

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4969/01

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

המערערים: 1. עזיבון המנוח איאד עבד אלפתאח
 2. מוסא עבד אלבאסט
 3. עובידה עבד אלפתאח
 4. סוהיר עבד אלפתאח
 5. שירין עבד אלפתאח
 6. נסרין עבד אלפתאח
 7. וודאד עבד אלפתאח
 8. הייתם עבד אלפתאח

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

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

בשם המערער: עו"ד עמוס גבעון

בשם המשיבה: עו"ד דקלה פלומנבאום-אמסלם

פסק-דיןהשופט א' ריבלין:

רקע

1. המנוח איאד אל פתאח (להלן: המנוח) נפטר ביום 11.9.1993. לטענת המערערים, עזבונו ובני משפחתו, הוא נהרג מכדור שנורה על-ידי חיילי צה"ל. המערערים הגישו

תביעה נזיקית כנגד מדינת ישראל. לפי גרסתם, ביום המקרה נסע המנוח ברכבו של אביו לרמאללה, לצורך בדיקה שנתית של הרכב, ובדרכו חזרה ביקש לבקר את דודו (להלן: הודד). הוא הגיע לחנותו של הדוד, ואז – בפתח החנות – נפגע בראשו מקליע שנורה על-ידי כוחות הביטחון. הוא נפטר מפצעיו.

בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופט י' עדיאל) דחה את התביעה. בפתח דבריו ציין בית המשפט כי חומר הראיות בתיק הוא דל ביותר. מטעם התביעה הובא עד אחד – הוא הדוד. זה האחרון סיפר כי הוא שב לחנותו לאחר ששהה בחנות אחרת הנמצאת בקרבת מקום, ופגש במנוח. הם שוחחו ביניהם ואז, כלשונו, "אמרתי לו בוא ניכנס לחנות כי היה ירי ברחוב... לאחר מכן צעדתי צעד אחד וברקע היו הרבה יריות... כאשר צעדתי הוא הסתובב, פתאום הוא קיבל כדור בראש ונפל על האדמה". בהמשך סיפר הדוד כי "כשאמרתי לו שלום וצעדתי צעד אחד, באנו להיכנס לחנות הכדור בא ואני אפילו שמעתי את השריקה שלו, ואני עמדתי, דקה אחת אם הייתי עומד הכדור היה פוגע בי". הדוד סיפר שלאחר הפגיעה הגיע אמבולנס ופינה את המנוח לבית החולים.

גם המדינה הביאה עד אחד – קצין מג"ב בשם איציק (להלן: הקצין). זה לא ידע לספר מה הביא למותו של המנוח, אולם הוא תיאר הפרות סדר קשות שהתחוללו באותו יום ברמאללה. לדבריו, היתה זו "שבת שונה מהרגיל", שבה התקיימו הפגנות בעד ונגד תהליך אוסלו, ובתוך כך היו התכתשויות קשות בין המפגינים מצדו האחד של המתרס לבין המפגינים מן הצד השני, וכן "מלחמה עיקשת נגד כוחות הביטחון" שכללה השלכת ברזלים ואבנים. הקצין תאר שני מקרי-ירי: האחד, ירי חי לעבר רגלו של אדם, בתום נוהל מעצר חשוד שכלל ירי שלושה כדורים באוויר, לאחר שאותו אדם השליך ברזלים, אבנים ובקבוקים ולא שעה להפצרות לחדול מכך; השני, ירי לעבר אדם שאחז בידו בקבוק תבערה דולק. בית המשפט המחוזי ציין כי מעדות הקצין עולה "שאינן קשר בין שני אירועי הירי אותם הזכיר בעדותו לבין הפגיעה במנוח".

2. בית המשפט המחוזי קבע כי לא הוכח שהמנוח נפטר עקב פגיעת קליע בו. לעדות הדוד בעניין זה – כך ציין בית המשפט – לא נלוותה ראייה נוספת כלשהי, "בכלל זה ראיות רפואיות המשמשות בדרך כלל להוכחת סיבת המוות". בית המשפט הטעים כי קיימים אמנם מסמכים המאשרים את סיבת המוות, אולם אלה לא הוגשו באמצעות עד

מזהה. מדובר בשני מסמכים: האחד, העתק של מסמך שכותרתו "הודעת פטירה", עליו מופיעה חתימה הנחזית להיות חתימה של רופא ששמו אינו ברור, המאשר כי ראה את הגופה וכי למיטב ידיעתו הפרטים המצויים בהודעת הפטירה, ובכלל זה סיבת המוות – פגיעה מוחית עקב ירי רובה – נכונים הם. השני, מכתב מיום 23.3.1993, הכתוב על נייר מכתבים של בית החולים הממשלתי רמאללה, ובו מאשר רופא ששמו אינו ברור, כי "הקורבן" הובא ביום 11.9.1993 לבית החולים לאחר שנורה על-ידי חיילים, סבל מדימום קשה ונפטר. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה להגיש מסמכים אלה, בקבעו כי המדובר בהעתיקים, שלא הונחה תשתית עובדתית מספקת המלמדת כי יש לקבלם כראיה מתוקף היותם הודאת בעל-דין. בית המשפט קבע גם כי לא הובאו עדים אחרים שיכולים היו לשפוך אור על סיבת המוות.

עם זאת, הוסיף בית המשפט המחוזי ובחן את המקרה בהנחה שהמנוח אכן נפטר כתוצאה מירי. או אז, כך קבע, הרי שעל-פי רמת ההוכחה הנדרשת במשפט האזרחי, הוכח כי המנוח נפגע מקליע שנורה על-ידי כוחות הביטחון. הצבא, כך נפסק, שהה באזור וירה ירי חי, ומנגד, אין בנמצא עדות כלשהי על מקור ירי אחר. עם זאת, סבר בית המשפט שבנסיבות המקרה לא הוכחה רשלנות מצד כוחות הביטחון בביצוע הירי. חובת זהירות אמנם קיימת – כך פסק – אולם בגדריה יש לאזן בין השמירה על גופם ורכושם של התושבים, לבין השמירה על הסדר ועל שלומם של החיילים עצמם. בענייננו, נמצא כי הכוח פעל בתנאי חירום, במטרה לדכא מהומה של המון אדם המשליך אבנים, ברזלים ובקבוקים. הירי היה מוצדק – גם לדעת בית המשפט המחוזי – ועל כן לא הוכחה הפרת החובה אף לא כלפי עובר אורח תמים.

3. בית המשפט קמא קבע עוד כי לא קמה תחולה, במקרה זה, לחזקות הקבועות בסעיף 38 [לפקודת הנוזקין](#) (דברים מסוכנים) ובסעיף 41 לפקודה (הדבר מעיד על עצמו). כמו-כן קבע, במסגרת החלטות ביניים ושוב במסגרת פסק-הדין עצמו, כי אין להתיר למערערים להגיש כראיה יומן מבצעים ותחקיר מג"ב לגבי אותו יום – מסמכים התומכים, לשיטתם, בתביעתם. אשר ליומן המבצעים, נפסק כי אין להגישו לאחר שכבר נסתיים שלב הבאת הראיות, משאין מסמך זה מתאים להיכלל בגדר ראיינת הזמה. אשר לתחקיר מג"ב – נפסק בתמצית כי לא הוכח שמתקיימת לגבי תחקיר זה ההלכה שנפסקה [בר"ע 423/83](#)

מדינת ישראל נ' עיצובן המנוחה ורד סילוורמן, פ"ד לז (4) 281, בכל הנוגע לקבילותו של דו"ח ועדת חקירה.

מסקנתו של בית המשפט המחוזי היתה, אם כן, כי לא קמה במקרה זה אחריות למדינה. עם זאת, בית המשפט הוסיף ופסק בשאלת גובה הנזק – זאת למקרה שקביעתו בעניין האחריות תתהפך בערעור. ראש הנזק של אבדן תמיכה – כך נקבע – לא הוכח. גם לא נפסק פיצוי בגין כאב וסבל – זאת משום שלא ידוע אם המנוח היה בהכרה לאחר שנפגע – אך בגין קיצור תוחלת חיים קבע בית המשפט פיצוי בסך של 150,000 ש"ח. סכום נוסף, של 5,000 ש"ח, נפסק בגין הוצאות קבורה ולוויה. מסכומים אלה הורה בית המשפט לנכות כספים שנתקבלו לאחר מות המנוח.

4. כנגד פסק-דין זה של בית המשפט המחוזי מופנה הערעור שבפנינו. לטענת המערערים, יש לקבוע כי המנוח נהרג כתוצאה מפגיעת קליע בראשו – קליע שנורה ברשלנות על-ידי כוחות הביטחון. מסקנה זו עולה, לשיטתם, מעדותו של הדוד וכן משורה של מסמכים, ובהם הודעת הפטירה ומכתבו של בית החולים הממשלתי רמאללה בו מפורטת סיבת המוות, שהם בגדר רשומה מוסדית או תעודה ציבורית. המערערים מטעימים כי לא היה באפשרותם לזהות את עורכי המסמכים על-מנת לזמנם לעדות, אולם אין צורך בכך, לשיטתם, שכן מדובר בהודאת בעל-דין. עוד טוענים המערערים, כי ראוי להתיר את הגשתו כראיה של יומן המבצעים, התומך בעמדתם; מתוך היומן ניתן ללמוד, לדעתם, על כך שהמנוח נורה על-ידי כוחות הביטחון, ועוד יש בו כדי להצביע על חוסר מהימנותו של הקצין שהעיד מטעם המדינה (מטעם זה סבורים המערערים כי היומן קביל כראיה בתורת ראיינת הזמה). המערערים מדגישים כי לא היה באפשרותם להביא לעדות את עורך יומן המבצעים, מתוך שהוטל חיסיון על זהותו. המערערים סבורים עוד כי היה על בית המשפט להתיר את הגשת תחקיר מג"ב כראיה, ולהסיק ממנו מסקנות לחובת המדינה בכל הנוגע למותו של המנוח. הם שבים וטוענים כי במקרה זה קמה תחולה להוראות סעיפים 38 ו-41 לפקודת הנוזקין, וכי לפיכך עבר נטל השכנוע אל כתפי המדינה. עדותו של הקצין איציק, כך סבורים המערערים, היתה נגועה בסתירות ותמיהות ולא עלתה בקנה אחד עם המסמכים. לדידם, לא הוכח כי היתה הצדקה לירי חי כלפי המנוח, שנפגע בראשו עת עמד בסמוך לחנות הדוד. ועוד הם סבורים כי הופרו הוראות הפתיחה באש. מסקנת המערערים היא כי על המדינה לשאת באחריות לנזקים שנגרמו. אשר לנזקים, משיגים המערערים על

שיעור הפיצויים שפסק בית המשפט קמא, ובין היתר הם מעלים טענה בדבר זכותם לפיצוי בגין "השנים האבודות" זאת לאור ההלכה שנפסקה בע"א 140/00 עזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי (טרם פורסם)).

המדינה, מצדה, סבורה כי מסקנתו של בית המשפט המחוזי נכונה, והיא אף מוסיפה טעמים נוספים להצדקת מסקנה זו.

דין הערעור להתקבל.

בית המשפט המחוזי בחן, ובצדק, שלוש שאלות עוקבות: הראשונה, מה היתה סיבת הפטירה של המנוח; השנייה, מהו מקור הירי שפגע במנוח; והשלישית, האם היתה התרשלות בביצוע הירי. אף אנו נלך בדרך זו.

סיבת המוות

5. בית המשפט המחוזי קבע כי לא הוכח שהמנוח נפטר כתוצאה מירי. עמדתי שונה. סבורני כי הונח מקבץ של ראיות המוכיחות, במאזן ההסתברויות, כי המנוח נהרג כתוצאה מקליע רובה שפגע בראשו. הראיה הראשונה בהקשר זה היא עדותו של הדוד. בית המשפט המחוזי לא קבע כי עדות זו אינה אמינה. הדוד היה עד הראיה היחיד לאירוע, ומשלא מצאנו בפסק-הדין של בית המשפט המחוזי כל קביעה השוללת את מהימנותו של עד זה, לא ראינו סיבה שלא ליתן משקל לעדותו בכל הנוגע לסיבת המוות. הדוד סיפר בבית המשפט כי פגש במנוח בסמוך לחנות, ואז אמר לו "ניכנס לחנות כי היה ירי ברחוב". הדוד צעד לדבריו צעד אחד, ואז "פתאום הוא [המנוח] קיבל כדור בראש ונפל על האדמה". יצוין, כי הדוד העיד בפירוט על הפרות הסדר שהיו בין מתנגדי תהליך השלום לבין תומכיו – כשבתווך כוחות הביטחון – ובנוסף, הוא העיד בכנות ש"אני לא ראיתי בדיוק איזה חיל ירה בעיעד, הגב שלי היה לכיוון היורים". כל אלה מוסיפים, כמדומה, למהימנותו, שמכל מקום לא נשללה כאמור על-ידי הערכאה הדיונית.

יש לציין כי בטיעוניה לפנינו מעלה המדינה תמיהות שונות באשר לגרסת התביעה, ובכלל זה היא תוהה מדוע דווקא ביום המהומות ביקר המנוח את הדוד, כיצד עלה בידיו להגיע לחנות כאשר הסמטאות חסומות, ומדוע עמדו הדוד והמנוח מחוץ לחנות וניהלו "שיחת-חולין" בעוד המהומות רוחשות בקרבת מקום. כן עומדת המדינה על חוסר התאמה מבחינת לוח הזמנים הנטען על-ידי עדי התביעה: אביו של המנוח העיד שהוא הוזעק לבית החולים בין השעות 12:00 ל- 12:30; ואילו בהתחשב בשעת ביצוע רישוי הרכב במכון הרישוי, ממנו שב על-פי הטענה המנוח, ובזמן הדרוש כדי להגיע מהמכון לאזור המהומות, ניתן לטענת המדינה לסבור כי המנוח נפגע בסביבות השעה 13:30. לא מצאתי בתמיהות נטענות אלה די כדי לשמוט את השטיח מתחת לגרסה לפיה המנוח נפגע בסמוך לחנות הדוד. בית המשפט המחוזי לא ראה ליתן להן משקל – למצער לא במפורש בפסק-דינו. ואכן יש לזכור, כי מדובר באזור שבו התרחשו התנגשויות והפרות סדר לעיתים תכופות ביותר, ואין זה בלתי-סביר שהמנוח יבוא לבקר את דודו חלף כך – כפי שעשה מדי פעם לפי עדותו של הדוד. הדוד העיד גם שבשל המהומה הציע הוא למנוח כי ייכנסו לתוך החנות, אולם כשביקשו לעשות כן – נפגע המנוח. אשר לאפשרות ההגעה לאזור – עדותו של הקצין איציק בעניין חסימת הנתיבים היתה מסויגת ולא חד-משמעית, וגם שאלת המועדים אינה מכרעת – יתכן למשל שהאב לא דייק בכל הנוגע לשעת הגעתו לבית החולים (השוו [ע"א 361/00 ד'אהר נ' סרן יואב, תק-על 12005 \(1\) 1253](#)).

6. עדותו של הדוד לא עמדה לבדה. קיימות שתי עובדות שאינן שנויות במחלוקת: האחת, כי המנוח נפטר באותו יום שבו ארעו המהומות; והשנייה, כי במסגרת המהומות נעשה שימוש בירי חי על-ידי כוחות הביטחון. זאת ועוד, קיימים שני מסמכים מהם עולה כי סיבת המוות היא פגיעת קליע בראש. אמנם, מסמכים אלה אינן נקיים מקושי. אין המדובר במסמכים מקוריים אלא בהעתקים, ועורכי המסמכים לא הובאו לעדות. מאידך גיסא, מדובר, על-פני הדברים, במסמכים שנכתבו על טופס של גוף השייך למדינה-המשיבה: מסמך אחד הוא "הודעת פטירה", שכתובה על טופס של המנהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון, ולפיה סיבת הפטירה היא "Brain gun shot" (השוו [ע"א 344/62 עאישה א' כ' יונס נ' עבד אל-האדי כ' יונס, פ"ד יז\(3\) 1912, 1917](#), לגבי הכרה ב"תעודת רישום פטירת המוות" כתעודה ציבורית המהווה ראיה לכאורה לאמיתות הפרטים הנכללים בה); המסמך השני הוא מכתב של רופא מבית החולים הממשלתי – המנהל האזרחי לאזור יהודה

ושומרון, שבו נאמר (בתרגום לעברית) כי המנוח הובא לחדר המיון בבית החולים ברמאללה ביום 11.9.1993 כתוצאה מקליע שפגע במוחו וגרם לדימום מסיבי ומוות למרות מאמצי ההצלה. דיווח זה – כך נאמר במכתב – ניתן למשפחת המנוח לפי בקשתם, והתאריך הנקוב במכתב הינו כחצי שנה לאחר הפטירה. אומר עוד כי אין להתעלם מטענת המערערים לפיה לאור העובדה שלא ניתן לזהות את שמם של האנשים החתומים על המכתבים, נוצר קושי, מבחינתם, להביא את אלה לעדות. על רקע כל האמור נכון בעיני שלא להתעלם מן המסמכים אלא לייחס להם את המשקל המתאים לאור נסיבות העניין. לכך מצטרפת העובדה שיומן המבצעים – מסמך שעוד נשוב לדון בו – רומז אף הוא לכך שהמנוח נפגע מאש חיילים.

בהתחשב בכל המקובץ, סבור אני כי קיימת תשתית מספקת לביסוס המסקנה לפיה הוכח במידה הנדרשת במשפט האזרחי – מאזן ההסתברויות – שהמנוח נפטר כתוצאה מפגיעת קליע בראשו (ראו והשוו [ע"א 2176/94](#) מדינת ישראל נ' טבנג'ה, תק-על 2003(2) 787). על בסיס מסקנה זו נעבור לשלב הבא בדיוננו.

מקור הירי

7. בית המשפט המחוזי קבע כי אם נפטר המנוח כתוצאה מפגיעת קליע, הרי שהיו אלה כוחות הביטחון שירו את הקליע ממנו נפגע. מסקנה זו ביסס בית המשפט על שניים אלה: ראשית, העובדה שכוחות הביטחון אכן היו נוכחים באזור ועשו שימוש בנשק – ובכלל זה ירי של קליעים חיים. בהקשר זה הטעים בית המשפט כי "העד איציק [הקצין] אמנם העיד שלא ידוע לו, פרט לשני המקרים אשר הזכיר בעדותו, על ירי שבוצע על-ידי החיילים. אולם העדר ידיעה, כשלעצמו, אין בו כדי לשלול את האפשרות שירי כזה אכן בוצע על-ידי כוחות הביטחון". שנית, העובדה כי אין עדות לגבי מקור אחר לירי באותו אזור ובאותו זמן. בית המשפט הדגיש כי הקצין לא הזכיר בעדותו ירי שבוצע על-ידי מאן-דהוא שאינו מקרב כוחות הביטחון, "וחזקה עליו" – כך בית המשפט – "שאם היה ירי כזה, הוא היה יודע על כך".

נימוקים אלה, והמסקנה העולה מהם, מקובלים עלי. השגתה של המדינה בהקשר זה אינה מצדיקה התערבות במסקנתו של בית המשפט קמא. מכאן, שהוכח כי המנוח נפגע ונהרג כתוצאה מירי של כוחות הביטחון. השאלה העומדת לפנינו עתה היא אם היה זה ירי רשלני.

הרשלנות בירי

8. בית המשפט המחוזי סבר כי לא הוכח שהירי מצד כוחות הביטחון היה רשלני. מסקנה זו ביסס בית המשפט קמא על הממצא בדבר מצב החירום שבו היו נתונים כוחות הביטחון. לדעתי, בכך שגה בית המשפט המחוזי.

בע"א 2176/94 מדינת ישראל נ' טבנג'ה, תק-על 2003(2) 787 נדון מקרה דומה לענייננו. שם, נפגע התובע בעינו במהלך דיכוי, באמצעות ירי, של הפגנה אלימה של בחורי "שבאב" רעולי פנים, אשר יידו אבנים על חיילי צה"ל. התובע נפגע שעה שעמד בפתח חנות נעליים, הממוקמת בסמטה בה התרחש מרדף של חיילי צה"ל. רסיסים של כדור שפגע בדלת הברזל של החנות פגעו בעינו. השופט י' אנגלרד קבע לאמור:

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 ראיה 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.

מדברים אלה נראה כי השופט אנגלרד לא נזקק באותו מקרה לכלל "הדבר מעיד על עצמו", שהרי דובר שם בהעברת נטל הבאת הראיות, ובמשפטנו, הדין הוא כי הנטל המועבר לנתבע מכוח הכלל האמור הוא נטל השכנוע (ד"נ 4/69 נוימן נ' כהן, פ"ד כד (2) 229; לביקורת ראו ג' שני, "כלל 'הדבר מעיד על עצמו' בדיני הנזיקין" משפטים לה (1) 81 (תשס"ה); כן ראו ע"א 600/86 עמיר נ' קונפנינו, פ"ד מו (3) 233, 240, שם קובע המשנה לנשיא (אז השופט) ת' אור, בלא שהוא מתבסס על סעיף 41, כי "הלכה היא, שלעתים יש בנסיבות אופן קרות המקרה כדי להצביע על רשלנות לכאורה מצד הנתבע, ובמקרה כזה עובר נטל הראיה אל הנתבע להראות, שעל-אף ההסתברות לכאורה בדבר קיום התרשלות מצדו, לא כן הוא"). גם בענייננו לא ראיתי צורך להיזקק להוראות סעיפים 38 ו-41 לפקודת הנזיקין (על יישום הסעיפים הללו בהקשר של אחריות המדינה בגין אירועי אינתיפאדה ראו ע"א 1071/96 אלעבד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)).

9. בפרשת טבנג'ה לא הציגה המדינה כל הסבר לשימוש בנשק חם. בנסיבות אלה, כך קבע בית המשפט העליון, "פגיעה מנשק חם בעובר אורח במהלך פעילות צה"ל מבלי שמוכח הסבר כלשהו לשימוש בנשק, מתיישבת יותר עם מעשה התרשלות בירי מאשר עם אי התרשלות". בענייננו, קבע בית המשפט קמא כי הירי היה מוצדק לנוכח מצב החירום שבו פעלו כוחות הביטחון. מסקנה זו מוקשה בעיני. לטעמי, המדינה לא הראתה שהירי שהביא למותו של המנוח היה מוצדק, ולכן, לשיטתי, המסקנה אליה הגיע בית המשפט העליון בעניין טבנג'ה יפה גם למקרה שבפנינו. להלן אנמק את עמדת-י.

כאמור, בכל הנוגע לאירועי יום מותו של המנוח העיד מטעם המדינה עד אחד – קצין מג"ב איציק. הקצין (כמו הדוד לפניו) תיאר מאבק שהתפתח בין שני מחנות מפגינים – מחנה אחד בעד תהליך אוסלו ומחנה אחר נגדו. לדברי הקצין היו אלה "הפגנות סוערות" שכללו "התכתשויות קשות" בין שני צידי המתרס, וכוחות הביטחון שניצבו בתוך ספגו אבנים וברזלים, מה שהביא לפגיעה במספר שוטרים ותחושה של "סכנת חיים ממשית" – כלשונו. הקצין הוסיף ואמר כי אדם שאחז בבקבוק תבערה נורה, ועוד סיפר על

ירי לעבר רגלו של מפגין שהשליך ברזלים, אבנים ובקבוקים ומיאן לחדול מכך. כך העיד הקצין. בית המשפט קמא לא אמד במפורש את מהימנותו, אך הגיע לכלל מסקנה כי החיילים אכן פעלו בתנאים של חירום שאף הצדיקו שימוש בנשק. כשלעצמי, מוצא אני קושי מסוים לקבל ככתבם וכלשונם, באופן מלא ובלתי-מסויג, את דבריו של הקצין. יש לזכור, כי הוא מדבר מנקודת מבטו-שלו, וזאת לאחר שאירועי אותו יום הועמדו לחקירה משטרתית ונערך לגביהם תחקיר. זאת ועוד, בניגוד לתיקים אחרים, שבהם ביקשה המדינה להצביע על המצב הקשה שבו פעלו חיילי צה"ל והסתמכה לצורך כך על יומן המבצעים, הרי שבענייננו, לא זו בלבד שהמדינה לא הביאה את היומן, אלא שהיא סירבה בכל תוקף לבקשת המערערים כי זה יוצג כראיה במשפט. בסופו של יום לא התיר בית המשפט המחוזי להציג את יומן המבצעים כראיה, גם לא את תחקיר מג"ב ביחס לאירוע. אולם בנסיבות שנוצרו אין מנוס מלהתייחס בזהירות לעדותו של הקצין, וגם אין מנוס מן המסקנה כי באופן טבעי, המדינה היא שמצופה להציג מסמך כגון יומן מבצעים כשהיא טוענת שהפרות הסדר שעמן התמודדו הכוחות הצדיקו ירי חי. יצוין כי על-פי פרוטוקול הדיון באת-כוח המדינה טענה, בין היתר, שיומן המבצעים אינו קביל משום ש"כל כולו עדות שמיעה, ייתכן עדות שמיעה מיד שניה או שלישית ואך יותר"; וכן טענה ש"בכל מקרה מהיומן עצמו וממה שטוען חברי [בא-כוח המערערים] למה שרשום בו עולה שכותב היומן לא נכח באירועים ואיננו יודע את הפרטים. חברי יכול היה לפנות ולבקש שנחפש מי רשם או רשמו את היומן אך הוא כלל לא פנה ולא ביקש". אלא שבתיקים רבים אחרים הגישה, כאמור, המדינה עצמה את יומני המבצעים וביססה עליהם את הגנתה, וכאשר העלו התובעים טענה בדבר חוסר קבילותם של מסמכים אלה בשל היותם בבחינת עדות שמיעה, ידעה היא להפנות לסעיפים 483 ו-488 [לחוק השיפוט הצבאי](#), תשט"ו-1955 (ראו פרשת אלעבד הנ"ל; [ע"א 8599/02](#) חזימה נ' המפקד הצבאי באזור יו"ש (טרם פורסם)). על כל פנים, בסופו של יום, כך אני סבור, ראוי היה בנסיבות המקרה לאפשר למערערים להגיש את יומן המבצעים – זאת אפילו אם בקשתם בעניין זה צריכה היתה לבוא בשלב מוקדם יותר במשפט ולא במסגרת ראיית הזמה לעדות הקצין. הגשת יומן המבצעים, ואולי גם מסמכים נוספים שהמדינה היא שיצרה אותם והחזיקה בהם, היתה מפחיתה ולו מקצת מן העמימות הראייתית השוררת על המקרה – כפי שהיה במקרים אחרים. יצוין כי אין מחלוקת שביומנים נכתב בין היתר על שימוש בגז וכירי, על אי-קיום נוהל מעצר חשוד, וכן נכלל שם דיווח על הרוג בעל שם הדומה לשמו של המנוח – המחלוקת בעניין זה, שלא לובנה, היא האם מדובר באדם אחר או באי-דיוק גרידא.

10. לאחר שאמרתי כל זאת, נכון אני להניח כי המהומות והפרות הסדר עמן התמודדו כוחות הביטחון ביום האירוע היו חריפות וקשות – גם הדוד העיד ברוח זו וזהו ממצאו של בית המשפט המחוזי. עדיין אין בכך, כמובן, כדי להצדיק מניה וביה ירי חי, או להפוך כל פגיעה מירי חי לתוצאה סבירה של הצורך להשיב את הסדר על כנו (יודגש כי אין טענה, ובית המשפט המחוזי לא פסק, שמדובר כאן בפעילות מלחמתית המקימה הגנה לפי סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952). גם הפגנות קשות ומחאות הגולשות לאלימות אינן מפוזרות ברגיל בדרך של ירי – ירי חי בפרט. הנהלים הפנימיים של הצבא ביחס לביצוע ירי הם מחמירים, כמתחייב, ולענייננו, כך נובע גם מסטנדרט הסבירות שבעוולת הרשלנות. בחנתי היטב את עדותו של הקצין, ולא מצאתי כי הוא עצמו גורס שהיה צורך בירי חי – זאת למעט שני אירועים בודדים, שבהם התעורר איום ממוקד ואשר אין מחלוקת כי לא במסגרתם נורה ונפגע המנוח. אדרבא, הקצין עצמו הסביר שבידי הכוחות היו אמצעים מתונים יותר ובכלל זה מערכות כריזה, גז מדמיע וכדורי גומי; כשנשאל האם נעשה שימוש באמצעים לפיזור הפגנות כגון רימוני-הלם, גז מדמיע וירי רומה, השיב "לא זכור לי" או "אני אישית לא" (במקום אחר סיפר שהיה שימוש בגז מדמיע כאשר כיוון הרוח אפשר זאת), וכשנשאל לגבי ירי חי נוסף של השוטרים שהיו תחת פיקודו, מעבר לשני האירועים הפרטניים שתיאר, השיב "תשאל אותם, אני לא יודע, לא ידוע לי".

11. הכיצד אפוא נורה המנוח בראשו, בסמוך לחנותו של הדוד? לא מצאתי מענה לשאלה זו בעדות הקצין, ועדויות של קצינים או חיילים אחרים לא הובאו (יצוין כי המדינה, בסיכומיה, מטעימה שביום המקרה פעלו באזור מספר צוותים ומפקדים של כוחות הביטחון. נשאלת השאלה מדוע קולם של אלה לא נשמע כעדים מטעם המדינה – שמא יכלו לשפוך אור נוסף על תמונת האירועים). עדות הקצין באשר לחומרת האירועים מנקודת-מבטו שלו עמדה לבדה, וכמוסבר לעיל אף היא אינה נותנת מענה לשאלה האם היה צורך בירי שממנו נפגע אדם תמים; ואילו את התייעוד הכתוב לגבי האירוע, או את ממצאי התחקיר לגביו, לא ראה בית המשפט קמא, לאחר שקיבל את התנגדות המדינה בעניין זה. ודוק: לא תיאור פרטני לגבי נסיבות פציעתו של המנוח אנו מחפשים – את זה לא תמיד ניתן לספק בנסיבות כגון דא – אלא עדות שתיתן הצדקה ולו לעצם הירי שממנו

עלול היה להיפגע עובר אורח (השוו פרשת אלעבד הנ"ל; פרשת חזימה הנ"ל; ומנגד פרשת טבנג'ה הנ"ל). חיפשנו ולא מצאנו.

על יסוד האמור סבורני כי דין הערעור להתקבל, במובן זה שתוטל על המדינה אחריות לפי עוולת הרשלנות למותו של המנוח. לא מצאתי לייחס למנוח אשם תורם. משזו מסקנתי, לא ראיתי צורך להתייחס לשאלת קבילותו כראיה של תחקיר מג"ב, אותו ביקשו המערערים להגיש בטענה כי מסקנותיו עולות בקנה אחד עם האמור בתביעה. אשר לגובה הנזק, בית המשפט המחוזי פסק כאמור, מעבר לצריך, את שיעור הפיצויים בהנחה שתוטל אחריות. קביעותיו של בית המשפט קמא בענין עומדות, אולם ישנו עניין אחד המצריך בירור, והוא, שאלת הפיצוי בגין השנים האבודות. להלכה זו תחולה רטרופקטיבית (ראו [רע"א 8925/04](#) סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל (טרם פורסם)), ויש לפיכך לבדוק את השלכותיה על המקרה דנן. בעניין זה מוחזר הדיון לבית המשפט המחוזי.

הערה לפני סיום: בחירתו של בא-כוח המערערים לכלול בסיכומיו אזכורים מתוך התחקיר אשר בית המשפט המחוזי פסק שאיננו בר-הגשה כראיה, ולצדף מסמכים נוספים שהגשתם נאסרה, הכל עוד בטרם שנתקבל ערעורו על החלטות הערכאה הדיונית בעניין זה, היא בחירה לא ראויה, המשקפת זלזול בקביעות שיפוטיות והתעלמות מהן. בחירה זו ראוי לה כי תובא בחשבון ההוצאות.

הערעור מתקבל אפוא. התיק יוחזר לבית המשפט המחוזי לצורך דיון משלים בשאלת גובה הנזק. בנסיבות האמורות תישא המשיבה בהוצאות הערעור וכן בשכר-טרחת עורך דינם של המערערים בסך 10,000 ש"ח.

המשנה-לנשיאה

השופט א' גרוניס:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינו של המשנה-לנשיאה א' ריבלין.

ניתן היום, י"א בתמוז התשס"ז (27.6.07).

אליעזר ריבלין 54678313-4969/01

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

המשנה-לנשיאה

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 01049690_P15.doc
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)