירסה מפריכה של המשיבה, שומה היה על בית משפט קמא לקבל את תביעתה מכוח הכלל הראייתי לעניין "דברים מסוכנים" שבסעיף 38 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ט-1968 (להלן: פקודת הנזיקין או הפקודה), או מכוח הכלל הקבוע בסעיף 41 לפקודה בעניין "הדבר מעיד על עצמו". עוד טוענת היא כי שגה בית משפט קמא בקובעו כי נפגעה מירי רנ"ג ולא מירי אש חיה, ומכל מקום לטענתה, גם אם אכן נפגעה מירי רנ"ג, הרי השימוש בו היה בלתי סביר בנסיבות העניין. הרנ"ג הוא אמצעי קטלני ובלתי מדויק, שיש להשתמש בו רק כאשר השימוש באמצעים אחרים אינו מתאים ואילו במקרה דנן, כך לטענתה, השימוש ברנ"ג היה בלתי סביר משום

שלא נשקפה לחיילים סכנת חיים וכן משום שהם לא פעלו בהתאם להוראות הפתיחה באש. המערערת מוסיפה וטוענת כי המשיבה נמנעה מלהביא עדים ישירים לירי ומכאן שלא עמדה בנטל המוטל עליה להראות כי הוראות הפתיחה באש קוימו כדין. המערערת טוענת כי אי-הבאת הראיות על ידי המשיבה גרמה לה נזק ראייתי, והיא מלינה בהקשר זה על כך שהמשיבה לא חקרה באופן נאות את האירוע על אף פנייתה כי תעשה כן ולא דאגה לאיסוף כל החומר הרלוונטי. לכן סבורה המערערת כי יש מקום להיפוך נטל הראייה גם מן הטעם הנעוץ בנזק הראייתי שנגרם לה.

4. המשיבה מצידה סומכת ידיה על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי וטוענת כי אין הצדקה להתערב בקביעותיו העובדתיות שהינן מבוססות כדבעי. המשיבה טוענת כי המערערת לא הניחה תשתית ראייתית להוכחת טענתה באשר להתרשלות המשיבה וכי בנסיבות העניין הפעלת הכוח הייתה מוצדקת וסבירה: אנשי כוחות הביטחון היו בסכנת חיים, הכוחות ירו ירי ררנ"ג, שהוא אמצעי מתון יחסית לפיזור הפרעות סדר, והירי בוצע בשעות הבוקר כאשר הראות הייתה טובה. המשיבה מוסיפה וטוענת כי החיילים פעלו על פי הוראות הפתיחה באש הנוגעות לירי ררנ"ג, שהן מקלות ושונות מן ההוראות הנוגעות לירי באש חיה. המשיבה מציינת כי כוחות הביטחון הקדימו והשתמשו ברימוני הלם וכן הייתה כריזה על עוצר. עוד טוענת המשיבה כי גם אם תתקבל עמדת המערערת לפיה הוראות הפתיחה באש לא בוצעו כהלכה, אין בכך כדי להוביל למסקנה שהמשיבה התרשלה, שכן אין בהוראות אלה כדי להצביע בהכרח על סטנדרט הזהירות הנדרש על פי דיני הנזיקין. אשר לטענותיה של המערערת לעניין היפוך נטל ההוכחה טוענת המשיבה כי טענות אלה לא הועלו בפני בית משפט קמא, פרט לטענה בדבר קיומו של נזק ראייתי ועל כן, יש בהן משום הרחבת חזית אסורה. המשיבה מוסיפה וטוענת כי גם לגופם של דברים אין מקום להעברת הנטל מכוח הכללים שצוינו. אשר לתחולת סעיף 41 לפקודת הנזיקין, טוענת המשיבה שהמערערת לא הוכיחה כי לא הייתה לה יכולת לדעת מה היו הנסיבות שגרמו לנזק. אדרבא, המערערת הציגה גרסה מפורטת אודות נסיבות האירוע ולפיכך אין היא יכולה להישמע בטענה סותרת כאילו נסיבות האירוע אינן ידועות לה. עוד טוענת המשיבה כי לא הוכח שהתרחשות הדברים שבמהלכם נגרם הנזק, מתיישבת יותר עם המסקנה שכוחות הביטחון לא נקטו זהירות סבירה מאשר עם המסקנה ההפוכה. באשר להעברת הנטל מכוח הוראת סעיף 38 לפקודת הנזיקין, טוענת המשיבה כי טענה זו אף היא דינה להידחות משום שאין מתקיים התנאי בדבר "עזיבה ומסירה", אשר נקבע בהקשר זה בע"פ 74/62 פישמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז(3) 1478 (להלן: עניין פישמן). באשר לטענות בדבר קיומו של נזק ראייתי טוענת המשיבה כי נעשו בירורים בעקבות פנייתה של המערערת, אף שלא הייתה עליה חובה לפתוח בחקירה, בהתחשב בכך

שהאירוע היה אחד ממאות או אלפי אירועים דומים במהלך האינתיפאדה. לחלופין טוענת המשיבה כי גם אם התרשלו כוחות הביטחון, יש לייחס למערערת אשם תורם מכריע, נוכח חשד ממשי כי הייתה מעורבת בהתפרעויות ונוכח העובדה כי גם אם לא הייתה מעורבת בהן, הרי שבחרה להגיע לאזור בו התרחשו הפרות סדר ולהיות בו בעת ההתפרעויות.

דיון

התרשלות כוחות הביטחון והוראות הפתיחה באש

5. הלכה פסוקה היא כי "בעת ביצוע פעילות בקרב האוכלוסיה האזרחית, בין בתחומי הקו הירוק ובין מעבר לו, חלה על חיילי צה"ל, בכל הקשור לשימוש בנשק, חובת זהירות כלפי אזרחים העלולים להיפגע" (ראו ע"א 3889/00 לרנר נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון, פ"ד נו (4) 311, 304 (להלן: עניין לרנר)). לפיכך, אין חולק כי המשיבה חבה חובת זהירות כלפי המערערת. בבואנו לבחון את השאלה האם הפרה המשיבה את חובתה זו, הנחת המוצא היא כי פעילותם של החיילים בתנאי חירום היא כשלעצמה אינה שוללת את האפשרות כי המשיבה תחוב ברשלנות בגין פעילות זו. אולם, סבירותה של פעילות כוחות הביטחון נבחנת לאור מכלול הנסיבות שבהן בוצעה. מקום שבו כוחות הביטחון נקלעים למצב חירום ונדרשים לפעילות מבצעית של דיכוי הפרות סדר והתפרעויות אלימות בתנאי לחץ ומתוך צורך דחוף לקבל החלטה מהירה, שלא ניתן להתכונן אליה מראש, כי אז יש לבחון את סבירות פעולתם במסגרת תנאים מיוחדים אלה ובהתחשב בכך שכתוצאה מאותם תנאים נמנע מהם לשקול ולבחון את כל החלופות האפשריות. במלים אחרות, אין לנתק את ההתנהגות מהתנאים שסבבו אותה ואין לבחון אותה על דרך של "חוכמה שלאחר מעשה" (ראו ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח (2) 498, 507-509).

6. במקרה שבפנינו קבע בית משפט קמא כי השימוש ברנ"ג היה סביר ולא מצאתי כי שגה בקביעתו זו. כאמור, המצב אליו נקלעו כוחות הביטחון בבוקר האירוע היה מצב קשה ומסוכן. אירועי אותו היום תוארו על ידי עימד, קצין מג"ב אשר שימש אז כמפקד המחלקה:

אחרי הירי על התצפית היו הפרות סדר שהתבטאו בזריקת אבנים, בתקיפת המאחז מכל מיני כיוונים וכן זריקות בקת"ב לעבר סיורי מג"ב וצה"ל שנכחו שם, כל זה אני ראיתי. [...] גילוי אבנים לעבר הצבא יש בו סכנה ממשית לחיילים ולשוטרים שפעלו באיזור. כתוצאה

מאותו אירוע כפי שרשום ביומן המבצעים ולפי זכרוני
נפצעו 4-5 שוטרים מזריקת אבנים.

מן הראיות שהובאו בפני בית משפט קמא עולה כי השימוש ברנ"ג בנסיבות
כאלה מהווה אמצעי-ביניים הניצב בתווך בין האמצעים הקלים ביותר לפיזור הפגנות
כגון גז מדמיע, ובין ירי באש חיה.

בעדותו תיאר עימד את פעולת הרנ"ג כך :

עד כמה שזכור לי לא נגרמה פציעה קשה כתוצאה
מרנ"ג. לא נתקלתי בקליע שפגע בעין וחסל אותה. לא
נתקלתי בכדור כזה שחדר למוח דרך העין. לא נתקלתי
במקרה של פציעה גופנית מרנ"ג. מוות לא יכול להגרם
מרנ"ג, ואולם פציעה יכולה להגרם בכפוף למרחק
הנפגע ממרחק הירי. אם יורים במרחק של 5 מטרים זה
יכול להיות מסוכן. המשמעות של תשובתי היא שאסור
לירות אותו במרחק של פחות מ-30 מטר. הירי של הגוף
מתבצע לעבר קבוצה משום שהוא מכיל בתוכו 15
כדורים. זה אמור לפזר קבוצה.

השימוש ברנ"ג כאמצעי-ביניים עולה גם מהוראות הפתיחה באש הנוגעות לירי רנ"ג,
שהינן מקלות יותר מן ההוראות הנוגעות לירי באש חיה. על פי ההוראות, המקובצות
ב"פנקס כיס לחייל המשרת באיו"ש ואזח"ע", הרנ"ג מטרתו לתת בידי החייל "אמצעי
שיאפשר לו להתמודד מול התפרעויות אלימות והפרות סדר, גם במצבים בהם אין
נשקפת לכח סכנת חיים" (ההדגשה במקור). על פי ההוראות, ניתן להשתמש ברנ"ג
במקרים של התפרעות אלימה המלווה בידוי אבנים, חפצים או אמצעים קרים אחרים,
לרבות הנחת מחסומים והבערת צמיגים בנתיבי תחבורה. עוד עולה מן הראיות שהובאו
בפני בית משפט קמא כי הכוח נקט במקרה הנדון באמצעים מתונים יותר לפיזור
הפגנות, כגון שימוש ברימוני הלם (כעולה מיומן המבצעים) וקריאות לעוצר (כפי
שהעידו אף המערערת ומר רג'ב אבו ספייה, מוכר ירקות בשוק עימו סחרה המערערת
בעת שנפגעה). בהתחשב במכלול ראיות אלה, אשר לא נסתרו בראיות מטעם
המערערת, עולה כי הנקיטה בירי הרנ"ג הייתה סבירה בנסיבות העניין, בהתחשב בכך
שהכוח עמד בפני מצב דברים קשה ונקט באמצעי שאיננו קטלני לשם פיזור
ההתקהלות.

7. טענתה של המערערת, לפיה התרשלותם של החיילים נובעת מכך שביצעו ירי
רנ"ג שלא בהתאם להוראות הפתיחה באש, דינה להידחות. הגישה לפיה ההוראות

הצבאיות ביחס לירי ררנ"ג יש בהן כדי לסמן סטנדרט של התנהגות סבירה לעניין האחריות הנזיקית, ראויה אמנם להישמע (ראו עניין לרנר, 313-316). אולם, במקרה שלפנינו לא הוכחה המערערת כי כוחות הביטחון הפרו הוראות אלה. מרבית טענותיה של המערערת נסמכו על נוהל פתיחה באש שאינו רלוונטי לענייננו, בהיותו נוגע לירי באש חיה. ההוראות הנוגעות לירי ררנ"ג (הקרוי בפנקס הכיס לחייל המשרת באיו"ש ואזח"ע "ררנ"מ גומי") שונות, כאמור, ומקלות יותר. על פי ההוראות, טרם השימוש ב"רנ"ג יש לנסות לפזר את מפרי הסדר בקריאות אזהרה, שימוש בגז מדמיע או ירי אזהרה באוויר, ואם הדבר אינו מועיל רשאי מפקד או חייל שעבר הכשרה מתאימה, לירות ירי ררנ"ג. על הירי להתבצע כשהנשק במצב בודדת ובטווח העולה על ארבעים מטרים ואין לבצע ירי לעבר קבוצת ילדים. הראיות שהובאו בפני בית משפט קמא תומכות במסקנה לפיה החיילים פעלו בהתאם להוראות הרלוונטיות לירי ררנ"ג ומסקנה זו לא נסתרה. כך, כאמור, עולה מעדותה של המערערת כי נשמעה ברמקולים קריאה לעוצר ומיומן המבצעים עולה כי במהלך האירוע השתמשו החיילים ברימוני הלם. המערערת מבקשת להסיק מן העובדה שעמיד לא זכר את הוראות הפתיחה באש בעת עדותו, כי החיילים לא פעלו בהתאם להן. אין לקבל עמדה זו שכן השאלה מה התרחש בעת האירוע עצמו אינה נגזרת בהכרח מיכולתו של עימד לזכור במועד מתן העדות מה היו הוראות הפתיחה באש. לשם השלמת התמונה נציין כי באשר לטווח השימוש בנשק, שהוא כפי שהעיד עימד מרכיב משמעותי בכל הנוגע לחומרת הפגיעה הפוטנציאלית מירי הררנ"ג, לא הובאו בפני בית משפט קמא ראיות והמערערת אף לא הביאה ראיה כלשהי לפיה הפגיעות שנגרמו לה מצביעות על כך שירי הררנ"ג היה מטווח קצר.

העברת נטל ההוכחה

8. מן האמור לעיל עולה כי המערערת לא עמדה בנטל להוכיח כי המשיבה התרשלה בנסיבות המקרה דנן. אלא שלטענת המערערת אין בכך כדי להוביל לדחיית תביעתה והיא סבורה כי שגה בית משפט קמא בכך שלא העביר את נטל ההוכחה אל שכם המשיבה, על מנת שתראה כי לא התרשלה. המערערת נסמכת לעניין זה על הכללים הראייתיים הקבועים בסעיפים 38 ו-41 לפקודת הנזיקין, אך נראה כי גם בהם אין כדי להועיל לה. על פי הלכת פישמן, לא יחול הכלל שבסעיף 38 לפקודת הנזיקין הנוגע ל"דברים מסוכנים" מקום שבו החפץ הזיק בעת שהיה בשליטתו המיידית של בעליו, כפי שאירע במקרה שלפנינו. כמו כן, נראה כי אין להחיל כלל זה מקום שבו קיימת תאימות בין השימוש בדבר מסוכן ובין נסיבות מסוכנות אשר להן נועד הדבר המסוכן מעצם טיבו ליתן מענה (ע"א 1071/96 עזבון המנוח אמין פואד אלעבד נ' מדינת

ישראל (טרם פורסם), פסקאות 16-17 (להלן: עניין אלעבד). טענתה של המערערת באשר לתחולתו של סעיף 41 לפקודת הנזיקין אף היא דינה להידחות. העובדה שהמערערת הציגה גרסה הנוגעת לנסיבותיו הכלליות של האירוע – מיקומה באותה עת ומעשיה – היא לבדה אין בה אומנם כדי לחסום את תחולת הכלל (ראו: עניין אלעבד, פסקאות 25-27; ע"א 8701/02 אלשייך נ' המפקד הצבאי באזור רצועת עזה (טרם פורסם), פסקה 7). יחד עם זאת, משלא הוכיחה המערערת כי אירוע הנזק מתיישב יותר עם התרשלותה של המשיבה מאשר עם המסקנה שנקטה זהירות סבירה, אין תחולה לכלל האמור. כבר נפסק בהקשר זה כי העובדה שעוברת-אורח נפגעת מפעילותם של כוחות הביטחון, אינה מקימה חזקה בדבר התרשלותם. יפים לעניין זה דבריו של השופט ריבלין בעניין אלעבד אשר קבע:

השאלה עליה מצווים אנו להשיב בשלב זה – של בחינת התקיימות התנאים לתחולת סעיף 41 לפקודה – היא זו: האם, לפי ניסיון החיים, פגיעתו של אדם שנקלע (ולו כעובר-אורח) למקום בו נעשה שימוש, שהוא כלשעצמו מוצדק, בנשק, על-מנת לפזר הפרות-סדר אלימות, מתיישבת יותר עם קיומה של התרשלות מאשר עם היעדרה? לשאלה זו יש להשיב בשלילה. באזור אשר בו נערך קרב ממש בין קומץ חיילים לבין המון המשליך אבנים, ברזלים ובקבוקים, וישנו חשש לאיבוד שליטה של הכוח במצב או לפגיעה באנשיו, והדבר מצריך ירי [...], עלול אדם השוהה בקרבת מקום להיפגע, למרות היעדרה של התרשלות מצד החיילים (שם, פסקה 22).

נזק ראייתי

9. טענה נוספת שהעלתה המערערת היא הטענה כי המשיבה גרמה לה נזק ראייתי משום שלא חקרה די ולא אספה את כל החומר הרלוונטי לאירוע, וכן משום שלא הציגה בפני בית המשפט עדות ישירה לירי. על כן, כך לטענת המערערת, יש להעביר את נטל ההוכחה אל שכם המשיבה להראות כי לא התרשלה. הדוקטרינה בעניין נזק ראייתי יסודה בחזקה העובדתית המניחה כי אלמלא ניזוקו עקב רשלנותו של הנתבע, היו הראיות החסרות תומכות בגרסת התובע בסוגיה שבמחלוקת (ראו ע"א 361/00 ד'אהר נ' סרן יואב (לא פורסם), פסקה 19 (להלן: עניין ד'אהר)). ויודגש – לשם החלתה של דוקטרינה זו על התובע להוכיח כי יש אשם בפעולותיו של הנתבע (ראו עניין ד'אהר, פסקה 21 וכן ראו דנ"א 1912/05 מדינת ישראל נ' ד'אהר (לא פורסם), פסקה 7). במקרה שלפנינו פנתה המערערת כחודשיים לאחר האירוע אל המשיבה בבקשה כי תפתח בחקירה ובעקבות פנייתה החלה המשיבה לאסוף נתונים באשר לנסיבות המקרה אולם הבדיקה לא נשלמה עקב קשיים אובייקטיביים (ראו מכתבו של קצין המטה לתביעות

מיום 17.1.1995). המשיבה הציגה, אפוא, בפני בית משפט קמא את יומן האירועים הנוגע ליום האירוע וכן את עדותו של עימד. בנסיבות שתוארו, נראה כי אין למצוא אשם בפעולותיה של המשיבה לעניין איסוף החומר הנוגע לאירוע ואין לומר כי העובדה שהמשיבה לא התחקתה במקרה דנן אחר פרטי הפרטים הנוגעים לאירוע, יש בה משום התרשלות. כפי שציין לעניין זה בצדק בית משפט קמא, עניין לנו באירוע אחד מיני רבים שהתרחשו בתקופת האינתיפאדה ועל כן, התייעוד והעדויות שהוצגו על ידי המשיבה הינן בגדר הסביר בנסיבות אלה.

10. המסקנה העולה מן האמור לעיל היא כי אין מקום במקרה דנן להעברת נטל ההוכחה אל כתפי המשיבה מכוח איזה מן הכללים הראייתיים שעליהם ביקשה המערערת לסמוך. משנותר "משא העמימות" על כתפי המערערת ומשזו לא הרימה את הנטל להוכיח את רשלנות המשיבה, אין מנוס מן המסקנה כי דין הערעור להידחות.

בשולי הדברים אציין כי לא נדרשנו במסגרת הערעור לטענה בדבר חסינותה של המשיבה בגין "פעולה מלחמתית" (ראו סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952)), משום שהמשיבה לא עמדה על טענה זו ומיקדה את טענותיה בסוגיות הנוגעות לעוולת הרשלנות גופה. כמו כן, נתייחר הצורך לדון בטענות שהעלתה המשיבה לעניין אשם תורם, נוכח התוצאה שאליה הגענו.

סוף דבר

11. מן הטעמים המפורטים לעיל אציע לחברי לדחות את הערעור, אך בנסיבות המקרה, לא הייתי עושה צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניט:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, ט"ו אדר, תשס"ו (15.03.06).

שופטת

שופט

שופט