

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2176/94

בפני: כבוד הנשיא א' ברק
 כבוד המשנה לנשיא ש' לוי (בדימ')
 כבוד השופט ת' אור
 כבוד השופט א' מצא
 כבוד השופט מ' חשין
 כבוד השופטת ד' דורנר
 כבוד השופט י' טירקל
 כבוד השופט י' אנגלרד (בדימ')
 כבוד השופט א' ריבלין

המעוררים: 1. מדינת ישראל
 2. המפקד הצבאי באיו"ש

נ ג ד

המשיב: עצמת מוסא טבנג'יה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 10.1.94 בתיק ע"א 32/93 שניתן על ידי כבוד השופטים: ש' ברנר, י' צמח, ד' חשין

תאריך הישיבה: (1.7.98)

בשם המערערים: עו"ד תליה ששון, עו"ד איל ינון
 בשם המשיב: עו"ד אליהו שרז

פסק-דין

השופט י' אנגלרד (בדימ'):

1. עצמת מוסא טבנג'יה (שיכונה להלן: "התובע"), תושב בית לחם, הגיש בשנת 1990 תביעת נזיקין נגד מדינת ישראל ונגד המפקד הצבאי באיו"ש (להלן: "המדענה"). בתביעה נטען כי ביום 3.12.88 נפגע התובע בעינו במהלך דיכוי, באמצעות ירי, של הפגנה אלימה של בחורי "שבאב" רעולי פנים, אשר יידו אבנים על חיילי צה"ל. התובע טען כי נפגע שעה שעמד בפתח חנות נעליים, הממוקמת בסמטה בה התרחש מרדף של חיילי צה"ל. הוא נפגע בעינו מרסיסים של כדור

שפגע בדלת הברזל של החנות. המדינה הטילה ספק בעצם קרות האירוע ומכל מקום כפרה בחבותה לפיצוי התובע.

2. בית משפט השלום בירושלים, מפי השופטת ח' בן-עמי, קבע כי המדינה אינה אחראית לנזק שנגרם לתובע ודחה את התביעה. התשתית הראייתית שעמדה בפני בית משפט השלום כללה עדויות של התובע ושל שני עדי ראיה שהיו בחנות; מסמכים רפואיים מבתי חולים; רישומים של יומן המבצעים של החטיבה שפעלה בבית לחם; עדות של מפקד נפת בית לחם וחוות דעת רפואית של מומחה מטעם בית המשפט. לגרסת התובע, ביום האירוע הוא שהה במקום עבודתו בחנות נעליים בסמטת בולוס א-סאדס בבית לחם. בסמוך לסמטה התקיימה הפגנה של עשרות בחורי "שבאב", אשר יידו אבנים לעבר חיילי צה"ל. החיילים ניהלו מרדפים אחר מידי האבנים בתוך הסמטה בה נמצאה החנות. התובע שמע יריות בתוך הסמטה ויצא לסגור את דלת החנות. כשעמד בחוץ והסתכל ראה שבאב, יריות וחיילים. כשהתכוון לסגור את דלת החנות פגע כדור בדלת, העשויה ברזל, ורסיסים פגעו בעינו הימנית של התובע. התובע הובהל לבית החולים הממשלתי אל-חסיין בבית ג'אלה ומשם הופנה לבית החולים לעיניים "סנט ג'ון" בירושלים, מקום שבו נותח בעינו.

3. ביומן המבצעים של החטיבה נרשם במועד הרלוונטי דיווח על הפגנה של מקומיים שפוזרה, אך לא נרשם דיווח על יריות של כוחות צה"ל. כן מובא ביומן המבצעים דיווח מהמינהל האזרחי, כדלקמן:

בבית חולים חוסיין בבית לחם נודע כי לפני חצי שעה הגיע מקומי שנפצע בפנים ובעינים מרסיסים של כדור. הנושא הועבר לטיפול בבית חולים סנט ג'ון בירושלים.

מפקד נפת בית לחם העיד בפני בית המשפט כי כל אירוע של ירי מדווח ביומן המבצעים, אך לא התייחס ספציפית לאירוע מושא התביעה. כמו כן, התרשם בית משפט השלום כי מפקד נפת בית לחם, בחקירתו הנגדית, לא היה החלטי כל כך לעניין דיווחים מלאים על ירי. על רקע זה אומר בית המשפט:

אילו הייתי נדרשת להכריע במחלוקת על סמך טענה זו בלבד [הטענה בדבר העדר רישום ביומן המבצעים] הייתי נוטה לדחות אותה. שכן לא זאת שעדותו של התובע לענין הארוע מסתייעת בעדויותיהם של עדים מטעמו ששהו לדבריהם בחנות בעת שנפגע, אלא שגם מעדותו של עד ההגנה שאלתיאל לביא, שהיה במועד הרלוונטי מפקד נפת בית לחם, עולה כי ביומן המבצעים נרשם דיווח על הפגנה של מקומיים שפוזרו, כן נרשם דיווח לענין מקומי שהגיע לבית חולים שנפצע בפנים ובעינים מרסיסים של כדור. [ההדגשות אינן במקור]

נמצא, כי בית המשפט לא השתכנע כי העדר הרישום ביומן המבצעים, כשלעצמו, מוכיח כי לא בוצע ירי של חיילי צה"ל. אך בית המשפט מוסיף ומביא בהקשר זה את המסקנות בחוות הדעת הרפואית של פרופ' מרין, על אף ההסכמה הדיונית בין הצדדים כי לא ייתחסו לחוות הדעת. מסיבה זו אין להתייחס לחוות הדעת בערעור זה.

4. בית המשפט השלום הוסיף וקבע כי אפילו נניח, לטובת התובע, כי לא נפצע מהתפוצצות של מטען שהכיל חומר נפץ, עדיין לא הוכח בדרך כלשהי שהיריה שפגעה בדלת חנותו הייתה יריה שנורתה על-ידי כוחות צה"ל. בהקשר זה ציין בית המשפט כי התובע והעדים מטעמו העידו כי לא ראו ולא יכלו לראות את מקור הפגיעה בתובע ואין זה בלתי סביר כי אפילו נפגע התובע מרסיסי יריה, לא הייתה זו יריה שנורתה על-ידי כוחות צה"ל. כן זקף בית המשפט לחובתו של התובע את העובדה שלא הציג בפני בית המשפט צילום של דלת החנות אשר לטענתו נפגע מרסיסיה. הימנעות התובע מלהציג את דלת החנות, ללא הסבר סביר, הובילה למסקנת בית המשפט, שאילו הוצגה הראיה - היא הייתה פועלת נגד גרסת התובע. לסיכום הדברים בעניין זה אומר בית המשפט:

הנה כי כן לא זאת שאין דיווח ורישומים לענין ירי ולא זאת שלא הוכח כי מדובר בירי של כוחות צה"ל, אלא שגם הוכחה נייטרלית לענין אופן הפגיעה נמנעה מביה"מ.

5. מסקנה נוספת של בית משפט השלום הייתה כי לא הוכחה רשלנות מצד כוחות צה"ל. מדבריהם של עדי התביעה למד בית המשפט על כך שבמקום היו הפגנות של רעולי פנים, מהומות, זריקות אבנים על כוחות צה"ל ויריות הן לפני האירוע הן לאחריו. בנסיבות אלה, כאשר רעולי פנים הפריעו לסדר הציבורי, היה זה מתפקידו של המושל הצבאי, באמצעות צה"ל, לפעול להשלטת הסדר והבטחון. לכן, אף בהנחה מרחיקת לכת שהתובע נפגע מיריות של כוחות צה"ל, היריות נורו לשם החזרת הסדר והבטחון על כנו. בנסיבות העניין "כוחות צה"ל לא היו צריכים לצפות כי מאן דהוא יצא מפתח חנותו ולו כדי לסגור את הדלת, כטענתו, ומכל מקום היה על התובע לצפות כי היציאה מן החנות כרוכה בסיכון". טענת התובע כי יש להפעיל במקרה הנדון את הכלל "הדבר מעיד על עצמו" הקבוע בסעיף 41 לפקודת הנזיקין נדחתה, כיוון שהתובע לא הוכיח כי הירייה שנורתה ושגרמה לפציעתו מתיישבת יותר עם אי נקיטת זהירות סבירה מצד היורה מאשר עם נקיטת זהירות כזאת.

6. לבסוף קבע בית משפט השלום כי המקרה הנדון נכנס לגדר סעיף 5 לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, כלומר כי המדובר ב"פעולה מלחמתית" לגביה פטורה המדינה מאחריות בנזיקין. בהקשר זה מציין בית המשפט כי ---"הייתה זו פעילות לחימה שנכפתה על כוחות צה"ל שנועדה להשיב הסדר והבטחון על כנו". לשיטתו של בית המשפט, יש לראות בהתערבות הצבא בעקבות מהומות והפרות סדר כ"פעולה מלחמתית" לענין סעיף 5 לחוק, וזאת בהתאם להלכות שנפסקו בפרשת ע"א 311/59 מפעל תחנות הטרקטורים בע"מ נ' חייט ואח', פ"ד יד 1609 וע"א 628/83 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (1) 477.

7. ערעורו של התובע לבית המשפט המחוזי התקבל ונפסק כי המדינה אחראית בנזיקין. בית המשפט המחוזי קבע כי בית משפט השלום טעה הן בקביעת המימצאים העובדתיים, הן בהסקת המסקנות המשפטיות. לטעמו של בית המשפט המחוזי, הקביעה כי לא הוכח שהתבצע ירי של חיילי צה"ל סותרת קביעות אחרות של בית משפט השלום, שנוגעות לרישום ביומן המבצעים ולעדויות של מפקד נפת בית לחם. בית המשפט המחוזי שב ובחן את מכלול העדויות והראיות האחרות שהוצגו בפני בית משפט השלום. בתום סקירה נרחבת של עדויות התובע ועדי התביעה האחרים, אומר בית המשפט את הדברים הבאים:

בית משפט [השלום] לא פסל עדויות אלה ולא קבע שאינן מהימנות. נהפוך הוא: הוא דוחה את טענת המדינה שלא היו יריות במקום, זאת על יסוד עדות [התובע] כשהיא מסתייעת בעדויות עדיו.

כן עמד בית המשפט המחוזי על חולשותיה של העדות של שאלתיאל, מפקד נפת בית לחם, ובעיקר על העובדה שלא ניתן הסבר לכך שביומן המבצעים לא נרשמה ההודעה מבית החולים אל חוסיין בנוגע לתובע. בניתוח התשתית הראייתית הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה כי היה ירי של חיילי צה"ל במהלך המרדף בסמטה. וכך אומר בית המשפט:

ג. על כן עומדות אלה כנגד אלה עדויות [התובע] ועדיו שבית המשפט קמא מקבל אותן, ואף מוצא להן סיוע, נגד עדות העד שאלתיאל שהופיע מטעם המדינה. בית המשפט דחה את עדות שאלתיאל כעדות לא בטוחה הן לענין הטענה שבאותו יום לא היה ירי, והן לענין הטענה שבכל מקרה של ירי מדווחים לרשויות צה"ל. לכאורה עומדות כאן עדויות בטוחות בעיני בית המשפט נגד עדות מפוקפקת.

ד. בנסיבות אלה יש לבכר את מסקנתו הראשונה והמנומקת של בית המשפט [השלום], (כשעדויות אלה ראייה הן על קיום אירוע הירי), על קביעתו האחרונה (שאירוע כזה לא הוכח).

המסקנה ההכרחית וההגיונית ממצאי בית המשפט קמא היא כי אכן ירו חיילי צה"ל בסימטה יריות לעבר בחורי ה"שבאב" הבורחים שידו אבנים לעבר החיילים, במהלך המרדף החוזר ונשנה בסימטה. [ההדגשות אינן במקור]

8. האמון בעדויות התביעה הביא את בית המשפט המחוזי לקביעה עובדתית נוספת, והיא כי הוכח שהתובע נפגע בעינו מרסיס של כדור שנורה לעבר הדלת בשעה שהתובע יצא כדי לסוגרה. בית המשפט המחוזי דחה מכל וכל את מסקנתו המנוגדת של בית משפט השלום בעניין זה, אשר התבססה כאמור על חוות הדעת הרפואית ועל אי הצגת דלת החנות כראיה במשפט. באשר לחוות דעת, מוסכם על הכל כי יש להתעלם ממנה בקביעת החבות, ואילו עניין הדלת לא הועלה בדיון ולא ניתנה לתובע הזדמנות להציג את הדלת בטרם תוקנה. לשיטתו של בית המשפט המחוזי, הקביעה, כי התובע נפגע בעינו מרסיס של כדור שנורה לעבר הדלת, הוכחה גם בשורה של ראיות אובייקטיביות מהימנות: ראשית, ברישום בספר המרפאה של בית חולים "אל חוסיין" מיום האירוע מתואר המקרה של התובע כ-"gun shot". שנית, למחרת - ביום 4.12.88 - שלח מנהל בית החולים לממונים עליו "הודעה על פגיעה בידי הצבא" בה נאמר כי ביום 3.12.88 בסביבות השעה 13:00 הובא התובע לבית החולים עקב פגיעה בפניו ובעיניו שנגרמה מרסיסי כדור. העתקים מההודעה נשלחו לראש המינהל האזרחי בבית לחם ולקצין הבריאות בבית אל. שלישית, באישור מבית החולים "סנט ג'ון" מיום 13.2.89 נכתב:

The above was admitted on 3.12.1988 to this hospital after being hit with a bullet. An operation was performed on 3.12.1988 to remove foreign bodies from the face and right vitreous cavity.

ראיות תומכות נוספות הן רישום אירוע ההתפרעות ביומני החטיבה והעובדה כי לא הובאה שום ראיה לירות בסמטה מלבד יריות חיילי צה"ל, והמדובר בתקופה הראשונה של האינתיפאדה בה הצטמצמו מעשי המתפרעים ליידוי אבנים. ולבסוף, לא הועלתה שום אפשרות סבירה אחרת לפגיעה בעינו של התובע מרסיס. על רקע ממצאים אלה, מסכם בית המשפט ואומר:

סיכומו של דבר, הוכח, במידת ההוכחה הדרושה במשפט אזרחי, כי [התובע] נפגע בעינו מרסיס כדור שנורה בידי חיילי צה"ל במהלך מרדף בסמטה הנידונה, אחרי רעולי פנים, שיידו אבנים לעבר החיילים. זאת בשעה שבמהלך ההפגנה והיריות יצא [התובע] כדי לסגור את דלת החנות שבה עבד.

9. באשר לשאלת האחריות, בית המשפט קבע כי למדינה חובת זהירות כלפי האוכלוסייה שאינה מעורבת בהתפרעות, ואשר חיה בסימטאות בהן נערך המרדף אחרי מתפרעים. החיילים היו צריכים היו לצפות כי שימוש רשלני בנשק או שימוש בניגוד להוראות יגרום נזק. כן היה עליהם לצפות שבעלי החניות יסגרו את דלתותיהם כדי לא להיפגע. בית המשפט החיל בנסיבות המקרה הנדון את הכלל "הדבר מעיד על עצמו" והעביר לכתפי המדינה את נטל ההוכחה בדבר אי התרשלותם של החיילים. לשיטתו של בית המשפט, התקיימו התנאים להעברת נטל ההוכחה: לתובע אין ידיעה בדבר הנסיבות שגרמו לנזק ומאזן ההסתברות נוטה יותר למסקנה כי הנזק אירע בשל כך שהנתבעים לא נקטו זהירות סבירה, שכן התובע לא השתתף במהומות, לא עמד עם רעולי הפנים או בקרבם ולא יידה אבנים. הגעת כדור לדלת חנותו היא ראיה לכך שלא ננקטו אמצעי זהירות סבירים.

10. לבסוף, בית המשפט המחוזי חלק גם על קביעתו של בית משפט השלום כי המדובר ב"פעולה מלחמית של צה"ל". בית המשפט ראה את פעולת החיילים, במרדף אחרי רעולי פנים במטרה לעוצרם, כפעולה משטרתית. נפסק, כי יש לתת פרשנות מצמצמת להוראה המקימה למדינה חסינות מפני אחריות בנזיקין. התוצאה הייתה, כי נקבע שהמדינה אחראית בנזיקין כלפי התובע והתיק הוחזר לבית משפט השלום, לדיון בשאלת האשם התורם וגובה הנזק.

11. על פסק הדין הגישה המדינה בקשת רשות ערעור לבית משפט זה. משניתנה לה רשות, הוגש הערעור שלפנינו. בערעור מעלה המדינה שורה ארוכה של טענות, המופנות כנגד כל אחת מקביעותיו של בית המשפט המחוזי. כן נטען כי לא היה מקום להתערבותו של בית המשפט המחוזי במימצאיו העובדתיים של בית משפט השלום.

12. לאחר שעיינתי בנימוקים שהביאו את בית המשפט המחוזי למסקנה כי ניתן להטיל אחריות על המדינה במסגרת עוולת הרשלנות על הפגיעה שנפגע התובע, הגעתי למסקנה כי אין להתערב בפסק דינו. בית המשפט המחוזי ציין כי היו בפני בית משפט השלום ראיות שהפגיעה נגרמה כתוצאה מירי של חיילי צה"ל. ואמנם, עדותו של התובע הייתה כי נפגע על ידי ריקושט של כדור שפגע בדלת החנות. כן העידו עדים נוספים כי שמעו יריות. בנוסף לכך, צוין בדו"ח של בית החולים, בסמוך ליום האירוע, כי התובע נפגע על ידי כדור ובתעודה מאוחרת יותר נכתב כי התובע נותח והוצאו מפניו גופים זרים. רשאי היה בית המשפט המחוזי להסיק מראיות אלה כי

התובע נפגע מיריית כדור של חיילי צה"ל. אכן, מלבד העדר דיווח ביומן המבצעים – שהיא ראייה שלילית - לא הושמעה ראייה חיובית כלשהי בדבר יריות מצד גורם אחר. לאור מסקנה זו, לפיה אכן נפגע התובע מירי של חיילי צה"ל, מתעוררת השאלה – לצורך הטלת אחריות בעוולת הרשלנות – אם הירי בוצע תוך כדי התרשלות, אם לאו. אמת, נטל ההוכחה מוטל בנדון – כרגיל – על התובע. אולם, התובע אינו יכול להסביר או להצביע על נסיבות הירי, שכן לגרסתו אין הוא יודע כיצד ומדוע בוצע הירי. המדינה, מאידך גיסא, לא הביאה שום ראייה כי בנסיבות העניין היה צורך בשימוש בנשק חם מצד החיילים. בנסיבות מיוחדות אלה, בהן בית המשפט השתכנע שנורו יריות על-ידי חיילי צה"ל, מבלי שהועלתה, כאמור, טענה כלשהי בדבר הצורך להשתמש בנשק, מסתבר יותר שהייתה רשלנות כלשהי מצד מי מבין החיילים שירה את היריה שפגעה בתובע. כך, שכן פגיעה מנשק חם בעובר אורח במהלך פעילות צה"ל מבלי שמובא הסבר כלשהו לשימוש בנשק, מתיישבת יותר עם מעשה התרשלות בירי מאשר עם אי התרשלות. במובן זה, נטל הבאת הראיות עובר לכתפי המדינה, ומשלא עמדה בו, יש להטיל עליה אחריות ברשלנות. יצוין, כי גם לו היה מובא הסבר כלשהו לשימוש בנשק, לא היה בכך כדי להותיר בהכרח את הנטל על נושאו המקורי, הוא התובע; שאלת העברת הנטל צריכה להיבחן בכל מקרה על-פי נסיבותיו. בנסיבות המקרה שבפנינו, כאמור, מתקיימים התנאים לשם העברת הנטל לכתפי המדינה.

13. יצוין, כי מאחר שהמדינה לא הביאה שום ראייה לכך שהחיילים היו נתונים בסיכון מיוחד, הנחתו של בית המשפט המחוזי כי המדובר בפעולה משטרתית, להבדיל מפעולה מלחמתית, נראית מבוססת כהלכה. השווה ע"א 6051/92, 5694 ג'מאל קאסם בני עודה ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1. מכאן כי צדק בית המשפט המחוזי במסקנתו שהמדינה אחראית לפגיעה בתובע וכי התיק יוחזר לבית משפט השלום לדיון בשאלת האשם העצמי ובשאלת גובה הפיצויים.

אי לכך, הערעור נדחה.

שופט (בדימ')

הנשיא א' ברק:

אני מסכים.

הנשיא

המשנה לנשיא ש' לוי (בדימ'):

אני מסכים.

המשנה לנשיא (בדימ')

השופט ת' אור:

אני מסכים.

שופט

השופט א' מצא:

אני מסכים.

שופט

השופט מ' חשין:

אני מסכים.

שופט

השופטת ד' דורנר :

אני מסכימה.

שופטת

השופט י' טירקל :

אני מסכים.

שופט

השופט א' ריבלין :

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט אנגלרד.

ניתן היום, כ"ט בניסן תשס"ג (1.5.2003).

שופט	שופט	שופט	המשנה לנשיא	הנשיא
	שופט	שופט	שופט	שופטת

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 94021760_Q06.doc /שב
מרכז מידע, טל' 02-6750444 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח