

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1864/09

בפני :

כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
 כבוד השופט א' גרוניס
 כבוד השופטת ע' ארבל

המערערים :

1. עזבון המנוח אחמד סכאפי
2. עבד אלמוחסן סכאפי
3. נעימה סכאפי
4. עבד אלרחים סכאפי
5. נפין סכאפי
6. עבדאלרחים סכאפי
7. אנתיסאר סכאפי

נגד

המשיבה :

מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת
 מיום 8.1.09 בת"א 731/07 [פורסם בנבו] שניתן על ידי כב'
 השופט א' אברהם

תאריך הישיבה :

כ"ז בחזון תשע"א (4.11.10)

בשם המערערים :

עו"ד ע' חמאיסי עו"ד דהמאשה

בשם המשיבה :

עו"ד ש' איגר

פסק-דיןהשופטת ע' ארבל:

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת (כב' השופט א' אברהם),
 אשר דחה את תביעתם של המערערים בקובעו כי ירי חיילי צה"ל שכתוצאה ממנו נהרג
 אחמד סכאפי (להלן: המנוח), חוסה תחת פטור המדינה מאחריות בנזיקין בגין פעולה
 מלחמתית.

רקע

1. ביום 3.7.07, ירו חיילי צה"ל במנוח, נער בן 15 תושב חברון. הירי התרחש בעת שהחיילים ביצעו מארב צלפים בעיר. מארב זה תוכנן בעקבות מידע מודיעיני, ועל פיו הונחו החיילים לירות בכל נושא נשק מסוג M-16 או קלשניקוב. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, המנוח וצעיר נוסף נצפו ממרחק 170 מטרים מהבית בו ישב הכוח, כאשר המנוח אחז בדמוי-נשק מסוג M-16, אשר זהה, ודאי מן המרחק בו עמדו חיילי צה"ל, לנשק אמיתי מסוג זה. המנוח שנחזה על-ידי הכוח כבן 20-19, כיוון את הנשק לעבר הבית בו נמצאו החיילים והתנהג באופן מחשיד (בכלל זה הלך בשפיפה וביצע "מעבר לכריעה"). בעקבות זאת, הורה מפקד הכוח לפתוח באש לעבר המנוח על מנת להורגו. כתוצאה מהירי נהרג המנוח ואילו הצעיר השני ברח מן המקום. כאשר הגיע הכוח למקום הימצאו של המנוח, נוכחו החיילים לדעת כי הנשק שהיה בידו לא היה נשק אמיתי.

פסק-דינו של בית המשפט המחוזי

2. בית המשפט המחוזי (כב' השופט א' אברהם) ביסס את קביעותיו העובדתיות על העדויות שנשמעו בפניו ועל יומני המבצעים, ומצא כי על אף קיומן של אי התאמות מסויימות בין עדויות החיילים ובינן לבין היומנים – עדויות החיילים מהימנות עליו, שכן אי התאמות אלו אינן מהותיות וניתן להסבירן בחלוף הזמן מעת האירוע. זאת, לעומת גרסתם של עדי המערערים, שרק אחד טען שראה את האירוע, ונמצא על-ידי בית המשפט כלא מהימן. כן דחה בית המשפט את הטענה כי הכוח הפר את הוראות הפתיחה באש. נקבע כי החיילים פעלו בהתאם להוראות הספציפיות שניתנו לביצוע מארב זה, לפיהן אף לולא חש הכוח כי הוא מצוי בסכנה – היה עליו לירות באנשי טרור חמושי M-16 או קלשניקוב. כן דחה בית המשפט המחוזי את הטענה כי מותו של המנוח נגרם כתוצאה מכך שהחיילים מנעו מצוות רפואי להגיע למקום האירוע.

בהתאם לקביעות עובדתיות אלה ובהתייחס למציאות הביטחונית שתיאר, מצא בית המשפט כי האירוע חוסה תחת הגדרתה של "פעולה מלחמתית" בחוק הנזיקין [האזרחיים](#) (אחריות המדינה), תשי"ב-1952 (להלן: החוק או חוק אחריות המדינה). על כן, קבע בית המשפט כי המדינה נהנית מהגנת סעיף 5 לחוק, הפוטר אותה מאחריות בנזיקין. בית המשפט הבהיר כי אף לו היה מקבל את טענת המערערים לפיה התנהלותו של המנוח עם הנשק המדומה היתה תמימה לחלוטין, היה מגיע לאותה המסקנה. זאת,

בהתחשב בהנחיות שקיבלו החיילים ובנסיבות בהן מספר שעות לפני האירוע זיהו מחבל נושא נשק אשר חמק מהם. נוכח מסקנה זו, לא מצא בית המשפט כי יש טעם להידרש ליתר טענות המערערים בדבר רשלנות המדינה.

טענות הצדדים

3. המערערים, בני משפחתו של המנוח, טוענים כי בית המשפט המחוזי שגה בקביעותו העובדתית וכי המנוח לא היה חמוש, אלא הסתובב לתומו בשכונת מגוריו. לטענתם, בית המשפט התעלם מסתירות בין עדויות החיילים ובינן לבין יומני המבצעים, בין היתר בנוגע לתאריכים ושעות שנרשמו ביומנים ובנוגע לשאלה האם נצפו שני חמושים או רק אחד. בשאלה זו, כך נטען, יש כדי ללמד על מהימנות העדויות. לצד זאת, טוענים המערערים כי בית המשפט הסיק מסקנות מוטעות בדבר עדויות ההגנה. במישור המשפטי נטען כי שגה בית המשפט בסווגו את האירוע כפעולה מלחמתית, שכן לא נשקף כל סיכון לחיילים. כן חוזרים המערערים על טענתם בנוגע לאי-עמידת הכוח בהוראות פתיחה באש ועיכוב הצוות הרפואי, המלמדות על התרשלותם.

4. המדינה טוענת מנגד כי עיקר טענות המערערים מכוונות כלפי קביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית. קביעות אלה מבוססות על הערכת מהימנות העדים שנשמעו בפניה ואין מקום להתערב בהן. אף לגופו של ענין נטען כי אותן אי התאמות אליהן מפנים המערערים אינן מהותיות וכי יש לזקוף לחובתם של המערערים את בחירתם שלא להעיד את הצעיר הנוסף שהיה עם המנוח. באשר לשאלת תחולת הפטור מאחריות בנזיקין נטען כי האירוע התקיים על רקע מצב מלחמתי ובמהלך מארב שכוון כלפי חמושים ועל כן עונה לקריטריונים של "פעולה מלחמתית", אף אם בדיעבד התברר כי המנוח לא היה חמוש בנשק אמיתי ולא נשקפה לחיילים סכנה ממשית. המדינה טוענת עוד כי פעולת הכוח לא עולה כדי רשלנות שכן החיילים פעלו בהתאם להנחיות הפתיחה באש הספציפיות לאירוע וסברו שנשקפת להם סכנת חיים. לבסוף נטען כי ניתן היה לקבוע כי קמה לכוח הגנה של הגנה עצמית וכי למנוח אשם תורם של 100%.

דיון והכרעה

5. בטרם אפנה לשאלה המשפטית שבמוקד הדיון, אציין כי לא מצאתי שהמקרה שלפנינו נכנס בגדרי אותם מקרים חריגים בהם תתערב ערכאת הערעור בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית (יואל זוסמן סדר הדין האזרחי 857 (מהדורה שביעית, 1995); [ע"א 323/89 קוהרי נ' משרד הבריאות, פ"ד מה \(2\) 142, 168 \(1991\)](#)). איני סבורה כי עלה בידי המערערים להצביע על פגם היורד לשורשו של ענין או על טעם אחר המצדיק התערבות בממצאיו של בית המשפט המחוזי, אשר הושתתו על הערכת מהימנות העדויות שנשמעו בפניו ([ע"א 8155/00 טיפוגרף נ' קרברסקי, פ"ד נו \(5\) 563, 568-569 \(2002\)](#); [ע"א 8589/06 שפיגל נ' איינס פסקה 37 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר \(פורסם בנבו\), \(14.5.08\)](#)). משכך, התשתית העובדתית לבחינת טענותיהם המשפטיות של המערערים היא זו שנקבעה בפסק-הדין. כך הדבר בנוגע לאופי התנהגותו של המנוח בטרם נורה ולשאלה האם היה חמוש, וכך גם באשר לאירועים החריגים הנוספים שאירעו לפני האירוע ועליהם הסתמך בית המשפט בהתייחסו למציאות הביטחונית. אף הטענה בדבר עיכוב הצוות הרפואי נדחתה על-ידי בית המשפט ועל כן, למעשה מתמקדת המסכת העובדתית שעל יסודה יש לבחון את המחלוקת המשפטית באירוע הירי עצמו.

6. אפנה אם כן לשאלה המשפטית שבמוקד הערעור, הנעוצה בפרשנות המונח "פעולה מלחמתית" בחוק אחריות המדינה. לפי סעיף 5 לחוק, אין המדינה אחראית בנזיקין בגין מעשה שנעשה במסגרת פעולה מלחמתית של צבא הגנה לישראל. הפטור המעוגן בסעיף 5 לחוק משקף תפיסה הנהוגה גם בשיטות משפט זרות, לפיה פעולות מלחמתיות יוצרות מעצם טיבן סיכונים מיוחדים שדיני הנזיקין אינם מתאימים לטפל בהם (ראו סקירה בענין זה: אסף [יעקב "חסינות תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מ'פעולה מלחמתית'"](#) משפטים לג(1) 107, 115, 194 (תשס"ג) (להלן: יעקב, חסינות תחת אש); [בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון פסקה 38 לפסק דינו של הנשיא \(בדימוס\) ברק \(פורסם בנבו\), \(12.12.06\)](#) (להלן: ענין עדאלה)). היקפו של הפטור נותר במשך שנים לפרשנות בית המשפט, אשר פיתח על יסוד המקרים השונים שהונחו לפתחו, הגדרה פסיקתית למונח "פעולה מלחמתית", בהדגישו את הצורך לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו (ראו למשל: [ע"א 311/59 מפעל תחנות הטרקטורים נ' חייט, פ"ד יד \(2\) 1609, 1613 \(1960\)](#) (להלן: ענין חייט); [ע"א 623/83 לוי נ' מדינת ישראל פ"ד מ \(1\) 477, 479 \(1986\)](#) (להלן: ענין לוי); [ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל פ"ד נו \(4\) 1, 9 \(2002\)](#) (להלן: הלכת בני עודה); [ע"א 971/03 בגא נ' מלול, פסקה 7 לפסק-הדין \(פורסם בנבו\), \(10.11.05\)](#); לסקירת התפתחות הפסיקה, ראו: ענין עדאלה, פסקאות

1-4 לפסק-דינו של הנשיא (בדימוס) א' ברק). הגדרה פסיקתית זו עמדה לבדה עד אשר הותקן בשנת 2002 תיקון לחוק ובו הגדרה סטטוטורית לתיבה "פעולה מלחמתית":

"פעולה מלחמתית" – לרבות כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף. ([חוק הנזיקים האזרחיים](#) (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב-2002, ס"ח 1862) (להלן: תיקון מס' 4).

ודוקו, ההגדרה הסטטוטורית, על פי לשונה, לא באה להחליף את ההגדרה שגובשה בפסיקה, אלא להוסיף לה ([ע"א 4471/08](#) סעדה נ' מדינת ישראל פסקה 15 לפסק-הדין (פורסם בנבו), 7.11.10) (להלן: ענין סעדה)). הגדרות אלה נועדו להבטיח את הגשמת התכלית שביסוד הפטור של פעולה מלחמתית – היא התאמת הדין למצב מלחמה, אך לצד זאת להבטיח את הבחינה האינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה על מנת שלא להוביל למצב בו תחת חסות הלחימה יבוצעו מעשים "אזרחיים" שאינם ראויים לחסינות זו (יעקב, חסינות תחת אש, בעמ' 124-126; ענין חייט, בעמ' 1613; [רע"א 7484/05](#) The United States of America נ' שוחט פסקה 47 לפסק-הדין (פורסם בנבו), 3.8.10).

למען שלמות התמונה יצוין כי בתיקון מס' 7, אשר נחקק בשנת 2005, נוספו סעיפים נוספים לחוק ([חוק הנזיקים האזרחיים](#) (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005). האחד, סעיף 5ב לחוק שמתייחס לתביעות אויבים ופעילי ארגון מחבלים – אשר לגביו ממילא לא נטען כי הוא רלוונטי לעניינו של המנוח. השני, סעיף 5ג לחוק, שקבע פטור מאחריות המדינה באזורי עימות. סעיף זה בוטל בפסק-דינו של בית משפט זה מן הטעם שנוסחו הגורף אינו עומד במבחן החוקתיות (ענין עדאלה, החל מפסקה 32 לפסק-דינו של הנשיא (בדימוס) א' ברק). באשר לתיקון מס' 4 אשר רלוונטי לעניינו, קבע בית משפט זה שאמנם אין חולק כי יש בו כדי להרחיב את ההגדרה הפסיקתית ([רע"א 3675/09](#) מדינת ישראל נ' דאוד, פסקה 13 לפסק-הדין (פורסם בנבו), 11.8.11); [ע"א 8384/05](#) טאלם נ' מדינת ישראל, פסקה 3 לפסק-הדין (פורסם בנבו), 7.10.08) (להלן: ענין טאלם)). אולם, אין בהרחבה זו כדי לפגום בחוקתיותו של תיקון מס' 4 (ענין עדאלה, פסקה 35 לפסק-הדין; רונן פרי "אקטיביזם שיפוטי בדיני הנזיקין: טקסונומיה של פסקי ברק" 99 ברק-541, 555 (תשס"ט)).

משנפרסה תשתית נורמטיבית זו, אפנה לבחינת השאלה האם נסיבות האירוע הקונקרטי עולות כדי פעולה מלחמתית.

7. נקודת המוצא שהותוותה בפסיקה היא שעל מנת לקבוע האם פעולה מסויימת עולה כדי פעולה מלחמתית "יש לבחון את הפעולה ולא את המלחמה", ואין די בכך שמדובר בפעולה שביצע כוח צה"ל בתקופה ובמקום מועדים לפורענות (ענין חייט, בעמ' 1613; ענין לוי, בעמ' 479). בנוגע לפעולה הקונקרטי של מארב שמבצע כוח צבאי – נקבע כי זוהי אחת מאותן פעולות שנלווה להן אותו סיכון מיוחד לחיילים, ואשר מצדיק את קיומו של הפטור (ע"א 542/75 עטאללה נ' מדינת ישראל פ"מ לא' (2) 552 (1977) (להלן: ענין עטאללה); הלכת בני עודה, בעמ' 8; כן ראו פסיקה של בית המשפט המחוזי שהלכה בעקבות ענין עטאללה: ת"א (כ"ש) 636/87 שמיסה נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון (פורסם בנבו), 7.1.94; ת"א (חיפה) עבד נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון (פורסם בנבו), 30.3.06; והשוו: ת"א (שלום חי') 104/94 מחמוד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), 8.2.97) המאוזכר ביעקב, חסינות תחת אש, ה"ש 173 בעמ' 160). וכך נאמר בענין עטאללה:

"כאן אנן] עוסקים במארב של כוחות צבאיים שתפקידו היה תפקיד פעיל של פגיעה בעת הצורך באוייב שעלול היה להופיע, והתקופה היתה תקופת לחימה מוגברת באוייב לשם הדברת פעילותו העויינת האלימה. מטענותיו של מר גילאון ראויות שתיים לתגובה... הוא אומר שפקודות הקבע אשר חייבו מתן אזהרה לפני פתיחה באש שלא בשעות העוצר נוגדות את הגרסה שפעולת המארב היתה פעולה מלחמתית. אין אנו סוברים כן. לא הוכח שבמקרים מיוחדים אף אנשי מארב התקפי, שיש לו אופי של פעולה מלחמתית, אינם יכולים לקבל פקודה להזהיר תחילה לפני הפתיחה באש, למשל כדי לשבות את אנשי האוייב. יש לזכור גם שפעולות לחימה מסוג המארב הנדון היו חייבות להיעשות גם בשטח בנוי ומאוכלס אזרחים, שבו היו מחבלים מוצאים להם מסתור. על-כן במקומה היא ההוראה המחייבת מתן אזהרה לפני הפתיחה באש, כדי למנוע פגיעות באזרחים עוברי-אורח לתומם. אך הוראה זו, שלמרבה הצער לא נשמרה במקרה דנן, אינה גורעת אפיו המלחמתי של המארב, במה שנוגע למחבל שנגדו כוונה הפעולה." (שם, בעמ' 554).

בענין עטאללה, קבע בית המשפט כי אף שנפגע אדם חף מפשע והגם ששם פעל הכוח בצורה רשלנית, הרי שנוכח אופיה של פעולת המארב והסיכון המיוחד

הטמון בה, אין מקום לבחון אותה במסגרת דיני הנזיקין. זוהי משמעותו של פטור המעניק למדינה חסינות מדיני הנזיקין (יעקב, חסינות תחת אש, בעמ' 158). מבלי לקבוע מסמרות, איני שוללת את האפשרות כי כיום, משפותחה ההלכה וגובשו פרמטרים לבחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה (הלכת בני עודה, בעמ' 9), יתכנו נסיבות קיצוניות בהן אף פעולה של מארב לא תחסה תחת ההגדרה של "פעולה מלחמתית". כפי שיורחב להלן, לא כאלה הן נסיבות המקרה דנן, בהן נוכח התנהגותו המחשידה של המנוח, ובכלל זה כיוון הנשק אל עבר החיילים, נדמה המנוח למחבלים שכנגדם כוון המארב. על כן, סבורני שכוחה של הקביעה בענין עטאללה כי פעולת מארב הינה "פעולה מלחמתית" יפה לענייננו, בו התברר בדיעבד שהמנוח היה חף מפשע וכי הנשק שכיוון לעבר החיילים היה מדומה.

8. אף ניתוח האירוע בהתאם לפרמטרים שנמנו בהלכת בני עודה מוביל לאותה המסקנה. פרמטרים אלה נועדו להבחין בין "פעולה מלחמתית" לבין פעולות שהלחימה אינה מעורבת בהן, כגון פעולות אזרחיות או משטרתיות (הלכת בני עודה, בעמ' 5, 9). הלכת בני עודה התייחסה אמנם לתקופת "האינתיפאדה הראשונה", אולם הפרמטרים שנקבעו בהלכה זו, יושמו גם בנוגע לאירועים שהתרחשו לאחר תקופה זו ואף באזורים אשר היו נתונים לשליטה ביטחונית פלסטינית (ראו למשל: ענין סעדה). על כן, יפים פרמטרים אלה גם לבחינתו של האירוע נשוא ערעור זה שהתרחש בעיר חברון, בתקופה בה כבר היתה נתונה לשליטה ביטחונית פלסטינית.

ראשית, נלמדת המסקנה כי מדובר בפעולה מלחמתית מן הפרמטר של מטרת הפעולה – ירי אל עבר חמושים בנשק מסוג M-16 או קלשניקוב – מטרה שהינה כמובן מלחמתית. כך גם זהות מבצע הפעולה – כוח צבאי מיוחד שיועד לביצוע המארב הקונקרטי. נוסף על פרמטרים אלה, גם הפרמטר של "האיום שקדם לפעולה ונצפה ממנה" מוביל למסקנה זו. איום זה נלמד בראש ובראשונה מהמציאות הביטחונית שתוארה בפסק-דינו של בית המשפט המחוזי, בה חמק מחבל מאותו המארב עוד באותו היום ובמארב קודם שביצע אותו כוח נפגעו שני אנשי חמאס. מציאות זו, במסגרתה ביצעו החיילים את המארב, כאמור לא די בה כדי לקבוע כי מדובר בפעולה מלחמתית. אולם היא מלמדת על האיום והסיכון המיוחד שנשקף לחיילים, בטרם אירוע הירי ואשר נצפה במהלכו – איום שהינו אחת הנסיבות הרלוונטיות להגדרת הפעולה כפעולה מלחמתית. מעבר לכך, נלמד האיום אשר נצפה מהפעולה מהעובדה שהמנוח אחז בידו כלי דמוי-נשק שנראה זהה לנשק אשר לפיו המידע המודיעיני צפוי היה

להיות בידי החמושים כלפיהם כוון המארב. המנוח אף כיוון דמוי-נשק זה לעבר החיילים וביצע תנועות שנראו כתימונים צבאיים – התנהגות המוסיפה לאיום שנצפה על-ידי הכוח. פרמטר נוסף, הכרוך במציאות זו, הוא משך הפעולה. המארב שביצע הכוח החל עוד בשעות הבוקר המוקדמות, כאשר אירוע הירי התקיים בשעות אחר-צהריים ואפשר שיש אף בכך כדי ללמד על הסיכון המיוחד והמתמשך שנשקף לחיילים. אמנם, מקום האירוע, שהינו פרמטר נוסף, הינו שכונת מגורים. אולם המנוח נצפה במטע בשטח פתוח שלצד בתי המגורים (כפי שעולה מעדויות החיילים שלא נסתרו), כאשר הוא נושא דמוי-הנשק ומתנהג באופן שתאם את המידע המודיעיני. לפי מידע זה, הונחו החיילים במארב לירות במי שנושאים נשק מסוג מסויים, במטרה להרגם ולמנוע בכך את הסכנה הנשקפת מהם. בנסיבות אלה, אין במקום האירוע, כמו גם בעוצמת הכוח הצבאי והיקפו, כדי לשנות את המסקנה כי הירי על עבר המנוח במסגרת המארב חוסה תחת ההגדרה של "פעולה מלחמתית".

9. נוכח הקביעה הברורה בדבר אופיה של פעולת המארב, התואמת את ניתוח האירוע בהתאם להלכת בני עודה לפיה מהווה הירי "פעולה מלחמתית", אף לא מתעורר צורך לבחון את האירוע בהתאם להגדרה שהוספה בתיקון מס' 4. הגדרה סטטוטורית זו הינה כאמור הרחבה של ההגדרה שגובשה בפסיקה. עם זאת, מאחר שבית המשפט המחוזי התייחס להגדרה זו ולמעלה מן הצורך – אתייחס אליה בקצרה.

בית המשפט המחוזי ציין כי האירוע מהווה "פעולה לשם מניעת טרור שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף". לא יכול להיות חולק כי המארב הינו "פעולה לשם מניעת טרור". השאלה שמתעוררת נוגעת לדרישת הסיכון. מן הניתוח בפסק-הדין עולה כי די בתחושת סיכון סובייקטיבית על מנת למלא תנאי זה. ניתוח זה עולה בקנה אחד עם פסיקה נוספת שיצאה תחת ידיו של בית המשפט המחוזי (ת"א (י) - [5133/03](#) אלחאיקה נ' מדינת ישראל, פסקה 21 לפסק-הדין (פורסם בנבו), 2.9.08); (ת"א (חי') - [112/98](#) מוחמד נ' המפקד הצבאי, פסקה 10 לפסק-הדין (פורסם בנבו), 26.2.03) ויתכן שניתן אף ליישבו עם הפרשנות המרחיבה המקובלת בשיטות משפט זרות לפטור של "פעולה מלחמתית" (ראו: ענין עדאלה, פסקה 38 לפסק-הדין; יעקב, חסינות תחת אש, בעמ' 115. כן ראו הצעתו של המחבר בעמ' 171 לפיה ראוי לפרש באופן רחב את המונח "פעולה מלחמתית", אך לצד זאת לפתח מנגנון ביטוחי). דומני שניתן אף לראות פרשנות זו כמתיישבת עם הקריטריון של "האיום הנצפה מן הפעולה", שהוזכר בהלכת בני עודה.

מנגד, ניתן לטעון כי היות שממילא נודע מקום לתחושה הסובייקטיבית של מבצע הפעולה במסגרת ההגדרה הפסיקתית, אזי יש להתייחס לסיכון המוזכר בהגדרה הסטטוטורית, כמכוון למובן האובייקטיבי בלבד. גישה זו מתיישבת עם פסק-דינו של השופט ס' ג'ובראן בענין אבו סמרה, שאמנם לא נדרש להגדרה הסטטוטורית לצורך הכרעה, אך ציין כי לא ניתן לקבוע שמדובר בפעולה מלחמתית רק לפי תחושה סובייקטיבית (ע"א 3991/09 מדינת ישראל נ' עזבון המנוחה פאטמה אבו סמרה פסקאות 19-20 לפסק-הדין (פורסם בנבו), 8.11.10).

משלא נדרשת הכרעה בשאלה זו בענייננו, אציין רק כי נוטה אני לדרך אמצע בין הגישות, קרי לבחינה אובייקטיבית בנסיבות הקונקרטיות. כך למשל, קשה לקבל פרשנות לפיה נחיל מבחן אובייקטיבי בלבד לשאלת הסיכון, מקום בו יורה כוח צבאי לעבר מי שמכוון נגדו נשק, אך בדיעבד מתברר כי הנשק היה נטול כדורים. עם זאת, היות שהפרספקטיבה הסובייקטיבית של מבצע הפעולה מקבלת מענה גם בהגדרה בהלכת בני עודה, ניתן להגיע למבחן משולב זה, אף אם יינתן לתיבה "בנסיבות של סיכון לחיים ולגוף" מובן אובייקטיבי צר יותר (לדיון מעמיק יותר בשאלה זו ראו: יעקב, חסינות תחת אש, בעמ' 156 והלאה וההפניות שם).

10. מסקנתי היא, אפוא, כי האירוע נשוא הערעור נכנס בגדרי התיבה "פעולה מלחמתית", אשר לפי סעיף 5 לחוק מקנה חסינות למדינה בנוזיקין. משמעותה של מסקנה זו הינה כי דין הערעור להידחות. על כן, אין מקום להמשיך ולבחון את שאלת הרשלנות (ראו: ענין טאלם; ענין טעדה). מסיבה זו אף בית המשפט המחוזי לא נדרש לה. עם זאת, מוצאת אני לנכון להעיר, שעל פני הדברים, מן הקביעות העובדתיות של בית המשפט המחוזי עולה שלא התגבשה עוולת הרשלנות. העובדה שהמנוח נשא דמוי-נשק והתנהג "באופן צבאי", בכלל זה אף כיוון את דמוי-הנשק אל עבר הכוח, די בה כדי לבסס חשד סביר כי מדובר במפגע אשר מסכן את חיי החיילים. על כן, ירי לעברו – בהתאם להנחיות הספציפיות שניתנו לכוח בדבר פתיחה באש – מהווה אמצעי סביר בנסיבות הענין (ע"א 3889/00 לרנר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 304, 312-313, 320-321 (2002); כן ראו והשוו: ענין אבו סמרה, פסקה 14 לפסק-הדין). יובהר שהנחיות ספציפיות אלה הורו כי יש לפתוח באש אל עבר חשודים הנושאים נשק מן הסוג לו נחזה נשקו המדומה של המנוח.

11. המסקנה כי דין הערעור להידחות, אין משמעה כי קל להשלים עם מצב בו ניטלו חייו של נער בן 15 בלתי חמוש ומשפחתו נותרת לבדה עם הכאב והאובדן מבלי שינתן לה כל סעד. על כן, כבר בדיון שנערך לפנינו הצענו למדינה לשקול מתן פיצוי למערערים, לפני משורת הדין. כפי שעולה מהודעת המדינה לאחר הדיון, ועדה מיוחדת במשרד הביטחון, אשר נועדה לבחון מתן פיצוי לפני משורת הדין במקרים הומניטאריים, בחנה אפשרות זו ומצאה כי בשים לב לתקציבה המוגבל ולאמות המידה לפיהן היא פועלת – אין מקום להעניק למערערים פיצוי כאמור. במצב דברים זה, אין לנו אלא לשוב ולהציע למדינה לשקול אפשרות זו, שיהיה בה אולי כדי להקל במעט על הכאב והאובדן של המערערים.

בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופט א' גרוניס:

אני מסכים.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ארבל.

א' גרוניס 54678313-1864/09

ניתן היום, ח' באלול תשע"א (7.9.11).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)