

בבית המשפט העליון

ע"א 3991/09 - ז'

וערעור שכנגד

בפני :

כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופט י' דנציגר

המערערות :

מדינת ישראל - משרד הביטחון

נ ג ד

המשיבים :

1. עיזבון המנוחה פאטמה אברהמים עבדאללה אבו סמרה ז"ל
2. מוחמד יוסף מוסטפא אבו סמרה
3. יאסמין מוחמד יוסף אבו סמרה
4. עיזבון המנוח באסל מוחמד יוסף אבו סמרה ז"ל
5. עיזבון המנוחה עביר מוחמד יוסף אבו סמרה ז"ל
6. חלי מוחמד יוסף אבו סמרה
7. אמינה דיב תורקמאן - נג'נג'יה

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 20.3.09 בת.א. 420/04 [פורסם בנבו]

בשם המערערות והמשיבה
שכנגד :

עו"ד אירית קלמן-ברום ; עו"ד גיל בולבסקי

בשם המשיבים והמערערים
שכנגד :

עו"ד חוסין אבו חוסין ; עו"ד מוחמד לביב

פסק-דין

השופט ס' ג'ובראן :

בפנינו ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה בת.א. 420/04 [פורסם בנבו] מיום 20.3.2009 (כבוד סגן הנשיא י' גריל).

עובדות המקרה ופסק דינו של בית המשפט המחוזי

1. המסכת העובדתית, כפי שנקבעה על ידי בית המשפט המחוזי, אינה שנויה במחלוקת ואציגה בקצרה. ביום 5.5.2002 ביצעו כוחות צה"ל משימת פתיחת ציר בציר גנים-כדים בה השתתפו טנק ונגמ"ש מסוג "אכזרית". במהלך הנסיעה בציר נפרס הזחל של הטנק וכתוצאה מכך הוא סטה לתעלה בצד הכביש. מפקד הטנק (להלן: איתי) סבר כי הטנק עלה על מטען וכך גם דיווח במכשיר הקשר לנגמ"ש שעצר כעשרה מטרים אחריו. מאחר וסבר כי הטנק עלה על מטען ביצע איתי ירי לעבר דמויות אשר נדמו בעיניו כחשודות. לאחר מעשה התברר כי מדובר היה במשיבים 1, 4 ו-5 (להלן: המנוחים) אשר עסקו באותה העת בקטיפי עלי גפן באזור הציר. המנוחים נפגעו מהירי שביצע איתי ומאוחר יותר קבע הרופא הצבאי שהגיע למקום האירוע את מותם.

2. בית המשפט המחוזי פסק כי הירי שביצע איתי הוא מעשה רשלני בנסיבות העניין. בית המשפט קבע כי אמנם איתי טעה במצב הדברים והאמין כי הטנק עלה על מטען אך זו אינה המסקנה הסבירה בנסיבות העניין ולו היה בוחן נכונה את המצב, היה מגיע למסקנה שמה שאירע בפועל הוא פריסת זחל הטנק. את מסקנתו זו ביסס בית המשפט המחוזי, בין היתר, על כך שרעש הפיצוץ שנגרם כתוצאה מפריסת הזחל לא נשמע על ידי המשיב 2 ואף לא על ידי מפקד הנגמ"ש שהיה בסמוך לטנק ועל כך שיתר אנשי הצוות בטנק ובייחוד נהג הטנק לא הובאו להעיד. בית המשפט קבע כי אי העדתם בעניין זה פועל לרעת המדינה. כמו כן קבע בית המשפט, בין היתר לאור עדותו של סגן מפקד פלוגת השריון בפניו, כי היה על איתי לבצע "הקפאת מצב" במטרה לסרוק ולהעריך את המצב בסביבת הטנק בטרם פתח בירי לעבר המנוחים. איתי לא עשה כן אלא נחפז לפעול והירי ההרתעתי שביצע למשך זמן קצר לא היה מספק.

3. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי לא עומדת למערערת ולמשיבה שכנגד (להלן: המדינה) ההגנה הקבועה בסעיף 5ב לחוק [הנזיקים האזרחיים](#) (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 (להלן: החוק) כיוון שהירי לא בוצע במהלכה של פעולה מלחמתית. בהקשר זה קבע בית המשפט כי אין להסיק מכך שהאירוע התרחש בתקופת מבצע "חומת מגן" כי כל פעולות הצבא שבוצעו בשטחים באותה תקופה היו בגדר "פעולה מלחמתית" וכי לאור ההלכות שנקבעו בפסיקתו של בית משפט זה ולאור העובדה כי ביום האירוע לא היו התרעות בנוגע לסיכונים מיוחדים בציר ואף תושבי האזור לא

הונחו שלא להימצא בסביבה, לא נראה כי פעולת פתיחת הציר הייתה "פעולה מלחמתית". בית המשפט התייחס להגדרת המונח "פעולה מלחמתית" שהוספה לחוק בתיקון מס' 4 משנת תשס"ב (להלן: התיקון), אך קבע כי היא אינה רלבנטית למקרה שלפנינו, אשר אירע בטרם התקבל התיקון וכי בלאו הכי אין בתיקון בכדי לשנות את המצב המשפטי הקיים.

4. לבסוף, קבע בית המשפט המחוזי את סכום הפיצוי למשיבים והמערערים שכנגד (להלן: המשיבים) על סך של 1,627,873 ש"ח אשר מתחלק כדלהלן: 15,000 ש"ח בגין הוצאות קבורה, 720,000 ש"ח בגין נזק שאינו ממוני, 512,399 ש"ח בגין הפסד השתכרות בשנים האבודות וכן 75,000 ש"ח בגין אובדן שירותי אם. לעניין חישוב הפיצוי לעיזבונותיהם של המנוחים הקטינים בגין הפסד השתכרות בשנים האבודות קבע בית המשפט כי בסיס שכרם יחושב לפי סכום של 2,215 ש"ח. בית המשפט דחה את טענת המשיבים לפיה יש לפסוק במקרה זה פיצויים עונשיים.

טענות הצדדים

הטענות בערעור

5. המדינה טוענת כי בית המשפט המחוזי שגה הן בכך שקבע כי כוחות צה"ל התרשלו והן בכך שקבע כי בנסיבות העניין לא עומדת לה ההגנה שעניינה ב"פעולה מלחמתית" מכוח סעיף 5 לחוק. לעניין ההתרשלות, טוענת המדינה כי מסקנתו של איתי לפיה הטנק עלה על מטען הייתה סבירה בנסיבות המקרה וזאת, בין היתר, לאור ניסיונו באירועים דומים ולאור העובדה כי כל הכוחות שהגיעו אל זירת האירוע בסמוך למועד הפיצוץ סברו כי מדובר באירוע של התפוצצות מטען. עוד טוענת המדינה בהקשר זה כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שלא הותיר לאיתי מרווח רחב וסביר של שיקול דעת בהתחשב בכך שמדובר בקבלת החלטות תוך כדי פעילות מבצעית. בנוסף, טוענת המדינה כי גם ביצוע הירי לא היה רשלני. בעניין זה מפנה המדינה להוראות הפתיחה באש הרלבנטיות. לטענת המדינה איתי נהג בהתאם להוראות, ואף חרג מהן בכך שביצע את הירי בשני שלבים וירה בתחילה לעבר הקרקע ורק לאחר מכן לעבר הדמויות שנתפסו בעיניו בנסיבות האירוע כנקודות חשודות. עוד טוענת המדינה כי בית המשפט המחוזי שגה בפרשנות שנתן למונח "הקפאת מצב" אותה שאב מעדותו של סגן מפקד פלוגת השריון. לטענת המדינה בית המשפט הוציא את הדברים שנאמרו מהקשרם ולמעשה אין במונח "הקפאת מצב" בכדי ללמד על הצורך לעצור באופן מלא

ולבחון את הסיטואציה. יתרה מכך, המדינה טוענת כי איתי כן ביצע הערכה של המצב לפני שביצע את הירי אל עבר המנוחים.

המדינה טוענת כי בית המשפט שגה בכך שקבע כי היא נמנעה מהבאת עדים רלבנטיים וכי יש לזקוף נתון זה לחובתה. לטענת המדינה העדים המרכזיים, ובכללם איתי שהוא זה שביצע את הירי, הובאו לעדות ולא מוטלת עליה חובה להביא את כל העדים שנכחו באירוע.

6. טענתה המרכזית של המדינה היא כי יש לראות בירי שבוצע כפעולה מלחמתית. לטענתה איתי האמין כי הטנק עליו פיקד עלה על מטען ופעל בהתאם. לכן, מבחינה סובייקטיבית מדובר באירוע לחימתי. מאחר שבית המשפט קבע כי הוא מקבל את גרסתו של איתי היה עליו להגיע למסקנה כי מדובר בפעולה מלחמתית. עוד טוענת המדינה בהקשר זה כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שקבע כי התיקון אינו רלבנטי למקרה זה וכי יש לפרש את ההגנה הקבועה בסעיף 5 לחוק בצמצום. לטענת המדינה בתי המשפט התייחסו להוראות התיקון גם כאשר היה מדובר באירועים שאירעו טרם קבלתו וכי כל מסקנה אחרת תהיה בלתי הגיונית ולכן יש לפרש את ההגדרה של "פעולה מלחמתית" פירוש רחב. לטענתה לאור ההגדרה של המונח "פעולה מלחמתית" בחוק ובפסיקה ברי כי עלייה על מטען במהלך פעולה של פתיחת ציר אשר היה ידוע כציר מסוכן ואשר הופעלו בו בעבר מטענים ובתקופה של עימות מזוין בין כוחות צה"ל וארגוני הטרור באזור היא "פעולה מלחמתית".

לבסוף, טוענת המדינה כי שגה בית המשפט המחוזי בכך שייחס חשיבות רבה לשאלת עוצמת הפיצוץ שנשמע בעת שנפרס זחל הטנק. לטענת המדינה אין בעוצמת הפיצוץ בכדי להשפיע על המסקנה כי מדובר ב"פעולה מלחמתית".

7. מנגד, סומכים המשיבים את ידם על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ועל מסקנותיו. המשיבים טוענים כי בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה מוצדקת לפיה התרשל איתי בביצוע הירי וכי מסקנה זו מבוססת על הראיות והעדויות ולכן אין זה מקרה חריג בו ערכאת הערעור תתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית. עוד טוענים המשיבים כי לא קמה במקרה זה למדינה ההגנה של "פעולה מלחמתית" וזאת, בין היתר, כיוון שמדובר בפעולה שמטרתה הייתה פטרול לאורך ציר וכי לא היה מדובר בפעולה צבאית שבוצעה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף.

הטענות בערעור שכנגד

8. עניינו של הערעור שכנגד שהגישו המשיבים הוא בסכום הפיצויים שנקבע בבית המשפט המחוזי. המשיבים טוענים, בין היתר, כי שגה בית המשפט המחוזי בכך שלא פסק למשיבים 2, 3, 6, ו-7 פיצוי בגין כאב וסבל אישי שנגרם להם כתוצאה ממותם הטראגי של המנוחים. עוד טוענים המשיבים כי טעה בית המשפט המחוזי בחישוב בסיס השכר לפיו חושבו הפסדי ההשתכרות בגין השנים האבודות של שני המנוחים הקטינים. לטענת המשיבים אין זה הוגן להשתמש בשכר הממוצע במקום מגוריהם באותה תקופה שכן ידוע כי האינפיפאדה השפיעה על הכלכלה ועל רמת החיים באזור.

9. מנגד, טוענת המשיבה כי ערכאת הערעור תתערב בהערכת הפיצוי שנקבעה על ידי הערכאה הדיונית במקרים נדירים בלבד וכי הלכה זו מקבלת משנה תוקף כאשר מדובר בפסיקת פיצויים בגין כאב וסבל. לטענת המדינה לא נפל פגם בפסיקתו של בית המשפט המחוזי אשר מצדיק את התערבותו של בית משפט זה ומסקנתו בנוגע לפיצויים סבירה ותואמת את הפסיקה. בעניין הפיצוי בגין הפסד השתכרות בשנים האבודות, טוענת המדינה כי בית המשפט קבע את בסיס השכר בהתבסס על נתונים אובייקטיביים שעמדו בפניו וכי המשיבים לא הביאו נתונים כלשהם אשר יש בהם לסתור קביעה זו. לעניין הפיצוי בגין אובדן שירותי אישה ואם, טוענת המדינה כי שגה בית המשפט המחוזי בכך שפסק פיצויים בגין ראש נזק זה כיוון שהמשיבים ויתרו על תביעת התלויים וביססו את תביעתם על תביעת העיזבון בלבד.

דיון

10. אין חולק כי המקרה שבפנינו הוא מקרה טראגי בו אם וילדיה נהרגו מאש שנורתה לעברם על ידי מפקד טנק אשר סבר, בטעות, כי הטנק עליו פיקד עלה על מטען כאשר למעשה הטנק פרק זחל כתוצאה מתקלה טכנית שסיבתה אינה ידועה. יחד עם זאת, החוק קובע כי המדינה תחוב בפיצוי רק במידה וייקבע כי מפקד הטנק התרשל וכי לא עומדת לה ההגנה שעניינה "פעולה מלחמתית". לבחינת שתי שאלות אלה אפנה עתה.

התרשלות

11. השאלה המרכזית הדרושה הכרעה בערעור זה הינה האם הירי שביצע מפקד הטנק לעבר המנוחים היה סביר בנסיבות העניין או האם מדובר בהתרשלות אשר מצדיקה מתן פיצוי למשיבים. נראה כי היסוד היחידי אשר נתון במחלוקת בין הצדדים מבין יסודותיה של עוולת הרשלנות הינו יסוד ההתרשלות, כלומר האם לא פעל איתי כפי שמפקד טנק סביר היה פועל בנסיבות העניין (ראו: [רע"א 2577/08](#) אליקשווילי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), 28.7.2009)). בסוגיה זו מקובלת עלי מסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה הירי שבוצע לעבר המנוחים היה ירי רשלני אשר חרג מנורמת הזהירות הנדרשת.

12. לצורך בחינת סוגית ההתרשלות אצא מנקודת הנחה כי איתי אכן האמין כי הטנק עליו פיקד עלה על מטען, כפי שהעיד בפני בית המשפט קמא (ראו למשל עמוד 69 לפרוטוקול הדיון). די אם אומר כי לנוכח הממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט המחוזי המסקנה כי הטנק עלה על מטען בוודאי שלא הייתה המסקנה הסבירה היחידה שניתן היה להגיע אליה בנסיבות המקרה. ואנמק.

13. לטענת המדינה הירי שביצע איתי היה סביר בנסיבות העניין וזאת, בין היתר, כיוון שתאם את הוראות הפתיחה באש הרלבנטיות למקרה של עליה על מטען. טענה זו דינה להדחות. בעניין הוראות הפתיחה באש, נקבע בעבר בפסיקה כי ניתן להיעזר בהן אך לא ניתן לגזור מהן את סטנדרט ההתנהגות הסביר הנדרש בנסיבות העניין בהתאם לדיני הנזיקין (ראו למשל [ע"א 3889/00 לרנר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו\(4\) 304, 316-314 \(2002\)](#) (להלן: עניין לרנר)). לפיכך, גם אם אצא מנקודת הנחה שאיתי פעל על פי ההנחיות כלשונן, אין בכך בכדי לקבוע כי הוא בהכרח פעל בסבירות ולא התרשל. גם בעת ביצוע ההנחיות כלשונן יש להפעיל שיקול דעת סביר.

14. סבירות פעולה של חיילי צה"ל כלפי מי שנחשד בעיניהם כחשוד נקבעת בהתאם לשיקולים הבאים:

"ככלל, פירושה של חובת הזהירות הוא החובה לנהוג בסבירות בנסיבות העניין. בהקשר הנוכחי ניתן לחלק חובה זו לשני רכיבים: החובה לבסס באופן סביר את החשד כי המדובר במפגע והחובה להפעיל כלפי החשוד אמצעים סבירים בנסיבות העניין. בין שני הרכיבים קיימת זיקה הדוקה: ככל שהחשד (בעיני החייל הסביר) הוא מבוסס פחות, כך יהיו דרכי הפעולה הסבירות חריפות פחות, וככל שהחשד הסביר הוא מבוסס יותר

(ובכפוף לדרישת המידתיות), גם דרכי פעולה חריפות יותר עשויות להיחשב כסבירות. אין צריך לומר כי הן שאלת סבירותו של החשד והן שאלת סבירותן של דרכי הפעולה שננקטו טעונות בחינה לאור נסיבותיו של האירוע הנתון, שאף הן עשויות להשתנות במהלכו של האירוע ובהתאם להתפתחויותיו" (עניין לדנר, בעמודים 312-313).

15. בענייננו, איתי ביצע את הירי אל עבר המנוחים על סמך המסקנה, השגויה, כי הטנק עליו פיקד עלה על מטען. נדמה כי נקיטה באמצעי הפעולה החריף ביותר – ירי באש חיה לעברם של אנשים לא חמושים, במטרה לפגוע ומבלי להזהיר או לעצור ולבחון האם באמת הטנק עלה על מטען והאם המנוחים היוו סכנה לחיי הצוות – אינו פעולה סבירה בנסיבות העניין. אלא, היה על איתי לנקוט באמצעים חמורים פחות כגון המשך הירי אל עבר הקרקע או אל סביבת המנוחים, קריאה לעברם בניסיון לזהותם ובראש ובראשונה לוודא כי אמונתו לפיה הטנק עלה על מטען היא אכן נכונה (השוו [לרע"א 5203/08](#) מדינת ישראל נ' אגבריה (פורסם בנבו), 24.9.2009, בפסקה 8 לפסק דיני). מסקנה זו מתחדדת לאור הקביעה העובדתית של בית המשפט המחוזי לפיה עולה מן העדויות כי לא נשמע פיצוץ בעת פריסת הזחל וכי הנזק היחידי שנגרם לטנק היה הזחל הפרוס.

16. המדינה שבה וטוענת כי יש לבחון את האירוע מנקודת מבטו של איתי ולקבוע כי פעולתו הייתה סבירה בנסיבות של עליה על מטען. אלא, שכאשר מדובר בבחינתה של עוולת הרשלנות, הבחינה היא בהכרח אובייקטיבית, ולא סובייקטיבית. אמנם, מדובר בבחינה אובייקטיבית בנסיבות העניין, אך במקרה זה המסקנה לפיה הטנק עלה על מטען לא הייתה המסקנה הסבירה היחידה אשר אליה ניתן היה להגיע ונסיבות העניין לא היו בהכרח נסיבות של עליה על מטען. לכן, השאלה הינה מה מפקד טנק סביר היה עושה באותן נסיבות ולא מה היה עושה מפקד טנק אשר האמין, בשוגג, כי מדובר באירוע של עליה על מטען. כאמור, דומה שכפי שקבע בית המשפט המחוזי, בנסיבות אלה הירי אל עבר המנוחים לא היה סביר.

"פעולה מלחמתית"

17. המדינה טוענת כי גם אם ייקבע כי איתי התרשל עומדת לה ההגנה הקבועה בסעיף 5 לחוק שעניינה ב"פעולה מלחמתית". אין בידי לקבל טענה זו.

18. סעיף 5 לחוק קובע כי "אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא-הגנה לישראל". תכליתו של סעיף זה היא להוציא מגדר תחולת דיני הנזיקין פעולות מלחמתיות אשר עימן הם לא נועדו להתמודד ואף אין להם את הכלים הדרושים לשם כך (ראו: [בג"ץ 8276/05](#) עדאלה נ' שר הבטחון (פורסם בנבו), 12.12.2006, בפסקה 33); אסף יעקב "חסינות תחת אש" משפטים לג(1) 107, 135-126 (תשס"ג)). בטרם התקבל תיקון מס' 4 לא כלל החוק הגדרה למושג "פעולה מלחמתית" וזו התפתחה בפסיקתו של בית משפט זה. כך, בפסק הדין המרכזי בעניין זה, [ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו\(4\) 1 \(2002\)](#) (להלן: פרשת בני עודה) נקבע כי:

"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" (שם, בעמוד 9).

תיקון מס' 4 הוסיף לחוק הגדרה למונח "פעולה מלחמתית" אך אין היא רלבנטית למקרה שבפנינו כיוון שהתיקון התקבל לאחר אירוע הירי (ראו למשל [רע"א 10482/07](#) עלאונה נ' משרד הבטחון (פורסם בנבו), 17.3.2010, בפסקה 8)). ובלאו הכי, מסקנתי לפיה לא מדובר בפעולה מלחמתית לא תשתנה אף אם אבחן את נסיבות המקרה בהתאם להגדרה המרחיבה שהוספה בתיקון.

19. על כן עלינו לבחון האם הפעולה הצבאית של פינוי הציר בנסיבות ששררו באותה העת נחשבת כ"פעולה מלחמתית" בהתאם להלכה שנקבעה בפרשת בני עודה. דומני כי התשובה לשאלה זו היא בשלילה. ראשית, אציין כי הגבול בין פעולת שיטור לבין פעולה מלחמתית הוא לא תמיד ברור וההבחנה בין שתי הפעולות היא לעתים קשה מאד. במקרה שבפנינו לא מדובר על מקרה בו הכוח הצבאי, אשר עסק בפעילות של פתיחת ציר, היה נתון בסכנת חיים. מדובר בתקלה טכנית שאירעה לטנק ותו לא. כמובן, שאם הטנק אכן היה עולה על מטען יכול להיות שמסקנתי הייתה שונה, אך לא זה אשר אירע ולא ניתן לקבוע כי מדובר בפעולה מלחמתית רק על סמך תפיסת המציאות הסובייקטיבית של מפקד הטנק. דומה המצב למקרה בו מפקד כוח יטעה ויחשוב כי רעש של תקר בגלגל הוא למעשה רעש של ירי. ברי כי אם המפקד יפתח בירי

אל עבר המכונית רק בשל העובדה שטעה בזיהוי הרעש ששמע, לא ניתן לקבוע כי פעולת הירי תיחשב בגדר פעולה מלחמתית. מדובר בפעילות שמטרתה הייתה פתיחת ציר, אשר לא היו לגביו איומים ספציפיים באותו היום. ולראיה, המנוחים לא קיבלו כל הוראה שלא לעבוד בשדות הסמוכים לציר באותו היום. אמנם מדובר בתקופה של לחימה, במהלך מבצע "חומת מגן", אך הלכה היא כי לא כל פעולה שמתבצעת במהלכה של לחימה היא בהכרח פעולה מלחמתית:

"לעניין סעיף 5 הנ"ל, אינה קובעת מהותה של התקופה, שבה מבוצעת העוולה, הווה אומר העובדה שהיא תקופת מלחמה, ולא די בכך, כי בתקופה כאמור מבוצעת פעולה על-ידי הצבא. אף בזמן מלחמה יש פעולות לרוב של הצבא, שאינן גוררות אחריהן פטור לפי סעיף 5" (ע"א 623/83 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 477, 479 (1986)).

20. בנוסף, אמנם נקבע כי בנסיבות מסוימות פעולה שהחלה כפעולת שיטור יכולה להפוך להיות פעולה מלחמתית כאשר, למשל, כוח צבאי אשר מבצע סיור שגרתי נתקל בירי מצד פעילי טרור (פרשת בני עודה, בעמוד 8). אלו היו הנסיבות אשר הביאו להכרה בהגנה שעניינה פעולה מלחמתית בע"א 8384/05 סאלם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.10.2008) אשר בו נקבע כי:

"... דומה כי דברים אלה שנפסקו בעניין בני עודה יפים הם לענייננו נוכח ממצאי העובדה שקבע בית המשפט המחוזי ובהם לא ראינו להתערב. ממצאים אלה מובילים אל המסקנה כי המצב אליו נקלע כוח הסיור סמוך לפני ביצוע הירי שינה את אופייה של משימת הסיור שאמור היה הכוח לבצע בהגיעו אל השוק, וניתן לומר כי מן העת שבה נחסמה דרכו של אחד מכלי הרכב ועשרות האנשים שהתגודדו על הסוללה החלו מיידים אל עבר חיילי הכוח אבנים וחפצים נוספים, נקלעו החיילים למצב של מצוקה ואיום ממשי על חייהם ושלומם שהצריך ביצוע פעולה מלחמתית על מנת להיחלץ" (ההדגשה הוספה – ט' ג").

אך לא זה אשר אירע בענייננו. המנוחים לא פתחו בירי אל עבר חיילי צה"ל ואף לא התקדמו לעברם. יתרה מכך, איתי אף העיד כי לא ראה אם המנוחים נושאים כלי נשק (עמוד 79 לפרוטוקול). ברור כי בנסיבות אלה תקלה טכנית בטנק לא יכולה להפוך פעולה של פתיחת ציר לפעילות מלחמתית שמתנהלת בתנאים שיש בהם סכנה לחייהם של חיילי צה"ל (והשוו גם לע"א 9561/05 חטיב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו),

4.11.2008). לפיכך, מסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה, בניגוד למקרים אחרים בהם הכיר בית משפט זה בהגנה שעניינה פעולה מלחמתית, במקרה זה החיילים לא היו נתונים בסיכון של ממש ולא נאלצו לבצע ירי על מנת להגן על חייהם, מקובלת עלי.

הערעור שכנגד

21. המשיבים הגישו ערעור שכנגד אשר עניינו בסכום הפיצויים שפסק לזכותם בית המשפט קמא. ערעור זה דינו להידחות. כידוע, הלכה היא כי ערכאת הערעור לא תתערב בסכומי הפיצויים שפסקה הערכאה הדיונית אלא אם מדובר בסכומים לא סבירים או במקרים בהם נפלה טעות בולטת בקביעתם (ראו למשל [ע"א 6091/06](#) הלון נ' בלייר (פורסם בנבו), 10.1.2008, בפסקה 26)). לא מצאתי כי נסיבות מקרה זה הינן נסיבות חריגות אשר מצדיקות את התערבותנו בקביעותיו של בית המשפט המחוזי בהקשר זה.

22. עיקר טענות המשיבים מופנה לחישוב הפיצוי בגין הפסד השתכרות של המנוחים הקטינים בשנים האבודות. בית המשפט המחוזי חישב את הפיצוי לפי נתונים אובייקטיביים של השכר הממוצע החודשי בתחומי הרשות הפלסטינית. בהקשר זה נקבע בפסיקה כי:

"הנחת עבודה היא לנו, בנוגע לקטינים שטרם הגיעו במועד התאונה לגיל בגרות, ואשר מסלול עבודתם ודרך השתכרותם טרם התגבשו, כי יש לערוך את חישוב אבדן כושר ההשתכרות שלהם על בסיס ההנחה שאילו התאונה היו משתכרים כשיעור השכר הממוצע במשק. נקודת מוצא זו לחישוב הפסד ההשתכרות של קטין, היוצרת האחדה של הפיצוי, עולה בקנה אחד עם עקרון השבת המצב לקדמותו, עם השאיפה להגשים את הזכות לשוויון ועם הצורך ליצור הרתעה אופטימלית. הנחה זו יאה לכול – לילד ולילדה, לאיש ולאשה, לשחור וללבן, לבני כל הדתות, יהיה מוצאם האתני אשר יהא." ([ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס\(3\) 13, 61 \(2005\)](#)).

המשיבים לא הציגו נתונים אחרים ביחס לשכר הממוצע במקום מגוריהם אלא טענו כי אין זה הוגן להתבסס על נתונים אלה בשל קיומה של האינתיפאדה בשטחים והשפעתה על המצב הכלכלי. עוד טוענים המשיבים כי יכול ויתרחש בעתיד שינוי מדיני אשר יביא עמו פריחה כלכלית. אין בידי לקבל טענות אלה. בית המשפט אינו

נביא ואינו יכול לבסס את חישוב הפיצוי על סמך אמונה אופטימית כי המצב הכלכלי באזור מסוים ישתפר בעתיד הרחוק. לא נותר לבית המשפט אלא להתבסס על הנתונים האובייקטיביים המצויים בידו וכך עשה בית המשפט המחוזי.

23. לפיכך, טענות המשיבים בנוגע לחישוב הפיצוי בגין הפסד השתכרות בשנים האבודות, כמו גם טענותיהם הנוספות בנוגע לפיצויים שפסק לזכותם בית המשפט המחוזי, דינן להדחות.

סוף דבר, לו תישמע דעתי ערעורה של המדינה יידחה וכך גם הערעור שכנגד שהגישו המשיבים.

בנסיבות המקרה לא מצאתי מקום לפסוק הוצאות לצדדים.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

כפי שציין חברי השופט ס' ג'ובראן, המסכת העובדתית, כפי שנקבעה על ידי בית המשפט המחוזי, אינה שנויה עוד במחלוקת. בית המשפט קבע כי המסקנה הסבירה שהיה צריך מפקד הטנק להגיע אליה היא, שבפועל, התרחשה פריסת זחל. עוד קבע כי רעש פיצוץ לא נשמע על ידי האחרים שהעידו במשפט. עדותו של סגן מפקד הפלוגה מצטרפת לראיות המצביעות על התרשלות.

לא מצאתי כי יש עילה להתערב בממצאים ובמסקנות שנקבעו בבית המשפט הן לעניין הערעור והן לעניין הערעור שכנגד. גם אני סבור איפוא, כחברי השופט ס' ג'ובראן, כי דין הערעור וכמוהו גם דין הערעור שכנגד – להידחות.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן.

ניתן היום, א' בכסלו התשע"א (8.11.2010).

ה א' ריבלין 54678313

המשנה לנשיאה

ש ו פ ט

ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 09039910_H11.doc שצ
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה