

בבית המשפט העליון**רע"א 10482/07**

בפני :
 כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
 כבוד השופט ס' גובראן
 כבוד השופט ח' מלצר

המבקשים :
 1. לואא ח'אלד עלאונה
 2. דועאא ח'אלד עלאונה
 3. ח'אלד מוחמד עלאונה
 4. עיזבון המנוחה מהא חסן עלאונה

נ ג ד

המשיבה :
 מדינת ישראל-משרד הבטחון

בקשת רשות ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי
 בנצרת מיום 30.10.07 בע"א 1126/06 [פורסם בנבו] שניתן
 על-ידי כבוד השופטים מ' בן דוד, י' כהן וא' אברהם

תאריך הישיבה :
 ו' בתשרי התש"ע (24.9.09)

בשם המבקשים :
 עו"ד חסן אבו אחמד

בשם המשיבה :
 עו"ד מיכל ברדנשטיין

פסק-דיןהמשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. בערבו של יום 25.8.1992 השתתפו כוחות צה"ל במבצע צבאי אשר תכליתו לכידת מבוקשים שהתבצרו בבית מגורים בשכונה המזרחית בג'נין. חיילי צה"ל הגיעו אל הבית בעקבות מידע מודיעיני, ניסו – ללא הצלחה – לעצור את המבוקשים ללא ירי, עד שבמקום התפתח קרב בין כוחות צה"ל לבין המבוקשים. חילופי האש הכבדים בין הצדדים נמשכו כשמונה שעות והסתיימו רק בבוקרו של יום המחרת. במהלך הקרב

נורה ונהרג מפקדו של הכח – בהיקלעו אל תוך הבית. בשלב מסוים במהלך הלילה התבקשו דיירי הבית לצאת ממנו, ככל הנראה – בעת שהיתה הפוגה קצרה כלשהי בחילופי הירי. מהא חסן עלאונה נהרגה באותו הלילה (להלן: המנוחה), ושתי בנותיה הפעוטות ששהו לידה נפגעו. בעלה של המנוחה, עזבונה ובנותיה (להלן: המבקשים), ביקשו לפסוק כי על המדינה לשאת בנזקיהם וזאת משום שלטענתם המנוחה נהרגה ושתי בנותיה נפגעו מאש כוחות צה"ל בירי רשלני, שנתבצע במהלך ההפוגה. בית משפט השלום (כבוד השופט י' סוהיל) קיבל את עמדתם של המבקשים והטיל אחריות על המדינה. בית המשפט המחוזי בנצרת (כבוד השופטים מ' בן דוד, י' כהן, א' אברהם) קיבל את ערעורה של המדינה ופטר אותה מאחריות, ומכאן בקשת רשות הערעור שלפנינו.

פסק דינו של בית משפט השלום

2. בית משפט השלום פיצל את הדיון ודן תחילה בשאלת האחריות. בפסק-דינו נקבע, כי המנוחה ובנותיה נפגעו כתוצאה מירי כוחות צה"ל; כן נקבע כי הפגיעה אירעה במהלך הפוגה שנועדה לאפשר לאזרחים לצאת מן הבית בו הסתתרו המחבלים. בית משפט השלום נשען במסקנתו על עדותם של עדי תביעה, שהעידו כי צפו בירי. עדים אלה נמצאו מהימנים בעיני בית משפט השלום, ולאור עדותם נקבע כי אין ליתן משקל לכך שהמנוחה נמצאה במותה בתוך הבית דווקא (ולא מחוצה לו). כמו כן נקבע כי אחת המבקשות נפגעה בבטנה, דבר המלמד – כך נפסק – כי מקור הירי היה מאש חיילי צה"ל שהיו מצויים מחוץ לבית. נוסף על כך סבר בית משפט השלום כי הימנעות מבדיקה פתולוגית במקרה זה משמשת ראיה לחובת המדינה, בדומה להלכה שנפסקה בע"א 361/00 ד'אהר נ' סרן יואב, פ"ד נט (4) 310 (2005) (להלן: עניין ד'אהר).

עוד קבע בית משפט השלום כי הירי לכיוון המבקשות בנסיבות העניין היה רשלני, וכי המדינה נושאת באחריות כלפי המבקשות, שכן ההפוגה בלחימה מהווה פעולת שיטור, ולא "פעולה מלחמתית" כמשמעה בסעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 (להלן: חוק הנזיקים האזרחיים). בית משפט השלום סבר כי המבצע החל כפעולת שיטור, הפך במהרה לפעולה מלחמתית, ושב להיות, בעת ההפוגה, פעולת שיטור. בית המשפט אמנם ציין כי "כל העדים, אלה מטעם התביעה ואלה מטעם ההגנה, תיארו מצב של חילופי אש כבדים לאורך זמן, מאז תחילת הכיתור של הבית ועד לאור יום", קרי הלחימה התקיימה למעשה באופן רציף לאורך כל הלילה. אך הודגש כי "מה שהיטה את הכף לזכות התובעים במקרה שלפנינו, לא העובדה

שהיתה הפסקת אש לרגע, אלא העובדה שבמסגרת אותה הפסקת אש נצטוו הדיירים לפנות את הבית... לא מיוזמתם...". משכך מצא בית משפט השלום את המדינה אחראית לנזקיהם של המבקשים. על החלטה זו ערערה המדינה לבית המשפט המחוזי.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי והטענות בערעור

3. בית המשפט המחוזי קיבל את הערעור. בית המשפט בחן את חומר הראיות, ופסק כי לא הוכח במשפט שהמשיבות נפגעו מאש חיילי צה"ל, וכך לא הוכח שפגיעתם אירעה בעת שהתבקשו לצאת מן הבית. שתי טענות אלה, כך נפסק, אינן נתמכות בחומר הראיות. בין היתר קבע בית המשפט כי הטענה שהמנוחה נפגעה בבטנה, "אין לה תימוכין בראיות כלשהן". בעניין זה הדגיש בית המשפט כי לא הוגש דו"ח פתולוגי, ואף לא דו"ח בדיקה בליסטית, שעשויים היו לתמוך בטענה זו. גם אם נפגעה המנוחה בבטנה, כך סבר בית המשפט המחוזי, המסקנה כי הירי בוצע על-ידי חיילי צה"ל אינה "המסקנה היחידה המתחייבת". זאת בין היתר משום שהמבוקשים ירו ממספר מקומות בתוך הבית "תוך שינוי עמדות", ואין לשלול את הטענה כי המנוחה נפגעה בבטנה, ככל שאכן כך הוא הדבר, מירי המבוקשים עצמם. נוסף על כך הודגש שגופתה של המנוחה נמצאה בתום הלחימה בתוך הבית ולא מחוצה לו, וגם מן הטעם הזה סבר בית המשפט כי "אין זה ברור כלל ועיקר, כי המשיבה 4 [המבקשת 4] נהרגה דווקא מירי של חיילי צה"ל. יכול בהחלט [כך], ולפחות באותה הסתברות, כי היא נהרגה מאש המחבלים".

בית המשפט המחוזי המשיך ונדרש לממצאים העולים מעדותם של שני עדי התביעה. נפסק כי מחקירתם הנגדית עולה שהם לא ראו את שהתרחש, קרי לא חזו בפגיעתן של המנוחה ובנותיה. הודגש כי "הם לא ראו, וכנראה לא יכולים היו לראות או לדעת, מיהו שירה במשיבים, אם היו אלה חיילי צה"ל (שירו ירי מכוון ונקודתי לעבר מקורות הירי), או שמא המחבלים (שהתבצרו בבית וירו בלי הבחנה לכל עבר)". בסיכומו של דבר, פסק בית המשפט המחוזי כי לא הוכח שהמבקשות נפגעו מאש חיילי צה"ל, וכמו כן לא הוכח שהפגיעה אירעה במהלך ההפוגה, ודי בכך כדי להוביל לקבלת ערעורה של המדינה. לא מתקבל על הדעת, כך נפסק, שהחיילים הורו ליושבי הבית לצאת בכדי להורגם בעת שיצאו מן הדלת, שכן "על מנת שמסקנה חמורה שכזו תיקבע, צריך היה שתונחנה בפני בית המשפט קמא ראיות מוצקות במיוחד, שכן יש במסקנות אלה כדי לייחס לחיילים פשע מלחמה. לא זו בלבד שתשתית ראיה מסוג שכזה לא היתה בפני בית המשפט, אלא שאף קלושה ממנה לא הובאה במשפט".

ועוד: בית המשפט המחוזי דחה גם את טענת הנזק הראייתי. נקבע כי לא הוכח שקיים נוהל המחייב את המדינה לבצע בדיקה פתולוגית בגופת המנוחה, אפילו אם היתה נפגעת מאש חיילי צה"ל. בית המשפט ציין כי במקרה שלפנינו יכלו המבקשים לבצע בדיקה כזו בעצמם לו חפצו בכך, ומשלא ערכו בדיקה שכזו לא יוכלו לטעון לקיומו של נזק ראייתי. צוין גם כי המבקשים הגישו תביעתם בשיהוי ניכר, ועל כן, ככל שקיים נזק ראייתי – מונח הוא לפתחם של המבקשים דווקא.

4. בית המשפט המחוזי נדרש גם לאבחנה בין "פעולה מלחמתית" לבין "פעולת שיטור". נקבע, על דעת רוב שופטי ההרכב, כי במקרה שלפנינו הלחימה כולה – מן הרגע שבו נשמעה הירייה הראשונה ועד שוך הלחימה בבוקר – מהווה פעולה מלחמתית. קרי, ההפוגה הקצרה בלחימה אינה בגדר פעולת שיטור, שכן מדובר ברצף אירועים אשר לא ניתן לנתקם זה מזה, ובנסיבות העניין ההפרדה ביניהם היא "מלאכותית". וכך בלשונו של בית המשפט המחוזי:

מדובר ברצף אירועים אינטנסיבי ודינמי בו מתנהל קרב קשה, לא מדובר ב"הפסקת אש" בה מתערב גורם שלישי, תוחמים עמדות, "גבולות", כללים, כדי לאפשר למשל פינוי פצועים וכו', כמו שמתרחש בהפסקות אש, מדובר בחילופי ירי כבדים ביותר, במהלך שעות ארוכות ביותר...

ועוד כתב בית המשפט המחוזי:

לא ניתן ואי אפשר להניח גבולות חוצצים במהלך קרב וליתן בו סימנים של פעולת שיטור ובמהלכו כאשר מדובר בדקות ספורות וגם כאן, לא בהליך מסודר של הפסקת ירי... מדובר למעשה אם מביטים על המכלול כולו, בהרף עין, אשר לא יכול להפוך את הפעולה ככזו, גם באותם רגעים ספורים לפעולה משטרית [ההדגשה במקור].

בית המשפט המחוזי ציין כי כדי להכריע באשר לאופי הפעולה יש לבחון את הסיכון הנשקף לכוחות הלוחמים. במקרה זה, כך נפסק, הסיכון לכוחות הפועלים במצב לחימה לא חדל מלהתקיים גם בעת ההפוגה הקצרה, ונמשך גם אם הירי שכך למשך

דקות ספורות. פעולת פינוי האזרחים גם היא חלק "מהליך מבצעי" ואין לראותה כנפרדת מהפעולה כולה. מכל מקום, נקבע כי יש ספק לגבי עצם קיומה של הפסקה בלחימה, שכן "גם בעת שנקראו המחבלים לצאת את הבית – הירי נמשך, ואיננו יודעים מצדו של מי הוא נמשך". על רקע כל זאת נפסק כאמור, שהפעולה כולה מהווה פעולה מלחמתית, ומשכך אין להטיל על המדינה אחריות בנזיקין.

5. השופט מ' בן-דוד, בדעת יחיד, חלק על עמדה זו בכל הנוגע למתן חסינות למדינה במקרה שלפנינו. לעמדתו, "באותו שלב בו קוראים החיילים לאזרחים לצאת את הבית... חדלה לרגע הפעולה המלחמתית...". השופט בן-דוד הטעים כי "אם במהלך שלב כזה ושלא לצורך הגנה עצמית, נורית אש לעבר האזרחים... אין נהנים החיילים מחסיון...". עם זאת, השופט בן-דוד הצטרף לתוצאה שאליה הגיעו שאר חברי ההרכב מן הטעם שלא הוכחה טענת המבקשים במישור העובדתי.

בסיכומו של דבר, כאמור, התקבל ערעור של המדינה, ומכאן בקשת רשות הערעור שלפנינו.

6. המבקשים סוברים כי יש לבחון מחדש את קביעותיו של בית המשפט המחוזי במישור העובדתי. בין היתר, טוענים המבקשים כי העדים מטעמם חזו במתרחש, ומעדותם עולה בבירור כי המבקשים נפגעו מאש חיילי צה"ל ובזמן ההפוגה. עוד טוענים המבקשים כי בעת ההפסקה יש לראות במעשי החיילים פעולות שיטור ולא פעולה מלחמתית – כפי שקבע בית משפט השלום. המשיבה לעומת זאת סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, הן במישור העובדתי הן בשאלת סיווגה של ההפוגה במקרה שלפנינו כפעולה מלחמתית.

7. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים באתי למסקנה כי יש לקבל את בקשת רשות הערעור ולדון בבקשה כאילו הוגש ערעור על פי הרשות שניתנה. דין הערעור לטעמי להידחות, אף כי לא מטעמי בית המשפט המחוזי. לשיטתי אין לאמץ את עמדת בית המשפט המחוזי בכל הנוגע להגדרת ההפוגה – לו אכן הוכרזה כזו. בעניין זה דעתי כדעת היחיד של השופט בן-דוד. כמוהו סבור אני כי התוצאה אליה הגיע בית המשפט נכונה – חרף משגהו העקרוני – וזאת בשל הקושי בתשתית הראייתית.

הפעולה המלחמתית וההפוגה

8. המחלוקת העקרונית כפי שהוצגה בבית המשפט קמא נסבה על השאלה אם מהווה ההפוגה הקצרה בלחימה חלק מ"פעולה מלחמתית" המקנה חסינות ללוחמים מפני אחריות אזרחית, כטענת המדינה, או שמא מדובר ב"פעולה שיטורית", כטענת המבקשים. הוראת סעיף 5 לחוק [הנזיקים האזרחיים](#) מורה כי "אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא-הגנה לישראל". התפיסה העומדת בבסיס הוראתו של סעיף 5 היא שפעולת מלחמה, בניגוד לפעולת שיטור, יוצרת סיכונים מיוחדים המצריכים התייחסות שונה ונפרדת מדיני הנזיקין 'הרגילים'. הכלל הרגיל אינו מתאים במקום שבו הנסיבות הן כה בלתי-רגילות. [חוק הנזיקים האזרחיים](#), בנוסחו המקורי, לא כלל הגדרה לביטוי "פעולה מלחמתית". בשנת 2002 תוקן החוק במטרה להבהיר את המונח, ונקבע כי "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" (ראו: [חוק הנזיקים האזרחיים](#) (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב-2002, ס"ח 1862). אלא שהמקרה שלפנינו אירע בשנת 1992, ולכן הגדרה רחבה זו אינה יכולה לסייע בידנו.

עובר לתיקון מס' 4, ובהיעדרה של הגדרה חקיקתית למונח "פעולה מלחמתית", נדרשה הפסיקה לפרשנותו של הביטוי. בפרשת בני עודה שורטטו ([ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו\(4\) 1 \(2002\)](#)) קווים מנחים לביאור התיבות "פעולה מלחמתית" ולאבחנה בין פעולה מלחמתית לפעולת שיטור. וכך סיכם זאת שם הנשיא ברק:

"... יש לבחון את כל נסיבות האירוע. יש לבדוק את מטרת הפעולה, את מקום האירוע, את משך הפעילות, את זהות הכוח הצבאי הפועל, את האיום שקדם לה ונצפה ממנה, את עוצמת הכוח הצבאי הפועל והיקפו ואת משך האירוע. כל אלה זורקים אור על אופיו של הסיכון המלחמתי המיוחד שהפעולה גרמה" (שם, בעמ' 9).

בית משפט זה נדרש ליישומה של האבחנה האמורה במספר מקרים נוספים שבאו לפניו בשנים האחרונות (ראו: [ע"א 1071/96 עזבון נאצר נ' מדינת ישראל, פ"ד ס\(4\) 337, 350 \(2006\)](#), וההפניות שם; [ע"א 9561/05](#) חטיב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), [4.11.2008], וההפניות שם). אמת, האבחנה בין שני המצבים אליהם נדרשו

הצדדים ונדרשו בתי המשפט דלמטה – פעולה מלחמתית ופעולת שיטור – אינה פשוטה כלל ועיקר, שכן הגבול ביניהם הוא לעתים דק וחמקמק. מדובר לא פעם בסיטואציה מורכבת ורגישה, והאבחנה הנגזרת ממנה גם היא מאופיינת במורכבות דומה. לעתים האבחנה בין השניים היא מלאכותית ואין היא מתחייבת במציאות. מבלי לקבוע מסמרות בדבר, דומה כי אין לשלול את האפשרות שבמקרים מסוימים, יכול ותהא "תפנית בעלילה" שתעביר את המצב מפעולה מלחמתית לפעולת שיטור.

9. אלא שהאבחנה שהציעה הפסיקה בין "פעולה מלחמתית" לבין "פעולת שיטור" (אבחנה שאליה נדרשו הערכאות הראשונות), אינה מסייעת בידינו במקרה זה. המצב שנתקיים לטענת המבקשים, שלפיו היה שלב של "הפוגה" במהלך הלחימה על מנת לאפשר לאזרחים להתרחק מאזור הקרב, אינו בא בגדר הדיכוטומיה שבין "פעולה מלחמתית" לבין "פעולת שיטור". מצב זה שבו מוכרזת לרגע הפסקה בפעילות המלחמתית, על מנת לאפשר לאזרחים שאינם מעורבים בפעולות הלחימה לעזוב בבטחה את אזור הסכנה ולעבור למקום מבטחים, יוצא מגדר "המצב המלחמתי" הפעיל; עם זאת אין הוא נופל בגדר "פעולת שיטור". הוא מחלף מזמן הקרב פרק זמן קצוב ובו פתח של הצלה לבלתי מעורבים. בפרק זמן זה, אפילו הוא מקוים באורח חד צדדי, אין מתקיימת לשום צד חסינות מאחריות מקום בו אזרחים נקראים לצאת מן הבית, ואז הם נורים ברשלנות. מסקנה זו מתבקשת גם לפי אמת מידה הבוחנת את מידת הסיכון שנשקף לכוח. במקום שבו מתקיימת הפסקת אש של ממש, מידת הסיכון הנשקפת לחיילים יורדת – ה'מחוג' על 'מדד הסיכון' משנה את מיקומו, והחובה לנקוט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע פגיעה באזרחים מתחדדת. כך בוודאי מקום שבו מוכרזת הפוגה על דעת היריבים כולם, אולם כך גם במקום שבו צד אחד חף מכל הקפדה על כללים אנושיים; גם אז שומה על הצד האחר הרואה עצמו מודרך על ידי גישה הומניטרית מתבקשת, לעשות את שבידיו כדי להבטיח כי במהלך ההפוגה לא תכוון אש אל פתח ההצלה – תרתי משמע.

מעבר לצורך יצוין, כי עקרון דומה קיבל בעבר ביטוי – בהקשר שונה אמנם – בפסיקתו של בית משפט זה, אשר נדרש לשאלה אם זכאים חברים בארגוני טרור, אשר "ההומניות מהם והלאה", כי ישקלו בעניינם שיקולים הומניטריים. נפסק שיש לכבד את הכללים האנושיים הבסיסיים, וזאת על אף שארגוני המחבלים אינם מכבדים אותם, והודגש כי "שוקלים אנו שיקולים אלה, שכן יקר בעינינו כבודו של כל אדם, גם אם הוא נמנה עם אויבינו" (ראו: [בג"ץ 794/98 עובייד נ' שר הביטחון פ"ד נה\(5\) 769](#),

774 (2001); תפיסה דומה באה לידי ביטוי גם בדנג"ץ 10739/05 שר הבטחון נ' עדאלה המרכז המישפטי לזכויות המיעוט הערבי, פס' 9 (פורסם בנבו), (27.2.2006). כך כאשר מדובר בחברים בארגוני טרור, ומקל וחומר כך בעת שמדובר בבלתי מעורבים (לתפיסה דומה במשפט הבינלאומי ההומניטרי ראו: ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום 177 (2006), הטוענים כי אין הצדקה בהקשר זה לשלול מן הפרט המוגן זכויותיו בגין מעשהו של צד שלישי).

כללו של דבר: במצב של הפוגה כנטען – לא פעולת שיטור בפנינו כי אם פסק זמן בפעולה המלחמתית, פרק זמן שבו מתחדדת האחריות כלפי חפים מפשע וירי רשלני במהלכו אינו נהנה ליהנות מחיסיון. אלא שכאמור הקושי בענייננו, אינו נעוץ, במסקנה הראויה לעניין אופייה של ההפוגה ולעניין חסינות המדינה. הקושי נעוץ בראיות שבאו במשפט. במקרה זה, לא רק שלא הוכח שפגיעתם של המבקשים נגרמה במהלך ההפוגה, אלא גם נותר ספק בנוגע לטיבה ולטבעה של ההפוגה. ומכאן – למחלוקת העובדתית.

המחלוקת העובדתית

10. הצדדים חלוקים בשאלת מקור הירי ומועדו – זו שאלה עובדתית בעיקרה. הכרעתו המפורטת והיסודית של בית המשפט המחוזי בעניין זה נסמכת (בין היתר) על היעדרם של ממצאים בליסטיים או פתולוגיים המצביעים באופן ברור על מקור הירי, וכן על קשיים מהותיים שהתגלו בעדויות מפי העדים מטעם המבקשים. אכן, בית המשפט המחוזי התערב בעניין זה בקביעותיה של הערכאה המבררת, אולם לא מצאתי כי בהכרעתו נפלה טעות המצדיקה התערבות נוספת והפעם של בית משפט זה. בית המשפט המחוזי "צלל למעמקי הראיות", ובדק את החומר בצורה יסודית, ובא לכלל מסקנה, פה אחד, כי במקרה זה לא עלה בידי המבקשים להוכיח, במידה הנדרשת בהליך האזרחי, כי המנוחה ובנותיה נורו על-ידי כוחות צה"ל, וכי הירי לעברן נעשה בזמן ההפוגה. יתר על כן, נותר ספק בדבר טיבה וטבעה של ההפוגה עצמה.

מקובלת עלי גם מסקנתו של בית המשפט המחוזי שדחה את טענתם של המבקשים באשר לנזק הראייתי שנגרם להם. הלכה היא שכאשר המזיק גרם ברשלנותו נזק ראייתי לתובע, קרי פגע ביכולתו להשתמש בראיה שלכאורה היתה יכולה לסייע לו בביסוס תביעתו, קמה הנחה כי הראייה היתה תומכת בגרסתו של התובע, ונטל השכנוע

עובר לכתפי הנתבע. אלא שבית המשפט המחוזי קבע כאמור כי במקרה זה לא יוכלו המבקשים להיבנות מחזקה זו, ולא מצאתי עילה להתערב בהכרעתו. תנאי להפעלתה של החזקה הוא קיומה של חובה המוטלת על שכמו של הנתבע, חובה שהופרה באופן שיש עימו אשם, קרי למצער ברשלנות (ראו: עניין ד'אהר, בעמ' 335, וההפניות שם; [דנ"א 1912/05](#) מדינת ישראל נ' דאהר (פורסם בבנו), 12.4.2005)). במקרה שלפנינו, לא הוכח שבנסיבות המקרה התרשלה המדינה כלל, וגם לא באי ביצוע בדיקה פתולוגית למנוחה, ומשכך אין מקום להחיל את דוקטרינת הנזק הראייתי. יתר על כן, אילו חפצו המבקשים לערוך בדיקה שכזו יכלו לעשות כן מרגע שהועברה המנוחה לרשותם – מספר שעות לאחר תום הלחימה, ומשלא עשו כן ספק לפיכך אם עומדת להם כאן טענה בדבר נחיתות בנגישות לראיות, או טענה בדבר פגיעה ממשית שהסבה להם המשיבה מבחינת היכולת לבסס את תביעתם.

11. בשולי הדברים יצוין, כי סברנו, טרם מתן פסק הדין, כי ראוי שמדינת ישראל תפצה את המבקשים על מות האם ועל הפגיעה בבנותיה, כמעשה חסד ראוי, גם בהנחה, שנתקבלה על דעת בית המשפט המחוזי, כי לא הוכח שהן לא נפגעו מאש חיילי צה"ל. המדובר באשה שנקלעה שלא מרצונה לקרב מר בין קבוצה של מחבלים, מצד אחד, לבין אנשי כוחות הביטחון שביקשו ללכודם, מצד אחר. המנוחה נהרגה בעת שביקשה לגונן על בנותיה הקטינות. זו טרגדיה נוראה, וסברנו כי היה נכון לשקול פיצוי שהיה בו כדי להיטיב את נזקי המשפחה, ובה בעת לבטא רגש אנושי, שכל אדם, גם מי שאינו מעוול, צריך להיות שותף לו. בקשתנו הועברה אל הועדה הפועלת במשרד הביטחון לעניין תשלומים לפנים משורת הדין. הועדה דחתה את הפניה לאחר שמצאה כי "אין מדובר במקרה הומניטארי חריג שבו נגרמה מצוקה כלכלית קשה מאוד עקב מות המנוחה", וכי לא הוכח כי הפגיעות אירעו מירי חיילי צה"ל. נאנו סברנו כי אף שהמחבלים אינם מכבדים כללי התנהגות אנושיים בסיסיים, ואף שלא הוכח כאמור שהמנוחה נפגעה מכוחות צה"ל, טוב היה לו נחלצה מדינת ישראל, ולו ולפנים משורת הדין, וכמחווה אנושית, להקל על מכאובם של חפים מפשע שנפגעו. בכך הייתה מגלה אך גדלות. נראה לנו כי גם היום פתוחה הדרך בפני המדינה להציע פיצוי כאמור. בנתון להערה זו, הערעור נדחה. אין צו להוצאות.

המשנה-לנשיאה

השופט ט' ג'ובראן:

1. מצטרף אני לקביעתו של חברי המשנה לנשיאה א' ריבלין, לפיה יש לראות בהפוגה בלחימה, בה הורו כוחות צה"ל לאזרחים שמצויים היו במבנה לצאת ממנו, כפרק זמן בו אין המדינה נהנית מחסינות מפני קביעת אחריותה בנזיקין בגין מעשי שלוחיה. כפי שציין חברי, בסיטואציה מעין זו, בה יוזמים כוחות הביטחון הפסקה בחילופי האש ומורים לאזרחים חפים מפשע שנלכדו בתווך לצאת ממקום מחבואם, תוך חשיפתם לסכנה מוגברת, מתחדדת חובתם של הכוחות להימנע מפגיעה באזרחים אלו. אוסיף אף כי לא יעלה על הדעת שסיטואציה זו, שכל מהותה הינו ליצור מרווח בפעולה המלחמתית לשם הוצאת חפים מפשע ממקום הלחימה, תקים מחסום בפני תביעתו לצדק של אדם תמים שנפגע במהלכה כתוצאה ממעשה רשלנות. למותר לציין, כי אין להתעלם מהנסיבות הכוללות של המקרה, ומהסיכון האימננטי לשלומם של כל המצויים באזור לחימה אף בשעת הפוגה, וברי שלא כל פגיעה תצמיח עילה לתביעה. אולם מקום בו נקבע כי מדובר בפגיעה רשלנית, דהיינו מעשה החורג מגדרי סטנדרט ההתנהגות הסביר בנסיבות המקרה, אין מקום לשים מחסום בפני פיצוי הנפגע כדין.

2. בדומה, שותף אני לקביעתו של חברי המשנה לנשיאה לפיה צדק בית המשפט המחוזי משבחר להתערב בממצאיו העובדתיים של בית משפט השלום, או ביתר דיוק במסקנות המשפטיות אותן הסיק מן הראיות. אמנם, כפי שציין בית משפט השלום, אל מול שני עדי התביעה, אשר היו עדים לאירוע, לא העמידה המדינה עדות של כל אדם אשר היה עד ראיה ישיר למקרה. עם זאת, אף עדי התביעה הללו מסרו בעדותם כי לא חזו בירי באופן ישיר, אלא רק הסיקו מתוך ההיגיון ומתוך הבנתם את האירוע כי ירי כוחות צה"ל היה זה שפגע במנוחה ובבנותיה. אף שנדמה שהבנתם את האירוע הייתה מהימנה על בית המשפט, הרי שמדובר בעדותם של מי שחוו את האירוע מנקודת מבט חלקית, כאשר שני העדים גם יחד העידו שלא ידעו היכן נמצאו המבוקשים בעת הירי, וקביעתם כי הירי שפגע במנוחה בוצע על ידי כוחות צה"ל הינה בבסיסה השערה בלבד, מסתברת ככל שתהיה.

אף אני איני רואה מקום לקבוע כי בנסיבות העניין הימנעות המדינה מביצוע נתיחה שלאחר המוות למנוחה והימנעות מהעדתם של מי מחיילי הכוח מצדיקה להעביר את נטל ההוכחה לכתפיה. הימנעותה של המדינה מביצוע נתיחה בשעה שגופת המנוחה הייתה ברשותה לא מנעה מהמעוררים מלבצע בדיקה בעצמם. במקביל, יש

להניח כי אף הקטינות שנפגעו באירוע הופנו לטיפול רפואי, אשר אף ממנו ייתכן וניתן היה ללמוד אודות האירוע במידה והיו המערערים מציגים מידע זה בפני בית המשפט. יתרה מכך, מעדותם של עדי התביעה עולה כי שניהם למדו על הפגיעה במנוחה מקריאותיהן של נשים אשר היו עמה בעת הפגיעה, ואולם עדות ראייה ישירות אלו לא הובאו לעדות על ידי המערערים.

3. בשולי הדברים אבקש להביע את הסתייגותי מקביעתו של בית המשפט המחוזי (מפי כבוד השופט א' אברהם), לפיה לשם הוכחתה של התשתית העובדתית כתביעה נדרשה עמידה ברף הוכחתי גבוה במיוחד, שכן מדובר בטענה המייחסת לחיילי צה"ל ביצוע פשעי מלחמה. יובהר, ונדמה כי בית המשפט המחוזי עמד על כך, כי לא המערערים ולא בית משפט השלום טענו בכל צורה שהיא כי הירי נועד מתוך כוונה לפגוע באזרחים חפים מפשע, ומשכך השאלה האם מדובר במעשה הנוגד את דיני הלחימה עניינה למשפט הבינלאומי ולא לתביעה האזרחית שבפנינו. משמדובר בטענה נזיקית בדבר פגיעה רשלנית במנוחה ובבנותיה אין לנו כל עניין בשאלת הכוונה שעמדה מאחורי הירי, אלא אך בשאלה העובדתית האם גרם הירי לפגיעה והאם נעשה תוך חריגה מסטנדרט ההתנהגות הסביר בנסיבות העניין. בבירור שאלות אלו, אשר אין בהן כדי לייחס התנהגות פלילית לנתבעים, אין כל מקום לקביעת רמת הוכחה החורגת מרמת ההוכחה הנהוגה במשפט האזרחי.

4. לבסוף אוסיף כי מצטרף אני במלואם לדבריו של חברי, לפיהם טוב תעשה המדינה אם כמחווה אנושית תאפשר מתן פיצוי לפנים משורת הדין למשפחתה של המנוחה.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

הנני מצרף הסכמתי לפסק דינו של המשנה לנשיאה, חברי השופט א' ריבלין ולהערותיו של חברי השופט, ס' ג'ובראן.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של המשנה-לנשיאה א' ריבלין.**ניתן היום, ב' בניסן התש"ע (17.3.2010).**

ס' ג'ובראן 54678313-10482/07

ש ו פ ט**ש ו פ ט****המשנה-לנשיאה**

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 07104820_P08.doc גח
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה