

להחלטה בערעור (התקבל חלקית)

לתיקציר פסק הדין

ת"א (חיפה) 180/98

אכראם דיאב מחמוד בראש

נגד

1. המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון

2. מדינת ישראל

בית משפט מחוזי חיפה

[23.11.2006]

כבי השופט ר. גירגורה

בשם התובע - עו"ד קין מירון

פסק דין

1. לפני תביעת נזיקין בגין ירי של חיילי צה"ל, ביום 31.5.1994 סמוך לשעה 21:00, במחנה הפליטים אל-אמערי, להלן: "המחנה", שליד העיר רמאללה, שכתוצאה ממנו נפגע התובע, להלן: "האירוע". ביום האירוע היה התובע קרוב לגיל 16 שנה.

2. הנתבעים אינם חולקים על העובדה כי התובע נפגע מירי חייל, אך כופרים באחריות כלפי התובע על תוצאות הירי. השאלה המכרעת היא, איפוא, כלום הוכח כי הירי בתובע היה בגדר התנהגות סבירה ומוצדקת, בניסבות העניין.

כתבי הטענות הראשונים - האם סדרי הדין הם הלכות שאין מורין על פיהן?

2. על פי הנתען בכתב התביעה, במהלך פעילות כוחות הביטחון ביום 31.5.94 או בסמוך לאותו היום, בקרבת מקום מגוריו של התובע, "נורו או נפלטו" מספר קליעים מכלי הנשק של כוחות הביטחון ואחד הקליעים או מספר קליעים שנורו כאמור, פגעו "באקראי ובשגגה" בגוף התובע וגרמו לפציעתו, להלן: "הפגיעה". על פי חוות הדעת הרפואית שצורפה לכתב התביעה התובע נפגע מיריה בודדת, בשליש התחתון של שוק רגלו השמאלית וכי "באזור הכניסה והיציאה של הכדור נגרמה פציעה נרחבת של הרקמות הרכות".

אכן, הסיפא לתקנה האמורה מתירה לבעל דין לנהוג כך מקום בו הצהיר כי "העובדות כהוויותן אינן ידועות לו" ואמנם בסעיף 4 לכתב ההגנה נטען כי בעת הגשתו טרם אותרו כל המסמכים הנוגעים לעניין התביעה וטרם הושג כל המידע הרלבנטי לה. לכאורה על יסוד הצהרה זו, העלתה ב"כ הנתבעים, בסעיפים 5, 10 ו-14 לכתב ההגנה, טענות עובדתיות הפוכות לפיהן התובע כלל לא נורה על ידי כוחות הביטחון מחד גיסא ונורה בנסיבות הפוטורות את הנתבעים מאחריות, מאידך גיסא. זאת ועוד, בסעיף 15 לכתב ההגנה נטען כי אם תוכחנה נסיבות לפיהן בוצעו כלפי התובע מעשי תקיפה, הנתבעת מס' 2 אינה מאשררת אותם ולא התירה את ביצועם.

בנסיבות העניין, אינני מוכן לקבל את ההצהרה בכתב ההגנה בדבר אי ידיעה, כנימוק מספק להעלאת טענות עובדתיות מהופכות. כתב התביעה הוגש ביום 22.1.98 ואילו כתב ההגנה הוגש ביום 7.8.98, כשישה חודשים שלמים לאחר הגשת כתב התביעה ובנסיבות אלה לא מצאתי נימוק של ממש לכך שכתב ההגנה לא הציג גירסה קוהרנטית מבחינה עובדתית. יתרה מזאת, עוד לפני תחילת שמיעת הראיות, בהודעה ששלחה ב"כ הנתבעים לבית המשפט ביום 3.1.01, להלן: "ההודעה" התחוויר כבר כי לנתבעים גירסה עובדתית מגובשת ולפיה: "התובע נפגע שעה שאחז בקבוק בנזין ביד במטרה להצית צמיגים ולסכן בכך את חיילי צה"ל". הודעה זו נשענה על מסקנת באת-כוחם מהאמור בהעתקי יומני המבצעים שצורפו להודעה ושעל המצאתם הוריתי בהחלטתי מיום 20.12.01, ולא מצאתי כל סיבה לכך שאותה מסקנה לא שימשה ציר לגיבוש הגירסה העובדתית כבר בכתב ההגנה - האמנם לא הגיעו יומני המבצעים האמורים לידי ב"כ הנתבעים במשך שישה החודשים שחלפו בין פתיחת התובענה לבין הגשת כתב הגנתה? מסופקני. אולם, גם אם התשובה לשאלה שהעליתי שלילית היא, מדוע לא עתרה ב"כ הנתבעים לתיקון כתב ההגנה, לאור מסקנתה העובדתית כפי שמצאה ביטויה בכתב בהודעה? על יסוד מסקנה עובדתית זו, כפי שהתחוויר מאוחר יותר, הביאו הנתבעים אף את ראיותיהם וההודעה והעתקי יומני המבצעים שצורפו לה הוצגו כראיה במשפט וסומנו כנ/5.

6. על רקע זה, אינני סבור שיש לקבל את טענות ב"כ התובע בסיכומיו אודות שינוי חזית המחלוקת על ידי הנתבעים בשלב שמיעת הראיות. לפי טענתו "כל עוד לא ניתנה רשות לכך, הנתבעים נתפסים על הגרסה המפורשת שהוצגה בכתבי בי דין משלב הגשת כתב ההגנה ולכל אורך קדמי המשפט". אכן, זהו הכלל. עם זאת, בנסיבות העניין אין לו תחולה שכן גירסת הנתבעים בכתב ההגנה, על טענותיה העובדתיות החלופיות, לא הגדירה באופן ברור וממצה את הפלוגתאות שבמחלוקת והרי אין טענה בדבר שינוי חזית יכולה להישמע, מקום שלא גובשו פלוגתאות בכתבי הטענות. הוא הדין לעניין המסקנה שהופיעה בהודעה. אף היא לא גיבשה גירסה מפורשת שהנתבעים יכולים להיתפס עליה, לאור זאת שניתן לשלבה עם חלק מהטענות העובדתיות שהופיעו בכתב ההגנה, כפי שאבהיר להלן. משלא פעל ב"כ התובע, בשלב קדם המשפט, למצות את זכויותיו הדיוניות ולברר את הגירסה העובדתית המונחת ביסוד הגנתם של הנתבעים, אינני סבור כי הוא רשאי להיבנות מכך בשלב הסיכומים.

7. כאמור, על פי אחת החלופות בס' 10 ו-14 לכתב ההגנה, הוכחש כי הפגיעה נגרמה על ידי הנתבעים. בהכחשה זו לא היה ממש מלכתחילה, הן משום שההיפוך לה השתמע במפורש מסעיף 5, המשך סעיף 14 וכן מסעיף 15 לכתב ההגנה, המפרטים טענות עובדתיות סותרות, כאמור, ללא סיבה מספקת; הן משום שזו המסקנה שיש להסיק מכך שבשלב שמיעת הראיות נזנחה הטענה האמורה והובאו על ידי ב"כ הנתבעים ראיות המלמדות כי התובע אמנם נורה על ידי כוחות הביטחון וזאת, על פי גירסת ההגנה - במהלך הפרת סדר שהתרחשה במחנה, בעקבות הריגתו של מבוקש יום קודם לכן, ועל רקע סיכון ממשי שיצר התובע לחיי החיילים שהעידו בפניו. על פי אותן ראיות נורה התובע כשבידו בקבוק תבעירה שתיכנן להשליך על הכוח הצבאי שנכח ברחוב. למעשה, תשתית עובדתית זו היא שעמדה ביסוד כל טענות ההגנה שהעלו הנתבעים בסיכומיהם.

כאמור, בהבאת הראיות האמורות אין אמנם שינוי חזית, אף שאין מתיישבות עם חלק מהגירסה העובדתית שהועלתה בכתב ההגנה, שלא ראוי היה כלל להעלותה, כפי שהועלתה. עם זאת, בסוף שמיעת הראיות אין בלבי עוד צל של ספק כי הטענה עובדתית לפיה התובע לא נורה על ידי חיילי צה"ל הועלתה בעלמא, מבלי ששימשה נימוק הגנה שיש בו ממש.

8. בנסיבות העניין, העלאת טענות עובדתיות חלופיות וסותרות ללא טעם של ממש, מסכלת את בירורה היעיל של המחלוקת ללא הצדקה ואף אינה הולמת את "דינם האישי" של הנתבעים, כרשויות מינהל. יפים לכאן קביעותיו של כב' השופט גולדברג ב- בג"צ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 793, 809:

"... עקרונות מינהל תקין אינם סובלים מצב בו מדברת הרשות בשתי לשונות. רשות מינהלית אינה זיקית המשנה עורה לפי נוחיותה. חובת ההגינות המוגברת המוטלת על הרשות אינה מתיישבת עם סתירה בלתי מוסברת."

ליחס שבין חובת ההגינות של הרשות הציבורית לבין חובתה לנהוג בתום הלב ראה ע"א 6518/98 הוד אביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(4) 28, 43-44 ובג"צ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289, 314 - 319.

לעניין חובתו של בעל דין לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב גם במימוש כוחותיו המשפטיים-דיוניים ראה פסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק ב- בר"ע 305/80 שילה נ' רדקובסקי, פ"ד לה(3) 449.

ולחובת תום הלב המוגברת שחבים בה גופים מינהליים ראה למשל ע"א 3979/01 בניני ישקו ומקרקעין בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נז(5) 423, 430-431, רע"א 8733/96 לנגברט נ' מדינת ישראל - מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(1) 168, 179, בג"ץ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853, 860, בג"ץ 294/75 בן חיים נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד ל(1) 412, 415.

9. בנסיבות אלה, אף שתקנה 90 לתקנות קובעת כי: "היה בית המשפט סבור כי טענת עובדה שהוכחה או שלא הודו בה, מן הראוי היה שידודו בה, רשאי הוא ליתן כל צו שייראה לו צודק בענין הוצאות יתרות שנגרמו עקב ההכחשה או אי-ההודיה". אך משלא נטען בפני כי נגרמו בנסיבות העניין הוצאות יתרות בגין ההכחשה שבכתב ההגנה לכך שחיילי צה"ל ירו בתובע, לא ראיתי לנכון לעשות שימוש בסמכותי האמורה.

10. כפועל יוצא מהיעדרה של גירסה עובדתית מגובשת בכתב ההגנה, פירטה ב"כ הנתבעים בכתב ההגנה, טענות משפטיות חלופיות מבלי לפרט את הטענות העובדתיות עליהן היא נסמכת, בשיטת "ככל המרבה הרי זה משובח" ומתוך חתירה להעלות כל טענה שניתן להעלות על פי דין כטענת הגנה במסגרת העוללות שיוחסו לנתבעים וזאת, כאמור, מבלי להתעכב אחר הצורך להניחן על גירסה עובדתית אחידה ועקיבה.

אכן, ניסוח כתב ההגנה במקרה דנן היה ניסוח רשלני ונדמה כי רבים בו הסעיפים הסוטים מהתקנות מאלה המתיישבים עימן. בנסיבות אלו, ולאור התוצאה אליה הגעתי, איני מוצא מקום לפירוט מדוקדק של הטענות המשפטיות שבכתב ההגנה, אלא אסתפק בתמציתן.

עיקרן הוא שנסיונות האירוע אינן מולידות עילת תביעה בניזיקין כלפי הנתבעים, ומכל מקום לא חלים בנסיבות העניין חזקות ההתרשלות שבדין. לחילופין, נטען כי התובע חב ברשלנות תורמת מכרעת לפגיעתו. עוד נטען, לחילופין, כי הפגיעה ארעה כתוצאה ממעשה צבאי שבוצע מתוך צורך צבאי או כתוצאה מפעולת מלחמתית, וכי התובע נטל על עצמו סיכון מרצון. כאמור, טענות אלו נטענו בצד הטענה העובדתית המכחישה כי התובע נורה על ידי שלוחי הנתבעים.

ראיות התובע

11. ראיות התובע הסתכמו בעדותו שלו, אשר נשמעה לאחר עדותן של שתי עדות מטעמו, תושבות המחנה, גב' אמנה אחמד עלי סאפי, להלן: "אמנה" וגב' רמזייה חליל להלן: "רמזייה", ושתייהן ביחד ייקראו להלן: "העדויות". בהתאם להחלטתי מיום 19.2.01, בפתח הישיבה

גירסה סתורה מתוכה אודות מצב הדברים ברחוב, סמוך לקרות האירוע.

בחקירתה הראשית העידה כי "אני ראיתי בערב, ישבתי על המרפסת והתובע ירד, היה לו שקית ביד, ומתהלך ברחוב, הלך קצת ופתאום שמעתי יריות, ראיתי שהתובע פגוע ואספו אותו ברכב של הסיור", ע' 12, ש' 6-7, "הוא היה בדרכו הביתה. הוא היה מכיוון רמאללה בדרכו הביתה", ע' 12, ש' 14.

- ב משנשאלה בחקירתה הראשית מתי ראתה את החיילים בפעם הראשונה, השיבה "אני ראיתי את החיילים ונכנסתי לפחד וירדתי... אני רק שמעתי את היריות ורציתי לרדת מהמרפסת, אבל כבר החיילים אספו את התובע ועזבו" ע' 13, ש' 6 - 11.

מששאלתי את העדה מה ראתה מעבר לכך שהתובע הלך ברחוב, אם בכלל ומה עשה התובע, השיבה: "הוא לא עשה כלום, הוא רק הלך בכביש. הוא היה עם השקית ביד והולך ולפתע שמעתי יריות. לא הספקתי לרדת מהבית כי ראיתי שנשאו אותו והלכו." ע' 13, ש' 19-20.

מחקירתה הנגדית של רמזייה התברר כי מרפסת ביתה כלל אינה פונה לרחוב וכי ממרפסת ביתה לא רואים את הרחוב, "אנחנו רק שמענו את הקול וירדנו.. אני רק שמעתי את הקול" - ע' 15, ש' 4-8. אם כן כיצד ראתה את התובע לפני הפגיעה? "ראיתי אותו מבעד לחלון הקטן. המרפסת היא רחוקה אבל יש חלון לבית וראיתי אותו מבעד לחלון כשהיה בדרכו הביתה". העדה הסבירה כי יש חלון קטן במקלחת, הפונה לכיוון הרחוב, דרכו הסתכלה וראתה את התובע. משהתבקשה להצביע על החלון בתמונה, נ/1, בו מופיעה חזית הבניין הפונה לרחוב, אמרה כי הוא אינו מופיע בתמונה.

אומר מיד כי הצילום אכן אינו תופס את קומת מגוריה של העדה, כך שאינו כולל את קיר דירתה החיצוני וממילא אין ראייה חיצונית לסתור את דברי רמזייה בעניין זה. אכן, עדותו של רב סרן א.ה., שהעיד כי "הבתים ללא מרפסות... לפי מיטב זכרוני אין מרפסות בולטות עם מעקות כפי שאנו מכירים מהנוף הסביבתי שלנו" ע' 32, ש' 29-31, שנאמרה מזיכרונו, למעלה מ 8 שנים לאחר האירוע, אינה שקולה לדעתי לעדותה של רמזייה בעניין ואין בכוחה לערער ממשקל עדות העדה בעניין האמור. עם זאת, ברור שגירסתה האמורה לפיה ראתה את התובע דרך חלון המקלחת אינה מתיישבת עם גירסתה לפיה שהתה במרפסת שעה ששמעה את הירי. בהמשך העידה רמזייה כי:

ש: את שמעת את היריה ולא הסתכלת לרחוב, ישר ירדת למטה, נכון?

ת: כן

ש: את גם לא ראית את הירייה רק שמעת אותה, נכון?

ת: כן. רק שמעתי.

ש: וכשירדת למטה כבר ראית חיילים מסביב לתובע?

ת: לא. הם כבר אספו אותו עד אז ועזבו את המקום.

ש: אז איך את יודעת שזה אקראם (התובע - ר.ג') נפגע? הרי לא ראית אותו פגוע. שמעת את היריה, לא הסתכלת לכביש לא ראית כלום. ירדת למטה כבר גם שוב לא ראית כלום, אז איך את יודעת שזה אקראם?

ת: כי הרכב עזב את המקום במהירות ולא היה מישהו אחר באותו מקום חוץ ממנו.

ש: אבל את לא ראית. לא ידעת. באותו רגע לא יכלת להיות בטוחה שזה אכראם, נכון?

ת: לא, אני ראיתי אותו מהמקלחת כשהיה בדרכו הביתה ולא עברו כמה שניות ואז קרה מה שקרה.

ש: הוא היה היחיד ברחוב?

ת: כן. היה חושך ולכן לא היו אנשים שם. "ע' 16, ש' 26 - ע' 17, ש' 11.

כמעט בסמוך נשאלה: "קודם אמרת שלא היה אף אחד ברחוב, ראית רק את התובע והשיבה:
"חיילים כן, כל הזמן יש אנשים לא." ע' 18, ש' 15 - 16.

קטעים אלו אינם מתיישבים עם קטע מוקדם יותר בעדותה בו מסרה כי בשעה שהתובע הלך ברחוב, עובר לאירוע, "היה שקט, בערב הכל היה שקט... לא היו הרבה אנשים. מעט... אנשים רגילים אבל לא הרבה." ע' 12, ש' 18 - 22.

הקטע האמור, בצד דברים אחרים שמסרה רמזייה והובאו לעיל, מעוררים ספק אלו חלקים, אם בכלל, ראתה רמזייה מהאירוע שהרי לא ייתכן כי ראתה את התובע פגוע מחד גיסא ולא ראתה אותו לאחר הירי מאידך גיסא.

אם אין די באמור לעיל כדי להתיש את כוחה ההוכחתי של עדות רמזייה, מתחוויר כי אף עדותה בדבר כיוון הליכתו של התובע, בע' 17, ש' 14 - 27, סתורה מתוכה מצד אחד ועומדת בניגוד לעדותו של התובע באשר למקום בו נורה, מצד שני. והמעין יעיין בצילום נ/1 ובהסבריו של התובע אודות מקום הפגיעה, בע' 31, ש' 21 - 25 וילמד כי בעדותה ייחסה רמזייה לתובע הליכה בכיוון הפוך מזה שהוא עצמו העיד עליו שכן, אף ששניהם העידו כי שב מרמאללה, דרך כביש רמאללה ירושלים, לביתו שבמחנה, ראה דברי התובע בע' 26 ש' 15 - 16 ודברי רמזייה בע' 17 ש' 16 - הסבריה לימדוני כי עדותה מתארת את כיוון הליכתו, בכיוון הפוך לכיוון האמור.

הסתירות בעדות התובע ובינה לבין עדות אמנה ורמזייה.

14. על עיקרי עדותו של התובע באשר לנסיבות הפגיעה עמדתי לעיל. עם זאת, בחקירתו הנגדית הוסיף ופירט התובע חלקים נוספים בהשתלשלות האירועים, ודבריו הנוספים לא התיישבו תמיד עם עדויות העדות מטעמו ולעתים אף לא התיישבו עם דבריו שלו בחלקים אחרים מעדותו. כן נמנע התובע מהבהרה מספקת של חלק מכריע בגירסתו. אפתח בעניין האחרון.

התובע העיד כי ככלל, השוק נסגר לקהל "בשעה 16:00, אחרי 16:00, אבל אנחנו ממשיכים לעבוד שם: מורידים סחורה, מעלים סחורה על רכבים, לפעמים עד שעה 21:00 או 22:00 או 23:00... לפעמים לפני כן, מתי שנגמור את העבודה."

התובע נשאל אם ידע על הריגת "המבוקש" יום לפני יום האירוע וסיפק תשובה מתחמקת ולא משכנעת בעניין. תחילה העיד כי "אז לא ידעתי שום דבר" ומשנשאל אם היום הוא יודע, השיב "יכול להיות, אני לא זוכר. יכול להיות שמישהו נהרג אבל אני לא יודע."

בהמשך הודה כי כשהיה בבית החולים, בעקבות האירוע, "שמעתי שהיה שהיד במחנה. השם שלו זה השם שאת אמרת עכשיו: עבד אל מונעם אבו חמיד.... אני שמעתי שהוא נפגע או באותו יום או יום לפני כן." לדבריו, לא ראה בכניסה למחנה את סוכת האבלים, אשר לטענת ב"כ הנתבעים היתה ממוקמת שם.

כן נשאל התובע אם היו "התפרעויות" בכניסה למחנה ביום האירוע והשיב "כשאני הייתי בדרך הביתה. לא היו התפרעויות ... ולא ראיתי שום דבר כשהגעתי".

לשקריו הברורים בדבר ידיעתו אודות הריגת "המבוקש" לא מצאתי כל סיבה ובנסיבות אלו, בהן בחר לשקר אף מבלי שהדבר מעלה או מוריד לעניין תביעתו, השתכנעתי כי מעבר לזהירות שאני חב בה לעניין משקל עדותו של בעל דין, בבחינת היותו "קרוב אצל עצמו", העיד התובע על עצמו כי יש לנקוט משנה זהירות בהערכת משקלם של דבריו.

אשר לקיומה של שביתה באותו היום השיב "כשיש שביתה לא כל האנשים שובתים, יש חלק ששובת וחלק שעובד. בחיסבי, (השוק), עובדים כי מגיעים רכבים... עד כמה שאני חושב לא היתה שביתה."

- כ התובע הכחיש כי נטל חלק ב"התפרעויות" לפני שנורה, שבכניסה למחנה היה רכב צבאי שמנע כניסה של רכבים "לכפר" וכי אחז בידו מצית או גפרורים או שמישהו בקרבתו החזיק מצית או גפרורים, לדבריו, "אני לבד הייתי בדרך הביתה."

משנשאל בחקירה הנגדית אם לפני שנורה האירו עליו עם פרוז'קטור ענק מרכב שהיה בסביבה, השיב כי רק 5-10 דקות לאחר שנורה הגיע רכב והאיר עליו עם פנס שכן לדבריו, במקום בו נפגע, קודם לפגיעה, לא היו חיילים, ע' 31, ש' 13-14.

קטע זה בעדותו סותר באופן חד וברור את הקטע בעדותו לפיו חלף על פני החיילים ואז שמע יריה ומצא עצמו שוכב פגוע על הקרקע.

כן יש סתירה בין קטע זה בעדותו לבין עדותה של רמזייה לפיה כל העת היו באותו רחוב חיילים, בע' 18, ש' 16, להבדיל "מאנשים". כזכור, רמזייה אף העידה, על פי אחד החלקים בעדותה, כי היו ברחוב "אנשים רגילים, לא הרבה אבל", ע' 12, ש' 22 ואילו התובע העיד כי הרחוב היה ריק, ע' 27, ש' 30-32.

בנוסף, סותר קטע זה את עדותן של שתי העדות לפיהן התובע סולק מיד עם פגיעתו מהמקום. אם, לדבריו, רכב הגיע רק כעבור 5 - 10 דקות ואם קיבל, לדבריו, עזרה ראשונה, בוודאי ששהה די זמן במקום בכדי ששתיהן תיראנה אותו בפרק הזמן שבין הירי לבין פינויו, שעה שהחיילים סביבו, או בגפו.

לסיכום, ראיות התובעים אינן מהימנות עליו. אינני מוכן לקבוע על פיהן ממצאים עובדתיים בשאלות השנויות במחלוקת בין הצדדים וכי התובע נורה בנסיבות בהן נטען בכתב התביעה ובסיכומי ב"כ התובע, כי נורה.

בעניין זה, לא למותר לציין כי גירסת התובע, הטוען כי נורה ללא כל סיבה, בעודו שב מיום עבודה, עת צעד לתומו לביתו מייחסת לשלוחי הנתבעים ירי שרירותי, מרושע וללא ספק פלילי. בכגון דא, ההלכה הפסוקה דורשת ראיות "רציניות" ובעלות "משקל סגולי" משמעותי, לצורך העמידה במידת ההוכחה הנדרשת של מאזן ההסתברויות. ראיותיו של התובע, כפי שהבהיר הניתוח לעיל, רחוקות מרף ראייתי זה, הן מבחינת כמותן והן מבחינת מהימנותן.

15. עם זאת, לאחר סיום הבאת הראיות, וכפי שב"כ הנתבעים עצמה טוענת בסיכומיה, חרף טענותיה המהופכות בכתב ההגנה, ברור כי הנתבעים אינם כופרים עוד בכך שהתובע נורה על ידי כוחות צה"ל. בשים לב לכך, עלי לבחון את ראיותיהם של הנתבעים באשר לנסיבות הירי בתובע ולהידרש לטענות הנטענות לשם הצדקתו.

גירסת ההגנה וראיותיה

16. כאמור, תמצית גירסת ההגנה היא שהירי אמנם בוצע על ידי חייל, אך הפגיעה אירעה בניסיונות הפוטרות את הנתבעים מאחריות נזיקית.

הראיות שהובאו להוכחת הגירסה האמורה היתה עדותם של שלושה חיילים, רב-סרן א.ה., ששירת ביום האירוע כמפקד מחלקה, להלן: "המ"מ"; סמל ע.ח., ששירת ביום האירוע כסמל המחלקה והוא שירה על התובע, להלן: "הסמל" וסרן ד.ח., שביום האירוע היה המחנה, על פי עדותו, "בגיזרת האחריות שלו", להלן: "המ"פ".

17. ב"כ הנתבעים הגישה, כחלק מראיותיה, את המוצגים הבאים:

(1) שתי תמונות בהן צולם הרחוב בו, על פי הטענה, נורה התובע - 1/נ ו-2/נ. 3/נ הוא שרטוט של אזור האירוע שנערך בכתב ידו של המ"מ, במהלך עדותו בבית המשפט.

(2) העתק יומני המבצעים הרלוונטיים ליום האירוע בצירוף תעודת עובד ציבור - 4/נ ו-5/נ.

כ (3) העתקי המסמכים שצירפה ב"כ הנתבעים כנספח ב' לבקשתה למתן החלטה נוספת, בבקשתה להורות על התובע להפקיד ערובה לכיסוי הוצאותיה באם התביעה כנגדה תידחה, היא בש"א 9639/02 אסופה זו סומנה 6/נ. אסופת מסמכים אחרת הוצגה וסומנה כ-8/נ. למעשה, אין כל הבדל בינה לבין 4/נ ואילו 4/נ אינו אלא אסופת המסמכים שהוגשו כ-5/נ ו-6/נ גם יחד ואין בה אף לא מסמך אחד נוסף למסמכים שהוגשו במסגרתה. 5/נ כולל שלושה מסמכים שאינם קיימים ב-4/נ. 6/נ אינו אלא העתקים של חלק מהמסמכים שכבר הוגשו במסגרת 4/נ ואינו מוסיף על 4/נ אף לא מסמך אחד. לפיכך, אתיחס להלן רק להעתקי המסמכים הרלוונטיים להוכחת הנושאים הנתונים במחלוקת במשפט ואעשה כן על פי סימניהם המזהים.

(4) העתק מהוראות הפתיחה באש - 7/נ.

(5) קטע מעיתון הארץ מיום 1.6.94 יום למחרת האירוע - 9/נ, ובו ידיעה על הריגת "מבוקש", יום קודם ליום בו נורה התובע.

18. כאמור, מטעם ההגנה העידו שלושה עדים. אקדים ואעיר כאן כי נסיונותיו של ב"כ התובע לפקפק בכוח זכרונם של העדים לא שיכנעני כי הם בילבלו בעדותם בין האירוע נשוא תובענה זו לבין אירועים אחרים בהם נטלו חלק במהלך שירותם הצבאי. שלושתם העידו ואישרו כי הם זוכרים את האירוע הנדון.

עדות המ"מ

19. ראשון העיד המ"מ שתיאר את משימתו "המחלקתית", כמשימה "למנוע הפרות סדר וגלישה מהמחנה הפליטים לכיוון ירושלים-רמאללה שזהו כביש שנוסעים בו לכיוון פסגות וכל ההתנחלויות הנמצאות באיזור".

המ"מ תיאר, באמצעות 1/נ ו-2/נ, את מקום האירוע. לפי דבריו, נורה התובע בסימטה המובילה מהסימטה המקשרת בין שני חלקי המגורים, זה של המחנה וזה של השכונה הדרומית, אל עבר כביש ירושלים רמאללה. הוא תיאר את הסימטה ברוב של 6 מטרים ואורך של כ 80-90 מטר. השרטוט של איזור האירוע, שנערך בכתב ידו, תוך כדי עדותו, הוצג וסומן כ-3/נ. אעיר כאן כי הסמל תיאר את אורכה של הסימטה ב"לפחות 200 מטר".

ביום האירוע, הוסיף והעיד המ"מ כי "במהלך אותו יום נפגע בכיר של גדודי עז אל דין אל קסאם, ולמעשה הפעיל הזה שנהרג גר במחנה הפליטים ובכל אותו היום משעות הצהריים היו הפרעות סדר המוניות שהתרכזו בסימטה ב' (הסימטה בה נורה התובע - ר.ג') שניסו לגלוש ולשבש את מהלך התנועה התקין בציר התנועה המרכזי (הוא כביש ירושלים - רמאללה - ר.ג'), מה גם

שהכינו שם סוכת אבליים והגיעו לשם המוני אנשים והם עברו בסימטה והיה להם נוח להתחכך עם החיילים ולנסות לפגוע באזרחים שנעים על ציר א'. אני מדבר על זריקות אבנים וברזלים, בלוקים וסלעים, בדרך כלל היו הפרעות סדר, באותו היום זה היה עם הרבה אנשים, באותו היום היו זריקות אבנים והיה יותר מהרגיל והפרעות הסדר נמשכו במשך כל היום וגלשו גם לתוך הלילה" - ע' 33, ש' 12 - 20.

משהתבקש המ"מ להראות היכן ביומן המבצעים יש ביטוי לתיאור האירועים כטענתו, השיב, לאחר עיון ביומן, כי ניתן ללמוד על דבריו מכך שמצויינת ביומן המבצעים "התפרעות שהתחילה בצהריים שאפשר לראות את ההתחלה שלה. זוהי התפרעות שמתגלגלת - הם באים והולכים - זוהי התפרעות נמשכת שנמשכה ממהלך הצהריים ונכנסה לתוך שעות הערב והלילה." ע' 40, ש' 16 - 20.

20. אומר כבר עתה כי לתיאור מצב הדברים המסוכן במחנה, לא מצאתי תימוכין ברישומי הפעילות של כוחות הביטחון מאותו היום שהוגשו כראיה. רישומי הפעילות אכן מתעדים, במהלך השבוע שקדם ליום האירוע, "איומים מצד גורמים קיצוניים לפגוע בחיילים" וכן שני מקרים של השלכת בקבוקי תבערה על כוחות הביטחון, אחד ברמאללה והשני במקום אחר, שנכתב באופן לא ברור. ביום האירוע מתוארים שני מקרים של זריקות אבנים על רכבים ישראלים, אחד ליד שדה התעופה עטרות והאחר בקלנדיה. לא תועדו זריקות אבנים במחנה קודם להריגת ה"מבוקש" ואילו לאחר הריגתו, בפרק הזמן שבין הריגת ה"מבוקש" לבין אירוע הירי בתובע, תועדו שניים-שלושה מקרים של השלכת אבנים לעבר רכבים ישראלים במחנה. כן תוארה שורה של אירועי "הפרות סדר" שהיו באזור שהיה נתון תחת אחריותה של החטיבה כולה. אינני יודע את קרבתם למחנה ואף אם היו קרובים אליו, אין ברישומים האובייקטיביים כל אינדיקציה לכך שמדובר ביום עם דפוס יוצא דופן של הפרות סדר.

לא למותר להוסיף ולציין כי מאחד המסמכים שהוגש במסגרת נ/5, מסמך שחלקו הימני העליון אינו קריא לחלוטין וחלקו הימני, לאורך כל הדף, קריא בקושי והוא אינו נושא כל כותרת מזהה, עולה כי "מקומי בן 14" זוהה במהלך "סיום שגרתי" שביצעו חיילי צה"ל במחנה.

לכך מצטרפת עדותו של הסמל, אשר בתיאוריו אודות ההתרחשויות במחנה, חזר פעם אחר פעם על הביטוי "הפגנה". למעשה, לאורך כל עדותו לא דיבר אף לא פעם אחת על "התפרעות", "הפרת סדר" וכו' למעט אותה סכנת החיים עליה העיד, במעמד בו ירה ופגע בתובע. עדות זו רחוקה מלהתיישב, לפחות בנקודה זו, עם עדותו של המ"מ ותיאוריו אודות שעות של התפרעויות במהלך נזרקו אבנים על כוחות צה"ל.

21. בהמשך עדותו מסר המ"מ כי לפני רדת החשיכה הזמין רכב מסוג "אביר קסנון", שעל גבו זרקור כדי שייצע לכוח להתמודד עם הפרות הסדר לאחר רדת החשיכה. אותו זרקור אמור היה להאיר את הרחוב וכך "לגרום למתפרעים לברוח ולהימלט". הקושי, העיד המ"מ, נעוץ היה בכך שהזרקור צורך הרבה אנרגיה מהרכב ויוצר מקור חום גדול המקשה על המפעיל שלו, ולכן הוא נאלץ להורות לעתים על כיבוי לשם קירורו ולשם הטענת מצבר הרכב מחדש.

באחת מהפעמים בהם הורה על כיבוי הזרקור, הוסיף והעיד המ"מ, הוא זיהה "מקור אש" ברחוב, במרחק של 40 מטר מהמקום בו הוא וחייליו עמדו, "היו הבהובים של אש כמו מצת שלא מצליח להידלק בפעם הראשונה ולאחר מכן נדלק אש, סימנתי מיד להדליק את הזרקור" ואז ראה מולו נער, שסונוור על ידי הזרקור וקפא במקום "לאיזה חצי שניה, כשביד אחת יש לו בקבוק וביד שניה מקור אש. מיד הבנתי את המצב. הבנתי שהבחור המתפרע מנסה להדליק בקבוק תבערה ולנסות לזרוק אותו לכיווני ולכוון חבריי".

בשלב זה הורה לסמל לבצע ירי שכן הבין כי הוא וצוותו "נמצאים בסכנת חיים ממשית". הסמל נענה לפקודתו ובמצב של כריעה ירה "כדור בודד אחד ומדויק לכיוון רגלו של הבחור." אומר כבר עתה כי עדות הסמל בנקודה זו אינה מתיישבת עם עדות המ"מ.

התובע נפל. המ"מ העיד כי "מיד רצו המונים שניסו לגרור אותו, רצתי עם מספר חיילים פנימה

לתוך הסימטה, לאחר קצת מאבקים עם ההמונים שבמהלכם ספגתי מספר מכות, הצלחתי לתפוס את הנער, לרוץ איתו כ - 15 מטר כשהוא בידי ולהכנס איתו לגרם מדרגות שהיה בצד הדרומי של סימטה ב', אני הוצאתי את התחבושת האישית שלי וחבשתי את רגלו. הוצאתי אותו החוצה מהסימטה, הזמנתי את הרופא הצבאי עם אמבולנס צבאי שחש במהירות למקום".

ניתנת אמת להיאמר כי קטע זה בעדות המ"מ נראה בעיני כבלתי מתיישב עם חלקיה האחרים של העדות. אם אמנם נורה התובע במהלכן של הפרעות סדר מסוכנות, כיצד בעקבות הירי, חרף הסיכון הרב - לשיטת המ"מ עצמו, העזו הוא וחייליו לרוץ אל תוך ההמון המתלהם והמסוכן ולחלץ מתוכו את התובע? סביר בעיני כי הירי בתובע היה מוסיף ומשלהב את ההמון עוד יותר, באופן שהיה מחייב את המ"מ וחייליו שלא להסתכן ולצעוד לתוכו, רק בכדי לתפוס את התובע.

עוד הודה המ"מ בחקירתו הנגדית כי לא ידע מה היה בבקבוק וכי לא ראה בו פתיל אך הוסיף, "אני מתאר לעצמי שהיה בו חומר דליק. הבחור עמד עם בקבוק ביד אחת ועם מקור אש ביד השניה".

בחקירתו החוזרת הוסיף: "ראיתי שהוא מחזיק בקבוק אש ביד אחת, מקור אש ביד השניה כשהוא מנסה לחבר ביניהם. לגבי הפתיל אני לא יכול להגיד שלא היה ואני לא יכול להגיד שהיה".

לעניין נסיבות הירי, העיד המ"מ כי "כל מקרה נבחן לגופו. במצב הנוכחי, אחרי מס' שעות של התפרעויות קשות, בהם חטפנו המון חפצים כבדים שעפים וראינו ניסיון מוחשי לפגוע בנו, במהלך שהייתנו ופעילותינו בסימטה, כשלסירוגין נדלקה אש, לא יכולנו לחשוב אחרת מאשר אנחנו נמצאים בסכנת חיים, קרי בקבוק תבערה." כאמור, ברישומי הפעילות אין תימוכין מספיקים, אם בכלל, לתיאור שנתן המ"מ בדבר הנסיבות האופפות את האירוע.

המ"מ נשאל מדוע לא קרא קריאת אזהרה, מדוע לא ירה באויר, לפני שהחליט על הירי על התובע והשיב: "במצב של סכנת חיים הפעלת שיקול הדעת לגבי ירי היא החשובה. ברצוני לציין את הקריטיות של זמן התגובה ועפ"י הוראות פתיחה באש, אינני חייב לצעוק לקריאות אזהרה ולבצע ירי באויר אם מדובר בסכנת חיים מיידית." אכן, אם אמנם נתונים היו החיילים בסכנת חיים ממשית ומיידית, רשאים היו להתגונן באמצעות שימוש בנשק, אלא שבמקרה זה לא שוכנעתי כי החיילים אמנם נקלעו לנסיבות האמורות.

אם כך, נשאל המ"מ, מדוע נורה התובע רק ברגלו? אם אמנם סכנת החיים הייתה מיידית מדוע לא נורה ישירות לגופו? על כך השיב המ"מ כי מבחינתו הירי אמור היה להיות מבוצע אל מרכז הגוף "אך הסמל שירה, וציינתי שהוא ירה באופן מקצועי, בכריעה עם טלסקופ, בטווח של 40 מטר, כשהזרקור מאיר לו את דמות המקומי, הוא יכל לבחור לפגוע היכן שהוא רצה והוא בחר לפגוע רק ברגל".

אף תשובה זו הולמת את הוראות הפתיחה באש, המחייבות נקיטת אמצעים מידתיים, בכל מקרה בו נשקל או מבוצע, ירי כלפי תוקפים, במידה והעובדות בשטח הינן כפי שתוארו החיילים, דבר, שכאמור, לא הוכח.

לדברי המ"מ "היה לי בירור אצל מח"ט הגיזרה, מסרתי אצלו הודעה, היה בירור ובבירור סוכם כי פעלתי לפי הוראות פתיחה באש." וכן הוסיף כי למיטב ידיעתו "העניין לא הועבר לידיעת המשטרה הצבאית." וכי הוא עצמו לא זומן למסירת הודעה בפניה. אף הסמל העיד כי "נחקרתי אצל המח"ט אחרי האירוע. במשטרה לא נחקרתי", ראה ע' 56 ש' 2-3. לדעתי, אם חקר המח"ט את המ"מ והסמל, לבטח נערך מזכר או גליון חקירה. תהיתי מדוע חומר זה לא הוצג, על אף שלא יכול להיות ספק כי חיוני היה להביאו בפני בית המשפט. משלא הובא, הדבר מעורר חשד כי לא היה פועל לחיזוק גירסת ההגנה, אלא דווקא להחלשתה.

אכן, לא הובאה בפני כל ראייה כי בעקבות אירוע הירי נפתחה חקירה על ידי רשויות החקירה בצבא, לבירור נסיבותיו ולמיצוי הדין עם התובע, בגין המעשים יוצרי הסיכון המיוחדים לו בעדויות ההגנה.

22. ככלל, עדותו של המ"מ הותירה עלי רושם של עדות סדורה, שיטתית ובעלת עקבות פנימית. כפי שנראה, היא אף זכתה, רובה ככולה, לחיזוק בעדות הסמל, אך אין באמור עד כה כדי ללמד על מהימנות אותן עדויות ועל המשקל הראייתי שיש לייחס להן. אינני מתעלם ואינני יכול להתעלם מכך שהן נסתרו בראיות האובייקטיביות היחידות שהובאו בפני, הם רישומי הפעילות ביומני המבצעים, כפי שאבהיר בהמשך.

עדות הסמל

23. הסמל העיד כי הוא היה חלק מכוח שהיה "מפוזר בכל מיני מקומות", ולמקום האירוע הגיע "בשעות אחר הצהריים, מעט לפני החשיכה", בעקבות קריאה בקשר לתגבור הכח במחנה, נוכח התעצמותה של ההפגנה. לדבריו, "הגעתי לצורך לתגבר אותם. ההפגנה כבר התעצמה והיתה ממש גדולה. היינו קרוב ל - 15 חיילים לפחות." בהמשך העיד, "היתה הפגנה. הם התקרבו אלינו ואנחנו כל הזמן ניסינו להדוף אותם אחורה כדי שלא יתקרבו לציר הראשי... ניסינו לתפוס אנשים ולעצור אותם...."

כפי שעולה כבר עתה, עדות המ"מ והסמל באשר לתכלית השהייה בגבול המחנה תואמת רק ברמת הפשטה גבוהה. כלומר, על פי שניהם התכלית הייתה לשמור על הסדר ולמנוע מהתושבים "לגלוש" אל עבר הציר המרכזי המחבר בין רמאללה לבין ירושלים, אך בעוד המ"מ תיאר את הפעילות כמכוונת לפיזור התושבים וניסיון למלטם, הסמל מתאר את הפעילות כמכוונת לתפיסתם ומעצרם של אנשים. במלים אחרות, בעוד המ"מ תיאר נסיבות בעלות אופי לחימתי, הכרוכות בסיכונים מיוחדים, הסמל תיאר את נסיבות האירוע כנסיבות בהן פעל הכוח בביצוע תפקידי שיטור רגילים, והיה חשוף, בהתאם, לסיכונים רגילים של פעולת משטרה, השוו ע"א 5964/92 ג'מאל קאסם בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1, 6.

משהתבקש הסמל לתאר את נסיבות הירי הסביר כי "הכוח העיקרי" עמד ליד הכביש הראשי ואילו הוא, יחד עם חיילים נוספים, היו 15-20 מטר בתוך המחנה, בסימטה צרה וצדדית, "ברגע שהם ראו שאני נוכח שם הם התרחקו טיפה אחורה. הזרקור האיר. ניסינו לתפוס אנשים ולעצור אותם."

ממשיך הסמל ומעיד כי מיקומו היה כך ש"עמדתי מאחורי הקיר ואותו בחור נמצא בכיוון צד ימין שלי והכח נמצא בכיוון צד שמאל". בעמדה זו לא נשקפה לו ולכוח שברשותו סכנה מהתושבים. יתרה מזאת, הסמל הודה כי באותו מיקום לא היה לו קשר עין עם מי שביקש להשליך את בקבוק התבעירה. במעמד זה, הוסיף והעיד, קיבל "הוראה בקשר שמישהו מנסה להדליק בקבוק". ההוראה נמסרה לו מפי המ"מ. עד קבלת ההודעה בקשר, כך העיד, לא ראה את אוחז הבקבוק ולא את הבערתו. בעקבות ההודעה הוא התקדם והסתתר מאחרי חבית ואז ראה "בחור עם בקבוק ביד. איך שנדלק הזרקור יריתי עליו. בחור צעיר אחז בקבוק ביד, כשהיה חושך ראיתי אותו מנסה להדליק אש, איך שהאיר הזרקור זיהיתי אותו. זה היה בקבוק תבעירה." לדבריו, "ראיתי בקבוק ביד דולק כשנדלק הזרקור. אין פה ספק. בפירוש ראיתי בקבוק ביד דולק. אין ספקות בעניין.... כשנדלק האור ראיתי בחור עם בקבוק ביד בתנועה של הולך להניף. באותו רגע שיחררתי כדור."

24. כפי שניתן להבחין, עדויותיהם של המ"מ והסמל לעניין ההחלטה על הירי אינן מתיישבות זו עם זו. כזכור, המ"מ העיד כי הוא שנתן את ההוראה על פתיחה באש, "הוריתי לסמל המחלקה שלי... לבצע ירי כי הבנתי שאנו נמצאים בסכנת חיים ממשית" - ע' 34 ש' 7-8. ואילו משנשאל הסמל בעניין העיד כי "ברגע שראיתי שיש סכנת חיים אין לי צורך בפקודה אלא ההוראה היא ירי על מנת לפגוע. ההחלטה לירי היתה שלי ולא של הקצין." משעומת עם גירסת המ"מ בעניין הוסיף והעיד כי "גם אם הקצין היה אומר לי לירות ואני הייתי רואה שאין סכנה לחיים שלנו לא הייתי יורה בו למרות ההוראה של הקצין. ההחלטה היא שלי.... גם אם הוא נתן פקודה - ההחלטה לירות היא שלי... אני בוחן כל מקרה לגופו ולא פועל באופן עיוור עפ"י ההוראה... ברגע שראיתי שיש סכנת חיים החלטתי לירות באש. את הפקודה שנתן הקצין אני לא זוכר

בדיוק את המילים בהם השתמש."

זאת ועוד, כזכור, העיד המ"מ כי קודם להדלקת הזרקור הבחין בניסיונות להדלקת אש ומשהורה על הדלקת הזרקור ועם הדלקתו, הבחין בנער הקופא על מקומו, כשבידו האחת בקבוק ובידו השנייה "מקור אש". בחקירתו הנגדית ציין כי ראה את הנער מנסה לחבר ביניהם ובנסיבות אלו, לא המתין להצתת הבקבוק אלא הורה לירות בנער. ספק אם גירסה זו מתיישבת עם עדות הסמל לפיה פגע באוחז הבקבוק הבוהר במהלך תנועה של הנפת היד לשם זריקתו.

- כ) סתירה אחרת בין העדויות עולה מכך שהמ"מ העיד כי "זה פרוז'קטור ענקי שאם מדליקים לך אותו 40 מטר לפני העיניים תהיה מסונוור למס' שניות ותקפא במקום", ראה ע' 38, ש' 3-4. אם אמנם כך הוא, עדותו של הסמל לפיה מיד כשנדלק האור ירה בתובע, שהיה במהלך הנפת יד לשם זריקת הבקבוק, אינה סבירה.

עם זאת, אינני מייחס לסתירות אלה משמעות של ממש. מדובר, לדעתי, בעניין של שניות ואינני סבור כי יש לייחס משקל לתשובה על השאלה אם הירי בוצע בנסיבות המתוארות על ידי המ"מ או אלה המתוארות על ידי הסמל. בין לפי זו ובין לפי האחרת, בין אם הבקבוק בער והיה במהלך תנופה לקראת זריקה כבר ובין אם הוחזק ביד אחת, שעה שביד השנייה היה מקור אש, פער הזמנים הוא קצר מדי מכדי לייחס חשיבות לאי ההתאמה האמורה. סבורני כי ירי בנסיבותיהם של שני המקרים המתוארים ובלבד שיש בהם ביטוי גלוי לכוונה מיידית לסכן את חייהם וביטחונם הגופני של החיילים, הוא ירי ההולם את הוראות הפתיחה באש.

אכן, אם אמנם במהלך הפרת סדר שאירעה במחנה אחז התובע בבקבוק תבעירה ובצמוד לו במקור אש, אינני סבור כי העובדה שטרם הבעיר את הבקבוק, אם אמנם טרם הבעירו, גוררת את המסקנה כי הסיכון הממשי שיצר כלפי חייהם או שלמות גופם של החיילים לא היה סיכון מידי. לא למותר לציין כי הוראות הפתיחה באש מתירות להתגונן מפני תקיפה שכזו באמצעות ירי גם לפני התרחשות התקיפה, כבר שעה שנעשים מעשים גלויים המבטאים כוונה לתקיפה מיידית.

אלא שחרף העקיבות המטריאלית בין עדויות המ"מ והסמל באשר לנסיבות הירי, אינני משוכנע כי הנסיבות המתוארות הן אכן הנסיבות בהן נורה התובע. אפנה כעת לראיות נוספות של ההגנה שיש בהן כדי לשפוך אור על שאלה זו כמו גם על השאלה בדבר מצב העניינים ששרר במחנה ובאזור ביום הירי בתובע או בסמוך לו.

רישומי הפעילות

26. ב"כ הנתבעים הגיש אסופת של רישומי פעילות של כוחות הביטחון ביום האירוע ובצמוד לו. העתקי המסמכים הוצגו וסומנו כנ/4 - נ/5 ו - נ/8, להלן: "רישומי הפעילות". אעיר כי מוצג נ/6 הוא אסופת המסמכים שצורפה כנספח ב לבש"א 9639/02.

נ/4 הוא אסופת מסמכים שהוגשה בצירוף תעודות ציבור של שני עובדי ציבור, האסופה הראשונה באמצעות תעודתה של גב' מיכל צור, מנהלת ארכיון צה"ל ואילו האסופה השנייה של מסמכים, להלן: "האסופה הנוספת", הוגשה בצירוף תעודה של סמ"ר יניב בן יהודה, חוקר צבאי.

האסופה הראשונה כוללת העתקים של ארבעה מסמכים שונים:

- 1) דו"ח מודיעין יומי של אוגדת אי"ש מיום האירוע, שסומן כנספח 1 - להלן: "דו"ח אי"ש" - איזור יהודה ושומרון.
- 2) דו"ח אג"ם פיקוד מרכז מיום האירוע שסומן כנספח 2 - להלן: "דו"ח אג"ם" - אגף מבצעים.

(3) יומן מבצעים של איו"ש רפואה מיום האירוע שסומן כנספח 3 - להלן: "דו"ח הרפואה".

(4) יומן מבצעים רמאללה מיום האירוע שסומן כנספח 4 - להלן: "יומן המבצעים".

האסופה הנוספת כוללת העתקי מסמכים שהועברו לחוקר הצבאי מצדדים שלישיים:

(1) יומן מבצעים רמאללה מיום האירוע, שהוגש כבר באמצעות תעודת עובד הציבור של גב' צור.

(2) יומן מבצעים נוסף מיום האירוע, להלן: "יומן המבצעים הנוסף".

(3) דו"ח מבצעים שבועי לימים 25.5 - 31.5, להלן: "הדו"ח השבועי".

שני העתקי המסמכים האחרונים הועברו לחוקר הצבאי מסגן שלום ט.ע. קצין מידע מת"ק רמאללה.

כאמור, 5/נ אינו כולל כל מסמך נוסף על המסמכים האמורים זולת שלושה מסמכים אלה:

(1) העתקים של שני טפסי דיווח, להלן: "טפסי הדיווח", רק אחד נושא את תאריך יום האירוע ואילו השני צולם ברישול ואינו כולל תאריך ברור.

(2) העתק של מסמך שחלקו הימני העליון אינו קריא לחלוטין וחלקו הימני, לאורך כל הדף, קריא בקושי ואין אותו מסמך נושא כל כותרת מזהה, להלן: "המסמך הבלתי מזהה".

6/נ כולל פעם נוספת, העתק של איו"ש רפואה וכן העתק נוסף של דו"ח אג"ם פיקוד מרכז, שניהם מיום האירוע, ואלה כבר הוצגו וסומנו כחלק מהעתקי המסמכים שהוגשו במסגרת 4/נ.

כאמור, 8/נ כולל העתקים נוספים של מרבית המסמכים שצויינו לעיל ואין בו העתק של אף מסמך נוסף זולתם.

על רקע זה עולה מרישומי הפעילות התמונה העובדתית הבאה:

(1) בדו"ח איו"ש מיום האירוע צויין, תחת רישום פעילותה של "חטמ"ר בנימין" וכותרת המשנה "שונות": "312050: מקומי כבן 14 שזוהה עם בקבוק בנזין בידו ניסה להצית צמיג במרכז אל אמערי, הכוח הגיב בירי לעבר המקומי, הנ"ל נפצע ברגלו באורח קל, טופל בבי"ח רמאללה. שמ: אכרם תיש מחמוד אברש" - כך השם במקור.

(2) בדו"ח אג"ם מיום האירוע, שאינו אלא העתק בלתי ברור של מסמך עמוס פרטים, אליו צורף מסמך מודפס, שעל פי הצהרת ב"כ הנתבעים האמור בו תואם למקור, פורטו "הפרות סדר" בהתאם לשעת התרחשותן. בין השאר, צויינה שם, בשעה 16:00, הריגת המבוקש וכן בסמוך לשעה 20:55 נרשם "במרכז אל-אמערי זוהה מקומי עם בקבוק בנזין ס.מ. של 51 ביצע פריקה לעבר המקומי הגיב בחי. עקב כך נפצע המקומי באורך [!] קל בברך פונה לבית החולים ברמאללה".

(3) בדו"ח הרפואה מיום האירוע נרשם זמן אירוע כ "20:55" וכן: "פצוע מקומי בן 16 קליע ברגל תורן געש במקום שוק שמאל מפונה ע"י מקומי לבי"ח רמאללה מבצעים - מיכל - זוהה עם בקבוק בנזין 22:04 שוק מרוסקת חור כניסה ויציאה ... ביד ימין זאב/מבצ' - חור כנ' ויצ' בקרסול במצב קל (מאיה) 22:30 מיכל/מבצ' הנ"ל בן 14 תושב אל אמערי נתפס עם בקבוק בנזין ביד שניסה להצית צמיג שמו: אקרם תיש מחמוד אברש פצוע קל פונה לבי"ח רמאללה (גילי)".

(4) ביומן המבצעים מיום האירוע, נרשמו שני אירועים העלולים להיות רלוונטיים לענייננו,

בראשון נרשם בצמוד לשעה 21:15 כי "במרכז אל עמרי זוהה אדם עם בקבוק בנזין כוח הגיב לעברו בירי נפצע ברגלו נשלח אמבולנס" ובשני, בסמוך לשעה 24:15 נרשם "בהמשך לאדם שנתפס עם בקבוק ביד תושב אל עמרי נתפס בעת ביצוע הצתת צמיג שמו עקרום ביש מחמוד עברש פצוע קל פונה לביח ... ויציאה בקרסול".

אעיר כאן כי בשני טפסי הדיווח שהוגשו במסגרת נ/5 נרשמו דברים דומים. בטופס הראשון צויין: "במרכז אל עמרי זוהה אדם עם בקבוק בנזין כוח הגיב לעברו בירי נפצע ברגלו נשלח אמבולנס" ואילו בטופס השני נרשם: "בהמשך לאדם שנתפס עם בקבוק ביד הנ"ל תושב אל עמרי נתפס בעת ביצוע הצתת צמיג... פצוע קל פונה לביח' רמ' חור כניסה ויציאה בקרסול".

(5) ביומן המבצעים הנוסף צויינה אמנם הריגת המבוקש בשעה "4:40" אך אין בה כל איזכור לירי על תושב כלשהו ביום האירוע.

(6) בדו"ח השבועי נרשם, בתחתית דף 4, בסמוך לציין השעה "20:50" כי: "במרכז א"ע זוהה אדם עם בקבוק בנזין, כוח הגיב לעברו בירי נפגע ברגל, נדרש אמבולנס ל ... 61 מדובר בנער בן 14" ומיד בצמוד, בראש דף 5 נכתב: "תושב א"ע נתפס בעת ביצוע הצתת צמיג פצוע קל פונה לביח"ח רמ' חור כניסה ויציאה בקרסול". ראוי לציין כי מראשי התיבות "א"ע" שמצויין בראש דף 5 משוך קו ובקצהו רשום "כנראה מדובר באל אמערי".

כאמור, ארועים אלה כלל לא צויינו ביומן המבצעים הנוסף.

(7) במסמך הבלתי מזוהה הודפסו בין השאר, קורותיו של אירוע בו: "...חיילי צה"ל שביצעו סיור שגרתי באל עומרי ברמאללה, זיהו מקומי בן 14 תושב המקום אוחד בבקבוק בנזין (במטרה להצית צמיג) וחשבו כי מדובר ... (לא ברור - ר.ג.) החיילים ביצעו ירי נק"ל לעברו. כתוצאה מכך נפצע המקומי ברגלו(?) פונה לביח"ח 'רמאללה', מצבו הוגדר קל".

כאמור, שארית המשפט "וחשבו כי מדובר..." אינה ברורה. על פניו נראה משפט זה כמשפט אשר עלול היה לשפוך אור על נסיבות הירי. אף כאן מן הדין לזקוף זאת לחובת הנתבעים, שלא הוצג העתק קריא יותר של אותו מסמך בלתי מזוהה.

27. מרישומי הפעילות עולה, לכאורה, כי אמנם ביום 31.5.94, בשעות הערב, נורה צעיר כבן 14 או 16 שנה במחנה. עם זאת, נסיבות הירי אינן ברורות עד תומן. בכל רישומי הפעילות צויין כי זוהה חשוד שאחז בבקבוק בנזין. עם זאת, לעתים נרשם כי נורה בצמוד לזיהוי, לעתים נרשם כי נורה במהלך ניסיון להצית צמיג ולעתים נרשם כי נורה במהלך "ביצוע הצתת צמיג". בין כך ובין אחרת, בשום רישום מרישומי הפעילות אין אישוש לעדויות ההגנה לפיהן התובע נורה בשל סיכון ממשי ומיידי שיצר לחייהם או לשלמות גופם של חיילי צה"ל, עקב ניסיון או הכנה לקראת השלכת בקבוק תבערה לעברם.

28. עובדות אלו לא נעלמו מבאי כוח הצדדים.

בחקירתו הראשית נשאל המ"מ מדוע ביומני המבצעים כתוב שהתובע היה עם בקבוק בנזין והתכוון להצית צמיגים והשיב " ... יכול להיות שזה מידע שהוא מסר בחקירתו באמבולנס. אני לא כתבתי את הדברים הכתובים ביומן המבצעים, אני לא דיווחתי שהבחור הולך להצית צמיגים. אני דיווחתי על נער שנורה שהחזיק בקבוק עם חומר ואש ביד וזה סיכן אותנו", ע' 34, ש' 28 - 30.

שאלה היא מדוע התובע לא נחקר על הגירסה שהעלה המ"מ ולפיה מסר לנוכחים באמבולנס על כך שניסה להצית צמיגים, בכדי לברר אם אמנם שם מקור הידיעה, כעדות המ"מ. חשוב מכך, אף אם נכון הדבר כי התובע מסר לנוכחים באמבולנס (מיהם? - סתם המ"מ ולא פירט) כי נורה במהלך ניסיון להצית צמיג, לא ברור לי כיצד הדבר מגיע לרישומי הפעילות. האמנם גירסאות חשודים בביצוע תקיפות כלפי חיילי צה"ל נרשמות ברישומי פעילות כידיעה, מבלי לציין כי מקורה בחשוד? תמהני.

המ"מ השיב בחיוב לשאלת ב"כ התובע אם "בפועל, אתה האחד והיחיד המדווח ביומני המבצעים על מה שקרה שם" אך הסביר כי "מערכת הדיווחים שלי כמפקד מחלקה צריכה לעבור 3 תחנות: אני אמור לדווח לחמ"ל פלוגתי שלי... החמ"ל הפלוגתי מעביר את הדיווח לחמ"ל הגדודי והחמ"ל הגדודי מעביר את הדיווח לחמ"ל החטיבה."

גם הסבריו של הסמל לרישום ברישומי הפעילות היה בלתי מספק. לדבריו, "לא כתבתי את יומן המבצעים ואני לא יודע מה רשום בו. יומן המבצעים זה אחרי שעובר כמה צינורות מגיע לרישום יומן המבצעים. אני יודע מה היה שם. אני מספר מה שראיתי. מה שעבר אחר כך מהפקידה שרשמה או לא רשמה אני לא יודע."

אומר מיד, תיאוריהם של המ"מ והסמל לעניין הליך הרישום ביומן המבצעים והשערתו בדבר מקורו של הרישום בעניין נסיבות הפגיעה בתובע לא סיפקו לי הסבר משכנע לעובדה כי המעשים שייחס לתובע בעדותו והנסיבות בהן נורה, לא הועלו על כתב ויתרה מזאת, מדוע וכיצד הועלו על כתב נסיבות שונות מאלו שמסרו בעדותם.

כ נשאל המ"מ בחקירתו הנגדית מדוע בדיווחיו ביומן המבצעים לא צויין בשום מקום כי הוא וחייליו חשו או היו בסכנת חיים וענה "שבצבא לא מדווחים 'הייתי בסכנת חיים ויריתי'" אלא "הנוהל הוא שמדווחים על האירוע. אירוע של בקבוק תבערה הוא אירוע של סכנת חיים המחייב 'ירי על מנת להרוג'." אכן, מקובל עלי כי דיווח על אירוע אינו חייב לרדת לפרטי פרטים, אך לא סביר בעיני כי אירוע "המחייב ירי כדי להרוג", או לכל הפחות כרוך בסיכון ממשי ומיידי לחיילים, אירוע חריג, המצדיק אמצעי חריג של שימוש באש חיה, מתואר ברישומי הפעילות כאירוע נוסף של הפרת סדר.

32. המ"פ, עד הגנה נוסף, שהיה אחראי על פעילות צה"ל במחנה בתקופה הרלוונטית לאירוע אך לא ראה את הירי בתובע, אלא הצטרף ללכידתו לאחר הירי, העיד על אופן הליכי הדיווח והרישום אך לא שפך אור ולא נתן הסבר קונקרטי, ספציפי, לפער בין הנסיבות המתוארות בעדויות המ"מ והסמל לבין נסיבות האירוע, כפי שנרשמו. המ"פ העיד, בע' 58 - 59 כי:

"הכח דיווח לי שביצע ירי, דיווחתי לחמ"ל הפלוגתי שלי, הפלוגתי לגדודי, הגדודי לחטיבתי. מהיומן שיש פה זה ברמת החטיבה/אוגדה. דיווח אחד שלי, אני מדווח לחמ"ל חמ"ל מדווח לגדוד, גדוד מדווח לחטיבה. סה"כ מרוכזים הנתונים ביומן אחד בצמצום. ... בחמ"ל הפלוגה יושב חייל שהיה לוחם מקבל את הדיווח כמו שמגיע מהשטח. הוא אינו איש מקצוע ברמת חדר המבצעים. הוא לוחם. לכן בדיווח הראשוני שאני אומר לו הוא רשם מה שאני מדווח. הוא מעביר הלאה לרמה שמעליו וגם שם יושב לוחם, לא איש מקצוע, ואז הוא מעבר [צריך להיות "מעביר" - ר.ג.] לרמה הבאה, רמת החטיבה ששם יושבת סמבצ"ת היודעת את המקצוע ומעבירה הלאה. כשאני מעביר לחייל זה, ברמה שלי. הניסוח עלול להשתנות משלב לשלב."

התמונה המצטיירת היא, אפוא, כי המ"מ דיווח למ"פ והלה דיווח לחדר המבצעים ומשם הלאה, בשרשרת דיווחים. על פני הדברים סביר, אם כן, שייפלו שיבושים קלים בדיווח. עם זאת, סבורני שרישום שתוכנו משמיט פרט כה חשוב מהדיווח שעל פי הטענה נמסר, אינו עניין של אי דיוק או שינוי ניסוח. המסקנה היא, אפוא, כי אינני מקבל את הטענה לפיה פגם שנפל ברישום הפעילות הוא הטעם לאי התיישבותם של רישומי הפעילות עם נסיבות הירי עליהן מסרו המ"מ והסמל בעדותם.

33. המ"מ הוסיף והעיד כי ביומן המבצעים מופיע גם שמו של מוסר הדיווח ובאף אחד מרישומי הפעילות לא מופיע שמו כשמו של מוסר המידע. אכן, עיון ברישומי הפעילות שהוצגו וסומנו, מגלה כי אין כל סימן מזהה המאפשר לאתר, מעיון בהם, באיזה שלב בשרשרת הדיווח עליה העיד המ"מ, הם נרשמו.

בנסיבות אלו, בהן רושמי ההודעות לא אותרו והובאו לעדות מחד גיסא ולא הוגש רישום בו המ"מ מדווח על נסיבות האירוע כפי שתוארו בעדותו מאידך גיסא, אין מנוס מהמסקנה כי הסתירה בין

ראיות ההגנה בעניין זה מפחיתות ממשקלן של עדויות המ"מ והסמל באשר לנסיבות הירי.

קביעת הממצאים העובדתיים - נסיבות כלליות ונסיבות ייחודיות

34. על רקע הטענות המשפטיות שהועלו בסיכומי הצדדים וכצעד מקדים לדין בהן, ניתן וראוי לדעתי להקדים ולהבחין לעניין הסקת המסקנות מניתוח הראיות שהובא לעיל, בין אותן ראיות המבקשות להוכיח את נסיבותיו הכלליות של אירוע הירי לבין הראיות המבקשות להוכיח את נסיבותיו הייחודיות.

- כ לצורך העניין, נסיבותיו הכלליות של האירוע נשוא התביעה הן הנסיבות שאפיינו את ה"אקלים" ביום הירי, הן במחנה ממש הן באזור, ואשר שימשו מצע על גבי התקיים אירוע הירי עצמו. התובע עצמו, רמזייה ואמנה כמו גם המ"מ והסמל התייחסו לנסיבות אלה בעדותם. נסיבות אלה מצאו ביטוי גם ברישומי הפעילות.

נסיבותיו הייחודיות של האירוע הן אותן הנסיבות הספציפיות בהן נורה התובע. הראיות הנוגעות לעניין זה הן עדותם של התובע, רמזייה ואמנה, מחד גיסא ועדותם של המ"מ והסמל, מאידך גיסא. גם בהקשר זה רלבנטיים רישומי הפעילות ועדותו של המ"מ הן כראיות המוכיחות את הנסיבות הייחודיות של האירוע הן כראיות המשליכות על המשקל הראוי שיש לייחס לעדויות המ"מ והסמל.

35. קביעת הממצאים העובדתיים בתיק זה אינה מלאכה קלה. העדויות שנשמעו בפני מתארות מסכת עובדתית שונה בתכלית - בזו, פסטורליה כפרית ובאחרת, מהומה רבתי, מתח וסכנת חיים. כידוע, במציאות זו, כשלעצמה, אין כדי למנוע מבית המשפט לקבוע ממצאים עובדתיים בנקודות בהן הראיות סותרות אלו את אלו, ראה סעיף 57 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, להלן: "הפקודה".

לעדויות של התובע והעדויות אינני מייחס מידה רבה של מהימנות בשל אי עקיבותן הפנימית והחיצונית. בפרט, אני מייחס משקל נמוך לעדותו של התובע, הן משום שעדותו אינה נקייה מסתירות הן משום שהיא עדות בעל דין, הקרוב לעצמו. מסקנה זו לגבי עדויות התביעה רלבנטית הן לעניין נסיבותיו הכלליות של האירוע הן לגבי נסיבותיו הייחודיות. באחת, אינני נותן אמון בעדויות התביעה, לא לעניין האירועים שאירעו ברחוב בו בוצע הירי, סדרם הכרונולוגי של האירועים וטיבם וממילא אף אינני מוכן לסמוך על עדותם לעניין נסיבותיו הייחודיות של הירי.

מצד שני, אף בעדויות המ"מ והסמל דבק חשש הקירבה העצמית וניסון הריחוק מהמעשים, בהיותן עדויות של מעורבים פעילים באירוע הירי. מהימנותן וממילא משקלן, נפגמים בשל הסתירה בין לבין רישומי הפעילות, ראייה חיצונית ואובייקטיבית, סתירה שלא ניתן לה כל הסבר משכנע. אותה סתירה נוגעת הן לנסיבותיו הכלליות של האירוע הן לגבי נסיבותיו הייחודיות. כפי שהבהרתי לעיל, העדויות של המ"מ והסמל באשר לנסיבות הכלליות של האירוע אינן דומות זו לזו ואף אינן זוכות לחיזוק מספיק ברישומי הפעילות. אף הכתבה מהעיתון, נ/9 - למרות הסתייגותי מעצם הגשת ידיעה מהעיתון כראיה ודעתי בדבר המשקל הדל שיש לתת לראיה זו בהיותה עדות מפי השמועה עד שכותב הידיעה אינו מעיד על תוכנה - אינה מדווחת אלא על הרג ה"מבוקש" יום קודם לאירוע הירי. אין בה ראייה ישירה לגבי האירועים שקרו ביום האירוע, עוצמתם ומידתם. אשר לראיות בדבר נסיבותיו המיוחדות של הירי, אף שעדויות המ"מ והסמל דומות למדי, לא ניתן לי הסבר משכנע לפער בין לבין רישומי הפעילות, וכן לא ניתן לי כל הסבר משכנע לכך שאף לא רישום אחד מרישומי הפעילות אינו כולל את המידע הנוגע לסיבת הירי בתובע, כפי שהתגלתה בעדויות המ"מ והסמל.

36. אחזור ואעיר כי אינני מטיל ספק בכך שרישומי הפעילות אינם משקפים ואינם יכולים לשקף באופן מדויק את קורותיהם של הכוחות הפועלים בשטח. לא התעלמתי אף מכך שעל פי העדויות שהובאו בפני, הרישומים שהוגשו כראיות נרשמו על ידי אנשים שונים, מדרגים

פיקודיים שונים, וכי חשש "הטלפון השבור" הוא אינהרנטי בשרשרת דיווח שכזו. עם זאת, נדמה לי כי קשיים אלו בשרשרת הדיווח עלולות להסביר את ההבדלים בין "הגוונים" השונים בהם תואר האירוע ברישומים השונים, אך אין בהם כדי להבהיר את הפער בין אותם רישומים לבין עדויות המ"מ והסמל שהעידו בפני.

לדעתי שונה דינו של ההבדל בין מי שנורה ונתפס "בעת ביצוע הצתת צמיג" לבין מי שנורה לאחר שזוהה עם בקבוק בנזין בידו, "מנסה להצית צמיג" - הוא ההבדל הקיים בין רישומים שונים - מן ההבדל בין מי שנורה במהלך ניסיונו לזרוק בקבוק תבעירה כלפי כוחות צה"ל לבין מי שנורה במהלך הצתת צמיג או ניסיון להציתו, במרחק לא ברור מכוחות צה"ל ועל רקע נסיבות לא ברורות - הוא ההבדל הקיים בין עדותם של המ"מ והסמל מחד, לבין הגירסה המייחסת לתובע את הפעילות יוצרת הסיכון הרב ביותר, מאידך, על פי רישומי הפעילות. במלים אחרות, הפער הפנימי בין הגירסאות של רישומי הפעילות הוא זניח לעומת הפער החיצוני בינן לבין עדויות החיילים. בשים לב לכך שרישומי הפעילות הם ראייה אובייקטיבית שלא מצאתי כי הטענות - מפי ההגנה ! - כנגד מהימנותה מפחיתות ממשקלה, מצד אחד ובשים לב לזהירות שיש לנקוט כלפי עדויות החיילים הנוגעות בעניין אישי, מצד שני, אינני סבור כי התשתית הראייתית שהניחו הנתבעים בדבר הוכחת נסיבות הירי בתובע מספיקה כדי לקבוע כי הירי בתובע היה בגדר התנהגות סבירה ומוצדקת, בנסיבות העניין.

37. ב"כ הנתבעים הפנתה אותי בסיכומיה לפסק דינה של הנשיאה, כב' השופטת גילאור, ב- ע"א (חי') 353/89 אלסייד נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון ואח' (לא פורסם), אותה צירפה כנספח ב' לסיכומיה. על יסוד פסק הדין האמור טענה כי בסתירה בין האמור ביומני המבצעים לבין עדותם של אותם חיילים שנכחו במקום האירוע ומעידים מזכרונם, יש להעדיף את העדות על פני יומני המבצעים. אכן, כב' השופטת (כתוארה אז) גילאור, סברה באותו פסק דין כי יומני המבצעים אינם אלא ראייה לכאורה, ראייה שאינה חלוטה ובנסיבות שבפניה מצאה להעדיף את עדות החיילים שזכתה בחלקה לחיזוק גם בעדות התובע עצמו.

כשלעצמי לא הייתי מרחיק לכת בניסיון לנסח מהתרשמותה של כב' הנשיאה שם, מעין כלל ראייתי גורף, אף לא לגבי נסיבות דומות לאלה בהן דנה. אכן, אין בקלסיפיקציה בין ראייה לכאורה לבין ראייה "ממש" כדי לסייע בכל מקרה ומקרה. יתרה מזאת, ספק אם טמונה תועלת רבה במושגיות-יתר. רוב הראיות "ממש" כמו הראיות לכאורה, אינן ראיות חלוטות שאינן ניתנות לסתירה. לעומת זאת, משקלה של ראייה הוא עניין להערכתו של בית המשפט ואילו משפט איננו מדע במובנו החמור. כך, לעניינה של עדות, מורה סעיף 54 לפקודה מפורשות כי ערכה הוא עניין לבית המשפט להחליט בו, "על פי התנהגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט". על כן, גם בהנחה כי יומני המבצעים מהווים רק ראייה לכאורה לאמיתות תוכנם, אין כל מקום לקביעת כלל לפיו ראייה "ממש", כזו שאינה רק ראייה לכאורה, גוברת עליהן בכל מקרה ומקרה. עדות נוגעים בדבר חשודה אף היא מבחינת מהימנותה, ומשקלה איננו כמשקל שניתן לייחס לראייה לכאורה אובייקטיבית ומהימנה. זו רק דוגמה להבהרת הטיעון ולהדגשת המסקנה לפיה לעולם אין מנוס מהערכת הראיות לגופן ללא כבילות לכללים מושגיים נוקשים, חרף התבונה הגלומה בהמשגת כללים.

לדעתי, האפשרות כי הירי בוצע בנסיבות הייחודיות עליהן העידו המ"מ והסמל, מבלי שאלו אוזכרו ברישומי הפעילות היא בלתי סבירה וההנחה לפיה הראייה הסותרת את העדויות אינה אלא ראייה לכאורה, איננה נתון שיש לייחס לו כל השלכה, בנסיבות העניין.

לכך מצטרפת העובדה, כפי שב"כ התובע הצביע עליה בסיכומיו, כי לא נפתחה בעניין חקירה כלפי התובע עצמו, שעל פי הרישומים נתפס. בכך יש כדי ללמד כי ספק אם יש אמת במעשים החמורים שיוחסו לתובע בעדות המ"מ והסמל שהרי אם אמנם היו נכונים, חזקה על רשויות הצבא שהיו ממצות עימו את הדין.

38. לאור התוצאה אליה הגעתי, מתייתר הצורך לדון בעילות התביעה הנוספות. זאת ועוד, לאור המסקנה אליה הגעתי על יסוד הראיות שהובאו בפני, אני קובע כי הירי בתובע אינו עונה על "פעולה מלחמתית", כהגדרתה בע"א 5964/92 ג'מאל קאסם בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד

נו(4) 1, 9, מצד אחד, ואילו לטענות הנתבעים בדבר הסתכנותו מרצון של התובע או רשלנותו התורמת, לא הוכחו, מצד שני.

- כ 39. מספר ימים לאחר הגשת הסיכומים מטעמו, שלח ב"כ התובע פרק מדין-וחשבון הוועדה בראשות כב' השופט אור, אשר הוקמה לצורך בחינת פעולותיהן של רשויות הביטחון במה שלימים נודע כ"אירועי אוקטובר". ב"כ התובע ביקש לצרף לסיכומיו את פרק הדו"ח העוסק, לטענתו, ב"הפעלת צלפים בירי אש חיה" ולראות בו "חלק בלתי נפרד מסיכומיו" בהיותו אסמכתא משפטית לטענות שהעלה בהם. אינני סבור כי יש לראות בדו"ח הוועדה אסמכתא משפטית רלוונטית לאירוע נשוא תובענה זו ועל כן התעלמתי ממנה. אעיר עוד כי דו"ח ועדת חקירה ממלכתית אינו יכול לשמש כראיה בהליך משפטי, על פי לשונו הברורה והחד משמעית של סעיף 22 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968.

נכות רפואית ושיעור הפיצוי

40. ב"כ הצדדים הודיעו לבית המשפט כי לעניין הנכות הרפואית הגיעו להסדר דיוני, כפי שנרשם בע' 6 לפרוטוקול, כמפורט להלן:

- (1) הנכות האורטופדית תעמוד על שיעור של 25% לצמיתות.
- (2) הפער בין חוות הדעת של המומחה מטעם התובע לבין חוות הדעת של המומחה מטעם הנתבעת. באשר לנכות האסתטית, אנו מסכימים שהתובע יפיע בפני בית המשפט אשר יקבע את שיעור הנכות שתתאים למצבו.
- (3) לאור המוסכם כאמור, לא יהיה צורך להזמין את המומחים לחקירה על חוות דעתם, אך הן מוגשות כחלק מהראיות.
- (4) אין צורך בקדם משפט נוסף. מוסכם בינינו שב"כ הנתבעים תעמיד לרשותי, לעיון, את כל המסמכים הרלוונטיים פרט לדו"ח חקירה אזרחי.

לאחר שהצדדים הגיעו להסכם דיוני זה קבעתי את התיק להוכחות. יש לציין כי בעדותו, החל מע' 24 עד ע' 31, התובע לא התייחס בכלל לטיב עבודתו, לרמת השתכרותו, השכלתו או כל נתון אחר, שיש בו כדי לבסס את הפיצוי המגיע לו. כל שהעיד הוא שסיים את כיתה א' של חטיבת הביניים [7 שנות לימוד] ולאחר מכן התחיל לעבוד כדי לפרנס את משפחתו. בתקופה שבה נפגע עבד ב"חיסבה", בשוק, עד שנפגע, אך הוא לא ציין את שיעור השתכרותו בעבודה זו. ב"כ התובע לא הביא שום ראיה על רמת ההשתכרות של תושבי הרשות הפלסטינית, יחד עם זאת, ביקש לפסוק לתובע פיצוי בסכום כולל של 1,042,000 ₪.

41. בחישוב הנזק בסיכומיו טען ב"כ התובע כי שכרו החודשי של התובע הסתכם בסך של 3,500 ₪ לחודש, ליום הגשת הסיכומים, 1.9.03. אינני יודע על איזה ראיה נסמכת טענה זו. ב"כ התובע לא הניח תשתית ראייתית כדי לבסס את הוצאותיו הרפואיות של התובע בעבר ובעתיד, לא הביא אף ראיה על נכותו התפקודית של התובע, ולא על הוצאותיו בעניין עזרה וסיוע מן הזולת או הוצאות רפואיות והוצאות עבור נסיעה מוגברת. הוא אף לא ביסס מדוע יש לקבוע כי נכותו התפקודית של התובע עומדת על שיעור של 40%, לעומת נכותו הרפואית העומדת כמוסכם על 25%. ואכן, אינני סבור כי הונחה תשתית לקביעה כי שיעור נכותו התפקודית של התובע עולה על שיעור נכותו הרפואית.

גם הסכום עבור כאב וסבל בשיעור של 500,000 ₪ נראה לי מוגזם.

ב"כ הנתבעים טענה כי נכותו הפונקציונלית של התובע היא בשיעור של 10% ולפיכך ביססה את הפיצוי על בסיס שכר ממוצע בסכום של 1,500 ₪ בחודש, ובגין הפסד השתכרות בעבר עד ליום

הגשת הסיכומים, ביום 9.12.03, סכום של 20,700 ₪. התובע, היום בן 25, ונותרו לו 40 שנות עבודה. לטענתה מגיע לתובע סכום של 42,000 ₪ עבור פיצוי בעתיד.

- כ לגבי הכאב וסבל מציעה ב"כ הנתבעים לפצות את התובע בסכום של 50,000 ₪ מחושב לפי 1.5 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים התשל"א-1971, אומר מיד כי אופן זה של חישוב הפיצויים בגין כאב וסבל בתובענה שאינה נופלת בגידרו של חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, נדחה ע"י בתי המשפט במספר פסקי דין שניתנו בעניין זה ודחו את ביסוס הפיצוי בגין ראש נזק זה על חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים. לדעתו, ההלכה ידועה, ואף אין צורך להפנות אליה.

לטענת ב"כ הנתבעים התובע לא הוכיח שום צורך בהוצאות ונסיעות בעבר, מה גם והוא לא הציג קבלות עבור נסיעות אלה. התובע לא הוכיח כי הוא ממשיך בסידרת טיפולים והוא אינו עובר שיקום כלשהו ולכן אין לפסוק הוצאות בראש נזק זה.

ב"כ הנתבעים לא המציאה אף היא שום ראיה לגבי השכר של התובע, למרות שאין זו מחובתה. יחד עם זאת, ביקשה ללמוד מקביעתו של בית המשפט המחוזי בירושלים בת.א. 1247/96, מורד אחמד דאוד נ. מדינת ישראל, תק-מח 3001 (3) 139 בע' 151, על פי הטבלה שהוצגה באותו תיק, ממוצע ההשתכרות החודשי של עובד בתחום הרשות הפלסטינית הוא סכום של 1,500 ₪ לחודש. לטענת ב"כ הנתבעים סכום הפיצוי הכולל המגיע לתובע [מבלי לפגוע בטענתה העיקרית שהמדינה אינה אחראית בנזיקין ולכן לא חלה עליה חבות לשלם פיצוי עבור התובע בשל פגיעתו] עומד על סך 112,700 ₪, נכון למועד הגשת סיכומיה, 9.12.03.

לאחר ששקלתי את טענות ב"כ הצדדים, ובהעדר ראיה ברורה שתהווה הבסיס לקביעת הפיצוי לתובע מצד אחד, ומאחר ולתובע נגרמו נזקים בגין וכתוצאה מהפגיעה, מצד שני, החלטתי לפסוק לתובע פיצוי בסכום גלובלי.

אני מחייב את הנתבעים, ביחד ולחוד, לשלם לתובע באמצעות בא כוחו סכום של 400,000 ₪ להיום, ובנוסף שכ"ט עו"ד בשיעור של 17.5% בצירוף מע"מ כחוק. כמו כן אני מחייב את הנתבעים לשלם לתובע את האגרה בהתאם לתקנה 6 לתקנות בית המשפט [אגרות] התשמ"ח-1987, וכן הוצאות המשפט בצירוף רבית והצמדה כחוק, מיום הוצאתן עד התשלום המלא בפועל.

ניתן היום ב' בכסלו, תשס"ז (23 בנובמבר 2006) בהעדר ב"כ הצדדים. המזכירות תמציא להם העתק פסק דין זה בדואר רשום כמקובל.