

בעניין: _____ סלהב

ע"י ב"כ עוה"ד ענת קדרון ו/או אח'
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר רח'
אבו עוביידה 4, ירושלים 97200
טל': 6283555 - 02 ; פקס: 6276317 - 02

התובע

נגד

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עוה"ד יוסי ברכיה
מפרקליטות מחוז תל-אביב
רח' הנרייטה סולד 1, תל-אביב
טל': 03-6970222 ; פקס: 03-6918541

הנתבעת

סיכומים מטעם התובע

התובע מתכבד בזאת להגיש סיכומים מטעמו.

1. ענייניו של תיק זה בארוע בו נורה התובע, קטין, ע"י חיילי צה"ל, ונפצע קשה ברגלו בעת שעסק בממכר עוגיות לפרנסתו סמוך לכיכר השוטר בעיר חברון - אזור מסחרי הומה.
2. אין מחלוקת כי התובע נפגע מירי, וכי נגרמה לו נכות בשיעור מוסכם של 5%. המחלוקת בתיק זה מתמצית בשאלה: מי ירה בתובע ובאילו נסיבות? אין מחלוקת כי באותו יום, 3.12.93, נורו באזור יריות משני מקורות בלבד: האחד - מאבטחיו של הרב לוינגר, שהנם חיילי צה"ל לבושי אזרחי. השני - מתנחלים שערכו "טיול" בעיר. התובע טוען, כי הוא נורה ע"י מאבטחיו של הרב לוינגר. הנתבעת טוענת, כי התובע נורה ע"י המתנחלים.
3. התובע יראה, כי הראיות, ובמיוחד לוח הזמנים, מצביעות על כך כי הוא נורה ע"י החיילים שאבטחו את לוינגר, ולא ע"י המתנחלים. עוד יראה התובע, כי הירי בוצע שלא כדין, כי הנתבעת לא הוכיחה כי היו נסיבות המצדיקות ירי לעברו, ועל כן היא אחראית לנזק שנגרם לו.

האחריות

הרקע לארוע

4. העיר חברון הייתה והנה אזור רגיש לחיכוכים בין האוכלוסיה הפלסטינית המקומית, לבין אוכלוסיית המתנחלים היהודים היושבת בלב העיר הפלסטינית. הרב לוינגר (להלן: **לוינגר**) היה ממנהיגי הקהילה היהודית בחברון. מגזר הדין ב.ת.פ. (י-ם) 170/95 **מ"י נ' משה לוינגר** (לא פורסם) (14.12.97)¹ עולה כי הרב לוינגר היה אחד מהגורמים המרכזיים למתיחות ולמהומות שפקדו את העיר חברון באותה תקופה. גזר הדין ניתן לאחר שלוינגר הורשע במספר רב של עבירות שבוצעו בין השנים 1992-1995 וכך נאמר בו (פסקה 5 לגזר הדין):

מתמונת המעשים שביסוד העבירות שבפני מתגלה דמותו של הנאשם כמי שבמשך שנים בז לחוק ולסדר הציבורי; שלא הכיר בסמכותם של שוטרים; שלא אחת הטיל מורא ופעל באלימות נגד האוכלוסיה הערבית בחברון, פגע בפרנסתה ובכבודה ואף לא היסס לנהוג באלימות נגד חיילי צה"ל, ואפילו נגד חיילים שהופקדו על אבטחתו האישית. פעולות מסוג אלו במקום כה טעון מתח בחברון, הן בעלות חומרה מיוחדת. מעמדו כאחד ממנהיגי הקהילה היהודית בחברון מוסיף לכך נופך חומרה.

... בהקשר זה אדגיש שוב את חומרת המעשים שבוצעו ישירות כלפי תושביה הערבים של חברון, שיש בהם כדי לפגוע במרקם העדין של חיינו המשותפים עם הערבים, ואף לגרום נזק מדיני.

בשל סיבות אלו ואחרות הפקיד צה"ל את חייליו על שלומו של הרב לוינגר, והם העניקו לו אבטחה צמודה.

5. עפ"י יומני המבצעים של הנתבעת, יצא בבוקר יום הארוע הרב לוינגר ל"מסע התגרות" בתושבים הפלסטינים ברחבי העיר חברון. המסע נמשך בין השעות 8:00-9:00 בערך.

I. עפ"י יומן המבצעים אשר הוגש כראיה ע"י התובע והמסומן 1 נרשמו:

i. בעמוד מס' 1 של היומן: "זריקות אבנים מאסיביות בכיכר השוטר מאבטחי לוינגר הגיבו בחי" (הכוונה לירי באש חיה, ע.ק.).

ועוד בעמוד 2 של יומן המבצעים 1:

ii. 8:55 "נשמעו יריות מכוון מסגד הקשתות מדובר בתגובה של מאבטחי לוינגר לזריקות אבנים"

iii. 9:05 "אבנים לעבר מאבטחי לוינגר בשללה הגדולה מאבטחי לוינגר הגיבו בחי"

¹ כל פסקי הדין שלא פורסמו המוזכרים במסמך זה פורסמו במאגר המשפטי "נבו".

II. בדו"ח המודיעין היומי שהוגש ע"י התובע ומסומן 2, בסעיף 4 לדו"ח, המודגש בצהוב, מפורטים ארבעה ארועי זריקת אבנים לעבר רכבו של לוינגר, בין השעות 8:45 ל-9:05, בארבעה מקומות שונים, לרבות כיכר השוטר.

III. ביומן המבצעים שהוגש ע"י התובע ומסומן 5 מופיעות שתי ידיעות, בשעה 8:50 ו 8:53 כי לוינגר ומספר מתנחלים הקימו מחסומים וכי סוחרים סוגרים חנויות. בהמשך לכך (בעמוד הבא) מצוין כי מאבטחיו של לוינגר הגיבו בחי בשוק התרנגולים. בהמשך ידיעות נוספות בשעה 9:00 ו 9:05 כי מאבטחי לוינגר הגיבו בחי לזריקת אבנים כלפיהם.

IV. הדיווחים נמסרו, מן הסתם, ע"י החיילים, מאבטחיו של לוינגר, שכן למקומיים אין קשר לחדר המבצעים. כך גם העיד ז' - העד מטעם הנתבעת (סעיף 7 לתצהירו). אשר על כן, מנועה הנתבעת מלטעון כנגד אמיתות תוכנם של מסמכים אלו, אשר יוצרו על ידה.

6. הנה כי כן, עולה כי מאבטחיו של לוינגר ירו באש חיה באזור הארוע בין השעות 9:05-8:45 או בסמוך לכך.

7. **כשעה וחצי לאחר מכן**, בסביבות השעה 10:30, כפי שעולה בבירור מדו"ח המודיעין השבועי המסומן 6 החלה באזור התפרעות של קבוצת מתנחלים:

"ב 3.12 בשעות הבוקר נזרקו אבנים לעבר רכבו של הרב לוינגר, הרב הגיב בחי. לאחר כ-20 דקות החלה התפרעות והתקהלות של כ-100 מקומיים בכיכר השוטר, כולל זריקות אבנים, **לאחר כשעה** כ-30 מתנחלים+צוותי טלויזיה נתקלו במתפרעים, המתנחלים הגיבו באש לעבר המתפרעים" (ההדגשה שלי, ע.ק.).

גם במסמך "סיכום חקירה ביניים" המסומן 8 נאמר כי קבוצה של 40 מתנחלים **יצאה** לטיול רגלי מקרית ארבע לתל רומידה בשעה 9:30. קבוצה כה גדולה הנעה ברגל, ויצאה רק ב 9:30 מקרית ארבע, פשיטא שלא ייתכן כי הגיעה למרכז העיר חברון לפני השעה 10:00-10:30. כך גם עולה מהמזכר שכתב השוטר שאול גיל, המסומן 10:

"אירוע ב עם הסיור של המתנחלים- התקבלה הודעה בשעה 10:45. התחנה קיבלה הודעה ב 10:40"

8. הנה כי כן, בעיר חברון, באזור כיכר השוטר בו נורה התובע, אירעו באותו יום שני ארועי ירי:

I. **הראשון**, בסביבות השעה 8:45-9:00 או מעט לפני כן (בהתחשב בפערים בין התרחשות הארוע בזמן אמת לרישום ביומן המבצעים בעת הדיווח) בו ירו מאבטחיו של לוינגר, חיילים לבושי אזרחי, ייתכן שבתגובה ליידוי אבנים לעברם. (להלן: **הארוע הראשון או ארוע לוינגר**)

II. **השני**, בסביבות השעה 10:30-10:40, בו ירו מתנחלים, אשר היו בקבוצה של כ-30 איש, לעבר פלסטינים מקומיים. (להלן: **הארוע השני או ארוע סיור המתנחלים**)

אין מחלוקת כי לא היו ארועי ירי נוספים באותו יום באזור הארוע נשוא התביעה ובחברון בכלל, ואף אין זכר לארועים כאלה במסמכי הנתבעת.

באיזה משני הארועים נפגע התובע?

9. על מועד ונסיבות הפגיעה בתובע ניתן ללמוד משני מקורות: מתצהירו של התובע והודעתו במשטרה בעניין נסיבות הארוע, ומרישומים אובייקטיביים של הצבא והמשטרה לגבי מועד הגעתו לביה"ח, אליו פונה מיידית לאחר הירי. כל הראיות מצביעות על כך כי התובע נפגע בארוע המוקדם יותר, בו נורו היריות ע"י מאבטחיו של הרב לוינגר:

10. **הודעתו של התובע סמוך לפגיעה-** התובע נחקר שעות ספורות לאחר פציעתו, עוד בהיותו בביה"ח. בהודעתו, אשר צורפה לתצהירו כנספח א' מוסר התובע לחוקר המשטרה כי הארוע קרה בשעה 8:30 בערך (שורה 1 להודעה). לשאלת החוקר הוא מוסר כי היו במקום **שני מתנחלים עם רכב** (שורה 11). **הודעתו של התובע במשטרה הוגשה גם ע"י הנתבעת ועל כן תוכנה אינו שנוי במחלוקת.** תיאור זה תואם את האירוע הראשון (שבו היה מספר קטן של ישראלים בלבוש אזרחי שנעו עם כלי רכב) ואינו תואם את האירוע השני (שבו היה מספר גדול של מתנחלים שהלכו רגלית). מעל לצורך יאמר, כי לתובע לא היה כל אינטרס לשייך את פגיעתו לארוע הראשון דווקא, ולא לשני. באותה עת לא ידע התובע כי מדובר היה במאבטחיו של לוינגר. מבחינתו מדובר היה במתנחלים. ומה טעם יש לו להראות כי נפגע דווקא ממתנחלים אלו ולא מאחרים? יש לקבל על כן כעובדה מוכחת את דבריו של התובע כי נפגע מירי שבוצע בסביבות השעה 8:30 כאשר היו במקום רק 2-3 יהודים עם כלי רכב.

גם התיאור בתצהיר העדות הראשית של התובע תואם את האירוע הראשון ולא את השני.

11. דיווחים מיומני המבצעים וממסמכי המשטרה-

I. בטופס הדיווח אשר הוגש ע"י התובע וסומן 3- ישנו דיווח כי התובע הגיע לביה"ח בשעה 9:40, וכי מועד הפגיעה דווח כשעה 9:00 – שעות שתואמות את האירוע הראשון.

II. ביומן המבצעים המסומן 5, בדף מס' 6, ארוע מס' 30 (סומן בצהוב) שוב מופיע דיווח על הגעתו של התובע לביה"ח בשעה 9:40, וכך גם מצוין בדו"ח המודיעין השבועי המסומן 6 בעמוד 13 סעיף 14.א. תחת הכותרת "מספר נפגעים".

III. במזכר שכתב השוטר אנואר אדעיס המסומן 9 נכתב כי "היום ובשעה 1525 התקשרתי לביה"ח אלאהלי בחברון וביררתי אם הגיעו פצועים אתמול בשעה 8:30 בבוקר והתשובה היתה חיובית. הגיעו:

1. _____ סלהב בן 15

2. ...

12. הודעתו של ד"ר השלמון- ההודעה מסומנת 7 והוגשה גם ע"י הנתבעת. ההודעה נגבתה ביום הארוע. בהודעה מציין ד"ר השלמון כי "היום סמוך לשעה 10:30 לערך התקשרו אליי מחדר

המיון של ביה"ח שהגיע פצוע לחדר המיון". עם זאת, בהמשך אומר הד"ר: "ברצוני לתקן-אני כשהגעתי לחדר המיון הרופאים במקום טיפלו בו וחבשו אותו" (שורה 8-9). כלומר, הפצוע הגיע לחדר המיון לפני השעה 10:30, והטיפול בו כבר החל לפני שהתקשרו משם לד"ר שלמון. מסמך זה משתלב, אם כן, בהתאמה עם המסמכים הקודמים. המסמך שולל באופן חד-משמעי את האפשרות שהתובע נפצע באירוע השני, שהחל, כפי שראינו, רק בסביבות השעה 10:30 או 10:40, וממילא הפצועים ממנו הגיעו לבית-החולים בשעה מאוחרת עוד יותר.

13. כל הדיווחים אם כן, מצביעים על כך שהתובע הגיע לביה"ח בסביבות השעה 9:30-8:30. בשעה זו, עפ"י הדיווחים, **טרם החל** הארוע השני, ועל כן לא ייתכן שהתובע נפצע בארוע השני. כיוון שהיו רק שני ארועים, פשיטא כי התובע נפצע בארוע הראשון.

14. הנתבעת הגישה פרוטוקול מדיון הארכת מעצר לצרכי חקירה, שהתקיים 3 ימים לאחר הארוע נשוא התביעה, של שני חשודים בירי בארוע השני של סיור המתנחלים. נציג המשטרה טען בדיון כי אחד מהפצועים כתוצאה מהירי הנ"ל הוא התובע. על אף שהדבר מוצג כעובדה, אין אלו פני הדברים. ראשית: בשלב זה כבר הוזנחה חקירת הארוע הראשון, על אף ההוראות המפורשות שניתנו במסמך המסומן 8 שתכנון יפורט בהמשך. על כן, נראה כי השוטר פשוט הניח כי מדובר בפצוע מהארוע השני, ואולי אף לא עודכן לגבי קיומו של הארוע הראשון. שנית, כפי שמבהיר נציג המשטרה עצמו (עמ' 2 לפרוטוקול), בעת הדיון טרם בוצעה בדיקה השוואתית של הקליע שהוצא מגופו של התובע, ועל כן כלל לא ניתן היה לקבוע באותה עת כי התובע אכן נפגע מירי המתנחלים בארוע השני, ותוצאות בדיקה המוכיחות זאת לא הוצגו עד עצם היום הזה. מכאן, שאין ללמוד דבר מפרוטוקול זה לעניין מועד ונסיבות פציעתו של התובע.

15. הנה כי כן הוכח כי התובע נפגע בסביבות השעה 9:00-8:30. בשעה זו היריות היחידות שנורו בעיר חברון נורו מנשקיהם של מאבטחיו של לוינגר. המסקנה הבלתי נמנעת היא כי התובע נפצע מהירי שבוצע ע"י האחרונים.

האם הירי היה כדין?

נטל הראיה

16. טרם בחינת השאלה לגופה, תפורט הטענה, כי הנטל להוכיח כי הירי בתובע היה סביר וכדין מוטל על כתפי הנתבעת וזאת משני טעמים:

הטעם הראשון - דיני הראיות הכלליים:

17. משהרים התובע את הנטל הראשוני והוכיח כי הוא נפגע בארוע הראשון, ומשאין ביומני המבצעים כדי להעיד על הנסיבות אשר הצדיקו את הירי בארוע זה, הרי שנטל הראיה בשאלה, האם היה הירי כדין וסביר בנסיבות העניין, עובר לכתפיה של הנתבעת. ראה לעניין זה: א 661/99 (מחוזי חיפה) **אימן מג'די אל וחידי נ' מדינת ישראל** (3.12.06). עקב הנסיבות הדומות, לעניין הוכחת הירי ונסיבותיו, יובאו בהרחבה הדברים מפסק הדין (פסקאות 10-12):

לסיכום, מקובל עלי כי הפרות סדר אכן התקיימו במועד ובמקום בו חלף התובע, בסמוך לבניין, שעל פי הסבירות הוא בניין "מנאע", כפי שניתן ללמוד מיומן המבצעים מאותו יום, נ/8 וכי משעבר בקרבת מקום נפגע על ידי הירי. נ/8 מלמד כי בוצע אף ירי חי מעמדת התצפית, שמוקמה על גג אותו בניין ונחה דעתי כי מירי זה נפגע התובע, מירי זה ולא ממקור ירי אחר. אכן, קיומו של מקור ירי אחר באזור באותו מועד, לא תועד בנ/8 ואיש לא העיד בפני כי הצבא ניהל באותו יום חילופי אש עם מוקדי ירי אחרים. בנסיבות אלה, האפשרות כי התובע נפגע מכדור שלא נורה על ידי צה"ל נראית סבירה הרבה פחות מהאפשרות כי הכדור שפגע ברגלו של התובע היה כדור שנורה על ידי צה"ל. בנוסף, כפי שכבר ציינתי, סביר בעיני שבשים לב למצבו הרפואי של התובע, הוא לא נטל כל חלק פעיל בהפרות הסדר ואין בנ/8 או בראיות הנתבעת כל ראייה הסותרת הנחה זו.

נ/8 אינו מלמד על הנסיבות בהן נורה התובע. כל שהוא עלול ללמד הוא שסביר שהתובע נורה באחד מאירועי הירי המתועדים בו, בשים לב לכך שסביר כי נכח בקרבת מקום, כפי שמלמדות הראיות האחרות. עד כמה שיש בנ/8 כדי ללמד על נסיבות ביצוע הירי, הריהו מלמד כי ירי באש חיה בוצע, בצד ירי באמצעים אחרים, משך תקופת זמן ממושכת, החופפת את המועד בו התובע עבר בסמוך לאיזור הירי, הנלמד אף הוא באורח מסתבר. בכך מלמד יומן המבצעים על קיום הפרות סדר ועל התמודדות עימן באמצעים שונים. והשאלה היא, אם השימוש באמצעים אלו היה בלתי סביר בנסיבות העניין?

אני סבור כי לאור הממצאים שקבעתי לעיל, הן אלה הנלמדים באורח ישיר מנ/8 הן אלה הנלמדים באורח מסתבר מהראיות שנסקרו, יש להעביר לנתבעת את נטל הבאת הראיה באשר לנסיבות הירי אשר, כאמור, הוכח במידה הדרושה בהליך אזרחי, כי התובע נפגע ממנו, השוו לפסקה 12 לפסק דינו של כב' השופט אנגלרד בע"א 2176/94 מדינת ישראל נ' טבנג'ה, תק-על 2003(2) 787, להלן: "עניין טבנג'ה", ולדבריו של המשנה לנשיאה, כב' השופט ריבלין בעניין זה בפסקאות 22 ו 23 לפסק דינו בפרשת אלעבד. עיינתי בטענותיו של ב"כ הנתבעת בסיכומיו ושקלתי את ערך נסיונו, בע' 17 – 18 לסיכומיו, לאבחן את עניין טבנג'ה מענייננו. שוכנעתי כי אין בכוחו של ניסיון זה לשאת פרי בנסיבות העניין. אכן, בנסיבות העניין מתחייבת המסקנה כי ממכלול הראיות קמה - מחוץ למסגרת סעיפים 38 ו-41 לפקודה, ולעניין נטל הבאת הראיות ולא נטל השכנוע - הסתברות לכאורה לקיום התרשלות (המשלימה, בנסיבות העניין את יסודות עוולת הרשלנות, שהרי קיום הנזק, להבדיל משיעורו, הוכח אף הוא בשלב זה) מצד החיילים ועל הנתבעת נטל

הבאת הראיות להפרכת אותה מסקנה לכאורית. האם הנתבעת הרימה נטל

זה? לדעתי התשובה היא שלילית. (ההדגשות שלי, ע.ק.)

לאחר שבחן ביהמ"ש את הראיות שהובאו ע"י הנתבעת, לעניין נסיבות הירי, ואת ההסברים (או ליתר דיוק- חוסר ההסברים המוצדקים) לאי הבאת ראיות שהיה עליה להביא- הגיע ביהמ"ש למסקנה כי התובע הרים את נטל השכנוע לעניין הוכחות יסודות עולת הרשלנות.

גם במקרה שלפנינו, משהוכיח התובע כי נפגע מירי מאבטחיו של לוינגר בארוע הראשון, עובר הנטל להוכחת נסיבות הירי אל כתפי הנתבעת. בהמשך הדברים יסקור התובע את הראיות שהביאה הנתבעת לעניין זה, ויראה כי הנתבעת לא עמדה בנטל זה.

הטעם השני - גרימת נזק ראייתי ע"י הנתבעת

18. הנסיבות בהן נורה הנתבע ע"י מאבטחיו של הרב לוינגר בארוע הראשון אינן ידועות וזאת משום שהנתבעת, ברשלנותה, נמנעה מלחקור ארוע זה, על אף שידעה על קיומו.

19. מהמזכר המסומן 10 עולה בבירור כי המשטרה הבחינה כי היו שני ארועי ירי באותו יום אשר נדרשה חקירתם: "ארוע א' עם הרב לוינגר" ו "ארוע ב' עם הסיור של המתנחלים". במסמך המסומן 8 "סיכום חקירת ביניים" שנכתב עוד ביום הארוע, רשם מפקח תחנת חברון, נסים כהן, ברחל בתך הקטנה, לגבי הפעולות שיש לבצע (עמ' 3 למסמך):

"8. גביית עדות מהרב לוינגר ומהמאבטחים לגבי האירוע שקדם לאירוע

הנ"ל" (הכוונה לארוע סיור המתנחלים, ע.ק.)

דה עקה- עדויות אלו לא נגבו. לא מהרב לוינגר ולא מאף אחד ממאבטחיו. במסמך זה (כמו גם ביתר המסמכים הצבאיים והמשטרתיים) יש לראות הודאת בעל דין לגבי הפעולות שצריך היה לעשות ואשר מהוות פעולות חקירה סבירות בנסיבות העניין. אין מחלוקת כי פעולות אלו לא בוצעו. גם פעולות חקירה אחרות לגבי ארוע זה לא ננקטו.

20. זאת ועוד, ביום 12.10.94, כעשרה חודשים לאחר הארוע, פנתה ב"כ התובע (אשר היה קטין באותה עת ואמו פנתה בשמו) במכתב המסומן 11 למשטרת חברון וביקשה לדעת מה נעשה בנוגע לתלונה על פציעתו של התובע מירי מאבטחיו של לוינגר. למשטרה ניתנה הזדמנות נוספת לפתוח בחקירת הארוע שהוזנח, אך היא לא עשתה דבר.

לאור המכתב הנ"ל (אשר הנתבעת מודה בו – ר' סעיף 2 סיפא לכתב ההגנה) ברור כי טענתה של הנתבעת, בסעיף 15 לכתב הגנתה, כאילו טענת התובע נגד "כיוון החקירה הלקוי" (דהיינו: חקירת ארוע "סיור המתנחלים" בלבד והתעלמות מארוע לוינגר בו נפצע התובע)- נולדה רק עם הגשת התביעה - מופרכת לחלוטין. למען הזהירות בלבד יובהר, כי לנתבעת וודאי שלא נגרם כל נזק ראייתי ע"י התובע, כתוצאה מפנייתו בשנת 1994, שכן היה בידה של הנתבעת **ומחובתה** בכל מקרה לחקור את ארוע לוינגר סמוך להתרחשותו, ואם כשלה באיסוף הראיות במועד - אין לה להלין אלא על עצמה.

21. ההלכה בנוגע לגרימת נזק ראייתי ע"י המשטרה עקב פעולות חקירה רשלניות נקבעה בע"א 361/00 עאזם ד'אהר ואח' נ' סרן יואב ואח' פ"ד נט(4), 310, עמ' 329-330 :

"דעתי, כאמור, היא, כי המערער זכאי להחלטה על עניינו של דוקטרינת הנזק הראייתי. עניינו בתביעת נפגע נגד המדינה, הסומכת על טענתו כי נורה ונפגע מידי חיילי צה"ל. בדיקת שרידי הירי בידי מומחה מז"פ עשויה הייתה להעמיד לרשות המערער את הראיה האולטימטיבית שבכוחה לאשש, או לשלול, את טענתו כי נפגע מירי של כדור פלסטיק. ודוק: הצבא והמשטרה הם אורגנים של המדינה והיא הנושאת באחריות למעשיהם ולמחדליהם. במחדלה לבדוק את המכונת בידי מומחה מז"פ שללה המשטרה מן המערער את הראיה המרכזית שנדרשה לו להוכחת טענתו כי נפגע מקליע פלסטיק שנורה על-ידי סרן יואב. בהיות המערער והמדינה צדדים ישירים הן לתביעת הנזיקין והן לגרימת הנזק הראייתי, קמה חזקה ראייתית לזכות המערער כי נורה ונפגע מקליע פלסטיק. מן הראיות עלה כי סרן יואב היה החייל היחידי שירה קליעי פלסטיק ביום האירוע בתחומיה של העיר ג'נין. בהניחי שקליעי פלסטיק לא היו מצויים ברשות גורמים אחרים זולת צה"ל (הנחה שהמשיבים לא חלקו עליה בטיעונם לפנינו), די בחזקה האמורה כדי לחייב את המסקנה כי המערער נפגע מקליע פלסטיק שנורה על-ידי סרן יואב. ואולם, גם אם ימצא יסוד לחשוש, שמא קליעי פלסטיק היו מצויים גם ברשות תושבים מקומיים בג'נין, לא יהיה בכך כדי לגרוע מן המסקנה האמורה; שכן הנזק הראייתי שנגרם למערער, עקב מחדלה של המשטרה לבדוק את שרידי הירי במכונת, התבטא לא רק בגריעת יכולתו להוכיח את סוג הקליע שפגע בו אלא גם פגע ביכולתו להוכיח קיום התאמה בליסטית בין קליע זה לבין נשקו של סרן יואב.

בקשת המדינה לדיון נוסף נדחתה תוך שביהמ"ש מדגיש כי :

"ברי, שפסק-הדין לא בא לחייב את המדינה לקיים חקירת פליליות לצורך הליך אזרחי עתידי. פסק-הדין אינו נשען אלא על חובתה של המשטרה למלא את תפקידה במיומנות ובסבירות, על-פי הסמכויות הקנויות לה בדין. פסק-הדין קובע, כי מקום בו המדינה אינה פועלת על-פי אותן סמכויות - אי-פעולה העולה כדי התרשלות - והדבר מעמיד בעל-דין בהליך אזרחי מול המדינה בנחיתות ראייתית ובלא יכולת להוכיח טענה העומדת בבסיס תביעתו, יועבר נטל השכנוע אל המדינה, לעניין טענה זו"

(דנ"א 1912/05 מדינת ישראל נ' עאזם עבדאללה סעיד ד'אהר ואח' תק-על 2005 (2), 144, עמ' 147)

ביהמ"ש חזר על הלכה זו בע"א 6732/97 נעימה אבו אלעש נ' מדינת ישראל תק-על 2006(1), 3707, עמ' 3711. במקרה זה נדחתה טענת הנזק הראייתי אך ורק משום שהנתבעת הוכיחה כי לא השלימה בדיקותיה עקב קשיים אובייקטיביים :

”הדוקטרינה בעניין נזק ראייתי יסודה בחזקה העובדתית המניחה כי אלמלא ניזוקו עקב רשלנותו של הנתבע, היו הראיות החסרות תומכות בגרסת התובע בסוגיה שבמחלוקת (ראו ע”א 361/00 ד’אהר נ’ סרן יואב (לא פורסם), פסקה 19 (להלן: עניין ד’אהר)). ויודגש - לשם החלתה של דוקטרינה זו על התובע להוכיח כי יש אשם בפעולותיו של הנתבע (ראו עניין ד’אהר, פסקה 21 וכן ראו דנ”א 1912/05 מדינת ישראל נ’ ד’אהר (לא פורסם), פסקה 7). במקרה שלפנינו פנתה המערערת כחודשיים לאחר האירוע אל המשיבה בבקשה כי תפתח בחקירה ובעקבות פנייתה החלה המשיבה לאסוף נתונים באשר לנסיבות המקרה אולם הבדיקה לא נשלמה עקב קשיים אובייקטיביים”

22. בתביעה נשוא תיק זה, לעומת זאת, המדינה אף לא טענה, וודאי שלא הוכיחה, כי מחדלה לבצע פעולות חקירה בנוגע לירי מאבטחי לוינגר נבע מקושי אובייקטיבי כלשהו. האשם העולה מאי חקירת חשודים בתיק הוא ברור ומובהק ואינו זקוק להסברים נוספים. יוער, כי המדינה אף לא הציגה ראיה כלשהי לגבי הקליע שהוצא מגופו של התובע ונתפס על ידה, ואין אף ראיה כי בדיקה כזאת אכן בוצעה.

הראיות הקיימות בנוגע לנסיבות הירי ע”י מאבטחיו של לוינגר

23. הראיה היחידה שהביאה הנתבעת בנוגע לנסיבות הירי הנה עדותו של ז’ - אחד מהמאבטחים אשר ליוו את הרב לוינגר ואשר ירו בארוע. עדות זו, אשר ניתנה לראשונה כ- 13 שנה לאחר הארוע, רצופה סתירות ותמיהות וניכר בה, כי העד מנסה לבנות גרסה אשר תצדיק את הירי בדיעבד. הפגמים המהותיים בעדותו של ז’ יפורטו להלן:

24. לדברי העד ז’, לוינגר ומאבטחיו (וז’ ביניהם) נתקלו במטח אבנים. הדעת נותנת, שהתגובה המיידית מצד המאבטחים תהיה למלט את לוינגר ברכב מהמקום. תחת זאת, עפ”י עדותו של ז’ הרכב עצר - תחת מטח האבנים והבלוקים! - באופן שאיפשר ללוינגר לצאת ממנו. לא ברור מי נהג ברכב, אולם מאחר שמדובר ב”רכב של היחידה” (סעיף 4 לתצהיר), יש להניח שהיה זה אחד המאבטחים. זאת ועוד - הרב ”סירב בכל תוקף לעזוב את המקום בטרם הצבא יגיע”. התנהגות זו תמוהה ביותר - האם סביר שאדם הנקלע למצב של סכנת חיים יצא ממקום מוגן ויחשוף את עצמו לסכנה בכל עוזה?! אין זו, כי לא היה מדובר בסכנת חיים כלל. גם תגובת המאבטחים, כפי שהיא מתוארת ע”י ז’, אינה מתיישבת עם השכל הישר: אין ספק כי תפקידם היה להגן על לוינגר, אך הם לא היו פקודיו של לוינגר, ולא היו חייבים להישמע לגחמותיו, ולהגן עליו בכל מחיר, תוך נטילת סיכון מיותר לחייו, לחייהם, ולחיי התושבים במקום. ז’ לא מעיד כי ניסו לשכנע את לוינגר להישאר ברכב, או להכניסו לרכב בכוח. זאת, אף על פי שעולה מבין השורות, כי זו דרך הפעולה שנראתה לז’ ולחבריו העדיפה וההגיונית, וכי הם ”נאלצו” להישאר במקום משום שלוינגר ”סירב” לעזוב את המקום.

25. בהמשך תצהירו, עם זאת, משנה העד את גרסתו, וסותר אותה בטענה כי המאבטחים הם אלו שהוציאו את הרב מהרכב ביוזמתם:

I. סעיף 6 לתצהירו של ז' "הרב לוינגר יצא מהרכב וסירב בכל תוקף לעזוב"

II. סעיף 8 לתצהיר: "הוצאנו את הרב לוינגר מהרכב והובלנו אות למקום מסתור"

26. האם ברצותם נכנעים המאבטחים לרצון הרב, וברצותם משליטים עליו את רצונם? האם הרב יצא מתוך הרכב או הוצא ממנו בכוח? האם הרב חזר לרכב, אך במקום למלטו ממטר האבנים המאבטחים הוציאו אותו מן הרכב וחשפו אותו לסכנה? רב הסתום על הנגלה, והדבר הברור היחיד הנו שמדובר בגרסה בדויה, בעלת סתירות פנימיות, אשר אינה יכולה לעמוד.

27. בתצהירו מנסה ז' לנפח את תיאור זריקת האבנים, כנראה מתוך מגמה להצדיק את השימוש בירי חי בלב העיר. במסגרת זו הוא טוען (בסעיף 5 לתצהיר) כי השמשה האחורית של כלי הרכב נופצה. אולם לפי דיווח צבאי על האירוע בזמן אמת (מסמך 2 בתיק המוצגים של התובע, בעמוד 2 סעיף 4(ג)) בכל שלושת האירועים של ידוי אבנים לעבר הרכב של לוינגר (בשעות 8:45, 9:00 ו-9:05) "א.נ. א.נ." – כלומר אין נפגעים ואין נזק. (אם יש ספק לעניין משמעות ראשי התבות "א.נ." הרי שממש באותו עמוד ישנם שלושה אירועים אחרים בהם דווח במקום "א.נ." על "נ. פח" שתואר כנזק לפח, שמשה ומראה). משהתיאור המאוחר של ז' נסתר על-ידי המסמכים של הצבא עצמו, קורסת כל גרסתו בנוגע לידוי האבנים ולהיקפו.

28. סתירה נוספת בין עדותו של ז' לראיות האחרות עולה מטענתו, בסעיף 9 לתצהירו, כי לאחר 5 דקות הגיעו לעזרתם מתנחלים, אשר ירו לעבר המקומיים בקצב אש מהיר. כאמור, המסמכים הצבאיים שהוזכרו לעיל מלמדים כי היו שני אירועים מובחנים בזמן בכשעה וחצי. קיומם של שני האירועים אינו שנוי במחלוקת. שני האירועים מוזכרים ביומני המבצעים והדיווחים השונים. באף אחד מהמסמכים לא מוזכר ירי ע"י מתנחלים כחלק מהאירוע הראשון בו נזרקו אבנים לעבר רכבו של לוינגר. במיוחד משמעותי הדבר ביחס לרישומים ביומני המבצעים שנרשמו, בוודאי, על בסיס הדיווחים מהמאבטחים עצמם. המתנחלים היחידים שהיו באזור הנם הקבוצה שטיילה שם שעה וחצי לאחר מכן, ואשר הגיע לאזור באופן עצמאי במסגרת הטיול ולא על מנת לעזור ללוינגר.

29. בשולי הדברים תוערנה עוד שתי הערות:

I. אם המתנחלים "ירו לעבר המתפרעים בקצב אש מהיר" – פעולה בלתי חוקית ללא ספק – מדוע לא עשה ז' שימוש בסמכותו כאיש כוחות הביטחון בשטח על מנת למנוע זאת מהם? מדוע מהדיווחים שלו ושל חבריו על האירוע, המופיעים ביומני המבצעים, עולה שהוא אף לא דיווח על כך?

II. ז' טורח לציין כי לוינגר עצמו לא ירה כלל. האם יש ללמוד מכך כי הנתבעת הירשתה ללוינגר, שבאותה עת היה בעל עבר פלילי² ותיקים פתוחים במשטרה, לשאת נשק?

² ר' רע"פ 4794/90 משה לוינגר נ' מ"י תק-על-390(3), 1180, ממנה ניתן ללמוד כי לוינגר הורשע בשנת 90 בעבירות שלא פורטו בהחלטה.

בשים לדברים שנאמרו ע"י ביהמ"ש ב ת.פ. 170/95 מ"י נ' משה לוינגר (סעיף 5 לגור הדין) ואשר הובאו לעיל, מדובר ברשלנות פושעת ממש, שכן מדובר באדם מסוכן.

30. בעדותו של ז' לפיה "במקום לא היו כל נפגעים מצד הפלסטינים, כי לא התבצע מצידנו כל ירי ישיר" אין כל ממש. ראשית, אם נקבל את עדותו הכבושה של ז' עצמו, כביכול מתנחלים שבאו לעזרתם, ירו **לעבר המתפרעים** בקצב אש מהיר, מדובר בהיקש לא-תקף. ז' עצמו מעיד על ירי מהיר לעבר בני אדם בלבה של עיר – ירי שמטבעו לגרום לנפגעים. הוא רק מבקש להרחיק את עצמו מירי זה וליחסו לאחרים. הניסיון להכחיש את האפשרות של נפגעים פלסטינים והניסיון לייחס את הירי הפוגעני לזולתו אינם מתיישבים זה עם זה. מי שמתיימר להיות עד ראייה לא יכול לטעון טענות עובדתיות חלופיות. או שעדותו של ז' כי לא היו נפגעים במקום אינה נכונה, או שטענתו לגבי הגעת המתנחלים למקום ו"עזרתם" למאבטחים אינה נכונה. כך או כך, הסיפור שמנסה לרקום ז' בתצהירו 13 שנים לאחר האירוע הוא נטול היגיון פנימי. הוא אף סותר ראיות שאין עליהן מחלוקת מיום האירוע עצמו, בדבר פציעתו של התובע במהלך האירוע הראשון. יש לדחות את עדותו כבלתי אמינה לחלוטין.

31. בדו"ח המודיעין היומי המסומן 2, סעיף 4ג. מפורט, כי **קודם** לזריקת האבנים בכיכר השוטר, נזרקו על רכבו של לוינגר אבנים בשוק התרנגולים, ולאחר מכן במסגד הקשתות. כך גם מתועד בעמוד 2 של יומן המבצעים 1.

העד ז' מתעלם מנתונים אלו, ולא בכדי, שכן אין ביכולתו להסביר מדוע לא הזעיקו עזרה כבר בהיתקלות הראשונה עם זורקי אבנים, ומדוע התעקשו להמשיך בדרכם לעבר מוקדים נוספים של זריקת אבנים. סיפור ההתעקשות של הרב לוינגר להישאר במקום על אף מטח האבנים התרחש, לדברי ז', רק בכיכר השוטר. מה מנע מהמאבטחים לשוב על עקבותיהם לאחר שנתקלו באבנים לראשונה בשוק התרנגולים, ושוב, לאחר מכן, במסגד הקשתות? לו פעלו באופן סביר ועל מנת למנוע הסלמה של המצב, היה הארוע בכיכר השוטר נמנע מלכתחילה.

32. ז' לא פירט מה היו הפקודות וההוראות הנוגעות לפתיחה באש בעת ארוע של ידוי אבנים, ואף לא טען כי הירי בוצע בהתאם לפקודות או נהלים כלשהם. הנתבעת אף לא צירפה הוראות אלו. בהתחשב במתח בין המתנחלים לפלסטינים בחברון, ולהיות האזור מוקד חיכוך, סביר כי הוראות אלו היו בנמצא. לא בכדי הוצמדו ללוינגר מאבטחים, בהיותו הוא עצמו מוקד לאלימות. באין כל אזכור להוראות הפתיחה באש, אין אלא להניח אחת משתיים: כי המשיבה ברשלנותה לא הנחתה ולא הדריכה את החיילים שאבטחו את לוינגר- ז' וחבריו- כיצד יש לנהוג במקרים מעין אלו, או שז' וחבריו נהגו בניגוד להוראות והמשיבה לא כיהתה בהם ואישררה את התנהגותם.

33. גרסת העד ז', לפיה לוינגר ניהל את חשבונו בסניף של בנק לאומי במרכז חברון, הנה בעייתית מכמה בחינות:

I. אין לגרסה זו כל תימוכין, על אף שאין כל קושי להשיג מסמכים המעידים על כך.

II. הגרסה תמוהה על פניה, שכן לבנק לאומי יש (מאז 1978) סניף בקרית ארבע, היישוב היהודי הסמוך, ובלי ספק ניתן היה להגיע לסניף שם ביתר קלות ומבלי לעורר מהומות ומתחים.

34. מן המקובץ עולה אחת משתי המסקנות הבאות: האחת, כי הרב לוינגר כלל לא ניהל את חשבונו בסניף בחברון. הסיפור הומצא ע"י העד ז' על מנת לתת תחושה כי הסתובבותו הפרובוקטיבית של לוינגר בעיר חברון היתה מתוך הכרח, ועל כן היה על החיילים ללוותו. מסקנה זו מתחזקת מתוך הידוע על היחסים הקשים והמתוחים בין המתנחלים בחברון לתושבים המקומיים, אשר הנה מן המפורסמות אשר אינן צריכות לראיה. במצב דברים זה, אין זה סביר כי בנק בחברון יאות לשרת את מנהיג המתנחלים בחברון. המסקנה האפשרית השניה היא כי הרב בחר בכוונה תחילה בניהול חשבונו בבנק שנמצא במרכז העיר חברון-מחוץ לאזור ההתיישבות היהודית בחברון³ על מנת להצדיק את הפגנת הנוכחות שלו באזור, ולא לפי את צה"ל ללוותו בדרכו לשם. הכניעה של מערכת הבטחון לגחמותיו שנועדו להכעיס של הרב לוינגר, ומתן הגנה להתנהגות זו, תוך סיכון חיי התושבים הפלסטינים במקום, הנה התנהגות בלתי סבירה.

35. מעדותו של ז' עצמו, עולה תמונה של התנהלות רשלנית הן של מערכת הבטחון והן של המאבטחים, לרבות ז' עצמו:

I. ז' מעיד (סעיף 9) כי הרכב בו נסעו לא היה ממוגן ולמאבטחים לא היו אמצעי מיגון. הטלת משימת אבטחה ללא מתן אמצעים הגנתיים מתאימים למאובטח ולמאבטחים הנה "הזמנה" לשימוש באמצעים התקפיים שלא לצורך, והעמדת כל הסובבים בסיכון מיותר של הסלמת הארוע ושל פגיעות חמורות ולא הכרחיות. כמו כן, ברי כי שימוש בנשק חם במרכז מסחרי הומה הנו אמצעי מסוכן ביותר, ואין להשתמש בו אלא כאמצעי אחרון.

II. ז' מעיד (סעיף 9) כי היו ברשותם אמצעים כגון רימוני הלם אולם הם לא השתמשו בהם "כי המתנו לסיוע מהצבא". הסבר זה לאו הסבר הוא. אין מחלוקת שלצורך ביצוע ירי ז' וחבריו לא המתינו לסיוע מהצבא. מדוע לשימוש באמצעי פוגעני פחות היה צורך להמתין לסיוע מהצבא? לא ברור. אף הבחירה בשימוש בנשק חם, באזור צפוף והומה אדם במרכזה של עיר, לפני שימוש באמצעים פוגעניים פחות כגון רימוני הלם, אינה עומדת במבחן הסבירות, וככל הנראה אינה תואמת את הוראות הפתיחה באש.

36. חיזוק נוסף לכך שהירי היה שלא כדין ניתן למצוא בראיות הנתבעת עצמה: בפרוטוקול מדיון הארכת המעצר כנגד החשודים בירי בארוע המתנחלים, בפסקה האחרונה בעמוד 2, נאמר כי על אף שהיה ארוע של ייודי אבנים "החיילים לא מצאו לנכון לירות כלפי קבוצה שלימה של מיידים". משמע- ייודי אבנים אינו מצדיק ירי, ודאי שלא בכל מקרה, ועל הנתבעת הנטל

³ לאחר הסכם חברון בשנת 1997, אזור כיכר השוטר שויך לאזור H1 שהנו אזור בשליטה פלסטינית מלאה, בדומה לאזורי A בשאר שטחי הגדה, וכניסת ישראלים אליו כיום אסורה.

להראות כי נשקפה סכנת חיים מיידית אשר הצדיקה פתיחה באש חיה כלפי קבוצה של אוכלוסייה אזרחית.

37. למען הזהירות בלבד יובהר, כי התובע לא היה מעורב ביידוי אבנים, ואף לא נטענה טענה כזאת ע"י הנתבעת, ולא הובאו ראיות לכך, ועל כן ברור כי לא היה במעשיו דבר אשר יצדיק ירי לעברו.

הימנעות מהבאת עדים וראיות רלבנטיים

38. הנתבעת נמנעה מלהביא עדים רלבנטיים לארוע: הן את המאבטחים הנוספים שהשתתפו בארוע, והן את הרב לוינגר עצמו. בנוסף, נמנעה הנתבעת מלהגיש לביהמ"ש את הוראות הפתיחה באש אשר היו רלבנטיות בעת הארוע.

39. להוראות הפתיחה באש יש חשיבות רבה כסטנדרט-עזר לביהמ"ש לקבוע האם הפתיחה באש היתה פעולה סבירה בנסיבות העניין, או שמדובר ברשלנות. כפי שקבע ביהמ"ש בע"א 3889/00 יצחק לרנר נ' מדינת ישראל - משרד הבטחון פ"ד נו(4), 304, עמ' 313-314:

בנסיבות העניין עם זאת, כשם שניתן להתכונן מראש לסיטואציות שונות, העלולות להתרחש בשעת קרב (שלא כל מהלכיו ניתנים לצפייה), כן ניתן להתכונן מראש לסיטואציות אחרות הכרוכות בשימוש בנשק, לרבות מצבי עימות עם חשודים בפעולות טרור. לשם כך הוכנו ונכתבו בצה"ל פקודות שונות, המתעדכנות מעת לעת. כאלו הן גם הוראות הפתיחה באש...

תכליתן העיקרית של הוראות הפתיחה באש היא מבצעית: להורות את חיילי צה"ל, באופן אחיד ומוסמך ומפי הדרג הפיקודי העליון, בדבר דרכי הפעולה אותן עליהם לנקוט במצבים טיפוסיים מסוימים העשויים לחייב, או להצדיק, שימוש בנשק. אך לקביעתן של הוראות אלו יש גם פן חינוכי, בכך שהן מסייעות לחייל להפנים ערכי-יסוד, כמו טוהר הנשק וזכויות החשוד, ומגבירות את הסיכוי לשמירתם של ערכים אלה על-ידו גם בהיקלעו למצבי לחץ ודחק.

ובהמשך, בפסקה 14

"...בהוראות אלה גלום ניסיון מצטבר רב, של מיטב המומחים בנושאי צבא ומשפט צבאי. יתירה מכך, מאחר שההוראות משוננות דרך קבע על ידי חיילי צה"ל, ניתן אף להניח - כחזקה מציאותית ממשית - כי הן מצויות בתחום ידיעתו של החייל הסביר. הוראות הפתיחה באש, ונוהל מעצר חשוד בכללן, מספקים, אפוא, אמת-מידה נאמנה באשר למה שסביר לצפות, בדרך כלל, מחייל הנדרש לעצור חשוד"

כך בנוגע למעצר חשוד- וכך בנוגע לארועי ידוי אבנים וכל סוג אחר של ארועים המצדיקים, לכאורה, פתיחה באש.

40. כלל ידוע הוא, כי מהימנעותו של בעל דין מלהביא ראיה הנמצאת בחזקתו ללא הסבר סביר, ניתן להסיק, שאילו הובאה הראיה, הייתה פועלת נגדו, וככל שהראיה יותר משמעותית כן רשאי בית המשפט להסיק מאי הצגתה מסקנות יותר מכריעות ויותר קיצוניות נגד מי שנמנע מהצגתה. ר' ע"א 548/78 **נועה שרון ואח' נ' יוסף לוי** פ"ד לה(1) 736, 762-763. משכך, יש להסיק כי הן המאבטחים האחרים ולוינגר עצמו היו מוסרים גרסאות אחרות, ואולי סותרות, אשר היו מזיקות לנתבעת, והן כי החיילים פעלו בניגוד להוראות הפתיחה באש ו/או בניגוד להוראות אחרות, אשר לא הוגשו ואיש לא העיד לגביהן.

41. **סיכום ביניים**: לאור הנזק הראייתי שגרמה, ולאור הראיות שהביא התובע, עבר הנטל הראיה אל הנתבעת להוכיח שהירי שבוצע כלפי התובע היה כדין. הנתבעת הביאה רק עדות אחת לעניין זה, שניתנה 13 שנים אחרי האירוע, אינה תואמת את התיעוד שנעשה בזמן אמת, ושגם מבחינה פנימית היא רצופה בסתירות: עדות אשר מהימנותה אפסית. זאת ועוד, אף לפי עדות זו, החיילים פעלו בחוסר סבירות בהחלטתם לפתוח באש במרכזה הסואן של עיר אזרחית, במקום להשתמש באמצעים שפגיעתם פחותה או להימלט מהמקום. לפי העדות, יכלו הנתבעת והמאבטחים מטעמה למנוע את האירוע מראש על-ידי מניעת הפרובוקציה בידי לוינגר ו/או על-ידי ציוד מאבטחיו של לוינגר ברכב ממוגן, אמצעי מיגון ואמצעים לא קטלניים נוספים לפיזור מתפרעים. זאת ועוד: הנתבעת נמנעה מלהביא ראיות ראשונות במעלה לעניין נסיבות הירי ועל כן חזקה היא כי הבאתן היתה מביאה למסקנה כי הירי בוצע שלא כדין. ביהמ"ש מתבקש לקבוע על כן, כי הנתבעת לא עמדה בנטל הראיה להוכיח כי החיילים לא התרשלו, ומכאן נגזרת המסקנה כי הירי ממנו נפגע התובע היה שלא כדין.

סיכום שאלת האחריות

42. אין מחלוקת כי חיילי צה"ל הפועלים בשטחים חבים חובת זהירות מושגית לתושבים הפלסטינים המקומיים. עמד על כך ביהמ"ש בע"א 3889/00 בעניין **לרנר הנ"ל**:

בעת ביצוע פעילות בקרב האוכלוסיה האזרחית, בין בתחומי הקו הירוק ובין מעבר לו, חלה על חיילי צה"ל, בכל הקשור לשימושם בנשק, חובת זהירות כלפי אזרחים העלולים להיפגע. השימוש בנשק כרוך בסיכון לגרימת נזק, ו"נקודת המוצא העקרונית היא, כי מקום שניתן לצפות לנזק, כעניין טכני, קיימת חובת זהירות מושגית, אלא אם כן קיימים שיקולים של מדיניות משפטית השוללים את החובה" (ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(123, 113) (1). חיילי צה"ל מחזיקים בנשק לצורך מילוי תפקידיהם. בעשותם שימוש בנשק, במקום בו מצויים אזרחים ושלא במסגרת פעולה מלחמתית, חלה עליהם חובת זהירות כלפי אלה העלולים להיפגע.

43. מעבר לצורך, ועל אף שהטענה נטענה ע"י הנתבעת על דרך הסתם, יצויין כי הארוע נשוא התביעה אינו מהווה פעולה מלחמתית. הארוע נשוא התביעה אירע לפני חקיקתו של תיקון 4 לחוק הניזקים האזרחיים, התשי"ב-1952, ועל כן חלה ההגדרה אשר נקבעה בע"א 5964/92 **בני עודה ואח' נ' מ"י פ"ד נו (4) 1 שם נאמר**:

הנה כי כן, במתן תשובה לשאלה אם פעולה היא "מלחמתית" 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".

44. אין ספק שפעולה שמטרתה אבטחה רגילה של אישיות מסוימת אינה "פעולה מלחמתית". הסיכון שנשקף מהליווי של הרב לוינגר הנו סיכון רגיל, ולא סיכון מיוחד שנוצר בשל מלחמה, ועל כן הוא גם קיבל אבטחה באופן קבוע. ביישום הלכה זו קבע ביהמ"ש כי מקרים דומים, ואף חמורים מהארוע נשוא התביעה- אינם "פעולה מלחמתית". לדוגמה, בע"א 2176/94 מדינת ישראל ואח' נ' עצמת מוסא טבנג'ה תק-על-2003(2), 787 נקבע כי ירי חיילי צה"ל במהלך דיכוי הפגנה אלימה בה יידו רעולי פנים אבנים על חיילי צה"ל - אינו פעולה מלחמתית. אף בע"א 1354/97 עכאשה מחמוד נ' מ"י פ"ד נט(3) 193 נקבע שאף שימוש באמצעי קל יותר- ירי מרובה טוטו- לצורך פיזור התפרעות אלימה מהווה התרשלות וכי הפעולה אינה חוסה תחת הגדרת "פעולה מלחמתית".

45. התובע לא יתייחס לטענות עובדתיות חלופיות רבות ושונות שהועלו ע"י הנתבעת על דרך הסתם, ואשר לא הובאה לגביהן כל ראיה. התובע יטען, כי היה בידי הנתבעת די מידע להציג גרסה עובדתית אחת, והיא אינה יכולה לטעון טענות דימויוניות שונות ומשונות. יפים לעניין זה הדברים שנאמרו בא 0180/98 (מחוזי חיפה) אכראם דיאב מחמוד בראש נ' המפקד הצבאי (לא פורסם, 23.11.06) בפסקה 8 לפסק הדין:

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".

46. אין ספק שכאשר פתחו מאבטחיו של לוינגר באש באזור מסחרי הומה, הם צפו כי האנשים במקום עשויים להיפצע כתוצאה מהירי. כך, היה עליהם גם לצפות לאחר מטח האבנים הראשון, וודאי לאחר השני, כי אם ימשיכו במסעם בתוך העיר הם צפויים לסכן את עצמם ואת מי שהופקדו על בטחונם. לאורך כל הדרך המאבטחים, בשירות צה"ל, בחרו בחירות בלתי סבירות אשר סיכנו אותם, את לוינגר, וכתוצאה מכך- גם את התושבים המקומיים: החל בליווי של לוינגר למרכז העיר הפלסטינית ללא צורך אמיתי, לאחר מכן בהמשך הנסיעה

למרות מטחי אבנים בשוק התרנגולים ובמסגד הקשתות, כאשר ניתן היה לסגת ולהימנע מהסיכון, לאחר מכן בבחירות דרכי הפעולה המתוארות בתצהירו של ז', אשר אינן מתיישבות עם השכל הישר, לרבות מתן גיבוי להתעקשות הנטענת של לוינגר להישאר במקום, וכלה בפתיחה באש חיה, תוך הימנעות משימוש באמצעים פוגעניים פחות, במקום הומה אדם. ויודגש- כל זאת- אף אם נאמין לעד ז' כי אכן נתקל ביידוי אבנים - עניין שלא הוכח, וודאי לא הוכחה עוצמת יידיוי האבנים ומספר המשתתפים בו. אשר על כן, הוכח כי הופרה חובת הזהירות הקונקרטית בנסיבות העניין. משכך, הופרה גם החובה החקוקה עפ"י סעיף 124 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 בנוגע להתרשלות, וסעיף 85 לחוק השיפוט הצבאי, שעניינו שימוש בנשק שלא כדין.

47. התובע ניזוק בשל פעולתם של חיילי צה"ל במסגרת תפקידם כמאבטחיו של הרב לוינגר. בנסיבות אלו חבה המדינה באחריות שילוחית למעשיהם. לדוגמה, ראה: ת"א (חיפה) 642/99, ג'מאל עבד אל מג'יד תכרורי נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון ואח' תק-מח 2006(3), 9535, עמ' 9545.

"אין מחלוקת בין הצדדים כי התאונה אירעה במהלך סיור שערכו החיילים במסגרת הפעילות המבצעית שביצע הגדוד שלהם באזור אלפי מנשה- צופים. בנסיבות אלה, המדינה נושאת באחריות שילוחית למעשיו ולמחדליו הרשלניים של הנהג הצבאי. "

48. בנסיבות העניין, הנתבעת חבה גם באחריות ישירה, בכך שלא הבהירה למאבטחים את גבולות חובתם להגן על לוינגר, לא ציידה אותם באמצעים מתאימים להתמודד עם סכנות צפויות כגון יידיוי אבנים, ולא תידרכה אותם כראוי בנוגע לשימוש בנשק. כפי שנקבע בע"א 1354/97 בעניין עכאשה מחמוד הנ"ל, בעמ' 198-199.

"... ההתנהגות המכוונת של החיילים עשויה לבסס אחריות אישית (ולא שילוחית) של המשיבה בגין רשלנות. לבחינתה של זו נעבור עתה. רשלנות

13. המשיבה אינה מתכחשת לקיומה של חובת זהירות כלפי המערער. המחלוקת בין בעלי הדין היא בשאלה האם הופרה אותה חובת זהירות. השאלה היא האם חיילי הכוח סטו, בנסיבות המקרה שלפנינו, מרמת ההתנהגות הראויה. שאלה נוספת היא האם סטתה המשיבה, באופן בו נערכה להתמודד עם הפרות הסדר בשכם, מן הסטנדרט הראוי בנסיבות העניין. אם התשובה לאחת השאלות היא בחיוב, אזי ניתן להטיל על המשיבה אחריות אישית או שילוחית כלפי הנפגע. (ההדגשה שלי, ע.ק.).

49. הנה כי כן, עולה מן העובדות המוכחות, כי התובע נפגע מירי רשלני של מאבטחיו של הרב לוינגר, אשר בוצע ללא הצדקה ותוך חריגה מהוראות, וגרם לפציעתו. בגין רשלנות זו חבה המדינה באחריות ישירה ושילוחית. נעבור עתה לבחינת נזקיו של התובע.

הנזק

50. התובע נורה בכף רגלו השמאלית. הכדור פילח את כף הרגל וקרע את כלי הדם. התובע הובהל, שותת דם, לביה"ח אלאהלי בחברון, ונותח בכף רגלו. לאחר אשפוז בן 3 ימים שוחרר לביתו. במשך חודשיים תמימים טופל מידי יומיים בביה"ח, ואף לאחר מכן טופל במשך תקופה ארוכה ע"י רופא פרטי. על האשפוז והטיפולים מעידים המסמכים המסומנים ב-4 אשר צורפו לתצהיר התובע ואשר מעידים בין השאר על כך שהתובע נזקק לטיפולים אף כשנה לאחר הארוע (מסמך ג1).

נזק מיוחד

הפסד השתכרות בעבר

51. התובע אושפז במשך 3 ימים, עבר שני ניתוחים, ובמשך חודשיים רגלו היתה חבושה והוא נזקק לטיפולים כמעט יום יומיים. (סעיפים 13-16 לתצהיר התובע, הוראות מעקב J Follow up) בגיליון השחרור המצורף לתצהיר התובע ומסומן ב'2). הן התובע והן אמו העידו כי התובע לא יכל לעבוד כלל במשך 3 חודשים, ואף לאחר מכן עבד באופן חלקי בלבד. התובע הרוויח מממכר הממתקים בבסטה כ-150 ₪ ליום. כיוון שלאחר פציעתו לא יכל עוד התובע לעמוד ולמכור את מרכולתו כמקודם, נסגרה הבסטה. עד ליום הגשת התביעה מעריך התובע את הפסדיו כתוצאה מסגירת הבסטה וצמצום היקף עבודתו ב- 20,000 ₪.

ביהמ"ש מתבקש לפסוק סכום גלובלי בראש נזק זה כפיצוי על הפסדי ההשתכרות של התובע עד היום בסך: 30,000 ₪.

עזרת צד ג'

52. בעת שהותו בביה"ח סעדה אותו אמו של התובע 24 שעות ביממה ולא משה ממיטתו. בחודשים שלאחר מכן נאלצה לטפל בו כבתינוק מגודל, שכן התובע היה מוגבל ביותר בניידותו. הוא נזקק לעזרת אמו בכל פעולות היומיום הפשוטות: לבישת בגדים, רחצה, קימה ואף הליכה לשרותים. על תקופה קשה זו העידו הן התובע, בסעיף 20 לתצהירו, והן אמו, בסעיף 6 לתצהירה. תיאורים אלו תואמים את המסמכים הרפואיים והאינטנסיביות של הטיפולים להם נזקק התובע. בשל קשיי ההליכה, נאלצה אמו של התובע אף לנסוע עמו וללוותו לטיפולים. מדובר בעזרה החורגת בהרבה מהמצופה מבני משפחה בימים כתיקונם, הקרובה לדרגת מטפלת סיעודית צמודה. הטיפול הקשה מאד על חיי האם והמשפחה ברוכת הילדים. התובע זכאי לפיצוי בגין עזרה זו בסך 10,000 ₪ נכון ליום התביעה, שהנם 12,800 ₪ נכון להיום.

הוצאות רפואיות ונסיעות

53. התובע העיד כי נאלץ לשלם סכומי כסף גבוהים עבור ניתוחים שבוצעו ברגלו, וכן עבור תרופות, לרבות משככי כאבים, להם נזקק במשך שלש וחצי שנים. כמו כן נאלץ התובע להגיע במשך חודשיים מיום הפציעה לביה"ח מידי יומיים, ולאחר מכן טופל פעמים רבות במרפאה. כאמור לעיל, ליוותה אותו אמו לכל הטיפולים הללו, בשל הקושי בניידותו. התובע ואמו

העידו כי נסעו יחד לבדיקות ולטיפולים בתחבורה ציבורית. ביהמ"ש מתבקש לפסוק בראש נזק זה סכום גלובלי לפי הערכת התובע בסך 32,000 ₪.

נזק כללי

אובדן כושר השתכרות בעתיד

54. התובע והנתבעת הגישו חוות דעת רפואיות מטעמם. הוסכם על הצדדים, כי עקב הירי ברגלו וכתוצאה ממנו נגרמה לתובע נכות רפואית בשיעור 5% (הודעה לביהמ"ש מיום 15.5.05).

55. חוות דעתו של ד"ר ליבני, אשר צורפה לכתב התביעה, מצאה לגבי התובע כי:

"מתחת למלאולוס הלטרלי צלקת קטנה מפצע הכניסה. צלקת יציאה באיזור המלאולוס המדיאלי. קיימת רגישות וירידה בתחושה באיזור הצלקת המדיאלית. ירידה בכוח היישור של הבהן. **צילום**: נמצאה דנרבציה של העצב הפלנטרי.

ד"ר ליבני קבע שיש פגיעה בשרירי כף הרגל וצלקת מכאיבה. אף המומחה מטעם הנתבעת קבע כי נגרמה פגיעה בשריר ובעצב הפלנטרי.

56. התובע העיד כי מדובר בנכות תפקודית, בעיקר משום שהפגיעה מסבה לו כאבים. הכאבים מחמירים במאמץ, ועל כן התובע נמנע מעיסוק בספורט ומעבודה פיסית ממושכת. כאשר הכאבים מתגברים, התובע צולע על רגלו. שמשוהסכם כי יש נכות, במיוחד כאשר מדובר בנכות אורטופדית- ברור כי יש לה פן תפקודי. התובע אינו משכיל, אין לו אף תעודת בגרות, ועל כן העבודות בהן הוא יכול לעסוק מטבע הדברים הן עבודות פיסיות. במצב דברים זה, הפגיעה בכושר ההשתכרות היא ברורה, והנכות התפקודית אף עולה על שיעור הנכות הרפואית שנקבעה.

57. ההלכה הנה, שעל מנת לאמוד את הפגיעה בכושר השתכרותו של התובע בעתיד על ביהמ"ש לשקול השפעתה של הנכות הרפואית **על תפקודו של התובע שבפניו**, ואפשר כי המשמעות התפקודית של הנכות תהיה גבוהה מהנכות הרפואית שנקבעה, בשל הנתונים האישיים של התובע. בע"א 3049/93 **סימא גירוג'סיאן נ' סייף רמז ואח'**, פ"ד נב(3), 792 עורך השופט אור אבחנה מדויקת בין המונחים השונים וקובע כי ביהמ"ש משקלל את הנכות הרפואית שנקבעה ע"י הרופאים, יחד עם נתונים כגון גילו של הניזוק, השכלתו, יכולתו להשתקם, עיסוקו וכו'. בפסקה 9 אומר השופט אור כדלקמן:

"כך למשל במקרה של תובע שהוא פועל בנין ונגרמה לו נכות רפואית אורטופדית בשיעור 20%, עקב פגיעה ברגלו. נכות רפואית זו יש בה כדי לשקף נכות פונקציונלית לגבי כל אדם בשיעור דומה של 20%. אך לגבי פועל בנין אשר אינו מסוגל לטפס, בגלל נכותו, על סולם או להרים משאות, ונמנע ממנו לעבוד כפועל בנין, יתכן ונכות זו תפגע בכושר השתכרותו בשיעור העולה על 20%, לדוגמא בשיעור 40%."

58. בענייננו מדובר בתובע שאינו משכיל, ואשר מוצא את פרנסתו בעבודות כפיים, אשר דורשות מאמץ פיסי. בסוג עבודות זה, נכותו של התובע מפריעה לו יותר משהייתה מפריעה לתובע העוסק בעבודה משרדית כלשהי. לאור נתוניו של התובע יש להעמיד את שיעור נכותו התפקודית על 10%.

59. התובע עובד כיום בעסק המשפחתי לייצור ממתקים ועוגיות, אשר הכנסותיו המשתנות מתחלקות בין בני המשפחה. לאור הקושי בהערכה וגילו הצעיר של התובע, יש לחשב את הפסד ההשתכרות לאור השכר הממוצע במשק ברשות הפלסטינית, שהנו: 85 ₪ ליום, כאשר מסי ימי העבודה בממוצע לחודש הנו 23.6. מכך נגזר כי השכר החודשי הממוצע הנו: 2006 ₪.

60. עם זאת, יש ללכת בדרך שהתוותה הפסיקה, ולאור גילו הצעיר של התובע, והמצב הבלתי וודאי בשטחים, אשר עשוי להשתפר, יש מקום לקבוע בסיס שכר גבוה יותר. ראה ת"א (מחוזי ירושלים) 1399/98 ג'אסר טמיזה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ ואח' תק-מח 2006(3), 8388, שם קבע ביהמ"ש:

"מאחר ואין לפני למעשה נתונים על שכרו של התובע עובר לתאונה, אני רואה לנכון להישען על השכר הממוצע ברשות הפלסטינית, ומאמצת לעניין זה את שנפסק בת"א (י-ם) 1547/98 בני עודה ג'מאל נ' משרד הביטחון הנ"ל (פסקה 67):

"גם היום, בשנת 2006 אנו נמצאים עדיין בעידן של אי וודאות ביחס למה שיקרה בעתיד באזור יהודה ושומרון. יתכן עם השיפור בוודאות המדינית, עשוי השכר הממוצע של העובדים באזור לעלות. אולם, ניתן להניח, כי באותה מידה יכול השכר הממוצע אף לרדת. בהעדר ראיות אחרות, לא נותר לנו, לכאורה, אלא להסתמך על המציאות כיום, כפי שהיא באה לידי ביטוי בנתונים הסטטיסטיים אשר הוגשו על ידי הנתבעת. עם זאת, ולאור גילו הצעיר של התובע, ובהתחשב בכך שהפיצוי נקבע לאובדן הכנסה של עשרות שנים, מצאתי לנכון לאמץ גישה אופטימית, זהירה ומתונה, ולהניח כי השכר ממוצע באזור יהודה ושומרון, אכן יעלה במידה זו או אחרת. לאור האמור מצאתי לקבוע את בסיס השכר על סך של 2,000 ₪ לחודש. סך זה מתאים לבסיס השכר שנקבע בפסיקה בנסיבות דומות והוא משקף את המצב כיום, יחד עם ציפייה, זהירה, לעתיד טוב יותר ..."

לאור האמור, אני קובעת כי בסיס השכר לצורך העניין שלפני יעמוד על 2,000 ₪.

בתיק 1399/98 הנ"ל הביאה הנתבעת חוות דעת המבוססת על נתוני הלשכה הפלסטינית המרכזית לסטטיסטיקה, ולפיה השכר הממוצע בשטחים הנו 1,570 ₪ לחודש. ביהמ"ש קבע כאמור בסיס שכר גבוה ב 430 ₪ מנתון זה. גזירה שווה למקרה שבפנינו נותנת בסיס שכר חודשי של 2,436 ₪. יוער, כי בת"א 1547/98 המצוטט לעיל המדינה היא אשר הביאה את נתוני הלשכה הפלסטינית לסטטיסטיקה לעניין השכר הממוצע וביקשה להסתמך עליהם, ועל כן אינה יכולה

לטעון כנגדם בתיק זה. כך עשתה המדינה גם בת"א (תל-אביב-יפו) 3096/99 ג'מיל
עבדאללה אטריק נ' החברה לתפעול החוף השקט 1998 בע"מ תק-מח (4)2004
 677.

סך הפיצוי בראש נזק זה מגיע ל: **66,620** ₪.

תדפיס משערכת **רצ"ב**.

העתק דו"ח הלשכה הפלסטינית המרכזית לסטטיסטיקה **רצ"ב**. את הדו"ח המלא ניתן
 להוריד באתר הלשכה: www.pcbs.gov.ps ביהמ"ש מופנה לטבלה מס' 26. החלקים
 הרלבנטיים מסומנים בצהוב.

כאב וסבל

61. התובע נפצע פציעת ירי חמורה. הכדור פילח את כף הרגל וקרע את כלי הדם. הכאבים שסבל
 עד הגיעו לבית החולים היו קשים מנשוא. הוא אושפז ונותח, אך עקב חוסר מקום בביה"ח
 שוחרר לאחר 3 ימים. מן הסתם, הגביר הדבר את סבלו, שכן לא קיבל את הטיפול הטוב
 ביותר, ונאלץ על אף מצבו לקום ממשכבו ולהגיע לביה"ח על מנת לקבל המשך טיפול. במשך
 חודשיים תמימים טופל מידי יומיים בביה"ח, ואף לאחר מכן עוד היה זקוק לטיפולים במשך
 למעלה משנה. התובע ספג תחושות של השפלה וחוסר אונים, כתוצאה ממצבו הרפואי לאחר
 הפציעה, אשר בעטיו נזקק לעזרה בפעולות יום יום בסיסיות. אפשר לשער את התחושות
 הקשות, את המבוכה וההשפלה אשר התובע, כנער מתבגר, חש בגין תלותו זו.

62. נוסף על כך סבל התובע כאבים במשך שנים לאחר הפציעה, ונזקק למשככי כאבים באופן
 קבוע. גם כיום הוא סובל כאבים בעת מאמץ גופני, בעיקר הליכה ממושכת, ולעתים חש
 ב"זרמים" בכף הרגל (ר' חוות הדעת של ד"ר לבני, המצורפת לכתב התביעה). בהתחשב
 בעוצמת הפגיעה מתבקש לכאורה לפסוק לתובע פיצוי בגין כאב וסבל בסך 70,000 ₪. הסכום
 משקף את הפסיקה בתחום זה בעת האחרונה לגבי כאב וסבל הנובעים מפגיעה גופנית:

I. בע"א 9389/06 (מחוזי י-ם) **ראובן לובלין נ' מיכל ליפשיץ** (20.2.2007) פסק ביהמ"ש
 לתובעת, שנפגעה באצבעה ונגרמה לה נכות תפקודית בשיעור 4% סך של 50,000 ₪
 בגין כאב וסבל. (בתביעה דנן, הנכות הנה 5%, ועל כן יש לפסוק סכום מעט גבוה
 יותר)

II. בא 4678/95 (שלום, חדרה) **רסמייה מוחמד נ' שרון אצלן** (6.9.2001) נגרמו לתובעת
 כוויות בידה, וביהמ"ש קבע שנגרמה לה נכות אסתטית בלבד, ולא תפקודית, בשיעור
 5%. ביהמ"ש פסק לתובעת 50,000 ₪ בגין כאב וסבל, בהדגישו כי **מדובר בסכום
 צנוע**, בהתחשב במס' ימי האשפוז וימי המחלה הרבים (49 ימי מחלה) ובסבל שנגרם
 לה בתקופת החלמתה. כמו כן התחשב ביהמ"ש במודעות של התובעת לצלקות
 שנתרו, לרבות לצלקות שניתן להבחין בהן רק בעין בוחנת. מדרך קל וחומר יש
 להקיש לענייננו, בו הנכות היא תפקודית והתובע עדיין סובל כאבים, כי יש לפסוק
 סכום גבוה יותר.

III. בת"א 733/98 (אשדוד) לוטטי אלירן נ' שוקניון אשדוד בע"מ (27.8.2001) נפסק לתובע, אשר כתוצאה מנפילה וחבלת ראש נגרמה לו נכות נפשית (ptsd) בשיעור 5% סך של 50,000 ₪ בגין כאב וסבל, לאור ימי האשפוז (12 במספר) והטיפולים שעבר במשך תקופה לא מבוטלת.

IV. תא (אשדוד) 1851/01 בניאיר אור יצחק נ' ברוק גדעון (13.1.04) נגרמה לתובע נכות אסתטית באזנו. ביהמ"ש קבע כי שיעור הנכות התפקודית הנו 5%. הוא פסק סך של 60,000 ₪ בגין כאב וסבל פיסיים ונפשיים בתקופת ההחלמה, ובהתחשב בניתוח שעליו לעבור.

V. א 1660/03 (שלום חיפה) דמארי יזהר נ' דו גל בע"מ (7.11.06) נגרמה לתובע נכות רפואית בשיעור 10% בידוד בשל הפרעה תחושתית שנובעת מהצלקת (בדומה למקרה דנן). ביהמ"ש התרשם כי הנכות התפקודית הנה מינימלית עד אפסית. בגין הסבל שנגרם לתובע בזמן התאונה עד שטופל, האשפוז, ושני הניתוחים שעבר פסק ביהמ"ש לתובע פיצוי בראש הנזק של כאב וסבל בסך 140,000 ₪.

63. מגמת הפסיקה כיום היא העלאת רף הפיצויים בגין כאב וסבל, כך שהפיצויים ישקפו את הפגיעה האמיתית בניזוק ותוך התעלמות מפרמטרים שנקבעו בחוק הפלת"ד, אשר להם ראציונאלים שאינם קשורים לנזק האמיתי שנגרם. ההלכה בעניין זה נקבעה בע"א 2055/99 פלוני ו-2 אח' נ' הרבנות הראשית לישראל, תק-על 2001(2), 240, עמ' 257, שם נאמר:

"שיעור הפיצוי שיש לפסוק בגין ראש הנזק של כאב וסבל עומד לדיון לא פעם, בייחוד נוכח הקושי לכמתו ולהעריכו. לאחרונה, הושמעו דעות לא מעטות באשר לצורך בהעלאת רף הפיצוי בגין כאב וסבל, באותם המקרים והנסיבות בהן נגרם כאב וסבל של ממש, כך שהפיצוי יהלום את חומרת הפגיעה. השופט אור ציין בהקשר זה כי "הגיעה השעה לבדוק אם אותם סכומים שנפסקו בפרט נזק זה [נזק לא ממוני, א.ב.] עונים על הנזק אותו הם באים לפצות" (ע"א 6978/96 הנ"ל). בפסקי דין של בית משפט זה נפסקו סכומים גבוהים משנפסקו בעבר, בראש הנזק הלא ממוני..."

64. בעת הערכת הפיצוי בגין נזק לא ממוני יש לתת את הדעת אף לסבל הנפשי שנגרם לתובע בעקבות התפוגגות תחושת הבטחון שלו. התובע למד לדעת, כי יציאה תמימה לרחוב, לצרכי פרנסה, עשויה להסתיים באסון עקב מעבר אקראי (או שמא- מתוכנן היטב?) של הרב לוינגר במקום, וירי פזיז של מאבטחיו. התובע למד לדעת, כי "זכותו" של לוינגר לעורר פרובוקציות ברחבי חברון, ולזכות להגנת הצבא אף מעבר לצורך ורק "ליתר בטחון"- גוברת על זכותו לשלמות גופו. היחס המפלה של הצבא, מתבטא בתיק זה בהתעלמות הצבא מחובתו, הנטועה במשפט הבינלאומי, להגן על תושבי חברון הפלסטינים שהנם בחזקת תושבים מוגנים. מנגד, עושה צה"ל מעל ומעבר להגן על פעולותיו הבלתי חיוניות של פושע מועד, וזאת על חשבון פגיעה בתושבים הפלסטינים בעיר חברון. התנהגות מפלה זו יש בה פגיעה חמורה בכבוד האדם של התובע- פגיעה הראויה לפיצוי ממשי. החקירה הרשלנית של המשטרה בעניינו

חידדה והעמיקה את הפגיעה בכבודו, וגרמה לתובע תחושה כי מזלזלים בטענותיו ובפגיעה שנגרמה לו.

65. בשנים האחרונות ניתן לראות בפסיקה הכרה הולכת וגוברת בפיצוי עבור נזק לא ממוני, אשר אינו כרוך רק בפגיעה פיסית. סבל, פחד, השפלה, תחושת סלידה ופגיעות בכבוד האנושי, ברגשותיו של אדם ובאוטונומיה שלו – כל אלו הוכרו כנזקים בני פיצוי.

66. בית-המשפט אף עמד על כך שמדובר בנזקים המדברים בעד עצמם:

נזק ממון אמנם לא הוכח, אך נזק כללי נגרם מעצם כליאתה בכפייה בבית חולים לחולי נפש. נזק כזה אינו טעון הוכחה.

ע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מא (3) 757

גם בהעדר ראיות על נזק ממשי שנגרם לתובעת, היה על בית המשפט לפסוק פיצוי מוערך על נזק כללי שבוודאי נגרם לה כתוצאה מהתרת המשיב את קשר הנישואין על כורכה.

ע"א 1730/92 מצראוה נ' מצראוה, תק-על 95(1), 1218

67. וראה גם ת.א. (שלום י-ם) 8090/01 **צפדי נ' אברהם רן** (לא פורסם, 28.6.06) שם נפסק לתובע פיצוי בסך 40,000 ש"ח בגין הכאב וההשפלה שספג עקב המכות שהכו אותו הנתבעים, ואשר לא גרמו לחבלה ממשית. ביהמ"ש קובע, (פסקה 56 לפסק הדין) כי הפיצוי הניתן ללא הוכחת נזק לפי חוקים שונים כגון החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח – 1998 ואחרים הוא רף ממנו ניתן ללמוד על הפיצוי הראוי במקרים כגון אלה.

68. תרגום כספי, שייתן משקל משמעותי לפגיעה בערכים כגון תחושת בטחון, כבוד, חירות וכדומה, מתיישב היטב גם עם הגישה הכלכלית לנזיקין. דיני הנזיקין אמורים לעצב התנהגות ולגרום למעוולים פוטנציאליים להפנים את ההשפעות שנובעות למעשיהם. "מחיר" ההתנהגות צריך לשקף את הערך החברתי הנובע לאינטרס הנפגע. אין לקפח אינטרסים לא ממוניים ביחס לאינטרסים ממוניים.

אשר על כן, לאור העובדה שמדובר הן בסבל פיסית, והן בסבל נפשי הנובע מההשפלה והאפליה שספג התובע, ובפגיעה החמורה בכבודו מתבקש ביהמ"ש לפסוק לתובע פיצוי בגין ראש נזק זה בסך שלא יפחת מ-100,000 ₪, לפי הערכת ביהמ"ש הנכבד.

69. **סיכום נזקי התובע**

I. הפסד השתכרות בעבר - 30,000 ₪.

II. עזרת צד ג' - 12,800 ₪

III. הוצאות רפואיות ונסיעות - 32,000 ₪.

IV. אובדן כושר השתכרות (עתיד) - 66,620 ₪.

V. פיצוי בגין כאב וסבל ופגיעה בזכות חוקתית - 100,000

סה"כ 241,420

על סך זה יש להוסיף ריבית והצמדה מהיום ועד ליום פסק הדין.

70. אשר על כן, מתבקש ביהמ"ש לקבל התביעה, ולפסוק לתובע את הוצאותיה וכן ושכ"ט עו"ד ומע"מ כחוק.

ענת קדרון, עו"ד
ב"כ התובע

14 מרץ 2007